

**MARCO ANTONIO LOSCHIAVO LEME DE BARROS**

**TRIBUNAIS, COMPLEXIDADE E DECISÃO: O ARGUMENTO  
CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO BRASILEIRO**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Celso Fernandes Campilongo

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO – SP**

**2018**



**MARCO ANTONIO LOSCHIAVO LEME DE BARROS**

**TRIBUNAIS, COMPLEXIDADE E DECISÃO: O ARGUMENTO  
CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO BRASILEIRO**

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

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO – SP**

**2018**

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo

---

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Tribunais, complexidade e decisão: o  
argumento consequencialista no direito brasileiro / Marco Antonio Loschiavo Leme de  
BARROS; orientador Celso Fernandes Campilongo -- São Paulo, 2018. 382 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do  
Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Sociologia do Direito. 2. Direito e Sociedade. 3. Teoria dos Sistemas 4. Argumento  
Consequencialista.

---

I. Campilongo, Celso Fernandes, orient. II. Título.

# FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

Título: TRIBUNAIS, COMPLEXIDADE E DECISÃO: O ARGUMENTO  
CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO BRASILEIRO

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

Aprovada em: \_\_\_\_\_

## BANCA EXAMINADORA

Prof. Tit. Dr. Celso Fernandes Campilongo

Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

*Aos meus pais, Maria Cecília e Mario Thadeu, com alegria; à Adriana, com carinho.*

## AGRADECIMENTOS

---

O desenvolvimento de uma pesquisa e a elaboração de uma tese fazem parte de uma jornada investigativa. Nesta caminhada, tive a oportunidade de encontrar, discutir e aprender com diferentes professores e pesquisadores, e deparei-me com diversas situações. Sem estas distintas comunicações – dotadas de elevada contingência –, nenhum conhecimento seria possível.

Muitas das ideias aqui registradas fazem parte destas comunicações estabelecidas nos últimos três anos e refletidas pelo pesquisador. Cabe, então, reconhecer e agradecer aos principais interlocutores, sejam dos planos acadêmico e institucional, sejam do âmbito familiar.

Ao professor Celso Campilongo, principal interlocutor, pela generosidade e pela orientação do presente trabalho na Universidade de São Paulo com liberdade, respeito e confiança. O seu espírito desafiador e a sua seriedade acadêmica serviram de exemplo para esta pesquisa e para o pesquisador. Suas aulas, seus livros e suas palavras tornaram-se fundamentais para minha formação acadêmica.

Ao professor Stephen Gardbaum, meu supervisor na Universidade da Califórnia, em Los Angeles, pela acolhida no exterior, que possibilitou o amadurecimento de minhas ideias e uma estrutura para a redação do texto, além da vivência em uma diferente experiência acadêmica. Agradeço-lhe, também, pelas conversas e aulas que contribuíram para a minha reflexão.

Aos professores Orlando Villas Bôas Filho e Laurindo Dias Minhotto, pelas importantes observações feitas no exame de qualificação, as quais auxiliaram no desenvolvimento posterior da pesquisa e na estruturação global da tese.

Aos professores com quem mantive contato no curso do programa de doutorado, ou mesmo em conversas e encontros fora deste âmbito, em especial durante os estágios de pesquisa em Oñati e em Los Angeles, e àqueles que me auxiliaram em algum momento da pesquisa. Registro, entre outros, Adam Czarnota; Ana Lucia Pastore; Fabiana Luci; Fernando Rister; Flávia Püschel; Gary Blasi; Joxerramon Bengoetxea; Luciana Ramos; Mark Greenberg; Maria Cecília Pinho; Rogério Arantes; Ronaldo Macedo Junior; Silvia Pimentel.

Aos pesquisadores que conheci na universidade e em eventos científicos. Em especial, àqueles para os quais tive a oportunidade de apresentar algumas ideias preliminares nos congressos “Sociology of law on the move: perspectives from Latin America”; “XXVIII World Congress on the Philosophy of Law and Social Philosophy”; “VIII Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito”; ou no “IV Encontro Nacional de Antropologia do Direito” e no “Encontro Regional de Pesquisa Empírica em Direito”.

Aos amigos e pesquisadores Andréa Martos Naccache, Caio Santiago Fernandes Santos, Fernando Bezzi, Gabriel Ferreira da Fonseca, Haroldo Pereira, Lucas Fucci Amato, Thaís Helena Smilgys, em especial pela atenta leitura e sugestões na etapa final da produção do texto. À Bruna Bassette, meu agradecimento pela ajuda com a revisão do texto.

À convivência acadêmica com professores, funcionários, pesquisadores visitantes, colegas de monitoria e participantes do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, todos comprometidos em produzir pesquisa em direito e em fortalecer o conhecimento científico do país.

Às instituições com as quais direta ou indiretamente estabeleci uma relação neste período: Universidade de São Paulo; Universidade da Califórnia, em Los Angeles; Instituto Internacional de Sociologia Jurídica, em Oñati; Universidade Paulista – campus Pinheiros; Núcleo de Justiça e Constituição da Fundação Getúlio Vargas e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP (processo 2015/05525-0), que possibilitou minha dedicação exclusiva à pesquisa. Sem sua infraestrutura administrativa e científica, não teria todas as oportunidades para pesquisar nas melhores condições possíveis no país.

À convivência familiar e à amizade de diferentes pessoas, muitas cúmplices argutas de minhas ideias e todas presentes na minha vida. Em especial, aos meus pais, Mario Thadeu e Maria Cecília – a quem dedico esta tese –, à minha querida avó Ilda, ao meu irmão e amigo Mario Filho e sua esposa, aos meus sobrinhos Rodrigo e Marcelo e, muito carinhosamente, à Adriana, inestimável companhia, que compartilha comigo de sentimentos e sonhos, formas e ideias.

Muito obrigado a todos.

E ao leitor, meu convite para que estas comunicações perdurem. Boa leitura!



*Digo, por exemplo, que, necessariamente, acontecerá uma batalha naval amanhã ou não acontecerá; em verdade, nem acontecerá necessariamente a batalha naval amanhã, nem necessariamente não acontecerá. Todavia, acontecerá ou não acontecerá necessariamente. Por conseguinte, uma vez que os discursos verdadeiros são, de uma maneira semelhante, conforme os fatos, é evidente que todos esses são de um modo tal que sucedam de uma maneira ou de outra e que os contrários possam admitir-se.*

Aristóteles, *Da Interpretação* 9, 19a30 a 19a35

## RESUMO

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Tribunais, complexidade e decisão: o argumento consequencialista no direito brasileiro. 2018. 382 ff. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Investiga-se nesta tese, sob inspiração da perspectiva sociológica sistêmica de Niklas Luhmann, a crescente utilização de argumentos consequencialistas no direito brasileiro. Ao longo das três últimas décadas, a quantidade de legislações que buscam concretizar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988 aumentou no país, bem como se observou o desenvolvimento de técnicas jurídicas para a sua consecução, dentre as quais se destaca a argumentação consequencialista a fim de analisar a pertinência entre meios e fins normativos. Paradoxalmente, constatou-se também a fragilidade dos tribunais em relação à operação destes argumentos, baseados em métodos técnico-científicos e probabilísticos estranhos ao direito. Considerando o diagnóstico de déficit operativo do Judiciário brasileiro – segundo o qual legislação e contratos não são capazes de evitar a judicialização de questões que não foram suficientemente alocadas em outras instâncias programatórias –, defende-se a hipótese de que a expansão do recurso ao argumento consequencialista em juízo pode provocar sua descaracterização operativa em razão da não observação dos limites do sistema jurídico. Pelo viés sistêmico, este argumento reflete uma nova dinâmica dos tribunais na sociedade e pode ser descrito por um modelo de observações multinível. A tese apresenta três diferentes posições de observação sobre o argumento consequencialista. Primeira, a autodescrição da teoria do direito, que gradativamente produz uma distinção semântica relativa ao consequencialismo e ao argumento consequencialista. Segunda, a autodescrição da sociedade brasileira, que como especificação do sistema social global, é dominada pela comunicação dos *experts*, baseada sobretudo pela forma digital e pelos desdobramentos da economização; e que pode ser refletida a partir de metacódigos como inclusão/exclusão e risco/perigo. Terceira, a autodescrição dos tribunais, que podem ser notados, simultaneamente, tanto como organizações centrais do sistema jurídico quanto como organizações periféricas, cada vez mais atuantes nos sistemas político e econômico. Sob esta perspectiva, correlaciona-se a uma pesquisa empírica referente ao comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal a partir do marco do texto constitucional de 1988 em sede de controle concentrado de constitucionalidade de casos de direitos econômicos. As três diferentes posições de observação e a pesquisa empírica possibilitam o exame do funcionamento dos tribunais na sociedade e de como o direito brasileiro lida com questões produzidas por seu entorno, sem a perda de sua precípua função de tomada de decisões.

**Palavras-chave:** Sociologia do Direito; Direito e Sociedade; Teoria dos Sistemas; Argumento Consequencialista

## **ABSTRACT**

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Courts, complexity and decision: the consequentialist reasoning in Brazilian Law. 2018. 382 ff. Thesis (PhD in Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This thesis investigates, inspired by the systemic sociological perspective of Niklas Luhmann, the growing use of consequentialist reasoning in Brazilian law. Over the past three decades, the number of statutes that have been pursuing concrete goals established in the 1988 Constitution has increased in the country, as well as the development of legal techniques for its achievement, among which the consequentialist reasoning between legal means and normative purposes. Paradoxically, there is also a weakness of the courts regarding the operation of this reasoning, which is based on technical-scientific and probabilistic methods, usually unrelated to legal systems. Considering the diagnosis of the operative deficit of the Brazilian Judiciary – in which statutes and contracts are not able to avoid access in court of issues that were not sufficiently allocated in other programmatic instances –, I argue the hypothesis that the increase of the consequentialist legal reasoning in court may lead to a de-characterization of this type of reasoning by not observing the operative limits of the legal system. In the systemic perspective, consequentialism reflects a new dynamic of the courts and I present three different positions of observation (multilevel observation) about the consequentialist reasoning. First, the self-description of legal theory, which gradually produces a new semantic based on legal consequentialist reasoning. Second, the self-description of Brazilian society, which as an environment of Brazilian law is increasingly characterized as part of world society that is based on the communication of experts, the digital communication and processes of economization, that unfolds from metacodes such as inclusion/exclusion and risk/ danger. Third, the self-description of the courts, which can be observed simultaneously as center of the legal system and as peripheral organizations, increasingly active in the political and economic systems. In this last observation, I discuss empirical data on the decision-making behavior of the Brazilian Federal Supreme Court since the promulgation of the 1988 constitutional text, in cases regarding concentrated judicial review of economic rights. These three different positions of observation and empirical data allow us to examine the functioning of courts in society and how Brazilian law deals with issues produced by its surroundings, without losing its main functionality of legal decision-making.

**Keywords:** Sociology of Law; Law and Society; Systems Theory; Consequentialist Reasoning

## RÉSUMÉ

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Tribunaux, complexité et décision: l'argumentation conséquentialiste en droit brésilien. 2018. 382 ff. Thèse (Doctorat en Droit) - Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2018.

Cette thèse étudie, inspirée par la perspective sociologique systémique de Niklas Luhmann, l'utilisation croissante des arguments conséquentialistes dans le droit brésilien. Au cours des trois dernières décennies, le nombre de législations qui ont poursuivi des objectifs concrets établis dans la Constitution de 1988 a augmenté dans le pays, ainsi que le développement de techniques juridiques pour sa réalisation, parmi lesquelles se détache l'argumentation conséquentialiste afin d'analyser la pertinence entre moyens juridiques et fins normatifs. Paradoxalement, il est également perceptible l'existence d'une faiblesse des tribunaux concernant le fonctionnement de ces arguments, qui reposent sur des méthodes technico-scientifiques et probabilistes sans rapport avec la loi. Compte tenu du diagnostic du déficit opérationnel de la magistrature brésilienne – selon lequel la législation et les contrats ne sont pas en mesure d'éviter l'accès aux tribunaux de questions qui n'ont pas été suffisamment réparties dans d'autres instances programmatiques –, cette thèse défend l'hypothèse selon laquelle l'augmentation du recours à l'argument conséquentialiste en justice peut conduire à un détournement du sens de ce type d'argumentation en ne respectant pas les limites opérationnelles du système juridique. Par le biais systémique, le conséquentialisme reflète une nouvelle dynamique des tribunaux et cette thèse présente trois positions différentes d'observation (observation multi-niveaux) sur l'argument conséquentialiste. Premièrement, l'auto-description de la théorie du droit, qui produit progressivement une sémantique substantielle par rapport à l'opération en fonction des conséquences par la loi. Deuxièmement, l'auto-description de la société brésilienne qui, en tant qu'ambiance du droit brésilien, se caractérise de plus en plus par une société d'experts basée sur la communication numérique et se déroule à partir de catégories telles que l'inclusion/exclusion et les risques/dangers. Troisièmement, l'auto-description des tribunaux, qui peuvent être observées à la fois comme centre du système juridique et comme organisation périphérique, de plus en plus active dans les systèmes politiques et économiques. Dans cette dernière observation, la thèse présente une recherche empirique sur le comportement décisionnel du Tribunal fédéral suprême sur le cadre du texte constitutionnel de 1988, dans le cadre d'un contrôle concentré de la constitutionnalité des affaires relatives aux droits économiques. Les trois positions différentes d'observation et les données empiriques ont permis l'examen du fonctionnement des tribunaux dans la société et la façon comme le droit brésilien traite les problèmes produits par son milieu sans perdre sa principale fonctionnalité de prise de décisions légales.

**Mots-clés:** Sociologie du Droit; Droit et Société; Théorie des Systèmes; Argument Conséquentialiste

## SUMÁRIO

---

INTRODUÇÃO	17
NOTAS METODOLÓGICAS	28
PARTE I – ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS DO DIREITO EM UMA TEORIA COMPLEXA	40
CAPÍTULO 1 – BASES FILOSÓFICAS DO CONSEQUENCIALISMO E O DIREITO	47
1.1 Conseqüências como método de tomada de decisão no utilitarismo filosófico	48
1.2 Conseqüências como forma de significação no pragmatismo filosófico	50
1.3 Heranças do utilitarismo e do pragmatismo filosófico para o direito	53
CAPÍTULO 2 – TEORIAS DO DIREITO	56
2.1 Escolas do realismo jurídico estadunidense	56
2.2 Consequencialismo nas escolas do realismo jurídico estadunidense	63
2.3 Crítica hartiana às escolas realistas e o consequencialismo	69
2.4 Contra-ataques das escolas realistas à crítica hartiana	75
2.5 Teorias do direito pós-Hart	81
CAPÍTULO 3 – TEORIAS EXTERNAS DO DIREITO	84
3.1 Visão da Análise Econômica do Direito	86
3.2 Direito e Economia Positivo	89
3.3 Direito e Economia Normativo	92

3.4	Transformações pragmáticas na Análise Econômica do Direito	94
3.5	Pragmatismo jurídico de Posner	95
CAPÍTULO 4 – TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA		102
4.1	Teorias do argumento consequencialista do direito	109
4.2	Escola de Direito de Edimburgo	112
4.3	Escola de Direito de Amsterdã	117
CAPÍTULO 5 – SOCIOLOGIA SISTÊMICA DO DIREITO		120
5.1	Consequências e o direito na Teoria dos Sistemas	124
5.2	Críticas ao consequencialismo pela dogmática jurídica	125
5.3	Consequências como funções corretivas do direito	133
5.4	Consequências, juridificação e conceitos jurídicos adequados à sociedade	137
5.5	Consequências, programas finalísticos e argumentação em <i>Direito da Sociedade</i>	142
5.6	Ideias fora do lugar?	147
PARTE II – ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS DO DIREITO EM UMA SOCIEDADE COMPLEXA		160
CAPÍTULO 6 – RISCO, PERIGO E CONSEQUÊNCIAS NA SOCIEDADE		170
6.1	Adequação de uma sociedade mundial?	173
6.2	Economização e perigo ambiental da sociedade mundial	182
6.3	Resistências da sociedade mundial frente à economização	193
6.4	Sociedade brasileira: dos anos 1980 até a metade dos anos 2010	196

CAPÍTULO 7 – SOCIEDADE DE <i>EXPERTS</i>	204
7.1 Ciência e sociedade	206
7.2 Ciência pelo direito e pela política?	211
CAPÍTULO 8 – CRISE, INCLUSÃO E EXCLUSÃO	224
8.1 Ideia de crise	225
8.2 Metacódigo inclusão/exclusão	228
8.3 Entre inclusão e exclusão: o direito brasileiro como ambiente de uma sociedade complexa	233
PARTE III – ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS DO DIREITO EM UMA ORGANIZAÇÃO COMPLEXA	239
CAPÍTULO 9 – TRIBUNAIS COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COMPLEXAS	244
9.1 Fatores estruturais	249
9.2 Forma de organizações	252
9.3 Poder Judiciário em contexto	255
9.4 Tipologias das observações sobre os tribunais na sociedade	256
9.5 Tribunais na sociedade brasileira	270
CAPÍTULO 10 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA	273
10.1 Poder do STF após a Emenda Constitucional n. 45/04	275
10.2 Supremo: labirinto recursal, monocrático e corporativista	277
CAPÍTULO 11 – DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS, ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	283

11.1	Legitimidade dos juízes	286
11.2	Capacidade institucional	288
11.3	Problemas do consequencialismo na adjudicação	294
CAPÍTULO 12 – DECISÃO SOBRE O FUTURO: CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS (1988-2017)		299
12.1	Recortes, métricas e composição da amostra	301
12.2	Análise quantitativa	305
12.3	Análise qualitativa	317
CONSIDERAÇÕES FINAIS		327
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		337
ANEXOS		366



## INTRODUÇÃO

---

Argumentos consequencialistas estão presentes em diferentes discussões legais e desafiam o funcionamento dos tribunais, ultrapassando as fronteiras do direito e implicando novas seleções e estabilizações.

O tema “direito e consequência” é, tradicionalmente, apresentado de três maneiras. Primeiro, como um campo inerente ao estudo da norma jurídica – *i.e.*, consequência como *consequente normativo* da estrutura da regra. Segundo, como desdobramento *dentro* do direito. Trata-se das *consequências jurídicas* num duplo sentido; um deles é o *andamento regular do processo*, enfatizando-se os atos processuais das partes, das autoridades – *e.g.*, sentenças, decisões interlocutórias e despachos –, do escrivão e da secretaria. O outro são os desdobramentos a partir do conjunto de decisões passadas e textos legais, salientando-se os *efeitos da decisão no ordenamento jurídico*. Em terceiro lugar, direito e consequência também pode ser estudado por seu desdobramento *fora* do direito, discutindo-se as *consequências extrajurídicas, fáticas ou sociais* desencadeadas – e, muitas vezes, incontroláveis – pela decisão jurídica.

A tese avança neste tema pelo campo da sociologia jurídica, e desafia esta caracterização ao apresentar três diferentes posições de observação sobre o argumento consequencialista em juízo. Neste sentido, a consequência é aqui tratada como argumento e a partir da operação dos tribunais.

A título de exemplo no Poder Judiciário brasileiro,<sup>1</sup> no controle judicial de questões sociais e de políticas públicas é comum que juízes e tribunais recorram às consequências

---

<sup>1</sup> Pesquisas realizada em 2005 e em 2015 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) formularam a seguinte pergunta para um conjunto de magistrados: “Do seu ponto de vista, as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para as suas consequências econômicas ou ter compromisso com suas consequências sociais?” A principal conclusão obtida no relatório foi: “Chamados a decidir sobre questões que têm reflexos diretos sobre a economia e o desenvolvimento social do país, os juízes brasileiros (...) baseiam-se preponderantemente na lei, sem ignorar as consequências econômicas e sociais de suas sentenças” (ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2005). A mesma tendência se observou dez anos depois, com uma preocupação cada vez maior em relação às consequências econômicas, sobretudo nas instâncias superiores: “É significativo o contraste entre as instâncias no que se refere à repercussão econômica das decisões. Quanto mais se sobe na hierarquia, mais a repercussão econômica é levada em conta. Assim, a opção “leva muito em conta” soma 6,4% no 1o grau, cresce para 19,8% no 2o grau e chega a 51,7% nos tribunais superiores. Essa questão é mais bem avaliada quando se leva em consideração os extremos, isto é, “não leva em conta” e “leva muito em conta”. A opção “leva adequadamente em conta” admite maior margem de interpretação” (ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2015).

para justificar suas decisões – situações nas quais as autoridades baseiam-se nas consequências fáticas futuras de suas sentenças; assim é que o Supremo Tribunal Federal (STF), ancorado em estudos técnico-científicos, declarou constitucional a lei que proíbe a importação de pneus usados em razão de possíveis adversidades à saúde pública,<sup>2</sup> ou, por questões orçamentárias, deixou de reconhecer a obrigatoriedade de realização de certos tipos de cirurgias pelo Sistema Único de Saúde<sup>3</sup>, ou, ainda, julgou constitucional determinada lei cujo intuito é coibir a violência no âmbito das relações familiares.<sup>4</sup> Vale mencionar também que o STF deixa de decidir com base nas consequências, como no caso dos planos econômicos.<sup>5</sup>

Em todos estes casos, o juiz, ao decidir, acaba considerando em alguma medida as consequências de sua decisão de diferentes maneiras, seja para enfrentá-las ou não na tomada de decisão. Admite-se, nesta tese, que uma das formas de raciocínio jurídico é a que se desenvolve por meio dos argumentos de consequência ou do argumento consequencialista, aquele operado pelo tribunal a partir das consequências da decisão, independentemente do tipo de consequência que tenha sido admitido e avaliado pela decisão.

Cabe esclarecer, neste ponto, que isso não significa que toda e qualquer autoridade esteja preocupada com as consequências no processo de tomada de decisão – ainda que para alguns modelos da argumentação seja obrigatória a explicitação dos motivos de fundo que justificam a tomada de decisão, como desdobramento do corolário do império do direito

---

Outro exemplo que aponta a preocupação com as consequências no processo de tomada de decisão pelo direito brasileiro é o Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia, que contou com a contribuição dos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. O projeto de lei inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Destaca-se o artigo que obriga que a autoridade considerar as consequências na tomada de decisão, diz: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL, 2015). O projeto de lei foi aprovado nas duas casas legislativas e aguarda a sanção presidencial. Para um debate geral deste projeto de lei, cf. LEAL; MENDONÇA, 2016.

<sup>2</sup> BRASIL — STF. ADPF 101/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.06.2009.

<sup>3</sup> BRASIL — STF. STA 185, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.12.2007.

<sup>4</sup> BRASIL — STF. ADC 19, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012.

<sup>5</sup> Para uma descrição detalhada do caso dos planos econômicos a partir do debate dos argumentos consequencialistas cf. BARROS, 2014a. A solução deste caso encaminhou-se para um acordo entre bancos e poupadores, o que afastaria a possibilidade de colapso do sistema financeiro diante do provisionamento de valores estimados em 16 bilhões de reais. Tal situação reforça uma maneira de, ao mesmo tempo, a corte não decidir e evitar o enfrentamento dos argumentos consequencialistas.

(*rule of law*).<sup>6</sup> Destarte, o argumento consequencialista tem relevo nesta tese somente quando efetivamente explicitado como razão da decisão e, inclusive, avaliado pela autoridade para chegar à decisão final, tornando públicas suas justificativas.<sup>7</sup>

Desde o resgate e o fortalecimento de correntes sociológicas de tomada de decisão, no final do século XX, aliados à estruturação de teorias da argumentação jurídica como contrapartida do debate promovido pelos realistas estadunidenses, restou esclarecido que juízes e outros tomadores de decisão podem ser influenciados e motivados por determinadas consequências pretendidas.

Na história do direito, este fortalecimento remonta desdobramentos e debates já antigos entre a corrente da “Jurisprudência dos Interesses”, que pretendia elevar o direito ao nível de verdadeira ciência à luz do positivismo científico, reclamando por métodos análogos às ciências naturais, e a “Jurisprudência dos Conceitos”, que buscou afastar as aproximações com outras ciências e fundamentar a autonomia do direito e seus métodos.<sup>8</sup>

Deve-se destacar que a aplicação dos argumentos consequencialistas não depende, em tese, de autorização ou previsão legal.<sup>9</sup> Como qualquer outro tipo de argumento, o juiz pode considerá-lo e, inclusive, avaliá-lo como material relevante para a tomada de decisão em face da particularidade do caso.

O que importa observar é que, ao enfrentar um argumento deste tipo, o tomador de decisão assume o ônus de saber *quais* são as consequências e de *como* as avaliar. Se é admitido que um juiz decida com base num argumento consequencialista X, afirma-se que,

---

<sup>6</sup> O corolário do império do direito exige que toda decisão jurídica deve ser construída a partir de um esquema dedutivo e fundamentada a partir de regras preestabelecidas, o que possibilita a reconstrução e questionamento pelos jurisdicionados, cf. MACCORMICK, 2005.

<sup>7</sup> Razões consequencialistas podem estimular e servir de base para o processo de descoberta da verdade nos processos judiciais. Todavia, a pesquisa concentra-se somente nos argumentos consequencialistas como justificativas das decisões. A tese não segue uma perspectiva realista de análise do processo decisório, que se preocupa em descrever o encadeamento mental por meio do qual juízes recorrem às razões consequencialistas, discutindo os vieses e atalhos cognitivos. Esta análise concentra-se nas observações das operações dos tribunais enquanto organizações sociais. Para um debate sobre descoberta e justificação no direito, cf. SCHECAIRA; STRUCHINER, 2016, pp. 155-174. Também é possível discutir o uso velado deste tipo de argumento como apresentado no ponto 11.3 desta tese.

<sup>8</sup> Para uma apresentação histórica dessas correntes, cf. LARENZ, 1969.

<sup>9</sup> É possível notar que em certas áreas do direito o legislador expressamente estabeleceu uma maior proximidade do raciocínio por meio das consequências, caso dos direitos econômico, social, concorrencial e financeiro e de determinados temas, como o planejamento tributário. Pode-se, adicionalmente, sustentar a hipótese de desdobramento do aumento de leis progressistas (ou finalísticas), que dependem da promoção de objetivos determinados pela norma, como adequação entre meios e fins. Neste sentido, destaca-se POSNER, 2008. Para uma discussão a partir do contexto brasileiro, cf. ARGUELHES 2005 e 2006.

ao decidir o caso, o juiz adota uma regra relevante para a tomada de decisão que possui várias consequências possíveis (A, B, C...) e, por algum motivo, o argumento X derivado da interpretação da regra relevante é que produzirá consequências favoráveis (A') em detrimento das demais (B', C'...).

Percebe-se, ademais, que as necessárias definição e avaliação para que se alcance esta justificação exigem do juiz um manuseio de um método descritivo. É imprescindível que o tomador de decisão utilize metodologias e métricas suficientes na definição dos critérios para realizar avaliações.<sup>10</sup>

Em compreensão inicial desta tese, depreende-se que argumentar por meio das consequências *pele* direito exige da autoridade o domínio e a capacidade de utilizar metodologias de análise que podem, por vezes, ser estranhas ao próprio direito. Pressupõe-se uma questão de *expertise* em jogo que permite à autoridade transitar nestes espaços de avaliação.

Esta tese admite, ainda, que o aumento da aplicação do argumento consequencialista em juízo coincidiu com o processo de modernização<sup>11</sup> e, mais recentemente, com as transformações operadas pela comunicação digital, na sociedade mundial, que implicaram alterações não programadas no sistema jurídico. Tais descrições decorrem da observação da sociedade brasileira como especificação do sistema social global.

Considerando os condicionamentos locais, é possível mencionar algumas razões que justificam esse diagnóstico no contexto brasileiro, tais como o advento da Constituição

---

<sup>10</sup> Para alguns autores, é possível identificar o argumento consequencialista a partir de uma estrutura dual: a primeira como a parte descritiva, na qual a autoridade especifica a consequência associada à decisão, e a segunda como a normativa, a partir da valoração da consequência. Veja SCHUARTZ, 2011.

<sup>11</sup> A tese segue a ideia de modernização seletiva contextualizada para o direito brasileiro por Villas Bôas Filho (2009), Gonçalves (2013a) e Dutra (2016). Villas Bôas Filho aduz que "(...) a modernidade brasileira, ainda que caracterizada como periférica, não pode ser descrita como inexistente ou como negativa, pois isso implicaria valorá-la a partir de um arquétipo ideal e normativo que, acima de tudo, não existe, uma vez que, tal como ressalta Jessé Souza, a modernização é um processo seletivo e, portanto, parcial, o que faz com que nenhum processo completo de sua realização esgote todas as suas virtualidades a ponto de ser tomado como padrão normativo" (2009, p. 295). Dutra também lembra que não é possível falar em um déficit de modernidade no país já que está integrado em uma sociedade mundial, sobretudo por meio de processos de globalização dos sistemas de função, diz "é possível interpretar esta integração do Brasil na sociedade funcionalmente diferenciada como resultado de práticas de comparação entre unidades sociais especialmente distantes em uma mesma sociedade mundial. Com isso, transcendemos a dicotomia espacial externo/interno e definimos este processo de integração como resultado da própria globalização dos sistemas funcionais" (2016, p. 95). A aproximação é, então, que a modernização seletiva, marcada pelo primado da diferenciação funcional da sociedade mundial, constitui o pano de fundo para a observação da expansão dos argumentos consequencialistas no direito apresentada nesta tese.

Federal de 1988 e o aumento de legislações programáticas;<sup>12</sup> o desenvolvimento de uma nova semântica, sobretudo relacionada à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais;<sup>13</sup> a abertura para novas tematizações nos tribunais;<sup>14</sup> a formação de uma nova *expertise* jurídica (*e.g.*, programadores e engenheira jurídica); a incorporação nas operações de mecanismos baseados em algoritmos (*e.g.*, automação); e a evolução de uma comunicação digital do direito.

Se por um lado houve ampliação do uso da argumentação consequencialista em juízo, por outro constatou-se certa fragilidade dos tribunais em relação à operação dos argumentos – fato relacionado ao déficit do Poder Judiciário em produzir segurança jurídica no Brasil. É dizer, as decisões judiciais no sistema brasileiro encontram dificuldade em estabilizar algumas expectativas normativas contrafáticas, sendo que alguns autores explicam este diagnóstico em razão de forte interferência de fatores patológicos nas decisões judiciais, tais como corrupção, proximidade pessoal ou motivações ideológicas (SCHUARTZ et al., 2006); para outros, contudo, o problema reside na qualidade da justificação das decisões judiciais (RODRIGUEZ, 2013) ou mesmo no déficit operativo estrutural do Poder Judiciário (VILLAS BÔAS FILHO, 2009; CAMPILONGO, 2002).

---

<sup>12</sup> A Constituição Federal de 1988 é um marco temporal de transição entre a ditadura militar, que durou 25 anos, e o estado democrático. Naquele momento de abertura do país, a Constituição estabeleceu um estado regulatório capaz de aperfeiçoar a sociedade democrática, basta pensar na extensão dos direitos econômicos e sociais, que exigem da autoridade uma atuação transformadora. Segue-se os apontamentos de Ferraz Jr., diz: “as tarefas postas ao Estado não só se multiplicaram, mas também se modificaram. Exige-se do Estado a responsabilidade por uma conformação social adequada da sociedade, ou seja, colocam-se para ele outras funções que não se casam plenamente com os tradicionais limites do Estado de Direito” (2007, p. 9). É neste contexto que ao longo das três últimas décadas, verificou-se uma crescente adoção dessas legislações finalísticas – cujo intuito é concretizar os objetivos estabelecidos na Constituição Federal. Para tanto, foi necessário desenvolver técnicas para suas consecuições, dentre as quais se destaca a argumentação consequencialista a fim de analisar a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos. Novamente, Ferraz Jr. também discute a partir de uma hermenêutica constitucional orientada para a legitimação vis-à-vis a operação de bloqueio (*ibidem*).

<sup>13</sup> A possibilidade de recurso ao argumento consequencialista também está relacionada à interpretação e à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, que, supostamente, carregam alto grau de vagueza semântica, dependendo de uma construção da autoridade para apresentar a solução adequada ao caso concreto. As novas semânticas presentes nos textos legais sujeitam-se à aplicação do intérprete para conseguir uma completa significação. Há uma importante relação entre interpretação e argumentação que a tese não aborda, remete-se aqui para a apresentação em SCHECAIRA; STRUCHINER, 2016.

<sup>14</sup> Após a Constituição de 1988, o Poder Judiciário obteve maior destaque, fortalecendo sua função contramajoritária em relação aos demais poderes – o que se observou especialmente no STF. Enquanto corte constitucional, o STF consolidou-se como instância legítima para arbitrar interesses de minorias e para decidir conflitos institucionais e políticos, desempenhando papel relevante no delineamento das políticas públicas no país e contribuindo para a criação de incentivos e desincentivos para as mais diversas atividades, cf OLIVEIRA, 2016 e 2017; TAYLOR, 2008.

Vale destacar que esta tese adota como premissa o referido diagnóstico de dificuldade operativa; Campilongo e Villas Bôas Filho – baseados na teoria dos sistemas de Luhmann – explicam que nas periferias do sistema jurídico brasileiro textos legais não são capazes de evitar o acesso, em juízo, de demandas que não foram suficientemente alocadas em outras instâncias programatórias. Em outras palavras, a periferia dos sistemas jurídicos é incapaz de oferecer aos tribunais o autoisolamento cognitivo, que se veem, portanto, obrigados a fornecer decisões baseadas em programas inexistentes, omissos ou parciais.

Diante deste cenário, coloca-se a hipótese de que o aumento do uso do argumento consequencialista no direito brasileiro reflete não apenas um espectro restrito, em casos para os quais o legislador admitiu essa argumentação ou naqueles em que esta tenha sido efetivamente motivada nas decisões, mas também um emprego arbitrário, passível de provocar uma descaracterização deste argumento no direito.<sup>15</sup>

O que se pretende, aqui, não é proceder à discussão *dogmática*<sup>16</sup> do argumento consequencialista, mas verificar como ocorre *funcionalmente* sua avaliação e aplicação pelos tribunais brasileiros. Intenta-se examinar o funcionamento dos tribunais e como o direito lida com as questões produzidas por seu ambiente sem perder sua funcionalidade principal de tomada de decisões jurídicas.

Problematiza-se o diagnóstico sobre a crescente utilização de argumentos consequencialistas e seus efeitos no direito brasileiro a partir da observação de alguns julgados. Além de analisar suas operações e apontar seus limites, identifica-se as circunstâncias que a argumentação consequencialista é necessária à aplicação do direito, bem como as restrições e as dificuldades que ela própria coloca para a argumentação nos tribunais.

Para tanto, organizou-se a pesquisa em três partes. Cada uma pode ser considerada

---

<sup>15</sup> Prevalece um grande risco de confusão do argumento consequencialista com situações não autorizadas ou não motivadas que não se relacionam diretamente com o direito. Trata-se de uma fuga do direito, uma vez que estes argumentos exigem o manejo de razões empíricas ou de juízos probabilísticos autorizados pela ordem estatal. Ao não respeitar os limites operativos, a autoridade incorre no perigo de replicar um modelo inconsistente (em termos argumentativos) de decisão e de não produzir segurança jurídica.

<sup>16</sup> Para a tese a dogmática jurídica é uma forma de pensamento do direito que está relacionada preponderantemente à aplicação do direito e à resolução de conflitos. Trata-se de uma definição tecnológica e performativa, cf. FERRAZ JR., 2015.

como distintas posições de observação<sup>17</sup> dos argumentos consequencialistas do direito<sup>18</sup>, ao mesmo tempo em que podem ser admitidas como etapas sucessivas de redução do elevado grau de abstração. A tese segue desdobramentos do referencial teórico mobilizado – apresentado na sequência – que defende um modelo de observações multinível,<sup>19</sup> pois “toda tentativa de descrever a sociedade com base em apenas uma distinção leva a um contraste exagerado e irreal” (LUHMANN, 2013, p. 43).

Acredita-se que o modelo de observações multinível, se devidamente manejado – já que pode ser controlado pela posição de observação<sup>20</sup> e não existem posições

---

<sup>17</sup> A ideia de posições de observação relaciona-se, nesta tese, com a ideia de referência em Luhmann. Diz o sociólogo que “a referência torna-se observação quando a distinção é usada para adquirir informações sobre o que é indicado (o que, em geral, requer distinções que são mais compreendidas)” (1995a, p. 440, tradução livre). Neste sentido, considerando-se as referências do sistema científico (autorreferências), é possível admitir diferentes posições para observar determinada interação ou sistema da sociedade.

<sup>18</sup> Como apontado nas notas metodológicas desta tese, a observação sociológica dos argumentos consequencialistas do direito deve ser parte integrante de uma teoria da interpretação que descreva tanto a autodescrição do direito quanto a da sociedade. Neste sentido, Campilongo sustenta: “A interpretação jurídica não é apenas autodescrição do direito. É, também, olhar do direito sobre a sociedade e da sociedade sobre o direito. Somente daí é possível extrair uma descrição sociológica da interpretação jurídica à altura da complexidade social” (2012, p.134).

<sup>19</sup> Este modelo se relaciona com a distinção dos níveis de interação entre os sistemas. Explica Luhmann: “A teoria dos sistemas sociais nos permitirá fazer essa distinção entre micro nível e macro nível de forma mais precisa. Tratam-se de diferentes níveis e processos de formação do sistema, sendo realizados simultaneamente e com referência uns aos outros. No nível de interação, os sistemas sociais surgem porque a comunicação implica seleção e a presença de outras pessoas torna inevitável a comunicação. No plano social, os sistemas sociais surgem devido ao fato de que, em toda a interação, deve assumir-se que os participantes também atuam em outras relações sociais. A sociedade - como a totalidade de todas as ações e experiências comunicativamente disponíveis (porém indiretamente realizáveis) - é, em si, um sistema social; também se baseia em estruturas seletivamente constituídas – na sua auto-implicação - e em limites que excluem um ambiente estranho” (2015, p. 235, tradução livre).

<sup>20</sup> Como apontado na nota 17, a posição de observação é uma variável que controla as diferentes formas de referência e, portanto, o grau de abstração, por assim dizer, relaciona-se com as diversas referências. Nesta teoria, a distinção principal é entre heterorreferência e autorreferências. Importa para o sistema científico perceber as diferentes referências produzidas e operadas sobre a sociedade, que, simultaneamente, estão nela situadas, de modo que seu esclarecimento é etapa fundamental em qualquer investigação científica. Luhmann argumenta que a ciência não pode escolher a sociedade em que faz sua autorreferência, tampouco é permitido que se observe a sociedade de fora, admitindo-a como um objeto a ser melhorado de acordo com o avanço do conhecimento. Cabe somente à ciência, a partir de suas estruturas, produzir suposições sobre o seu ambiente (1996, pp. 256-260) — para esta, o mundo torna-se um substrato vagamente acoplado que, sucessivamente, é reconstruído a partir do código “verdade/falsidade”. Aduz, ainda, que “o código [da ciência] define um mundo e ao mesmo tempo define operações que, por sua vez, determinam um sistema que delimita do mundo para poder observá-lo” (ibidem, p.224, tradução livre).

É neste sentido que a tese segue a distinção dos “três níveis de autorreferência” do sistema; segundo Luhmann, é possível diferenciar observações sobre a autorreferência basal (distinção entre elemento e relação), a reflexividade (distinção entre antes e depois) e a reflexão (distinção entre sistema e ambiente) (1995a, pp. 442-448). A sugestão, aqui, é que quanto mais distante da relação basal, mais difícil a reconstrução da rede referencial pressuposta pela observação científica. Logo, o grau de abstração é uma variável resultante da relação entre capacidade de reconstrução da observação e nível de autorreferência do sistema observado – o que é definido pela posição de observação e pelo observador.

privilegiadas<sup>21</sup> –, possibilita o controle das abstrações inerentes ao referencial sistêmico. Afinal, nesta teoria, a sociedade pode ser observada como um complexo sistema de interações, sendo fundamental, para o pesquisador, reduzir e respeitar a ordem das interações basais até as mais distantes à luz de um modelo que diferencia e integra macro e micro níveis de observação.

É dizer, se for possível estabelecer uma gradação multinível, passa-se, primeiro, da observação do nível teórico (mais abstrato) para o nível da sociedade e, depois, para o nível organizacional (menos abstrato). Com efeito, as partes desta tese sobrepõem-se e complementam mutuamente, pois apresentam diferentes observações e enfrentam pontos cegos das outras e, simultaneamente, discorrem sobre elas a partir das experiências de um único observador. Obviamente, nestas posições outros pontos cegos surgirão e muito deixará de ser observado.

Na primeira parte, denominada “Argumento Consequencialista do Direito em uma Teoria Complexa”, é apresentada, para contextualização do objeto da tese, a divergência a respeito da noção de consequencialismo. Alguns autores – para além do utilitarismo e do pragmatismo filosófico – preferem tomá-lo como sinônimo de aplicação direta de razões extrajurídicas para a tomada de decisão, sem respeito a algum critério de adequação (ou forma) jurídica, admitindo-se certa colonização externa do direito ou ocultação por ele produzida. Trata-se de um verdadeiro consequencialismo implacável viabilizado por formas não jurídicas. Posicionamentos semelhantes são encontrados em autores do começo do século XX do realismo jurídico estadunidense (*e.g.*, Karl Llewellyn e Jerome Frank), e reformulados em outras teorias externas sobre o direito como a Análise Econômica do Direito (*e.g.*, primeira fase de Richard Posner e de Guido Callabresi) ou o pragmatismo jurídico (*e.g.*, segunda fase de Richard Posner).

Não obstante, há perspectivas que diferenciam o consequencialismo com o uso mediado pelo direito de argumentos consequencialistas como etapa necessária da justificação (*e.g.*, Neil MacCormick, Zenon Banwoski, Jerzy Wróblewski e Eveline Feteris). Trata-se, aqui, de teorias da argumentação jurídica que discutem a aplicação destes argumentos observando os limites do sistema jurídico.

---

<sup>21</sup> Diz Luhmann discutindo os diferentes níveis de interação na sociedade: “o micro nível e o macro nível são de igual status; nem pode prevalecer um sobre o outro. Todas as afirmações que reivindicam validade ou aplicabilidade universal devem, em vez disso, ser trazidos no âmbito de uma teoria geral dos sistemas sociais que lidam com o surgimento de uma ordem especificamente social como tal” (2015, p. 236, tradução livre).



Considerando-se o propósito central desta pesquisa, vale destacar que, do ponto de vista sistêmico, a visão da teoria do direito contribui para o entendimento de como o direito observa o argumento consequencialista – trata-se da reflexão interna do próprio direito –, de modo que a apresentação do desenvolvimento teórico do tema tem como intuito esclarecer a distinção semântica – forma de variação de sentido - produzida pelo sistema jurídico, que opera cada vez mais com base nas consequências.

Na segunda parte, “Argumentos Consequencialistas do Direito em uma Sociedade Complexa”, observa-se como esta distinção semântica reflete também as operações da sociedade mundial a partir de conceitos que repercutem a dificuldade de lidar com o futuro – tempo das consequências –, como “risco/perigo”, “exclusão/inclusão” ou a forma de “crise/estabilização”. Isto porque o tipo de argumentação em destaque na tese exige previsões, limitadas, temporalmente, na própria possibilidade de operação do direito, em especial quando se considera que este é dirigido pelo passado e suas operações ocorrem no presente.<sup>22</sup>

Argumenta-se que a solução encontrada na sociedade mundial para operar com o futuro foi sua integração com uma “sociedade” de *experts*, modelo reforçado e aplicado nos anos 1990 no Brasil sob os auspícios do Consenso de Washington e de uma agenda reformista do governo federal, sobretudo diante do esgotamento do modelo *welfarista*.

Na prática, as formas de *expertise* são comunicações das autoridades e organizações que recorrem ao conhecimento científico para a tomada de decisão; são, geralmente, especialistas em sua área de atuação e reconhecidos pela comunidade científica. Nesta compreensão, acredita-se que tais profissionais estejam em uma posição privilegiada para decidir questões consequencialistas, pois, além de sua credibilidade e de gozarem de certa experiência técnica, muitos participam dos círculos de poder, em fóruns mundiais, agências, ministérios, tribunais, universidade ou empresas. A tese destaca que os *experts* estão, na verdade, situados *fora* do conhecimento e *no* poder, definindo os rumos da sociedade mundial numa conjuntura de governança global diante dos efeitos da economização, que se desdobram como perigos ambientais para outros subsistemas sociais.

---

<sup>22</sup> Desta forma, para o direito, o futuro segue desconhecido, pois é sempre um *presente futuro* e que apenas se atualiza como um *futuro presente* quando algum texto legal antecipa e condiciona como conteúdo jurídico – como exemplificado no argumento da batalha naval de Aristóteles. Para uma discussão geral sobre tempo e direito a partir do referencial da teoria dos sistemas, cf. ANGELELLI, 2017.

Se por um lado é possível observar uma extrema valorização dessa “sociedade” que atribui a *experts* e órgãos especializados grande autonomia para a tomada de decisão orientada para o futuro, por outro este modelo baseado na atuação destes profissionais oculta diversos problemas e tensões. Argumenta-se, ainda, que o comportamento dos *experts* reproduz desigualdades e injustiças ao distribuir recursos e ganhos pela sociedade, notadamente inclusão pelo risco e exclusão pelo perigo. No caso do enfrentamento dos argumentos consequencialistas do direito, prevalece um paradoxo, pois, ao mesmo tempo em se admitem, cientificamente, a neutralidade e a universalidade da expertise, também se observa o exercício de um poder parcial e enviesado que justifica suas posições<sup>23</sup> e a exclusão pela decisão em outros sistemas.

A tese admite que o direito, por meio da circulação da comunicação dos *experts*, permite a tradução da ciência para tomada de decisão e redução dos perigos ambientais, sobretudo ao lidar com os argumentos consequencialistas. Todavia, esta articulação não é clara, sobretudo se for considerado o paradoxo apontado. Afinal, como o direito relaciona-se com *experts* e observa sua operação a partir de si mesmo?

Na última parte, “Argumentos Consequencialistas do Direito em uma Organização Complexa”, esta pergunta é encaminhada por meio da análise de julgados sobre casos de direitos econômicos em sede de controle de constitucionalidade do STF. A amostra constitui importante representação da atuação do STF enquanto corte constitucional – em tese, com maior sensibilidade operativa em relação aos perigos ambientais, sobretudo aos sistemas político e econômico, além de fácil acesso à expertise<sup>24</sup> – que opera com argumentos

---

<sup>23</sup> Kennedy aponta que “os experts possuem pontos cegos e preconceitos, sobrestimam suas perspectivas e colocam fé no potencial da sua disciplina acima de uma avaliação cuidadosa de suas realizações. Eles aprenderam a ver ordem e sistema no mundo em vez das lutas, e muitas vezes experimentam sua experiência como certa e persuasiva, compreendendo a plasticidade, ambivalência e natureza conflituosa do conhecimento de detêm” (2016, p. 277, tradução livre). Veja também Mattei e Nader (2008).

<sup>24</sup> Sob uma observação sistêmica, o STF é um *locus* privilegiado para captar as sensibilidades advindas do ambiente do direito brasileiro, notadamente nos âmbitos político – ao debater a Constituição – e o econômico – ao interpretar contratos. Analisar as decisões deste tribunal, que opera seletivamente de maneira autorreferente (consistente juridicamente), mas também heterorreferente (por absorver a complexidade do ambiente), permitirá que se descreva como argumentos consequencialistas estão sendo mobilizados pelos ministros no julgamento de casos concretos. Nesta leitura, pode-se aventar que o STF acaba desenvolvendo uma irracionalidade jurídica em favor de uma maior efetividade do caso concreto, que se pauta exclusivamente em consequências extrajurídicas em detrimento da observação dos limites operativos do subsistema jurídico. Uma importante pesquisa neste sentido é a obra de Lima (2015), que estuda a judicialização constitucional do direito à saúde. O autor indica a inaptidão técnica do STF ao atuar para formular e implementar políticas públicas de saúde e aponta que os resultados têm sido desastrosos, já que se privilegia o acesso daqueles bem situados socioeconomicamente, que possuem meios e condições de acesso à justiça, em prejuízo do desenvolvimento de atividades preventivas. De uma outra perspectiva, trata-se também de compreender os perigos do substancialismo jurídico, cf. REIS, 2017.

consequencialistas.

Importa saber como o tribunal utiliza o argumento consequencialista na sua decisão, sendo relevante verificá-lo por meio de análises quantitativa e qualitativa. Como ministros identificam e avaliam as consequências? Como eles operam com metodologias, dados probabilísticos e pareceres técnicos? Neste diapasão, a tese avança em uma tipologia sobre os tribunais a partir da observação da comunicação organizacional e distinta daquela do direito, a qual permite compreender a utilização de argumentos consequencialistas em juízo, bem como precisar o fenômeno da expansão do tribunal para além do direito.

Ao final, com cerne nestas três posições de observação, restará demonstrado que o argumento consequencialista reflete uma nova dinâmica dos tribunais na sociedade.

Inclusive, o título da tese reforça as três posições de observação e essa reflexão. Tribunais, enquanto organizações sociais, ultrapassam os limites do sistema jurídico, produzindo outra comunicação ressoante, para além do direito. Da mesma forma, as decisões reforçam o paradoxo desdobrado pelos tribunais no direito, não apenas relacionado com o paradoxo da decisão. A comunicação dos tribunais circula de modo autorreferente e heterorreferente, desafiando a compreensão de como ocorrem as interações com os outros sistemas de função e entre as organizações.

A tese sustenta, primeiro, que há sempre redução e aumento de complexidade. A complexidade se refere às seleções e possibilidades das operações dos tribunais, que é continuamente desdobrada em novas possibilidades, sobretudo em uma sociedade diferenciada funcionalmente e heterárquica. Segundo, os tribunais redefinem seus próprios limites a todo instante e podem ser observados, simultaneamente, tanto como centro do sistema jurídico quanto como organizações periféricas, cada vez mais atuantes nos sistemas político e econômico.

## NOTAS METODOLÓGICAS

---

Antes de avançar, é preciso esclarecer alguns aspectos metodológicos da tese para o leitor. Revela-se, neste ponto, que não é possível fazer pesquisa em direito reproduzindo padrões não científicos, naturalizando problemas locais e isolando-se de outros conhecimentos.<sup>25</sup> Inversamente, pesquisadores em direito devem alcançar outros saberes e aceitar os estranhamentos inerentes ao processo da investigação.

Como já mencionado, esta pesquisa possui viés sociológico. A preocupação não reside em testar os argumentos consequencialistas – discussão reservada à dogmática jurídica –, mas em compreender como ocorre sua aplicação no direito brasileiro.<sup>26</sup> A sociologia jurídica permite que se proceda a uma descrição atualizada desta complexidade observada no direito, apontando os paradoxos e os modos pelos quais as consequências são desdobradas e transformadas, mormente com base na teoria dos sistemas abertos e fechados de Niklas Luhmann.<sup>27</sup>

A mobilização deste instrumental justifica-se, nesta tese, a partir de duas razões. Primeiramente, Luhmann foi um crítico da visão consequencialista do direito, sobretudo por sua descrença na operação de programas finalísticos pelo direito, sempre condicionados aos códigos e resolvidos, no limite, por regras de competência dos juízes – mesmo que programas que fixam os conteúdos de adjudicação aprioristicamente não tivessem sido explicitamente condicionados. É por isso que na visão luhmanniana as consequências são

---

<sup>25</sup> Um importante desafio acerca da pesquisa jurídica no Brasil é superar certa tradição bacharelesca predominante nos programas de pós-graduação que decorre da reprodução pelas pesquisas do abismo entre o direito de manuais e códigos e o direito praticado por advogados e tribunais. Em outras palavras, há uma ruptura presente nas descrições entre um direito idealizado e outro empiricamente constatado. Porém, esta situação não é muito explorada em pesquisas em direito no país – revelando a fragilidade desses trabalhos, como explicam Kant de Lima e Baptista: “O campo jurídico não se permite ser descrito ou analisado de forma diferente, assim como não quer ter de incorporar em sua estrutura as suas descrições. Com isso, acaba ficando sempre igual” (2014, p. 6).

<sup>26</sup> A tese não pretende sustentar um modelo específico de argumentação consequencialista e tampouco defender uma teoria da argumentação. Na parte I, por exemplo, apresenta-se as descrições que o próprio direito produz com o intuito de entender o desenvolvimento do sistema jurídico. A relevância é observar e compreender os paradoxos e limites da argumentação consequencialista no direito.

<sup>27</sup> É importante esclarecer de início que existem diferentes fases e abordagens da sociedade em Luhmann. A versão atualizada desta teoria se encontra na obra *Sociedade da Sociedade* (2007a), publicada pela primeira vez em 1997. No entanto, o sociólogo alemão também produziu uma série de observações sobre cada sistema social – e.g., direito, economia, religião, política, arte, saúde, amor etc. A tese admite estes outros desenvolvimentos teóricos que possibilitaram a renovação do modelo e aplicação deste para situações não contempladas nas observações de Luhmann.

tratadas pelo direito de maneira seletiva e via argumentação, esta que deve ser compreendida como “(...) a auto-observação do sistema jurídico que, em seu contexto recursivo autopoiético, reage às diferenças de opinião passadas ou vindouras, no tocante à atribuição de valores do código lícito ou ilícito” (2016, p. 469).

Em segundo lugar, este instrumental é construído em oposição a uma visão ontologizante e subjetivista da sociedade, muitas vezes vinculada à semântica racionalista da Ilustração, baseada na ação racional centrada em sujeitos – o que justifica a sua aversão ao antigo “Iluminismo Sociológico”<sup>28</sup> –, possibilitando que se repense o tema direito e consequência de outra forma.

É importante esclarecer que para Luhmann sociedade é o sistema social mais abrangente e está delimitada pelos limites da comunicação, não por limites territoriais, políticos ou culturais (1995a). Desta forma, qualquer comunicação pode, em princípio, estar relacionada a qualquer outra comunicação e, independentemente, dos limites espaciais, existe apenas um sistema social global: a sociedade mundial moderna. Todo o debate sobre as consequências do direito nesta tese se insere neste contexto mais amplo.

O tratamento das consequências pelos sistemas sociais deve respeitar e observar os limites semânticos, as possibilidades e os paradoxos produzidos pelos sistemas, não obstante sejam descritos de maneira contingente.<sup>29</sup> E é por isso que Luhmann sustenta, ao inaugurar

---

<sup>28</sup> Em seu texto de 1967, Luhmann admite uma separação entre a sociologia do Iluminismo “ingênuo” e o seu modelo diante do problema da redução da complexidade. A questão, passa, então, por observar um necessário esclarecimento da sociologia e por evitar duas premissas equivocadas da Ilustração, a saber, “a participação igual de todos os homens numa razão comum que eles possuem sem ulterior mediação institucional, e o optimismo, certo do seu triunfo, em relação ao estabelecimento de situações justas” (2005a, p. 21). Neste texto, o sociólogo também defende que esta “nova” sociologia ilustrada é uma sociologia da sociologia, diz “[u]ma sociologia da sociologia não pode servir para facultar à investigação sociológica verdades deduzíveis e fundamentadas através da garantia das condições de verdade. Tal seria apenas uma repetição da tentativa antiga de, pela redução dos campos de investigação a uns quantos conceitos fundamentais e axiomas simples, bloquear o problema da complexidade, em vez de o levantar. Se, pelo contrário, a sociologia se conceber como ciência de orientação funcional, uma aplicação desta ciência a si mesma só pode significar, por seu turno, análises funcionais, isto é, análise da sociologia como de um sistema particular que apreende e reduz a complexidade” (ibidem, p. 69). Em acréscimo, a crítica a esta visão também foi explorada na obra sobre o sistema científico; o autor pontua que ciência e sociedade não podem ser desvinculadas, já que a ciência não está em posição superior de observação externa à sociedade, portanto, “isto modifica todas as ideias que poderiam ser associadas ao conceito de ilustração sociológica, que admitem poder deduzir e operar com um acesso privilegiado da realidade” (LUHMANN, 1996, p. 438, tradução livre).

<sup>29</sup> Contra a perspectiva tradicional que identificava o consequencialismo como uma visão da consequência da ação, seguindo uma leitura sobre a determinação causal entre *input/output*, para Luhmann não há certeza que tal consequência acontecerá e tampouco é possível afirmar que a causa foi uma relação de troca com seu ambiente. Na verdade, ele sustenta que “os sistemas operam de maneira recursiva (são operativamente fechados) e seguem com base no estado que atingiram. Suas próprias operações são guiadas pelo passado

o campo de sua teoria, que “[a] complexidade social, juntamente com os esforços da sua apreensão e redução, é um estado de coisas que a sociologia encontra no mundo e investiga” (2005, p. 69).

Cabe esclarecer que a contingência ecoa na teoria dos sistemas como um desdobramento da teoria da complexidade – já mencionada na introdução desta tese, que consiste na observação das diferentes possibilidades de seleção capazes de acontecer nos sistemas entre os seus elementos. Em Luhmann, sistemas (não somente os funcionais) reduzem a complexidade do ambiente por meio de seleções que, na verdade, se apresentam sempre como alternativas disponíveis a futuras seleções e, simultaneamente, como frustrações.<sup>30</sup>

É possível, em verdade, afirmar que a contingência permite perceber como esta teoria foi erigida a partir de uma racionalidade dos paradoxos. Ao aplicar uma lógica da diferença do matemático George Spencer Brown para observar a sociedade, Luhmann confirma que toda a observação é uma distinção que constrói (lado marcado) e destrói (lado não marcado). Constrói, pois, todo conhecimento possível é o conhecimento sobre o observador, que é um sistema. Paradoxalmente, destrói já que prevalecem simultaneamente pontos-cegos, que exigem o desdobramento da observação.<sup>31</sup>

A ideia já é bem conhecida, não há pontos de partidas e nem chegadas na teoria dos

---

(imediate). Eles não podem ter acesso ao seu futuro. Por isso, eles se movem para trás no futuro”. O autor considera, ainda, que os sistemas possuem memórias, o que permite a realização de cálculos e a modificação de expectativas, “as operações auxiliadas pela memória não podem levar tudo o que examinam como sendo simultâneas [entre sistema e ambiente], pois isso levaria a sobreposições insuportáveis, à confusão, à inconsistência e à desorientação” (2006, p. 35, tradução livre).

<sup>30</sup> De Giorgi aproxima complexidade e contingência, diz: “Complexidade significa, portanto, na prática, diz Luhmann, obrigação de operar uma seleção, enquanto contingência significa perigo de desilusão, necessidade de ir de encontro a riscos uma vez que a seleção tenha sido efetuada” (2017, p. 223).

<sup>31</sup> A cibernética só reforça o ponto, pois paradoxos não são resolvidos, mas apenas desdobrados em novas observações que resultam em novos pontos-cegos, sejam observações de segunda ordem, terceira, quarta etc. – e.g., este ponto é também conhecido como o problema do observador. De Giorgi comenta: “É possível sair, liberar-se desses paradoxos? A lógica não nos ajuda. A lógica, dizia Luhmann, pode ver somente o fato de que algumas expressões, a cuja verdade esta não pode renunciar, entram em contradição com outras expressões para as quais vale a mesma coisa. Mediante manobras lógicas, o problema não pode resolver-se. Como na terapia sistêmica se pode somente buscar, com a ajuda de *Gegenparadoxierugen*, um lugar menos doloroso no qual o problema possa ser tolerado” (2007, p. 30), e mais adiante pontua que “Em torno a Luhmann podem construir-se outros paradoxos; outras histórias se podem contar. Desta maneira evitamos o problema do observador, que é o problema da latência. Isto é, o fato de que o observar, como diz Luhmann, visto como operação, deve usar uma distinção que, no momento da operação, não pode indicar porque não pode distinguir. E, efetivamente, nós observamos distinções que um observador usa para indicar alguma coisa e que no momento de sua utilização são inobserváveis” (ibidem, p.31).

sistemas. Nesta relação paradoxal, que afasta ontologias e filosofias dos sujeitos,<sup>32</sup> os sentidos – numa aproximação fenomenológica –<sup>33</sup> são produzidos como a unidade da distinção e sempre desdobrados em um futuro incerto, em especial via comunicação na sociedade. É por isso que ideias como certeza, totalidade, determinação e universalidade, por assim dizer, não se ajustam bem com o linguajar sistêmico, pois escapam do ponto de observação do déficit de racionalidade da sociedade.<sup>34</sup> Numa sociedade caracterizada como fragmentada e heterárquica, a observação é marcada por paradoxos e tautologias e é preferível incluir ideias como incerteza, parcialidade, indeterminação e seletividade.

Sob outro ponto de vista, considerando-se a dimensão temporal dos sistemas – *i.e.*, observações dos sistemas a partir do par passado/futuro –, a contingência apresenta-se como um horizonte de possibilidades sobre a observação do futuro. A epígrafe desta tese corrobora justamente este ponto ao retomar o famoso argumento da batalha naval de Aristóteles, que demonstrou a impossibilidade de se aplicar o princípio da bivalência para os futuros contingentes. O argumento da batalha naval, onipresente na observação das consequências na sociedade, foi comentado por Luhmann, que sustentou a importância de se diferenciar o *presente do futuro* e o *futuro do presente*, distinção subjacente a todas as ponderações desta tese.<sup>35</sup>

Na visão sistêmica, tempo é uma construção (ou dimensão) social do sentido a partir da distinção passado/futuro feita no presente e por cada sistema. Nesta chave prevalece uma

---

<sup>32</sup> Clam sustenta que opera um elemento deontologizante na teoria dos sistemas, diz “O nível mais exigente no entorno dessas concepções pós-ontológicas é alcançado pela teoria sistema de Niklas Luhmann. Ela representa a concepção mais rigorosa e mais desenvolvida de uma identidade puramente operativa, absolutamente contingente, que sempre escapa a si mesma, não idêntica” 2006, p. 274).

<sup>33</sup> A aproximação fenomenológica do sentido é apresentada como aquilo que é observável e experimentado. Na perspectiva sistêmica, o sentido é tratado em três dimensões: social; matéria e temporal. Todavia, esta aproximação não se limita à intencionalidade do sujeito, Luhmann amplifica para todos os sistemas que se constituem e operam por meio do sentido (*e.g.*, psíquico e social). Diante de tanta contingência, o propósito da sociologia é, por assim dizer, observar e compreender a estabilidade fenomênica da sociedade. Para uma discussão nesse sentido, cf. CLAM, 2006.

<sup>34</sup> Cf DE GIORGI, 2016.

<sup>35</sup> Luhmann pondera que “[o] que está no futuro não pode ser observado. Isso induziu Aristóteles a perguntar como os julgamentos sobre o futuro poderiam ser feitos usando termos como a verdade e a falsidade. A resposta é, naturalmente, que o julgamento deve não ser decidido. Embora o código binário verdadeiro/falso seja universalmente válido, as decisões sobre futuros contingentes podem simplesmente não ser feitas ainda. Isso, por vezes, foi interpretado como exigindo um terceiro valor lógico, o de indecidibilidade. Pode-se também afirmar que é necessário estabelecer uma distinção entre o presente futuro (quando o prognóstico é feito) e o futuro presente (o momento em que o evento ocorre)” (2006, p. 73, tradução livre), veja também LUHMANN, 1976.

pluralidade de tempos e, em uma sociedade policontextual – *i.e.*, marcada pelos diversos âmbitos de comunicação –, o desafio é articular as desarmonias temporais entre os sistemas (LUHMANN, 1976, pp. 149-152). Trabalha-se, assim, com uma noção fenomenológica de tempo – *i.e.*, temporalização de experiências – diferenciando-se da noção de tempo cronológico (contínuo) ou de tempo modalizado (organizado),<sup>36</sup> e o interesse recai em observar como os sistemas “desfuturizam” o futuro e operam na sociedade policontextual.<sup>37</sup>

Pelo exposto, a capacidade heurística desta teoria adquire outra orientação. No caso da aplicação de argumentos consequencialistas pelo direito, o interesse desloca-se para a observação da coevolução, da dependência e independência simultâneas, entre sociedade e direito, implicando a diferenciação entre *presente do futuro* e *futuro do presente* do direito. De um lado, um direito “prospectivo”, que imagina e tenta antecipar o futuro por meio da argumentação. Do outro, a sociedade e suas tecnologias – *i.e.*, inovações como processos de significação –, que buscam confirmar o futuro presente. Revelam-se, assim, tensões e excessos de possibilidades entre direito e sociedade.

Vale, ainda, resgatar um contexto geral desta teoria para o leitor não familiarizado. Sem a pretensão de resumir esta complexa teoria, marco de uma transformação no campo

---

<sup>36</sup> Diz Luhmann: “Proponho definir o tempo como a interpretação da realidade em relação à diferença entre passado e futuro. Esta definição pressupõe, é claro, que a vida cotidiana ocorra como experiência da mudança e contém em si o ponto de partida para a sua própria cronometragem. Eu poderia provar esse pressuposto por análises fenomenológicas. Esta experiência de mudança, no entanto, ainda não é realmente o tempo, como o próprio Husserl viu nos últimos anos. É penetrante e inevitável. Se você não vê ou ouve nenhuma mudança, você sentirá isso em si mesmo. É o dote da vida orgânica pelo seu casamento com a cultura. E predetermina a universalidade do tempo no nível cultural. Mas permanece em geral aberto para a elaboração e variação cultural, precisamente porque é uma predisposição universal para temporização de experiências” (ibidem, p.135, tradução livre).

<sup>37</sup> É importante observar como este ponto se relaciona com as distintas temporalidades desenvolvidas pelos sistemas. É por meio da produção semântica que cada sistema consegue condensar sentido e orientar temporalmente as suas operações. Nesse sentido, as operações são eventos que são reproduzidos constantemente pelo sistema. Graças a reprodução e a formação de expectativas que é possível observar a diferença temporal dos sistemas. Sobre a temporalidade, diz Luhmann: “A temporalização da complexidade vem da temporalização dos elementos de um sistema. O sistema é formado a partir de elementos instáveis, que apenas duram por um curto período de tempo ou mesmo, como ações, não têm duração própria, mas acontecem com sua realização. Observados cronologicamente, cada elemento, é claro, ocupa uma certa quantidade de tempo do relógio. Mas o próprio sistema determina o comprimento do tempo durante o qual um elemento é tratado como uma unidade que não pode ser mais dissolvida; esse período tem um caráter conferido (experimentado), não ontológico. Desta forma, um sistema adequadamente estável é composto de elementos instáveis. Ele deve sua estabilidade a si mesmo, não aos seus elementos; ele se constrói a partir de uma base que não é inteiramente disponível, e este é precisamente o sentido em que é autopoietico” (1995a, p. 48, tradução livre). Para uma apresentação geral da ideia de tempo e o direito na teoria dos sistemas, cf. ANGELELLI, 2017.



da história da teoria social,<sup>38</sup> basta reconhecer que em Luhmann o direito (sistema funcional) também é observado como uma diferença em relação à sociedade (ambiente). De acordo com esta visão, o direito não está *fora* da sociedade, mas está *na* sociedade funcionalmente diferenciada, é subsistema do sistema da sociedade, diz o sociólogo “ a sociedade não é simplesmente o ambiente do sistema legal. Em parte, ela é mais, à medida que inclui operações do sistema jurídico, e em parte, menos, à medida que o sistema do direito tem a ver também com o ambiente do sistema da sociedade” (2016, p. 74).

Direito e sociedade não se confundem, mas se pressupõem na medida em que não é possível observar o direito sem o reverso do qual faz parte. Aliás, para Luhmann, toda observação é uma forma de diferenciar dois lados; ademais, estes se compõem pois, primeiramente, ambos lidam com a comunicação: a sociedade (e seus distintos subsistemas) é formada pela comunicação, e o direito nada mais é que uma comunicação especializada. Adicionalmente, o direito precisa supor a existência da sociedade – em termos sistêmicos, isto é explicado por meio do conceito de *autopoiese*, que permite a operação do direito a despeito da sua distinção da sociedade.<sup>39</sup> O direito produz e reproduz seus próprios elementos constitutivos a partir de um fechamento (ou clausura) operacional; o direito é autorreferente (direito é direito), ainda que esteja pressuposto *na* sociedade.

No entanto, esta explicação restará incompleta se não apontar que direito e sociedade devem ser capazes de se inter-relacionar – e a observação, aqui, recai na heterorreferência do direito. Na visão sistêmica, o direito não se encontra num isolamento solipsista; Luhmann não nega a sociedade em relação ao direito, pois há ruído de um pelo outro. O direito consegue, portanto, abrir-se para a sociedade (e vice-versa) sem que suas operações internas sejam comprometidas.

Contudo, as operações do sistema jurídico repercutem, em muitos casos, para além

---

<sup>38</sup> A proposta teórica de Niklas Luhmann pretendia superar uma crise da sociologia a partir da segunda metade do século XX, que oscilava entre trabalhos empíricos e releitura de clássicos, considerados ultrapassados e incompatíveis com a complexidade da sociedade. É neste sentido que esta tese compreende a transformação operada pela teoria dos sistemas abertos e fechados na história da sociologia. Veja VILLAS BÔAS FILHO, 2009, pp. 1-15.

<sup>39</sup> Vale lembrar a parábola dos camelos inicialmente contada por Heinz von Foerster e, depois, retomada em Luhmann. Seria necessário o empréstimo do décimo-segundo camelo para resolver o problema de partilha de onze camelos entre três beduínos? (LUHMANN, 2004). A parábola reforça a ideia de fechamento operativo e abertura cognitiva dos sistemas, pois o camelo é ao mesmo tempo necessário e não necessário para a partilha. Comentando a parábola explica De Giorgi: “o camelo realiza uma operação simbólica; ele constitui o fazer possível a operação; nele, a operação e resultado da operação, se confundem. E desta maneira a indizibilidade constitutiva do paradoxo constitutivo do direito encontra a possibilidade de decidir: o sistema a se bifurca e, através desta bifurcação, cada operação do sistema desparadoxiza o direito. A produção de direito é simultaneamente produção de não-direito” (2007, p. 32).

do direito, pois, “[à] medida que o sistema do direito se utiliza da linguagem para comunicar, ele está sempre a comunicar possibilidades de associação fora do sistema jurídico” (ibidem, p. 75). Tais possibilidades nem sempre são plenamente controladas pelo direito, como quando um noticiário revela notícias de um crime, ou quando são exigidas forças policiais para garantir o cumprimento de decisões judiciais. Sublinha-se, novamente, as comunicações ultrapassam os filtros do direito, e nessas situações a operação das consequências ganha destaque.

Reitera-se que na visão sistêmica existe uma relação de simultaneidade e de coevolução entre direito e sociedade, assegurando tanto a dinamicidade quanto a existência dos sistemas, ainda que esteja operativamente limitada. Desta forma, é possível observar o tema das consequências extrajudiciais, a título de exemplo, por meio da questão da integração entre ambiente e sistema.

Operações com base nas consequências devem ser entendidas como internas do direito, exigindo, portanto, uma tradução e uma recepção mediadas pela comunicação jurídica mesmo que se observe uma simultaneidade no ambiente, caso se admita que isto também resulte em informação interna para outros sistemas funcionais. Campilongo aponta com clareza este desafio de promover traduções de comunicações, “quando um sistema interpreta o outro, aquilo que é interpretado não pode ser processado tal qual se encontra. Exigem-se “tradutores” ou “dicionários” que validem as interpretações de um sistema para o outro” (2012, p. 161).

A integração não é operada por meio da correspondência ponto a ponto entre sistema e ambiente, mas pressupõe que o sistema seja capaz de se abrir cognitivamente ao ambiente sem que se comprometa sua diferenciação funcional e suas operações internas.<sup>40</sup> Ideias como acoplamento estrutural, interpenetração e canal de irritações e, inclusive, de organização como sistema de decisão ganham relevância a partir da teoria sistêmica para discutir a integração entre sistema (direito) e ambiente (sociedade).

Sem dúvida, o instrumental sistêmico oferece maior precisão descritiva dos sistemas sociais, uma vez que se ocupa em compreender de que maneira os sistemas autorreferenciais

---

<sup>40</sup> O conceito de causalidade em Luhmann se transforma, pois, agora, trata-se de uma forma que depende de acoplamentos e fechamentos operativos ao mesmo tempo em que se produzem expectativas. Não se trata de simples possibilidade de atribuição de efeitos e causas, mas de observar atribuições bem-sucedidas. Para a discussão de causalidade, cf. LUHMANN, 1998 e 1982.

descrevem-se, sem distorções e evitando uma apreensão subjetivista ou excessivamente formalista da sociedade.<sup>41</sup> Todavia, esta tese evitará, na medida do possível, longas reconstruções e explicações de alguns conceitos da teoria dos sistemas sociais, exaustivamente abordados por importante literatura de divulgação da obra luhmanniana no Brasil.<sup>42</sup>

Propõe-se, aqui, outra perspectiva – mais sintética e não tão ortodoxa – da teoria dos sistemas. Esta perspectiva, não menos coerente, é capaz de dialogar com uma literatura mais criativa e propositiva, que assume o compromisso de avançar e aplicar este instrumental no Brasil, “alargando o horizonte cognitivo” da teoria.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Além de assumir todo o instrumental da teoria dos sistemas, compartilha-se, nesta tese, da ideia dos processos de diferenciação funcional dos sistemas como traço de modernidade múltipla – o que evita a compreensão formalista de sociedade. Vale lembrar que apontar essas causas significa saber como o direito brasileiro opera, no sentido em que a diferenciação funcional do direito é uma forma de manifestação da sociabilidade na história (VESTING, 2015, p. 293). Além disso, a ideia de modernidade múltipla remete a Einsenstad (2000). O conceito evita pressupor uma homogeneização da modernidade, furtando-se a proceder a uma distinção absoluta entre o “centro” e a “periferia” do sistema social global. Admitem-se, aqui, outros processos seletivos de modernização, considerando-se as especificidades locais e históricas. É valioso o apontamento de Villas Bôas Filho: “[P]ara que se possa aplicar adequadamente a teoria dos sistemas à análise do direito na sociedade brasileira, é necessário que esta seja considerada uma forma seletiva entre outras e não a contrapartida negativa do modo pelo qual a mesma se realizou noutros contextos sociais” (2009, p. 295). Ademais, vale lembrar que a distinção entre modernidade e pós-modernidade é produzida socialmente e o interesse na chave sistêmica é descrever como os outros descrevem o que outros descrevem, cf LUHMANN, 1995.

<sup>42</sup> Importante expoente da divulgação das ideias de Niklas Luhmann no Brasil foi Ferraz Jr., que afirmou que “[a] ideia de escrever sobre a função social da dogmática jurídica surgiu em face de uma indagação formulada pela teoria crítica desde o final da década de 1960, começo da de 1970. Naquela ocasião havia uma grande preocupação com relação aos temas do direito, principalmente os voltados para a perspectiva social; o exercício de certas funções do direito na sociedade. A preocupação com a dogmática jurídica, segundo as duas perspectivas até certo ponto opostas de [Theodor] Viehweg e [Niklas] Luhmann, acabou tomando forma, para mim, nessa indagação a respeito de como o direito funcionava em nossa sociedade e como ele, como objeto, desempenhava suas funções na vida social” (2010, p. 14). Sem dúvida, outro representante de renome foi Raffaele De Giorgi, que, além da participação em diversos cursos no Brasil, também formou uma geração de importantes professores que ampliaram a divulgação da visão sistêmica nas faculdades de direito na década de 1990, como Celso Fernandes Campilongo e Juliana Neuenschwander Magalhães. Vale ressaltar outros divulgadores da teoria no país, como Marcelo Neves, Leonel Severo Rocha e Willis Santiago Guerra Filho.

<sup>43</sup> A tese está mais interessada em dialogar com uma literatura mais criativa que permita alargar o horizonte cognitivo da teoria dos sistemas no Brasil. Cf., neste sentido, GONÇALVES, 2013a; VILLAS BÔAS FILHO, 2009 e 2015; ou DUTRA, 2016. Esta literatura é desdobramento de trabalhos dos anos 2000 que discutem a recepção de algumas ideias, questionando especialmente o caráter heterogêneo da sociedade mundial. Todavia, é possível fazer uma segunda distinção: na literatura criativa, alguns trabalhos apresentam-se como ampliação da Teoria dos Sistemas Sociais para observar a sociedade brasileira, mencionando-se a produção de professores e pesquisadores como LIMA (2015), AMATO (2017), FONSECA (2016), CORREIA (2014), ROSA (2014) entre outros.

Outra perspectiva defende o “uso em negativo” do referencial sistêmico para produzir os diagnósticos de época, ou até “usar Luhmann contra Luhmann”, do que se deduz, portanto, serem trabalhos mais críticos do que propriamente receptivos à teoria dos sistemas. Alguns exemplos desta linha são MINHOTTO; GONÇALVES (2015) ou BACHUR; DUTRA (2013). Por fim, ressalva-se que a expansão e a recepção de Luhmann no Brasil

Algumas razões justificam o desdobramento desta perspectiva pela tese. Primeiro, admitem-se novas condições na comunicação jurídica, sobretudo oriundas das transformações digitais, que implicaram novos modos operacionais das atividades judicantes e administrativas, e que, portanto, podem sugerir novos acoplamentos.<sup>44</sup> Vale lembrar, ainda, que muitas observações apresentadas por Luhmann – falecido em 1998 – desconsideraram a revolução da comunicação operada pela rede mundial de computadores no início do século XXI, sendo que o próprio sociólogo reconheceu ser necessário considerar as condições sociais a fim de compreender as transformações na informação (1995a, p. 457).<sup>45</sup>

Segundo, a tese aceita em parte as limitações apontadas pela visão crítica da teoria dos sistemas sociais,<sup>46</sup> sobretudo diante da inexistência de uma teoria sistêmica da

---

restringiu-se quase completamente ao âmbito das faculdades de direito, carecendo, ainda, ser englobado por outras faculdades de ciências humanas. Acredita-se que esta limitação empobrece o debate das ideias sistêmicas e dificulta uma melhor compreensão da operação de outros sistemas sociais para além do direito no país.

<sup>44</sup> Nesse sentido diz VESTING (2015): “(...) [o sistema jurídico] depende em uma medida nunca antes vista de sobreposições, formas híbridas e acoplamentos estruturais com outros sistemas sociais, que, provavelmente, não mais podem ser facilmente apreendidas com a diferença (baseada no conceito de sentido) entre sistema e ambiente” (op. cit. p. 315).

<sup>45</sup> No direito, o impacto revelou-se tanto quantitativamente quanto qualitativamente – acarretando, possivelmente, uma resignificação da ideia de expectativas. Basta considerar, ilustrativamente, que no sítio eletrônico do Poder Judiciário de São Paulo milhões de decisões e atos são proferidos e disponibilizados pelos tribunais e juízes de primeiro grau. Segundo recente comunicado da Corregedoria-Geral da Justiça, na Primeira Instância da Justiça Estadual de São Paulo foram proferidas, entre 1º de janeiro/2016 a 31 de dezembro/2016, 3.909.046 sentenças, cumpridas 847.840 cartas precatórias e realizadas 895.350 audiências. Cf. Comunicado CG n.º 103/2017, disponibilizado em 06 de janeiro de 2017 – Diário da Justiça Eletrônico – Caderno Administrativo São Paulo, Ano X – Edição 2.282, p.4.

<sup>46</sup> O ponto é de extrema importância, pois a tese intenta diversificar a apropriação brasileira de Niklas Luhmann. Na verdade, trata-se primeiramente de compreender que a abordagem luhmanniana ainda é uma forma eurocêntrica e desatualizada de observação (datada da década de 1990). Destaca-se a posição de Villas Bôas Filho ao propor uma redução da escala da observação para compreender os condicionamentos locais, cf. 2009, pp. 375-394. Segundo, acredita-se que a aplicação descritiva da teoria dos sistemas é capaz de identificar tensões e rupturas no plano das operações dos sistemas e, portanto, existe um latente potencial crítico nesta teoria, ao evidenciar os verdadeiros entraves internos ao sistema. No entanto, esta tese não pretende desenvolver uma leitura distinta de uso deste potencial, como o faria uma teoria crítica dos sistemas – admitindo-a como um programa filosófico –, conforme ilustrado em um “uso em negativo da teoria dos sistemas” (MINHOTO; GONÇALVES, 2015, p. 36) ou em “usar Luhmann contra Luhmann” (BACHUR; DUTRA 2013, p. 08). Mínho e Gonçalves explicam o ponto do uso negativo como “um marcador de tendências de desdiferenciação funcional que se articulam à racionalidade econômica imperialista do neoliberalismo, em especial, à tendência para a formação de distintas ‘indústrias’ em diferentes âmbitos da vida social contemporânea” (MINHOTO; GONÇALVES, 2015, p. 23). Nesta visão admite-se uma aplicação prática da teoria dos sistemas, sobretudo ao refletir sobre o lado não marcado (*unmarked space*) dos sistemas sociais – e.g., ilícito, não ter, exclusão, perigo entre outros lados negativos dos códigos dos diferentes sistemas sociais. A reflexão sobre o lado não marcado possibilitaria observar os bloqueios e tensões que marcam a modernidade. Foi neste sentido, então, que Rudolf Wiethölter cunhou o termo Teoria Crítica dos Sistemas para fazer referência aos trabalhos desta literatura heterodoxa. Inclusive, Fischer-Lescano expressamente defendeu esta visão como um novo programa. Segundo este autor, “[d]e fato, há uma “teoria crítica dos sistemas”. Essa

argumentação jurídica na obra de Niklas Luhmann ou de uma sociologia da argumentação jurídica e dos tribunais. O campo da sociologia da argumentação é uma área pouco explorada nos programas de pós-graduação em direito e não consolidada no país, ainda que seja possível apontar trabalhos recentes que avançam neste campo – *e.g.*, Campilongo (2012) e Lima (2015); ou mobilizando outro referencial Almeida (2016).

Em breve síntese, é possível dizer que esse ramo da sociologia jurídica preocupa-se em estudar a atuação dos tribunais *da* sociedade, abrangendo temas como modelos de trajetória do Estado e sua articulação com o Poder Judiciário, formas de organização e comunicação organizacional, formas de recrutamentos e gestão dos tribunais, discursos judiciais, processos de economização ou politização dos tribunais. Este campo de pesquisa pressupõe, portanto, uma teoria social ao mesmo tempo que se vale de embasamento empírico.<sup>47</sup>

Por fim, a tese também encontra inspiração no desafio proposto em 1958 pelo historiador Fernand Braudel ao lançar a necessidade de se resgatar uma historiografia de longa duração que enfatize as continuidades e as raízes – aproximando história e sociologia – *vis-à-vis* uma narrativa marcada pela cronologia de eventos e de fôlego curto, própria de um “tempo do cronista e do jornalista” (1965, p. 264).<sup>48</sup> No Brasil, nesse sentido, verifica-

---

teoria crítica dos sistemas pode filiar-se com os trabalhos da primeira geração de teóricos críticos da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt que procura revelar o nexos entre as normatizações sistêmicas e a subjetividade” (2010, p. 164). Para uma visão geral da ideia de uma teoria crítica dos sistemas do direito, cf. ELMAUER, 2015.

Do ponto de vista sistêmico, diferente da Teoria Crítica, a crítica é uma observação de segunda ordem que observa distinções, logo não há um programa subjacente a esta observação e, simultaneamente, não impossibilita a descrição dos paradoxos. Diz De Giorgi: “A crítica é uma observação que usa uma distinção. Mas o próprio sistema usa uma pluralidade de observações e, portanto, uma pluralidade de distinções” (2017, p. 270) e, ainda, o jurista italiano aproxima a ideia de crítica com a de redescritção operada pelos sistemas. A tese adota esta posição em relação à postura crítica da Teoria dos Sistemas.

<sup>47</sup> Uma visão ortodoxa poderia rechaçar o potencial explicativo de pesquisas empíricas de sociedades complexas – o próprio Luhmann reconhece que os alcances dos métodos empíricos são limitados, devendo-se respeitar a autodescrição e auto-observação dos sistemas. À primeira vista, o alto grau de abstração desta teoria tornaria difícil articular uma pesquisa empírica. Acredita-se que as críticas de Luhmann estavam mais dirigidas aos fundamentos da pesquisa empírica positivista, vinculada à tradição lógico-ontológica, a qual parte da distinção *ser/pensar*, do que propriamente ao potencial empírico que o campo do construtivismo radical possibilita avançar. Vale dizer, se devidamente reformuladas as bases destas pesquisas, é possível admitir que pesquisas empíricas ajustem-se com o referencial da teoria dos sistemas, sendo que “[u]ma integração convincente daquelas pesquisas empíricas só seria realizável através da reintrodução do direito na sociologia jurídica, por meio de uma sociologia do direito levada a sério” (1983a, p. 12). Aliás, na introdução desta tese, já se apontou uma forma de controle da abstração da teoria por meio de um modelo de observação multinível.

<sup>48</sup> Este artigo, publicado na revista dos Annales, é um marco do debate historiográfico, em especial porque Braudel responde a um texto de Lévi-Strauss, “História e etnologia”, de 1949 – futuramente publicado como

se nas décadas de 1940 e 1950 o avanço do gênero ensaístico da "formação" predominante nas ciências sociais,<sup>49</sup> que se valia do direito como elemento explicativo de uma interpretação para discutir o pensamento social brasileiro, acompanhado ou não pela reflexão da construção nacional.<sup>50</sup>

Apoiada neste “novo” relato histórico, ou de uma história conjectural, observa-se as operações dos tribunais da sociedade brasileira considerando as permanências e a trajetória desta organização social no começo do século XXI. A longa duração de Braudel ou o gênero da “formação” apresentam-se, assim, como complemento de fundo para a descrição sistêmica. Admite-se que a observação de sistemas diferenciados funcionalmente seja um modelo que também não escapa do tempo da história das ideias.

Vale dizer, a observação é condicionada temporalmente – há um tempo como experiência da observação científica (tempo do observador) que deve ser considerado e diferenciado em relação à sociedade (tempo da observação), ainda que ambas estejam entremeadas como comunicação a partir do desenvolvimento da pesquisa.<sup>51</sup>

Luhmann já sustentava que “[a] ciência se diferencia da e na sociedade e encontra as causas disso em si mesma. Todavia, não poderia fazer isto, se fosse socioestruturalmente impossível de realizar as correspondentes diferenciações no processo de comunicação” (1996, p. 429, tradução livre). Simultaneamente, a distinção entre direito e sociedade pela

---

capítulo do livro *Antropologia estrutural*. Segundo Rodrigues (2009), os dois principais pontos que o texto combate são o modelo de interdisciplinaridade, de reação aos saberes tradicionais e estanque, e a visão do historiador como aquele que buscava entender o tempo curto – da revolução ou das ações individuais. Este texto é importante, ainda, para uma reconstituição do debate e dos desdobramentos para a historiografia. Braudel aponta para a necessidade da compreensão de uma espessura da história, sobre a qual é possível a reflexão crítica conforme produzida pelos historiadores do século XVIII e do início do XIX, que aceitaram o fato de “(...) que ir além do tempo curto foi o bem mais precioso, porque o mais raro, da historiografia dos cem últimos anos, compreenderemos o papel eminente da história das instituições, das religiões, das civilizações, e graças à arqueologia, a qual são necessário vastos espaços cronológicos, o papel de vanguarda dos estudos consagrados à Antiguidade clássica” (1965, p. 266).

<sup>49</sup> O gênero "formação" é caracterizado pelos filósofos Arantes e Arantes (1997) como uma grande narrativa capaz de produzir certo sentido para a história brasileira, de “dotar o meio gelatinoso de uma ossatura moderna que lhe sustente a evolução”. Essas interpretações sobre o Brasil focaram-se na passagem da colônia para a nação, seguindo “na direção do ideal europeu de civilização relativamente integrada — ponto de fuga de todo espírito brasileiro bem formulado” (op. cit., p. 12).

<sup>50</sup> É possível considerar como exemplos as obras *Formação do Brasil Contemporâneo* de Caio Prado Jr., *Formação Econômica do Brasil* de Celso Furtado e *Formação da Literatura Brasileira* de Antonio Candido. Para uma discussão geral da ideia de formação, cf. ARANTES; ARANTES, 1997.

<sup>51</sup> Veja a abordagem de ANGELELLI (2017), que aproxima a pesquisa histórica da pesquisa sociológica a partir da historicidade – relacionando Luhmann e Koselleck -, diz: “a pesquisa histórica não é atemporal, assim como não é atemporal o seu objeto de análise. A desconsideração da historicidade da própria observação histórica é inaceitável na sociedade moderna” (op. cit., p. 18). O pesquisador também afirma na sequência: “é necessário que a abordagem histórica tenha consciência não apenas da sua historicidade e da sua condição moderna, mas também da de seu objeto de estudo” (ibidem, p. 148).

observação da ciência permite a abertura da pesquisa sociológica para as grandes perspectivas, como De Giorgi exemplifica: “[a sociologia] não copia aquilo que o direito usa como realidade, não copia a semântica jurídica e suas distinções, mas observa o que tal semântica não pode descrever, revela aquilo que não pode ser visto” (2016, p. 116).

Diante destes apontamentos, o leitor deve compreender a importância das mudanças de estilo da leitura sistêmica dos tribunais e da sociedade brasileira feitas nesta tese e familiarizar-se com um tempo mais lento de compreensão do próprio sistema científico. Muito mais do que respostas ou propostas normativas, esta tese traz uma reflexão sobre a trajetória da sociedade brasileira em relação às operações dos tribunais, em especial a partir da problematização de algumas observações sobre as consequências do direito *da e na* sociedade.

## PARTE I

### ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS DO DIREITO EM UMA TEORIA COMPLEXA

---

Do ponto de vista sistêmico, argumentos consequentialistas do direito são autodescrições do sistema. Exige-se, portanto, observar como o direito, ao longo das últimas décadas, diferenciou e reconheceu este tipo de argumento nas suas operações em conexão com a evolução de uma teoria reflexiva, que possibilitou o direito examinar-se a partir de seu próprio entendimento.<sup>52</sup>

As teorias do direito são, segundo a descrição de De Giorgi (2017), “torres de controle” que permitem uma orientação para a regulação da contingência e para a redução da complexidade do sistema. Trata-se da própria capacidade do sistema de observar, refletir e solucionar problemas relativos à estabilização. Explica o jurista italiano que “o direito positivo pode ser racional apenas na medida em que dispõe de uma teoria do direito capaz de elaborar os instrumentos e as indicações-guia para decisões racionais, ou seja, para as decisões que estabilizam o sistema” (op. cit., p. 263).

No plano argumentativo, é o caso de observar as auto-observações (enquanto indicações-guia) do direito sobre os argumentos jurídicos: as teorias da argumentação jurídica.<sup>53</sup>

As teorias da argumentação jurídica firmaram-se a partir da década de 1970, sobretudo em razão dos desdobramentos operados pela virada linguística (ou hermenêutica)

---

<sup>52</sup> Na visão sistêmica a argumentação é descrita como uma operação que está em constante movimento e que varia de situação a situação. Ao longo das últimas décadas, sobretudo nos últimos escritos sobre direito, Luhmann reforça como a argumentação jurídica alcança uma elevada sensibilidade aos problemas e distinções da tomada de decisão pelo direito, tornando o sistema mais complexo, cf. LUHMANN, 1995b e 2016 [1993], em especial no capítulo 8. No limite, trata-se de uma inquirição sobre como o observador observa os programas jurídicos, o que é desdobrado infinitamente em novas posições de observações, diz “No contexto da argumentação jurídica, o observador observa um texto e, assim, proporciona para si, pela interpretação, um espaço livre para a argumentação, que leve em conta outros pontos de vista relimitadores” (2016, p. 496). Tal ponto é discutido no capítulo 5 desta tese.

<sup>53</sup> Nos escritos sobre as teorias da argumentação jurídica Luhmann pressupõe as transformações e diferenciações da teoria produzidas no final do século XX, todavia, o sociólogo não faz um inventário e sequer busca organizá-las – como apresentado nesta parte I. É interessante, porém, observar os interlocutores de Luhmann neste ponto já que o autor privilegia a tradição da Escola de Edimburgo, sobretudo a partir da obra de Neil MacCormick. Tal ponto é discutido no capítulo 4 desta tese.



na história da filosofia.<sup>54</sup> No âmbito da teoria do direito, seu principal referencial teve como base, em alguma medida, a recepção dos apontamentos indicados em Herbert Hart (1994), que esclareceu que o processo de tomada de decisão não deve ser compreendido como resultado de uma simples operação silogística, mas como uma maneira intencional de os juízes resolverem problemas de interpretação ao aplicarem textos legais.

Por trás desta afirmação de que o processo de tomada de decisão é uma forma intencional de solução de problemas de interpretação pelos juízes, subjaz uma série de transformações ocorridas no pensamento e no sistema jurídico na segunda metade do século XX acerca dos papéis do juiz e do legislador simultâneas a um enfraquecimento das teorias convencionalistas (ou fiscalistas) pautadas numa visão mecanicista do direito<sup>55</sup>.

Sobre esta compreensão da virada hermenêutica, Macedo Jr (2014, p. 127) esclarece que a perspectiva do direito em Hart pode ser caracterizada como hermenêutica porque descreve a prática jurídica levando em consideração a forma como esta é percebida e intencionalmente guiada pelos agentes. Interessante notar que a intencionalidade (ponto de vista interno), diferentemente de uma causalidade mecânica verificável no mundo físico (ponto de vista externo), envolve pensamento e deliberação.

A partir deste contexto, teorias da argumentação jurídica começaram a assumir uma autonomia, desenvolvendo modelos e construindo gramáticas com o intuito de analisar diferentes processos de tomada de decisão, seja para identificar padrões e procedimentos necessários para a construção de argumentos jurídicos consistentes – as justificativas –, seja para examinar problemas práticos da argumentação jurídica, inclusive ora aproximando ou ora afastando de juízos morais.

Na década de 1970, um número considerável de publicações abordou o tema da lógica e da argumentação jurídica – *e.g.*, Joseph Horowitz, Neil MacCormick e Robert Alexy,

---

<sup>54</sup>A virada linguística na história da filosofia representa o movimento que admite que o sentido de um termo seja determinado por seu uso, sendo importante considerar o contexto e as práticas compartilhadas — uma vez que a linguagem é vista como forma de ação. O movimento representou uma ruptura em relação à tradição fiscalista, segundo a qual a linguagem servia para a descrição do real, e teve como principais representantes a segunda fase de Ludwig Wittgenstein em especial por sua defesa da importância da consideração do uso e pela introdução da ideia de "jogos de linguagem", e John L. Austin, responsável pela elaboração da teoria dos atos de fala pela análise da linguagem enquanto ação. Para uma caracterização geral, cf. MACEDO JR., 2014.

<sup>55</sup> Macedo Jr. esclarece o ponto: "O importante a reter, com respeito à teoria do direito fiscalista, é que ela busca, por um lado, conciliar a interpretação dos conceitos jurídicos fundamentais em função de seus correlatos a fatos brutos ou a termos que possam ser retraduzidos em fatos brutos. Por outro lado, o jurista fiscalista (em especial o empirista) promove um esforço de destacar do âmbito da ciência do direito os termos e os conceitos que não passaram pelo teste da conversão ou da tradução em termo de fatos brutos. O que não passar pelo teste deve ser banido, por se tratar de metafísica ou mera ilusão conceitual" (2014, p. 73).

destaques em teoria analítica. A perspectiva lógica da argumentação jurídica enfatizou o papel da validade formal e o da reconstrução lógica do argumento jurídico como forma de critério de avaliação em termos de cálculos proposicionais até seus atuais avanços numa lógica de primeira ordem e da inteligência artificial no direito – *e.g.*, Jaap Hage.

Na contramão, ainda na mesma década, verificou-se uma expansão das teorias da argumentação jurídica em relação ao desenvolvimento de modelos sobre a retórica da argumentação, sobretudo no que tange ao conteúdo dos argumentos jurídicos e à situação contextual de aceitabilidade, como em um auditório (a efetividade dos argumentos, em detrimento de sua validade formal). Relevam-se os trabalhos de Chaïm Perelman (1996 e 1998), o modelo argumentativo de Stephen Toulmin (2006), o resgate da temática da *tópica*, de Aristóteles, por Theodor Viehweg (1979).

Do começo dos anos 1980 aos dias atuais, a perspectiva da teoria da argumentação tomou novo rumo ao orientar-se principalmente para estudos sobre procedimento e *performance* dos argumentos jurídicos; neste sentido, tanto as perspectivas da lógica quanto as da retórica anteriores aproximaram-se de uma nova visão dialógica (ou procedimental). O interesse comum que reúne os principais teóricos é entender o procedimento e o resultado da argumentação jurídica. O argumento jurídico deve atender a um critério formal de reconstrução lógica, como a proposicional – aplicando, por exemplo, o mecanismo do *modus ponens* –, mas também analisar seu conteúdo e sua aceitabilidade – como indicado pela retórica em relação ao convencimento e à persuasão –, sendo reforçado por um critério procedimental, o qual, por vezes, se identifica com a observação de certos princípios, entre eles consistência, eficiência, coerência, universalidade e sinceridade na argumentação.

Alguns representantes que se destacam nesta linha compõem a segunda fase de Neil MacCormick<sup>56</sup> e Zenon Bańkowski – aqui identificada como “Escola de Edimburgo” –, Robert Alexy, Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik, além dos membros da perspectiva pragmático-dialética na argumentação jurídica, como Eveline Feteris, Henrike Jansen, Harm Kloosterhuis e José Plug – aqui denominada “Escola de Amsterdã”. Boa parte destes autores foi influenciada pelo programa filosófico de Jürgen Habermas<sup>57</sup> – explicitado especialmente

---

<sup>56</sup> Para uma apresentação geral das fases de MACCORMICK, cf. BIAZEVIC, 2016.

<sup>57</sup> Vale pontuar que o programa filosófico de Habermas é grandioso. Tendo em vista a grande empreitada, o filósofo brasileiro Giannotti comenta: “provavelmente Habermas é o filósofo contemporâneo que mais se tenha

em sua segunda fase com a publicação em 1992 da obra *Direito e Democracia* (2003), na qual revela a capacidade do direito traduzir os influxos comunicacionais em instrumentais.<sup>58</sup>

Nesta chave o interesse é compreender os obstáculos à plena autonomia da sociedade que a teoria do discurso é capaz de revelar. O direito, em particular, é considerado a partir de uma tensão estrutural fruto de sua dupla natureza e capaz de realizar uma mediação. De um lado a imanência da norma jurídica tida como instrumento de estabilização de comportamento e garantidor de segurança jurídica e, de outro lado, observa-se a preocupação da transcendência jurídica para a sua própria legitimação e, nessa perspectiva, o direito deve ser também a expressão da autocompreensão e autodeterminação.

É por isso que para uma boa parte dos teóricos da argumentação, o direito nunca poderá ser compreendido por inteiro, suas potencialidades nunca serão esgotadas uma vez que aponta para além de si mesmo, na direção da justiça<sup>59</sup> ou de outros valores e, portanto, toda a dificuldade está em equilibrar esta tensão e não superá-la.<sup>60</sup>

Ademais, diferentes teorias da argumentação jurídica abordam uma miríade de assuntos de diversas maneiras, considerando diferentes teorias, como pontuado por Feteris e Kloosterhuis:

Alguns autores optam por uma abordagem normativa que enfatiza como um juiz pode justificar sua decisão de maneira racional ou como uma discussão legal pode ser conduzida razoavelmente. Outros preferem uma abordagem descritiva para os processos de discussão da vida real, como

---

dedicado a traçar um diagnóstico completo de nosso tempo; é como se estivesse pintando um vasto afresco onde tudo pode ser pensado” (1991, p.7.)

<sup>58</sup> Para uma completa apresentação da obra de Habermas, cf. TERRA; NOBRE, 2008.

<sup>59</sup> Diferente dos teóricos da argumentação, que admitem valores e razões últimas para além do sistema jurídico, na visão sistêmica justiça não é um terceiro valor de operação do sistema jurídico, mas uma fórmula de contingência capaz de controlar as consistências das operações do sistema jurídico, pressuposta pela autorreferência do sistema e que depende da sua função. Diz Luhmann, “Um sistema que processa suas operações internas mediante informações sempre tem em vista também outras possibilidades. No caso do sistema jurídico, essa orientação por contingência se reforça à medida que o sistema se encontra já imerso na positivação do direito. Ora, conde-se assim que todas as normas jurídicas e todas as decisões, todos os motivos e todos os argumentos podem assumir outra forma – no que não se deve negar que o que acontece, acontece do modo como acontece” (2016, p. 294). Trata-se, no fim, de uma fórmula dirigida a todos os programas, que observar os limites a partir do próprio sistema jurídico, é por isso que é possível diferenciar uma justiça interna (e.g., consistência das decisões jurídicas) e externa (e.g., redução de complexidade adequada), cf. NEVES, 2006, p. 84.

<sup>60</sup> Talvez, neste ponto, Habermas se aproxima de Luhmann, pois ambos observam os paradoxos da sociedade e como são desdobrados, ainda que o sociólogo não sustente uma defesa de um propósito de fundo. Todavia, na história da teoria das ciências humanas, o debate foi marcado por mais rupturas do que propriamente continuidades entre estes projetos. Trata-se de constatar as próprias críticas que Habermas estabeleceu ao projeto luhmanniano, cf. KJAER, 2006.

investigar técnicas argumentativas que sejam efetivas para convencer um determinado público (2009, p. 311, tradução livre).

Dentro deste leque de posicionamentos das teorias da argumentação jurídica, o tema da argumentação por meio das consequências também é explorado de maneiras diversas, sobretudo pela perspectiva dialógica (ou procedimental). Assim, é importante compreender estes variados enfoques dispensados ao assunto a partir das perspectivas apontadas a fim de contextualizar e entender como o argumento consequencialista é um produto da diferenciação interna do direito e é dependente também do modo pelo qual o direito observa suas autodescrições.

Nas partes II e III desta tese, é evidenciado que o argumento consequencialista não é apenas observado enquanto autodescrição do direito. É, também, observação do direito sobre a sociedade – enquanto ambiente – e sobre os tribunais – enquanto organizações do direito e da sociedade. Somente daí é possível apresentar um modelo multinível, capaz de controlar a abstração, e produzir uma sociologia do argumento consequencialista.

No entanto, convém fazer quatro ressalvas desta parte I. Em primeiro lugar, o tema do consequencialismo no direito não é somente tributário das teorias da argumentação. Ao contrário, suas primeiras considerações são anteriores a estas e estão registradas em diferentes abordagens filosóficas, inclusive no célebre *Logic Method and Law* (1924), de Dewey.<sup>61</sup> Destarte, é apresentada, inicialmente, a abordagem do consequencialismo filosófico – aqui identificado com os programas filosóficos morais do utilitarismo e do pragmatismo –, para, então, serem feitas as distinções necessárias do movimento do consequencialismo jurídico.

---

<sup>61</sup> Ao criticar o modelo dedutivista, citando e comentando as passagens de Oliver Wendell Holmes Jr, Dewey afirma que os tribunais não apenas tomam decisões, como devem apresentar as razões justificadoras das suas posições. Em suas palavras, “as operações mentais envolvidas na justificação são distintas das envolvidas na conclusão de uma conclusão” (1924, p. 24, tradução livre). Ademais, o filósofo indica a necessidade de um novo modelo lógico capaz de avaliar as consequências sociais da decisão: “os fatos envolvidos nesta discussão são comuns e não são originais. O que nos interessa é o seu impacto na lógica das decisões judiciais. Pois as implicações são mais revolucionárias do que poderiam parecer, ao princípio. Eles indicam que a lógica tradicional deve ser abandonada ou que deva ser substituída por uma lógica relativa às consequências e não aos antecedentes, uma lógica de predição de probabilidades, em vez de uma dedução de certezas. Para os propósitos de uma lógica de investigação sobre prováveis consequências, os princípios gerais só podem ser ferramentas justificadas pelo trabalho que realizam. Eles são meios de pesquisa intelectual, análise e previsão dos fatores da situação a serem tratados. Como outras ferramentas, eles devem ser modificados quando aplicados as novas condições e novos resultados devem ser alcançados ” (ibidem, p. 26, tradução livre).

Segundo, como já indicado, o consequencialismo jurídico era vinculado, antes da década de 1970, às diferentes teorias do direito e de maneira marginal ao problema da argumentação jurídica. É importante apresentar, portanto, um panorama a fim de entender as críticas e as defesas dos teóricos em relação ao consequencialismo “pré-teorias da argumentação jurídica”, tendo como foco correntes surgidas do realismo jurídico estadunidense e desdobramentos como a Análise Econômica do Direito.

A partir disso será possível compreender e distinguir as abordagens do panorama do consequencialismo nas teorias da argumentação jurídica e vislumbrar suas atuais dificuldades.<sup>62</sup> Ao final desta parte, caberá uma terceira ressalva relacionada às teorias da argumentação jurídica que acabam sendo descritivamente deficitárias por não considerarem alguns desdobramentos da teoria social. Deste modo, defende-se que a argumentação jurídica é variável e instável como a sociedade, o que justifica uma descrição sociologia da argumentação jurídica. Portanto, é proposta uma aproximação entre alguns teóricos da argumentação jurídica e uma leitura da teoria dos sistemas luhmanniana.

Por fim, considerando-se que o intento é descrever o argumento consequencialista no direito brasileiro – o que é desdobrado a partir do capítulo 5 e, mas detidamente, nas partes II e III desta tese –, a quarta ressalva consiste na fundamental compreensão da assimilação destas teorias no contexto brasileiro. Neste ponto, limita-se o tema do argumento consequencialista a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e das sucessivas reformas do Poder Judiciário. A observação é abordada especialmente sob uma perspectiva sociológico-sistêmica da atuação do Poder Judiciário e ciente da ausência deste debate no plano acadêmico, que preteriu e substituiu a temática por outra dominante – mas, em alguma

---

<sup>62</sup> É importante atentar que esta parte apresenta uma história das transformações das teorias do direito, segundo o ponto de vista deste observador. Além disso, as teorias aqui mobilizadas também são, por sua vez, condensações de diferentes perspectivas a partir da qual o direito observa a si mesmo. Logo, reconstitui-se uma história a partir de diferentes e sucessivas seleções e esta tese não possui a pretensão de eliminar outras perspectivas e leituras até porque segundo De Giorgi: “[i]ndependentemente das preferências de natureza epistemológica, pode-se produzir uma pluralidade de teorias que permanecem incomunicáveis entre si, mesmo que uma se organize com base na crítica da outra” (2017, p. 271).

medida, reducionista –, a da “judicialização da política”<sup>63</sup> vis-à-vis “ativismo judicial”<sup>64</sup> no país.<sup>65</sup>

Tais perspectivas podem ser consideradas como faces da mesma moeda, pois a discussão de fundo tanto no ativismo como na judicialização é a ampliação do poder judicial na sociedade. O problema para esta tese é entender, então, como e o que esta ampliação significa, contextualizando cada caso – o que é discutido pontualmente a partir da pesquisa empírica apresentada no capítulo 12.

Em suma, nos próximos capítulos, a tese sustentará as transformações operadas no interior *da e pela* teoria do direito, em especial em relação à incorporação do tema das consequências na sua semântica. Tais mudanças dizem respeito à necessidade de uma aproximação entre sociologia jurídica e teoria do direito, que contribui para a produção de novos campos de análise – e.g., uma sociologia da argumentação jurídica e dos tribunais<sup>66</sup> –, bem como da diferenciação pela comunicação jurídica entre consequencialismo e argumento consequencialista, que marca uma variação interna ao direito.

---

<sup>63</sup> A judicialização da política enfatiza a constante ampliação da forma do direito na sociedade, que, por sua vez, significa a plena juridificação de todo e qualquer problema social. Destaca-se que “é um fenômeno resultante da crescente complexidade socioeconômica do País, o que obrigou a Constituição a ter de tratar de uma ampla gama de matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária” (FARIA, 2017). Judicialização é uma visão endógena do papel dos juízes, que se ajusta com o diagnóstico da transformação da legislação e da interpretação jurídica no interior do direito. Cada vez mais se observa textos legais abertos e flexíveis, que se valem de diretrizes e princípios jurídicos para orientar a solução dos casos.

<sup>64</sup> O ativismo enfatiza o exame dos comportamentos dos juízes. Argumenta-se que “é uma estratégia mais expansiva e proativa de interpretação do direito, usada pelos juízes para maximizar o sentido e o alcance das normas constitucionais” (FARIA, 2017). Ativismo é uma visão exógena do papel dos juízes, que combina com o diagnóstico sobre a omissão e a ineficiência da atuação dos demais poderes do Estado, e que, em tese, justificaria a conduta proativa dos juízes em protegerem os direitos fundamentais ao julgarem os casos.

<sup>65</sup> A crítica à visão reducionista está presente em Nobre e Rodriguez (2011), sustentam: “O problema é, de fato, o da devida compreensão dos diferentes processos de ‘juridificação’ das relações sociais, uma perspectiva que permite uma análise bem mais ampla e complexa do papel do direito do que a limitação representada pelas ideias de ‘judicialização da política’ e de ‘ativismo judicial’. A correta compreensão do código do direito e de seu papel estruturante na dinâmica institucional permite primeiramente o acesso àquele que é o núcleo social mais profundo da lógica jurídica: seu papel transformador” (op. cit, p. 16). De um lado, o direito formata de maneira decisiva demandas sociais de transformação, obrigando os diferentes indivíduos, grupos e movimentos sociais a traduzir suas aspirações em termos jurídicos, o que pode resultar na renovação da gramática institucional e, até mesmo, na transformação do código direito. De outro lado, essa lógica estruturante do direito exclui de fato opções, alternativas e demandas que não se vêem respaldadas na tradução para o código jurídico vigente”. Este ponto pode ser observado a partir da perspectiva sistêmica pelo par inclusão/exclusão. Neste sentido, cf. também CAMPILONGO (2012).

<sup>66</sup> Acredita-se que este campo se aproxima também de uma sociologia da interpretação apresentada por Campilongo quando afirma a necessidade de ampliação de estudos que se ocupam em compreender a especificidade da comunicação jurídica e a relação com outras formas de comunicação (2012, pp. 129-134). Do ponto de vista sociológico, a argumentação jurídica influi na interpretação do direito, que, por sua vez, também influi na observação da sociedade. Argumentação jurídica, em especial aquela produzida nos tribunais, acontece na sociedade e é da sociedade tal como a interpretação.

## CAPÍTULO 1 – BASES FILOSÓFICAS DO CONSEQUENCIALISMO E O DIREITO

A origem remota do debate sobre as consequências como meio de tomada de decisão na sociedade encontra base em diferentes correntes da história da filosofia, em especial a filosofia moral e política de David Hume, sobretudo com a obra *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral* (2003), publicada pela primeira vez em 1748, e Jeremy Bentham com a obra *Uma introdução aos princípios da moral e legislação* (1979), lançada em 1789. Este debate também ultrapassa os campos da aplicação das razões práticas e alcança discussões sobre a teoria do conhecimento e o estudo da linguagem, ideias que retrocedem a Protágoras.<sup>67</sup>

Porém, sem recorrer a autores tão distantes e sem pretender reconstruir grandes análises da história da filosofia, o objetivo deste tópico é retomar, em linhas gerais, dois importantes movimentos filosóficos dos séculos XVIII e XIX, os quais influenciaram, em alguma medida, o debate sobre as consequências no processo de tomada de decisão no direito, a saber: o utilitarismo e o pragmatismo.<sup>68</sup>

Cabe pontuar que o utilitarismo e o pragmatismo pertencem a campos diferentes de investigação, possuem raízes históricas distintas – já que apareceram em contextos e épocas diferentes – e não necessariamente representam uma continuidade dos debates de fundo. Não se trata, aqui, de discutir se o pragmatismo foi ou não uma reconstrução sobre o utilitarismo nem de entender as conexões entre essas duas correntes na história da filosofia, mas de perceber que ambas as correntes influenciaram o movimento dos realistas nos Estados

---

<sup>67</sup> “Embora o movimento filosófico conhecido como Pragmatismo seja considerado um produto distintamente americano do final do século XIX, tem raízes bastante profundas na história da filosofia. De uma forma, na verdade, pode-se dizer que volta para Protágoras. Foi, no entanto, o filósofo americano, Charles Sanders Peirce, que introduziu o termo "pragmatismo" na literatura filosófica e foi o primeiro a desenvolver o pragmatismo em um sistema abrangente” (AYER, 1968, p. 13, tradução livre).

<sup>68</sup> Para Luhmann o século XVIII marca o fim da antiga unidade moral, vinculada à estratificação social como orientação unificadora. É no final deste século que se desenvolve uma ética como reflexão da moral e que é dependente dos sistemas sociais já que a moral passa a ser compreendida como uma codificação da comunicação que serve para alertar a sociedade. Sobre o século XVIII diz o sociólogo que, “É nos anos oitenta do século XVIII, que Kant abre a particular via do transcendentalismo alemão. Mais a oeste, com Bentham nota-se os esforços para alcançar uma estimativa de racionalidade utilitarista. Ao mesmo tempo, a escrita da câmara, a filosofia da inversão do Marquês de Sade. Com estas três variantes se estabelecem por primeira vez a ética como teoria reflexiva da moral” (2008, p.239, tradução livre).

Unidos e uma visão sociológica da teoria do direito,<sup>69</sup> bem como contribuíram para a temática sobre o uso das consequências nos processos de tomada de decisão no direito.

Desta forma, será apresentado primeiramente o utilitarismo filosófico e, posteriormente, o pragmatismo filosófico – cabe notar que reconstruções ensejem simplificações e generalizações em prejuízo de uma visão panorâmica do assunto. Ao final, será examinado o impacto dessas correntes no pensamento jurídico.

### **1.1. Consequências como método de tomada de decisão no utilitarismo filosófico**

O utilitarismo é uma corrente da filosofia moral e política dominante no século XVIII que se preocupou com as bases normativas das condutas dos indivíduos na sociedade, em especial com a questão sobre como maximizar o bem-estar geral. Ele é creditado aos trabalhos de Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Henry Sidgwick, e outros. Bentham em especial definiu bem a empreitada utilitarista de construir o edifício do bem-estar por meio da razão e da lei.

O filósofo iluminista defendia um sistema moral e seguia a aplicação do princípio da utilidade, “[aquele] segundo o qual toda ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função de sua tendência de aumentar ou reduzir o bem-estar das partes afetadas pela ação (...)” (BENTHAM, 1979, p. 04). A tese utilitarista pressupõe uma teoria ética, sobretudo ao sustentar que as normas são consideradas meios para se alcançar a maximização do nível de felicidade social geral, importando apenas, portanto, a avaliação das ações pelo critério da obtenção da máxima felicidade para o maior número de indivíduos. É inevitável considerar, nesta perspectiva, as consequências das ações para a tomada de decisão.

Para Bentham, por exemplo, normas jurídicas são meios pelos quais o Estado deve dirigir as condutas dos indivíduos para que a sociedade alcance o máximo bem-estar – uma norma é preferível a outra se incrementar o nível de felicidade da sociedade. Há um cálculo hedonista em jogo, uma disputa acerca das preferências, das consequências das condutas e

---

<sup>69</sup> Muñoz afirma, aliás, que o utilitarismo marcou o esvaziamento da teoria do direito: “[a] resposta utilitarista, porém, iniciará o processo de esvaziamento do direito, cujos reflexos, se Dworkin estiver correto, se farão presentes no positivismo de Hart, já nos anos cinquenta, mas associando-o a uma teoria que permitia substituir o padrão de justiça do jusnaturalismo por uma regra de avaliação finalística do direito” (2009, p. 86).



dos modos de avaliação. Historicamente, o utilitarismo resume-se em dois principais modelos: utilitarismo de atos e utilitarismo de regras.

No primeiro caso, ainda conforme Bentham, o que importa para a avaliação são as consequências de cada ação isolada, segundo aquela situação particular – pretende saber se o ato visa maximizar o bem-estar. No segundo, creditada a posição a Mill, são relevantes para a avaliação as consequências de cada ação, de acordo com uma regra pressuposta (atual ou possível) para qualquer situação em geral como aquela – pretende saber se o ato estava de acordo com a regra que visa maximizar o bem-estar.

Em que pesem os problemas que utilitaristas enfrentam sobre as formas não hedonísticas de utilitarismo e sua formulação negativa (evitar o sofrimento), os dois modelos indicam que tanto o conceito de bem-estar como a máxima utilitarista “você deve maximizar o bem-estar” são avaliativos, prevalecendo ao tomador de decisão a possibilidade de dupla discordância ao discutir os modelos de decisão baseado nas consequências. Afinal, quais consequências considerar e como compará-las? Vejamos um exemplo retirado de Smart (1989, p.14).

Considere que seja possível saber todas as consequências de duas ações A e B e, ainda, que A e B sejam as únicas ações possíveis. Ao decidir se deve seguir A ou B, o tomador de decisão utilitarista vai questionar se as consequências da ação A são melhores que as da ação B, ou vice-versa, ou se todas as consequências são iguais. Assim, ele optará por A se as consequências forem “melhores” que as de B. Todavia, ao sustentar que determinadas consequências são “melhores”, o tomador de decisão já estabeleceu uma primeira avaliação sobre as consequências e depois as comparou.

No exemplo, o tomador de decisão tanto indicou as consequências desejadas – primeira avaliação – como comparou as ações considerando as consequências desejadas – segunda avaliação. O direito pode fixá-las, tal como os propósitos em normas programáticas, embora no caso concreto a constatação destas consequências e suas avaliações não sejam simples de se determinar, como será apontado ao longo desta tese. A principal questão é que se trata sempre de discordâncias práticas a partir das interpretações do texto legal em dada situação.

Neste sentido, coloca-se uma segunda questão ao modelo utilitarista baseado na tomada de decisão pelas consequências que se refere ao problema do futuro: até onde é preciso calcular as consequências?

Para utilitaristas como Mill e Bentham não há problema em afirmar que toda a humanidade pretende maximizar o bem-estar geral. No entanto, como prever a situação total do futuro, que pode estender-se ao infinito? A resposta utilitarista afirma que as consequências remotas podem ser desconsideradas na prática em razão da impossibilidade de uma avaliação precisa sobre um futuro distante. O filósofo e comentarista Smart (1989, p. 33) retrata esta situação com o postulado das “ondulações em uma lagoa” – *ripples in the pond* –, considerando que as ondulações mais afastadas de uma pedra que caiu na lagoa são as menos intensas. Ele afirma, ainda, “a necessidade do postulado “as ondulações na lagoa” vem do fato de que geralmente não sabemos se as consequências remotas serão boas ou ruins. Portanto, não podemos saber o que fazer a menos que possamos assumir que as consequências remotas sejam desconsideradas” (1989, p. 94, tradução livre).

O autor considera que a questão também se relaciona com a dificuldade de atribuição de probabilidades aos eventos e, inclusive, a todas as situações consideradas em conjunto. Afinal, “não podemos dizer com certeza quais seriam todas as situações que poderiam resultar de nossas ações” (1989, p. 38, tradução livre).<sup>70</sup> A dificuldade do cálculo é, em suas palavras, “*weight total situations with probabilities*”. No entanto, para o filósofo o utilitarismo não se preocupa em estabelecer probabilidades aos eventos, mas antes é um método distinto de resolver conflitos a partir de escolhas e deliberações, admitindo a parcialidade do tomador de decisão ao estabelecer suas preferências.<sup>71</sup>

## **1.2. Consequências como forma de significação no pragmatismo filosófico**

Em 1878, Charles Sanders Peirce introduziu o termo pragmatismo pela primeira vez na filosofia, no artigo *How to Make Our Ideas Clear*. Para ele, o pragmatismo era sobretudo um método de se esclarecer ideias e conceitos sem adentrar em preocupações metafísicas. O filósofo defendeu, no documento, a necessidade de se utilizar um método experimental capaz

---

<sup>70</sup> Tal ponto é retomado no capítulo 7.2 desta tese a partir da discussão sobre o fetiche dos números no direito. Afinal de contas, seria possível estimar e reduzir todas as operações jurídicas por meio de cálculos matemáticos? Isto resolveria o problema da decisão?

<sup>71</sup> A teoria social de Luhmann se afasta de posições utilitaristas, sobretudo por negar uma eticização das operações sociais. Primeiro, pelo primado da diferenciação funcional, sustenta que a sociedade não é uma instituição moral, “considerando a diferenciação funcional da sociedade, os sistemas de função não se orientam mais pelas autoridades centrais (imperadores, nobreza e a alta sociedade), nem em relação aos valores centrais da sociedade, que são as alegações morais, mas apenas se orientam a partir dos códigos de cada sistema de função” (1993, p. 1004, tradução livre). Segundo, não seria possível identificar um bem-estar “comum”, sobretudo diante da dificuldade de agregação das preferências, cf. LUHMANN, 2008, p. 187.

de produzir resultados empíricos e contrastáveis para determinar o significado de conceitos. A alteração que Peirce propôs foi tão radical que asseverou que, relativamente a conceitos abstratos, os resultados obtidos por meio de experimentos sobre os efeitos de uma coisa consistiriam, para a mente humana, na própria coisa que é objeto de experimentos. Em outras palavras, a pragmática consideraria o significado como aquele determinado pelo uso e pelos efeitos observados.

Segundo a filósofa e comentadora Susan Haack, prevalece na obra de Peirce a máxima pragmática de que o significado pragmático de uma palavra é dado por uma lista de condicionantes subjuntivas, na forma de “se você fosse fazer A1, a consequência experiencial E1 resultaria”, “se você fosse fazer A2, a consequência experiencial E2 resultaria”, e assim por diante (2011, p. 123). Por isso o objetivo do pragmatismo é explicar o significado de conceitos difíceis, evitando conceitos sem sentido na ciência. Admite-se, aqui, que o crescimento do significado pode contribuir para a produção do conhecimento, bem como que o desenvolvimento de uma terminologia científica boa é um processo inacabado e acidentado (ibidem, p. 127).

O filósofo William James considera que o pragmatismo consiste em defender o método pragmático, já sustentado por Peirce, e em uma nova concepção no que tange à natureza da verdade. Enquanto este defendia uma relativização do tradicional conceito filosófico de verdade, limitando-o a constatações empíricas e relativamente pouco especulativas da ciência do seu tempo, James adotou uma postura mais subjetivista, que se relaciona em muitos aspectos com a corrente utilitarista.

Em sua famosa identificação das frases “é útil porque é verdadeiro” e “é verdadeiro porque é útil”, James desenvolveu seu método pragmático. Para ele, a análise do fundamento lógico das ciências converte-se na base da avaliação de qualquer experiência, de modo que o significado das ideias só pode ser analisado a partir das suas consequências – se não produzem efeitos, as ideias não têm sentido. As ideias metafísicas, por exemplo, são desprovidas de sentido porque não podem ser comprovadas. As teorias com significado, segundo o autor, são aquelas que permitem resolver problemas que decorrem da experiência.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> É importante sublinhar o tratamento dispensado pelo pragmatismo filosófico à teoria. James confere à teoria um caráter instrumental, deixando clara a flexibilidade do pragmatismo em apoiar pontos desta ou daquela teoria, desde que atendida sua concepção de verdade, qual seja, a existência de valor para a vida concreta (1997, p. 44).

Ademais, ainda seguindo seu raciocínio, todos nós temos um conjunto de ideias formadas e adquiridas pela vivência, e a cada nova experiência iniciamos um processo de adaptação da nova realidade ao conjunto das antigas ideias, cuja etapa final corresponde à concepção da ideia nova como uma verdade para o indivíduo que a vivencia. Daí o entendimento sustentado de um processo de alargamento da verdade produzido em razão da experiência em contraposição aos sistemas fechados, formados por verdades absolutas e inquestionáveis (JAMES, 1997, p. 102).

Em certa medida, o filósofo John Dewey compartilhava com James do ambicioso projeto de extrapolar os limites do pragmatismo e seu conceito de verdade para além da tradicional aceção da verdade como correspondência que seguia a ciência e definia o pragmatismo como uma norma que condicionava todo e qualquer pensamento e indagação à sua finalidade, a saber, às suas consequências.<sup>73</sup> A opção de Dewey por chamar de instrumentalismo sua proposta pragmatista ilustra bem sua concepção: o filósofo considera que a linguagem é instrumento dotado de capacidade de transformar a experiência e a existência humanas, ou seja, que é por meio dos conceitos e ideias expressados na linguagem que acontecem as necessárias mudanças e adaptações, tanto sociais como individuais, que possibilitam o desenvolvimento e o desenrolar da própria humanidade. Em outras palavras, considerando-se que o objetivo dos pensamentos e dos conceitos intelectuais são possibilitar a superação concreta, e não teórica, de situações difíceis ou problemáticas, a atividade reflexiva, assim como a expressão linguística, só se encontra dotada de sentido quando produz resultados práticos – o que transfere este sentido às consequências e separa-o da atividade.<sup>74</sup>

Não é possível afirmar que o pragmatismo relacionou-se diretamente com o utilitarismo, mas ambos discutiram a importância do estudo das consequências e representaram movimentos que buscavam evitar retornos metafísicos na história da filosofia. Dewey, aliás, defendia a reconstrução do utilitarismo ao criticar que tal corrente estabelecia um fim último, supremo e fixo como a maximização do bem-estar desconsiderando as

---

<sup>73</sup> KURTZ, 1972, p. 27.

<sup>74</sup> KURTZ, 1972, p. 28.

transformações sociais<sup>75</sup>, bem como ocultava as desigualdades sociais;<sup>76</sup> para o filósofo, “a ênfase na aquisição e posse de gozos adquiriu um colorido inconveniente ligado ao enorme desejo contemporâneo por bem-estar e os prazeres que ele possibilita” (2004, p. 105).

Todavia, fato é que o utilitarismo e o pragmatismo transpuseram as fronteiras da filosofia, alcançando teorias propostas no campo das ciências sociais, e cientistas *behavioristas* identificaram-se com seus programas. Em termos gerais, tais correntes impulsionaram os ideais de liberalismo, democracia e liberdade. Alguns juristas autodenominados utilitaristas e pragmáticos – como Roscoe Pound e Oliver Wendell Holmes Jr. – impulsionaram a jurisprudência sociológica e, posteriormente, o realismo jurídico. As decisões legais passaram a ser percebidas não como estruturas formais, mas sim do ponto de vista da sua relação com as consequências sociais.

### **1.3. Heranças do utilitarismo e do pragmatismo filosófico para o direito**

Tradicionalmente, o pragmatismo jurídico tem sido associado ao realismo jurídico, cujas raízes encontram-se no pragmatismo filosófico de Peirce, James e Dewey. O pragmatismo de Holmes Jr. e a sociologia jurídica de Pound abriram o caminho para o realismo jurídico norte-americano – o que é explorado no capítulo 2.

Holmes Jr. foi um dos precursores da abordagem pragmatista do direito. Juiz da Suprema Corte estadunidense, empregava a visão pragmático-realista (e antiformalista) em

---

<sup>75</sup> Diz Dewey: “[E]le (o utilitarismo) subordinou a lei às realizações humanas ao invés de subordinar a humanidade à lei externa. Ele ensinou que as instituições são feitas para o homem e não o homem para as instituições; promoveu toda sorte de reforma. Ele tornou o bem moral natural, humano, em contacto com os bens naturais da vida [...]. Mas ainda estava profundamente afetado em pontos fundamentais pelas antigas maneiras de pensar. Nunca questionou a ideia de um fim último, fixo e supremo. Apenas questionou as noções correntes quanto à natureza daquele fim; e em seguida inseriu o prazer e a maior agregação possível de prazeres na posição do fim último” (2004, p. 104).

<sup>76</sup> “O utilitarismo não promoveu ativamente o novo materialismo econômico, mas contribuiu para ele, com uma visão comercial, em que vale o produto e não o como produzir, em que benefícios são visados por interesse do capital privado, a propriedade fica sujeita ao ganho, ao negócio. Em vez disso a ênfase deveria ser na produção como meio para crescimento e melhoria social, oportunidade de obter mais poder criativo pessoal. Assim, a ética utilitária deve ser alvo de reconstrução, pois ao fixar alvos, impede de nos emanciparmos daqueles alvos (riqueza, poder, satisfação, prazer), considerados como bens em si. A felicidade é uma questão de cálculo e esforço para os utilitaristas, mas o gozo é sempre estrito, com efeito curto e local” (ARAÚJO, 2009, p.8).

suas decisões. No célebre caso “Lochner vs New York”,<sup>77</sup> seu voto vencido argumentava que “um homem razoável deve pensar que uma lei deve ser medida adequada para a manutenção da saúde” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1905). Entendia que o silogismo que informa a aplicação da lei deveria ceder lugar à realidade vivente.

O juiz e jurista estadunidense criticava a visão formalista, no sentido de aplicação mecânica da norma jurídica, argumentando que se tratava de mero expediente retórico. Para ele, “[a] vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência” (HOLMES JR., 1881, p 4). Ao discursar para formandos na Universidade de Boston, em 1897, ele expressou toda a sua oposição afirmando que “[d]ireito é vida prática, em nada se relaciona com lógica ou com demais sofisticadas concepções e teorias a propósito da ontologia, da epistemologia e da gnoseologia do universo jurídico” (ibidem, p 4).

Outro autor identificado com a transposição do pragmatismo e utilitarismo para o direito por intermédio do realismo jurídico foi Pound. Em sua visão, o direito seria caracterizado como uma série de conceitos fixos dos quais derivam as regras, formuladas com base na experiência social e na vida política. Para ele, assim como no pragmatismo jurídico proposto por Posner, os juízes deveriam pensar nas consequências sociais e econômicas de suas decisões, uma vez que o direito deveria ser concebido como meio de um fim social e como instrumento do desenvolvimento social.

O sociólogo do direito pregava que o jurista deveria conhecer as situações de fato sobre as quais incide a norma, pois, se o direito existe para garantir interesses sociais, públicos e individuais, exige-se dos juristas que estejam em contato com a realidade. Sustentava, ainda, que considerações abstratas e teóricas não bastam para justificar uma norma jurídica; o operador do direito precisa relacionar o preceito acadêmico à solução

---

<sup>77</sup> Garcia Neto explica que “[o] caso mais representativo dessa postura da Suprema Corte [na perspectiva realista] foi o de *Lochner v. New York*. Nesse caso, estava em debate a constitucionalidade de um estatuto de *New York* que fixava um limite de horas de trabalho para os padeiros (jornada de trabalho de dez horas). As mobilizações sociais, no entanto, não foram capazes de impor, naquele momento, um ritmo de transformações que sensibilizasse o órgão responsável por conservar os valores da Fundação norte-americana (como se pensava ser o *laissez-faire*): a Suprema Corte. A lei que regulamentava o limite de horas de trabalho foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte, sob o fundamento de que violaria as disposições da Emenda XIV, segundo a qual ninguém pode ser privado do direito à vida, à liberdade ou à propriedade sem um devido processo legal. O único voto dissonante havia sido o do *justice* Oliver Wendell Homes Jr. De acordo com o *justice* Holmes, “[a] finalidade da Constituição não é tratar de qualquer teoria econômica em especial” (2008, p.32).

concreta para os problemas, as leis dos livros às leis em ação (*law in books and law in action*), disponibilizando o universo teórico a serviço do mundo prático.

Depois de um período de sucesso relativamente curto, este movimento, bem como o pragmatismo filosófico, quase desapareceu após o fim da Segunda Guerra Mundial. O pragmatismo filosófico foi em grande parte substituído pela filosofia analítica, enquanto o realismo jurídico foi absorvido pelas teorias do direito pós-hartianas. Nas últimas décadas, finalmente o pragmatismo jurídico experimentou um renascimento com os movimentos da *Critical Legal Studies* e da Análise Econômica do Direito, assumindo uma orientação sobretudo sociológica (socioeconômica e sociopolítica) e um novo nominalismo positivista de traço socioempírico, tornando-se uma ciência social estritamente funcionalista (KRECKÉ, 2004).

Aliás, pode-se dizer que Pound teria antevisto esta guinada do pensamento jurídico para a referida proposta. Em 1921, em sua obra *The Spirit of the Common Law*, já existem as primeiras referências à análise sociológica e também econômica do Direito. Em passagem do capítulo dedicado à “razão jurídica”, o autor comenta que, diante de uma realidade de escassez de bens materiais, o direito deve servir de instrumento para impedir o desperdício, garantindo uma melhor distribuição, enfim, para satisfazer o maior número de exigências e necessidades humanas a partir da maximização daquilo que se deseja com o mínimo de sacrifício. Tais conceitos instrumentalistas tangenciam várias ideias mais tarde propostas pela Análise Econômica do Direito, como a análise de custos e benefícios, o conceito de eficiência, de distribuição e de minimização de custos sociais e a maximização da riqueza.

Na sequência, as escolas do realismo jurídico serão analisadas para que se adentre no tema do consequencialismo e, posteriormente, avance nas transformações operadas no interior das teorias do direito que resultaram na distinção entre consequencialismo e argumento consequencialista – o que reforça para esta tese a importância que a distinção semântica representa ao assegurar variedade e tratamento no interior do sistema jurídico.

## CAPÍTULO 2 – TEORIAS DO DIREITO

A compreensão da ideia da passagem de uma perspectiva consequencialista do direito para a distinção de uma aplicação de argumentos consequencialistas pelo direito depende de um esclarecimento sobre as transformações operadas pelas escolas realistas na história das teorias do direito do final do século XIX até a primeira metade do século XX.

O ponto central é indicar que as escolas realistas representaram um movimento de modificação das teorias “liberais” do direito ao denunciar a ausência de uma teoria da argumentação autônoma – problema da incompletude ou do esvaziamento (MUÑOZ, 2008). Ao mesmo tempo, essas escolas não espelharam um movimento de superação e não foram capazes de diferenciar internamente correntes externas do consequencialismo de argumentos consequencialistas no direito em razão da inexistência de uma teoria da interpretação e argumentação jurídica.

Na história das teorias do direito, estas correntes contribuíram para a formulação de críticas ao direito liberal, por exemplo, a insuficiência da operação pelo direito a partir do modelo dedutivista e os problemas da regulação social por meio de modelos privatistas e individualistas. Em que pesem as discordâncias, estas escolas foram posteriormente resgatadas por outros movimentos – como a Análise Econômica do Direito e o “*Critical Legal Studies*” – marcando uma nova abordagem, algumas de forte inspiração neoliberal, e um novo fortalecimento do consequencialismo no direito no final do século XX.

### 2.1. Escolas do realismo jurídico estadunidense

Para além das suas bases filosóficas, o realismo jurídico pode ser compreendido como um movimento de ataque ao modelo econômico liberal, que entrou em crise notadamente após o *crash* da Bolsa de Nova Iorque, no ano de 1929.

O movimento originou-se nos Estados Unidos da América, em data incerta<sup>78</sup> e teve representantes em diversos setores da sociedade – é possível citar na academia o já

---

<sup>78</sup> Neste sentido, Garcia Neto diz: “A própria definição do que foi e quando começou o realismo jurídico norteamericano não é consensual entre os historiadores. Em geral, atribui-se esse movimento ao conjunto de pensamentos jurídicos produzidos por professores de Columbia e Yale entre 1920 e 1930 (Karl Llewellyn e Robert Lee Hale, 1884-1969, de Columbia e Walter Wheeler Cook, 1873-1943, e Arthur Linton Corbin, 1874-



mencionado Roscoe Pound e Karl Nickerson Llewellyn, do Poder Judiciário; o grande precursor Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin Nathan Cardozo, Louis Dembitz Brandeis e Jerome Frank; e James McCauley Landis, do governo de Franklin Delano Roosevelt.

É fundamental conhecer a conjuntura social dos Estados Unidos durante o início do século XX para compreender o desenvolvimento inicial do realismo. Na época, o crescimento econômico do país foi acompanhado por um aumento da desigualdade social e por uma forte demanda por direitos sociais.

Destacam-se a atuação dos sindicatos, como o *Industrial Workers of the World*,<sup>79</sup> que pleiteavam melhorias de salário e redução da jornada de trabalho, e a dos movimentos sociais que lutavam por reconhecimentos, como a comunidade gay e a feminista, com ênfase para a atuação da Associação Nacional de Sufrágio para as Mulheres.

O dia 24 de outubro de 1929 marcou o início da crise, que surtiu efeito direto em uma economia homogênea – até então dependente de poucos setores industriais, como o automobilístico – e aumentou a desigualdade de distribuição de renda. No dia, a Bolsa de Valores de Nova Iorque caiu em um terço e a economia mundial (e o modelo liberal) entrou em colapso. A quebra provocou o fechamento de milhares de bancos, uma retração industrial severa, além, é claro, do aumento do desemprego nos Estados Unidos.

Em 1932, ganhou a eleição presidencial o candidato do Partido Democrata, Franklin Delano Roosevelt, com a promessa de restaurar a confiança na economia e na sociedade. Para tanto, ele lançou uma série de pacotes de reformas (*New Deal*) para a recuperação industrial, para regular o sistema financeiro e para providenciar assistência social e financiar obras públicas.

---

1967, de Yale). Entretanto, tal definição exclui do movimento as influências que antecederam a esses autores, dificultando ainda mais a elaboração de uma delimitação precisa do que foi o Realismo Jurídico nos Estados Unidos” (2008, p. 68)

<sup>79</sup> Garcia Neto sustenta, por exemplo: “Em 1905, 200 operários, de diferentes vertentes (socialistas, anarquistas e sindicalistas radicais), reuniram-se em Chicago para fundar a Industrial Workers of the World (IWW), uma alternativa ao sindicalismo conservador da AFL (American Federation of Labor), criado em 1886, como um conjunto de sindicatos independentes. Os *wobbies*, como eram chamados os membros da IWW, negavam os instrumentos negociais das relações de trabalho institucionalizadas, defendendo que as greves, manifestações, mobilizações e ocupações eram mecanismos mais eficientes de luta por direitos do que as negociações contratuais. Os *wobbies* organizaram estivadores, mineiros e operários, criando uma cultura de movimento com formas originais de manifestação (literatura, teatro, *slogans* e canções como o hino ‘Solidariedade para Sempre’). Foram responsáveis por algumas das mais importantes greves da história norte-americana, como a de 1912, em Lawrence, Massachusetts, realizada em fábricas têxteis controladas pelo banqueiro J. P. Morgan, mobilizando 50 mil pessoas com o *slogan* ‘Nós queremos pão e rosas’” (ibidem, p. 31)

Importa destacar que desde o início Roosevelt necessitou do apoio da Suprema Corte estadunidense, concedido sobretudo pelos *justices* Louis Brandeis, Benjamin Nathan Cardozo e Harlan Fiske Stone, para aprovar uma série de leis emergenciais que viabilizassem os pacotes de reformas diante de uma possível inconstitucionalidade das medidas – a situação ficou conhecida como o conflito entre a Velha Corte e o *New Deal* (BRINKLEY, 2004) –, sendo que somente a partir de 1937 a questão social e o ideário dos realistas ganharam força, mormente em razão de uma composição favorável da Corte pela ameaça do *court-packing plan*<sup>80</sup> e de uma mudança no pensamento jurídico. Sublinha-se o apontamento do jurista estadunidense Bruce Ackerman sobre o assunto do conflito e a transformação do pensamento jurídico:

Há uma maneira melhor de entender o *New Deal*, uma maneira que desvende um significado mais profundo na luta entre a presidência de Roosevelt e a Suprema Corte durante a Grande Depressão. Dentro do retrato mítico da redescoberta, o desafio da Velha Corte com relação ao *New Deal*, no período entre 1932 e 1937, simplesmente revelou o caráter arbitrário da prática interpretativa que os juristas experimentaram nos sessenta anos antecedentes. Aparentemente, teria sido melhor para a Constituição e para o país se a Corte tivesse deixado claro que a partir de 1933 (...), Franklin Roosevelt e o Congresso democrático não se engajariam em uma política usual, exigindo a nova sistemática do *New Deal* para os norte-americanos, mas estariam, em vez disso, falando em nome de articulações do povo estadunidense para a criação de uma norma constitucional autêntica. Minha (re)interpretação do direito da República intermediária desafia essa visão. A defesa da Velha Corte da sua síntese compreensiva veio a contribuir e não feriu o processo democrático pelo qual o povo determinou novos ordenamentos ao governo nos anos 30. Na dramatização dos princípios constitucionais fundamentais erguidos pelo *New Deal*, a Velha Corte contribuiu para uma transformação mais democrática e centralizada da identidade constitucional. Como se mostrasse um espelho ao povo estadunidense que representava os princípios fundamentais da República intermediária, a velha Corte

---

<sup>80</sup> Novamente, destaca-se a apresentação de Garcia Neto: “O ano de 1937 marcou uma importante virada na relação entre Roosevelt e a Suprema Corte. No início de 1937, logo após sua reeleição, Franklin Roosevelt ameaçou apresentar ao Congresso um projeto que ficou conhecido como *Court-packing plan*. A proposta era permitir que o presidente nomeasse um novo ministro para cada ministro com mais de 70 anos da Suprema Corte. Como a Corte, em 1937, era formada predominantemente por ministros com mais de 70 anos, o projeto teria permitido a Roosevelt indicar seis novos membros imediatamente e, assim, transformar completamente sua equação ideológica. Após a ameaça de aumento do número de ministros da Suprema Corte com o objetivo de esvaziar o poder dos ministros ‘conservadores’ (*Court-packing plan*), ocorreu uma significativa transformação na formação de posições do Tribunal. Em 29 de março de 1937, a Suprema Corte julgou o caso *West Coast Hotel v. Parrish*, por cinco votos contra quatro, formando na nova maioria o juiz Owen J. Roberts, que até então pertencera ao grupo conservador – constituído dos juizes van Devanter, Sutherland, MacReynolds e Butler –, contrariou os precedentes *Adkins v. Children’s Hospital* (1923) e *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo* (decidido apenas seis meses antes – 1936) e declarou a constitucionalidade da lei do salário mínimo (*Wage Act*) do Distrito de Colúmbia (Washington)” (ibidem, p. 39).

facilitou para os cidadãos norte-americanos dos anos 30 o esclarecimento do que eles consideravam inadequado na estrutura tradicional – e, finalmente, legitimaram constitucionalmente a nova visão do governo ativista nacional que não possuía raízes populares profundas na nossa experiência constitucional anterior (2006, pp. 143-144).

O pensamento jurídico de fundo que sustentou essas alterações na Suprema Corte estadunidense foi o realismo. O rótulo do movimento também é pouco claro, considerando-se que em nenhum momento existiu uma corrente homogênea e que, por vezes, algumas preocupações estavam relacionadas à prática judicial, e não ao estabelecimento de uma teoria geral do direito ou de uma teoria da decisão judicial – evidência disto é que um motivo da repercussão de uma corrente realista estadunidense decorreu da recepção dos escritos sobre o já mencionado trabalho de Holmes. Desta forma, é preferível abordar o movimento a partir das diferentes escolas tendo em vista a preservação da pluralidade de posições que marcou o debate.<sup>81</sup>

Como indicado no capítulo anterior, todas essas escolas realistas conservavam uma reflexão sobre o funcionamento da *common law*, adotando como premissas as bases das filosofias pragmatistas da época (James, Peirce e Dewey) e resgatando os ideais do utilitarismo – dialogavam, no campo teórico-jurídico, com a Escola de Direito Livre (François Géný) e com a sociologia do direito (Eugène Ehrlich).<sup>82</sup>

Dentre os argumentos compartilhados pelos realistas, ressaltam-se: a indeterminação dos sentidos no direito pelos textos legais; a descrença nas normas jurídicas enquanto formas *ex-ante* para a tomada de decisão (formas *ex post* de racionalização); a ultravalorização da prática jurídica como principal dimensão de compreensão da tomada de decisão (visão essencialmente judicial); a crítica ao modelo dedutivista de aplicação do direito; e a necessidade de utilização de elementos externos ao direito para a tomada de decisão.

---

<sup>81</sup> Neste sentido, LLEWELLYN (1971, p. 53): “[N]ão há que se falar em escola realista, nem na possibilidade de chegar a existir tal escola. Há, no entanto, um movimento no pensamento jurídico e no trabalho jurídico”.

<sup>82</sup> Pode-se retomar o jurista italiano Norberto Bobbio, em sua *Teoria da Norma Jurídica*, que ao classificar o realismo jurídico indicou dois distintos momentos que antecederam ao movimento e às correntes que se preocuparam com a experiência jurídica na segunda metade do século XX. O primeiro momento remonta à Escola Histórica do Direito, representada pelo jurista Friedrich Carl Savigny e, depois, por Friedrich Puchta – sobre a EHD, vale lembrar que “[p]ara a escola histórica, o direito não se deduz dos princípios racionais, mas é um fenômeno histórico e social que nasce espontaneamente do povo, daí a consequência de existirem tantos direitos diversos quanto diversos são os povos com suas inúmeras características e em suas várias fases de desenvolvimento” (2005, p. 63). O segundo momento remete às escolas sociológicas do final do século XIX, notadamente Kontorowicz, Géný e Ehrlich.

Para Brian Leiter (2007), importante intérprete do movimento à luz da sua compreensão naturalista, o realismo representa, em todas as suas fases, um modelo descritivo sobre a tomada de decisão; é, em essência, um relato sobre como os juízes reagem aos fatos do caso e como os advogados possuem um arsenal de instrumentos (textos legais) para persuadir os tomadores de decisão. Ademais, é inevitável perceber que as primeiras preocupações dos autores realistas residiram nas circunstâncias e nas consequências da tomada de decisão, questões por eles identificadas como necessariamente sociológicas – ou empiricamente constatáveis.<sup>83</sup>

A referência à importância da atuação dos juízes enquanto tomadores de decisão e não vinculados necessariamente às normas jurídicas é uma constante nos textos dos realistas. Da mesma forma, eles também enfatizam que é preciso compreender a atuação dos advogados – *advocate's leeway* –, pois estes possuem uma gama de instrumentos (não necessariamente jurídicos) para conduzir seus interesses em juízo de acordo com as preferências e as possíveis consequências produzidas para os clientes (LLEWELLYN, 2011).

Sob esta perspectiva prática, o direito é fortemente reduzido à decisão judicial em determinado contexto social. O ponto já estava presente nos trabalhos de Holmes Jr., para quem os conceitos jurídicos são alterados em razão da dinâmica da própria sociedade, como resultado da interação entre história e legislação. Diz o jurista: “Devemos alternadamente consultar história e teorias existentes da legislação. Mas o trabalho mais difícil será de compreender a combinação dos dois produtos em diferentes fases” (1881, p. 4, tradução livre).

---

<sup>83</sup> Para ilustrar o ponto, retoma-se o comentário de Frederick Schauer sobre o terceiro capítulo na introdução da obra inacabada de LLEWELLYN (2011). Diz Schauer que a importância, para o autor, não é compreender o que é a regra jurídica – ainda que exista um modelo ideal (*ideal-type of rule*), mas como de fato ela opera por meio da atuação dos advogados e dos juízes: “[a]s regras reais sofrem de patologias de redação, patologias de interpretação e patologias de execução e, portanto, para localizar o núcleo real de regras reais, precisamos olhar além da forma proposicional para o que os atores e instituições jurídicas relevantes estão fazendo na prática” (LLEWELLYN, 2011, p.9, tradução livre). No mesmo livro, Llewellyn, ao abordar o tema da operação das regras da experiência (*rules of thumb*), afirma a importância de um desenvolvimento sociológico da compreensão da regra sobre os modos de aplicação: “[e]u não desejo avançar aqui no campo da sociologia da dogmática, mas acho que é seguro estabelecer que nenhum sistema jurídico não pode perdurar por muito tempo, aqueles que contém um grande número de regras jurídicas sob a forma de regras e conceitos da experiência, sem que haja desenvolvimento de técnicas para essas regras da experiência: de formas de usar e ler as regras, de maneiras de examinar o estado de fato problemático para classificá-los no melhor sentido da experiência [*thumb-wise*]” (ibidem, p.122, tradução livre).

Nos inúmeros exemplos oferecidos em “The Common Law” (HOLMES JR., 1881) – coletânea da série de palestras proferidas no outono de 1880, em Lowell Institute Lectures, Boston –, tais como a responsabilidade civil de animais ou a de objetos inanimados durante a época de Eduardo I, de Henrique VIII ou até da Rainha Elizabeth,<sup>84</sup> fica evidente a tese do autor de que o direito é resultado da experiência dos tomadores de decisão conjugada às necessidades percebidas à época, às teorias morais e políticas dominantes e, inclusive, aos preconceitos de que juízes compartilhavam com seus pares.<sup>85</sup>

Dependia de determinada compreensão de mundo aceitar, por exemplo em Holmes (1881), na época de Eduardo I, que “se um homem caísse de uma árvore, a árvore seria confiscada e vendida para fins de caridade”, ou, ainda, nas leis de Platão, que “se um escravo matasse um homem, ele deveria ser entregue aos parentes do falecido” (pp 20-25). Prevalece de fundo uma base filosófica da ciência pragmática que admite que a possibilidade do conhecimento da sociedade (e do direito) depende invariavelmente da possibilidade de construções de significados, empreendimento altamente improvável e aberto, bem como de uma visão utilitarista que se preocupe com as consequências no momento de tomar a decisão.

Susan Haack (2011) afirma que o gradual crescimento de conceitos e categorias jurídicas também representa uma maneira pela qual o direito adapta-se às transformações

---

<sup>84</sup> “Na época de Eduardo I, alguns dos casos nos lembram as leis bárbaras em seu estágio mais rude. Se um homem caiu de uma árvore, a árvore era cortada. Se ele se afogasse em um poço, o poço deveria ser preenchido. Não importava se o bem extirpado pertencesse a uma pessoa inocente. "Onde um homem mata outro com a espada de João Stile, a espada será perdida como sacrifício [*deodand*], e ainda não há efeito para o proprietário". Isso é de um livro escrito no reinado de Henrique VIII, cerca de 1530. E foi repetido desde o tempo da rainha Elizabeth até depois de cem anos, como no caso do ataque por um cavalo. Caso meu cavalo ataque um homem e venha vender meu cavalo, e logo depois disso o homem atacado morrer, o meu cavalo deverá ser sacrificado” (HOLMES JR., 1881, p. 25, tradução livre).

<sup>85</sup> Trata-se de compreender o objetivo que HOLMES indica no começo da obra: “O objetivo deste livro é apresentar uma visão geral da *common law*. Para realizar a tarefa, outras ferramentas são necessárias além da lógica. Tal perspectiva mostra que a consistência de um sistema requer um resultado particular, mas isto não é tudo. A vida do direito não tem sido lógica: segue-se a experiência. As necessidades sentidas do tempo, as teorias morais e políticas prevalecentes, as intuições da política pública, avivadas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus semelhantes, tiveram muito mais a fazer do que o silogismo na determinação das regras pelo qual os homens deveriam ser governados. A lei incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratada como se contivesse apenas os axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é, devemos saber o que tem sido e o que tende a se tornar. Devemos alternadamente consultar a história e as teorias existentes da legislação. Mas o trabalho mais difícil será entender a combinação dos dois com novos produtos em todas as etapas. A substância do direito, em qualquer momento, quase corresponde, na medida do possível, com o que entende ser conveniente; mas a sua forma e maquinaria, e o grau em que é capaz de elaborar os resultados desejados, dependem muito do seu passado” (1881, p. 4, tradução livre).

sociais, tal como sugerido por Holmes Jr..<sup>86</sup> Quando tribunais decidem, atribuem novos significados aos conceitos jurídicos, refletem sua sensibilidade acerca das necessidades sociais.

No caso dos realistas, o diálogo no campo jurídico era fortalecido pelo fato de as escolas adotarem uma perspectiva sociológica. Basta considerar, novamente, o método desenvolvido por Pound (2009) na introdução da importante obra de Ehrlich *Fundamentos da Sociologia do Direito*, publicada pela primeira vez em 1913. Aquele alega que o sociólogo do direito foi um pioneiro ao iluminar os novos métodos de análise do direito em contraposição à visão metafísica e histórica da teoria do direito que predominava no século XIX, fazendo frente a três grandes problemas do século XX, a saber, (i) como o direito operava, (ii) como os interesses e demandas eram ajustadas à ordem legal e (iii) a necessidade de se identificar os limites do reconhecimento dos interesses e da efetividade das ações legais. Diz Pound: “O método de Ehrlich é perceber a relação da lei, no sentido do corpo das normas de decisão, à ordem interna da associação e das relações que compõem a sociedade” (2009, p. 15, tradução livre).

A visão sociológica de Ehrlich, compartilhada nas obras dos realistas, é uma descrição empírico-antropocêntrica do direito, já que sustenta uma narrativa causal dos fatos. A ideia central em seus escritos está relacionada à constatação de que o direito depende de um reconhecimento social, pois toda e qualquer associação humana necessita de normas de conduta. Nesta visão, o direito é uma norma social de conduta – não restrita a textos e prescrições legais<sup>87</sup> – e diferencia-se das demais normas já que deriva dos fatos de direito, tais como a posse e as declarações de vontade.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> “Holmes ilustra como conceitos jurídicos antigos mudam e se alteram, descrevendo concepções mais antigas sobre quem ou o que poderia ser considerado responsável juridicamente por um dano ou uma morte” (HAACK, 2011, p. 135).

<sup>87</sup> Ponto importante na compreensão sociológica de Ehrlich sobre o direito é sua diferenciação entre norma jurídica e prescrição legal. Diz o autor que “[a] prescrição legal é a formulação precisa, universalmente vinculada ao preceito legal expresso em lei. A norma jurídica é um comando legal reduzido pela prática, obtido de uma associação ao caso concreto, talvez de tamanho muito pequeno, inclusive podendo ser sem qualquer formulação em palavras. Prescrições legais aplicadas aos casos concretos dão origem a normas legais. Mas é sabido que em todas as sociedades há um número muito maior de normas jurídicas do que de prescrições legais; sempre há muito mais direito aplicável a casos individuais que é aplicável a todas as relações de tipo semelhante (...)” (2009, p. 38, tradução livre).

<sup>88</sup> Segundo Ehrlich, os direitos são exigíveis pelo próprio fato social envolvido, por exemplo, se alguém cumpre um contrato é porque nas associações normalmente se cumprem os acordos para realizar os negócios. O que ele destaca é que a realidade social – seja em razão do negócio envolvido pelo contrato, seja por qualquer outro fato – casualmente constitui o direito para disciplinar as diversas associações humanas. Trata-se do direito

No caso de Ehrlich, e também dos realistas, não prevalecia uma nítida distinção entre o método sociológico jurídico de análise e a dogmática, o que se evidencia, por exemplo, quando esses autores explicitam o propósito de reatar os laços entre o direito e a ordem social a partir de um novo modelo de ensino jurídico segundo as diferentes práticas jurídicas<sup>89</sup>. A mesma crítica encontra-se nos realistas; o modelo de ensino jurídico ortodoxo inaugurado por Christopher Langdell foi primeiramente contraposto às perspectivas contemporâneas de Holmes Jr. à época e, posteriormente, reformulado por Pound, quando era diretor da Escola de Direito de Harvard (1916-1936) e visava introduzir um modelo interdisciplinar de estudo jurídico.

Percebe-se, nos escritos dos realistas, que o direito é apresentado como um fenômeno social, relacionado diretamente aos fatos sociais. Destarte, interessa a descrição das causas que determinam de que forma a sociedade produz o direito. Sob esta perspectiva que se admite a abertura do direito para a compreensão de critérios extrajurídicos para a tomada de decisão e também uma valorização dos trabalhos dos tribunais; seria possível, assim, descrever uma tomada de decisão judicial segundo regras advindas da economia ou um debate de argumentos políticos em juízo.

## **2.2. Consequencialismo nas escolas do realismo jurídico estadunidense**

A ideia de que o processo decisório baseia-se em um consequencialismo judicial com lastro nos efeitos produzidos é sustentada pelos realistas, que a identificam como sendo o próprio processo de interpretação judicial.

---

vivo, um direito para além da prescrição legal, aquele praticado pela sociedade nos usos e costumes, que independe de qualquer ordem estatal ou de qualquer tipo de sanção.

<sup>89</sup> Diz Ehrlich: “O dilema da jurisprudência consiste no seguinte: apesar de ser somente uma doutrina prática do direito, continua sendo ao mesmo tempo a única ciência do direito. E isso significa que aquilo que ela ensina a respeito de direito e de condições jurídicas, não vai além do que a doutrina prática do direito pode fornecer em termo de orientação, objeto e método. Na verdade, o que acontece é como se a mineralogia e a química não soubessem dizer mais sobre os metais do que o que foi pesquisado para fins de construção de estruturas metálicas ou se a botânica não apresentasse nada além do que está escrito nos manuais de farmacognosia e farmacologia. Esta situação da jurisprudência é extremamente insatisfatória, sobretudo se levarmos em conta que o atual ensino do direito não abrange nem mesmo todas as áreas de ação prática do jurista. De fato, deveria existir um número de cursos de direito equivalente aos ramos jurídicos” (ibidem, p. 7, tradução livre).

Um primeiro modelo foi formulado na “teoria da previsão” de Holmes Jr.<sup>90</sup>, apresentada na obra *The Path of Law* por meio da metáfora do indivíduo malvado (*bad man*). Diz o autor que a decisão judicial pode ser antecipada considerando-se as decisões proferidas pelos tribunais, exatamente como um indivíduo malvado que deseja saber quais sanções sofreria caso violasse a lei<sup>91</sup>. Em outros termos, o direito é uma reunião de previsões de certas consequências como decisões, sob determinadas condições de violação. Afinal, o direito é efetivamente cumprido apenas nas situações de violação e, portanto, o importante é prever o comportamento dos juízes e como eles decidem. Em suas palavras, “[s]e você quiser conhecer a lei e nada mais, você deve olhar para ela como um *bad man*, que só se preocupa com as consequências materiais que tal conhecimento lhe permite prever, não como um *good one [man]*, que encontra as suas razões para conduta, seja dentro da lei ou fora dela, nas sanções mais vagas de consciência” (1897, p. 7, tradução livre)

De acordo com esta teoria, interessa prever a decisão do tribunal, que se firma como o critério de legalidade para as relações disciplinadas pelo direito – em lugar da norma jurídica. O único motivo para o controle das condutas deriva justamente da decisão judicial, por isso o indivíduo malvado preocupa-se apenas com as decisões dos juízes (e não com os legisladores).

Neste caso, a ideia de interpretação reduz-se exclusivamente às consequências e às finalidades práticas, – e não a um processo interpretativo de textos legais realizado pelo juiz. O direito pretende estabilizar, realizar fins sociais e evitar consequências sociais indesejáveis, as quais são compartilhadas pela sociedade. O ponto central em Holmes Jr. é compreender que essa perspectiva finalística é historicamente construída por meio dos valores de fundo que justificam a *common law*, e é nesse sentido que ele afirma que as decisões judiciais constroem o direito e que estas devem estar atentas às bases sociais, já que

---

<sup>90</sup> Sobre o processo de previsão, Schauer argumenta que Holmes Jr. antecipou muitas questões sobre a tomada de decisão: “Holmes estava à frente de seu tempo concentrando-se na predição e no reconhecimento da possibilidade lógica sobre o que os tribunais provavelmente fariam de fato seria diferente do que a doutrina poderia sugerir” (2009, p. 127, tradução livre).

<sup>91</sup> Diz Holmes Jr.: “A confusão com a qual estou lidando acumula confessadamente as concepções legais. Considere a questão fundamental, o que constitui o direito? Você encontrará alguns autores dizendo que é algo diferente do que é decidido pelos tribunais de Massachusetts ou Inglaterra, que é um sistema de razão, que é uma dedução de princípios de ética ou axiomas admitidos ou que não, o que pode ou não coincidir com as decisões. Mas se considerarmos o nosso amigo, o indivíduo malvado [*bad man*], acharemos que ele não se importa com duas palhas para os axiomas ou deduções, mas que ele quer saber o que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra provavelmente farão de fato. Eu sigo esta linha. As profecias do que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são o que eu quero dizer com o direito” (1897, p. 9, tradução livre).



provavelmente as pessoas não seguirão um direito contrário às crenças fundamentais da sociedade.

Portanto, mesmo admitindo a grande premissa realistas de que juízes decidem com as próprias convicções, estes não podem entrar em conflito com a sociedade, uma vez que as próprias compreensões sociais são os limites interpretativos na tomada de decisão. Veja, portanto, Brink: “uma vertente importante no realismo jurídico insta os juízes a basear suas decisões em uma compreensão adequada das consequências sociais e econômicas de suas decisões. Embora os tribunais não façam erros legais, eles podem cometer erros pragmáticos e morais” (2001, p. 15, tradução livre).

Aqui, a ideia de que o direito é apenas um conjunto de comportamentos do Poder Judiciário e de que a interpretação é um ato posterior à decisão – os juízes primeiro alcançariam os resultados para então indicar suas razões *ex post*<sup>92</sup> – deve ser relativizada, pois prevalecem critérios extrajurídicos que devem ser devidamente contextualizados e que interferem na tomada de decisão como limitadores.

Uma análise biográfica de Holmes Jr. reforça sua preocupação em incorporar o consequencialismo empírico na sua descrição, tal como indicado por Kelley (2002) ao sustentar a influência dos escritos de John Stuart Mill<sup>93</sup>. O autor indica que para Holmes Jr.

---

<sup>92</sup> As indicações *ex-post* das razões são uma etapa secundária, mas de extrema importância, nas descrições apresentadas pelos realistas para assegurar uma estabilidade jurídica na sociedade por meio do modo como são operadas. Um relevante exemplo está na compreensão da estabilidade jurídica por Llewellyn, segundo o qual “(...)a primeira e óbvia lição dessa observação é que a estabilidade não está em nosso sistema jurídico produzido pelas normas de direito. Isso tem a ver com a gestão dessas regras, e com sua observação na necessidade e justificativas” (2010, p. 142, tradução livre). Ao comentar esta posição, Schauer afirma que “(...)o núcleo da crença realista reside na compreensão que as regras muitas vezes serviram como racionalizações *ex post* para os resultados alcançados com base em outros motivos, nesse sentido as regras trouxeram um grau de racionalidade e estabilidade ao que de outra forma pareceria ser um caos desorganizado” (2011, p. 10, tradução livre).

<sup>93</sup> “Em primeiro lugar, o biógrafo simpático e bem informado de Holmes, Mark DeWolfe Howe (1957, 210, 212-17), destacou o período de 1865 a 1867 como extremamente importante para o desenvolvimento intelectual de Holmes Jr. e enfatizou a forte influência do trabalho de John Stuart Mill em Holmes neste período. Em segundo lugar, eventos significativos no ponto de vida de Holmes também reforçam esta influência. No verão de 1866, Holmes viajou para a Inglaterra, onde conheceu o próprio John Stuart Mill (Howe 1957, 223-44). Howe (1957, 208) caracteriza esta viagem como "a peregrinação de uma mente madura que já havia encontrado suas tendências". Em terceiro lugar, o número e o peso dos livros de Mill que aparecem na lista de leitura de Holmes sugerem sua importância: de 1865 a 1867 Holmes leu sete obras de John Stuart Mill, incluindo *A System of Logic* e *An Examination of William Hamilton's Philosophy*. As obras de Mill que Holmes lê tudo refletem o compromisso de Mill com certos princípios básicos do positivismo de Auguste Comte (Simon 1963, 172-201). Mill deixou claro o alcance de seu acordo com Comte em seu ensaio de 1865 *Auguste Comte e Positivism* (Mill 1969), que Holmes leu em 1865 ou 1866 (Little 1954, 171). Mill aprovou explicitamente a teoria evolutiva de Comte das três etapas do pensamento humano e as opiniões de Comte sobre as limitações do conhecimento humano” (2002, p. 42, tradução livre).

todas as leis são cientificamente redutíveis às leis de antecedência e consequência: se você faz X e Y acontece, os juízes determinam que Z deve ser feito. Além disso, as leis são justificadas somente por suas consequências a partir de seus fins práticos – mas quais são as melhores consequências? No entanto, ele também admite que em Holmes Jr. não há base científica para a escolha entre as consequências sociais das leis alternativas. O papel do juiz não é, portanto, o de determinar os fins sociais (ou as políticas sociais), mas acabar com a argumentação metafísica ou teológica equivocada, devendo relacionar cada lei às consequências sociais de fundo que a justificam e tornando o direito mais eficaz na concretização dos fins sociais.

Pound também contribui para uma visão sociológica sobre o ponto ao trabalhar a ideia do jurista-sociólogo, aquele que conhece as situações de fato sobre as quais se aplicam as normas jurídicas – “o jurista-sociólogo produz um estudo comparativo de sistemas jurídicos, doutrinas legais e instituições jurídicas como fenômenos sociais e critica-os em relação às condições sociais e ao progresso social” (1911, p. 516, tradução livre).<sup>94</sup>

Neste modelo, Pound indica que é fundamental considerar os propósitos da norma jurídica na interpretação. O jurista-sociólogo deve estudar teleologicamente, a saber, deve observar os efeitos das decisões judiciais e esclarecer quais são as consequências sociais desejáveis e as não desejáveis de acordo com o contexto. Destarte, ele confirma que o processo de decisão baseia-se em um consequencialismo judicial constatado empiricamente, ainda que se relacione com as “leis dos livros”. Como citado anteriormente, Pound também se assemelha a Holmes Jr. ao criticar a jurisprudência mecânica observada nos Estados Unidos, fortemente inspirada no modelo de Christopher Langdell.

Por fim, a preocupação com as consequências também se encontra em duas correntes realistas desdobradas a partir de Holmes Jr., encabeçadas por Llewellyn e Frank, respectivamente classificados como representantes do “ceticismo de normas” e do “ceticismo de fatos”. No entanto, as correntes são substancialmente diferentes.

---

<sup>94</sup> Ele avança: “Em geral, os juristas-sociólogos defendem o que foi chamado de aplicação justa da lei; eles concebem a regra jurídica como um guia geral para o juiz, que deverá levá-lo ao resultado justo, mas insistem que isto ocorre dentro de limites expansíveis já que o juiz deve ser livre para lidar com o caso individual, de modo a atender às demandas de justiça entre as partes e concordar com a razão geral dos homens comuns” (ibidem, p. 515, tradução livre).

Karl Llewellyn, professor da Universidade de Colúmbia, conhecido por sua caricatura radical em “The Bramble Bush” (1930) sobre as normas jurídicas como brinquedos bonitos – *pretty playthings*<sup>95</sup>, desenvolveu uma sofisticada descrição do direito a partir de uma visão prática do estudo das controvérsias e de como estas são solucionadas no sistema da *common law*.

Em recente publicação da inacabada e inédita *The Theory of Rules* (2011) – trabalho de transição de Llewellyn<sup>96</sup> –, Schauer afirma que o objetivo do realista foi oferecer “um relato das regras jurídicas como inextricavelmente ligado aos indivíduos que as interpretam e aplicam, bem como as instituições nas quais o fazem” (p. 5, tradução).

Llewellyn, por sua vez, defende o direito como resultado da atuação de fato dos seus operadores, recusando uma vinculação necessária com normas jurídicas – pensamento aqui representado pelo ceticismo de regras (*rule scepticism*). Prevalece sua crítica em relação à autonomia da linguagem jurídica (ele não defende uma dimensão normativa), na medida em que o direito não é mais visto como um conjunto de normas jurídicas, mas como resultado da atuação de um profissional. Diz o autor: “As palavras - e as regras usam as palavras como sua maquinaria primária - podem afetar esses resultados apenas passando por profissionais treinados, sobretudo para seguir padrões institucionalizados, para agir através desses profissionais sobre outros treinados e moldados, com base em outros jogos de equipe e em outros padrões institucionais” (2011, p. 44, tradução livre).

Todavia, ele não elimina a possibilidade de avaliação das decisões a partir de critérios de adequação funcional às finalidades sociais que devam desempenhar, tal como Holmes e Pound, mas antes supõe que os tomadores de decisão sejam racionalmente capazes de decidir e adequar as decisões às consequências socialmente desejadas. Há uma apreensão de elementos externos (fatos sociais) ao direito que influenciam a tomada de decisão.

Diversa é a posição extremada de Jerome Frank, cujo foco está no juiz enquanto indivíduo. Afirma ele em *Law and the Modern Mind* (1970), lançada em 1930, que nem as normas jurídicas nem os fatos sociais servem de base para a tomada de decisão, unicamente

---

<sup>95</sup> Llewellyn afirma: “Regras são importantes na medida em que eles ajudam você a ver ou prever o que os juízes irão fazer ou até o momento em que o ajudem a conseguir que os juízes façam algo. Essa é a sua importância. Essa é toda a sua importância, exceto como brinquedos bonitos” (1930, p.5, tradução livre).

<sup>96</sup> Schauer afirma que a obra é uma importante conexão entre a fase inicial de Llewellyn até sua fase de maturidade, “é possível traçar nos escritos de Llewellyn uma progressão de posição mais realista em trabalhos na década de 1930 para as visões mais moderadas e convencionais incorporadas em *The Common Law Tradition*” (2011, p.15, tradução livre).

vinculada à reação pessoal do juiz. Seu exemplo famoso é o de que a decisão judicial pode ser compreendida à luz daquilo “que o juiz tomou de café da manhã”.

Segundo este raciocínio, não é possível justificar as decisões judiciais, já que toda e qualquer decisão é um ato decorrente da personalidade e das convicções de cada julgador. Neste sentido, qualquer justificativa da decisão ocorrerá sempre *ex post* e ocultará o efetivo papel dos valores pessoais determinantes da decisão. Frank aduz, ainda, que “[o] processo de julgamento, assim, nos dizem os psicólogos, dificilmente começa com a premissa da qual a conclusão é posteriormente retirada. O ato de julgar começa, ao invés, do outro lado – com uma conclusão mais ou menos vaga formada; o homem começa ordinariamente com essa conclusão e depois busca encontrar premissas que a fundamentem” (1970, p.108, tradução livre).

Tanto Frank como Llewellyn concordam que o direito é resultado da atuação dos juízes e que as normas jurídicas não possibilitam a tomada de decisão nem servem como modelos porque apresentam uma série de significados possíveis. No entanto, para o primeiro a tomada de decisão é uma criação livre, enquanto para o último as limitações são retiradas dos fatos sociais. Daí afirmar que para Frank não faz sentido abordar o tema do consequencialismo, uma vez que o juiz decide com total liberdade.

Os realistas representaram um ataque à definição formalista de direito, segundo a qual este é um conjunto de normas jurídicas. De acordo com Michelon Jr. (2004), Muñoz (2008), Macedo Jr. (2014) e Schecaira; Struchiner (2016), esta divergência contribuiu para um esvaziamento da teoria do direito, reflexo também de uma progressiva crise da já mencionada visão fisicalista de mundo ou de uma “filosofia da representação”. Observa-se um movimento na história da teoria do direito *pari passu* as transformações na história da filosofia: da perda do conteúdo do direito à maior ênfase a critérios estritamente formais, durante o século XIX; da perda dos critérios formais ao ceticismo jurídico, do final do século XIX até o começo da segunda metade do século XX – neste último caso, o movimento iniciou-se com Holmes Jr. e terminou com Frank.

O saldo do realismo para a teoria do direito foi um conjunto de problemas equacionados somente após o surgimento das teorias da argumentação jurídica. Alguns percalços enfrentados pelos realistas – e não respondidos a contento – foram: redução do direito à atuação judicial; impossibilidade de uma única resposta correta; indeterminação completa do direito; e não definição da ideia e dos modelos de interpretação.

Na história da teoria do direito, tais óbices foram equacionados quando o tema da linguagem foi resgatado e renovado por uma filosofia analítica, preocupada com a questão da construção de sentidos e da interpretação. Por sua vez, o tema do consequencialismo ganhou novos contornos, tendo como um dos principais representantes da nova retomada e do encerramento da visão fisicalista na teoria do direito de Hart, o qual, inclusive, superou parte dos trabalhos dos realistas.

### **2.3. Crítica hartiana às escolas realistas e o consequencialismo**

O filósofo do direito inglês Hart apresentou uma ferrenha crítica aos realistas em *O Conceito de Direito* (1994), com a primeira edição publicada em 1961; a repercussão foi tamanha que significou terra arrasada no plano histórico da teoria do direito para os realistas. Leiter comentou: “A crítica devastadora de Hart aos realistas no Capítulo VII ‘d’O Conceito de Direito’ rendeu ao realismo a piada da filosofia do direito no mundo de língua inglesa” (2007, p. 17).

Hart é, notadamente, um dos principais teóricos do direito da segunda metade do século XX. O impacto de sua obra foi imenso, pois, além de ter substituído os modelos teóricos de BENTHAM e AUSTIN, em especial a teoria imperativista, foi responsável por introduzir a virada hermenêutica no interior da teoria do direito – alguns referem-se a Hart como o último grande positivista jurídico (MUÑOZ, 2008); ou como elemento de transição na teoria do direito (MACEDO JR., 2014) – ao distinguir o conceito de hábito do de regra social. Sem o propósito de apresentar sua teoria, esta tese pretende explicar a crítica do autor aos realistas, bem como apontar seus desdobramentos.

Um importante mérito de Hart foi ter admitido a indeterminação semântica do direito, decorrente do fato de que sempre surgirão eventos para os quais nenhuma definição prévia dos termos gerais legais possa ser aplicada de imediato. Trata-se, aqui, da ideia da textura aberta do direito, diálogo de Hart com o filósofo Friedrich Waismann, do Círculo de Viena.

Segundo Waismann, a textura aberta da linguagem é uma propriedade dos termos empíricos responsável pela impossibilidade de se verificar conclusivamente as afirmações

sobre objetos materiais. Contudo, ela não se confunde com a vagueza dos termos de um texto legal, que se resolve com a aplicação de regras mais precisas<sup>97</sup>.

Em verdade, segundo o filósofo, a textura é a própria deficiência do conhecimento sobre o conjunto da realidade, pois não se pode excluir totalmente o surgimento de uma situação imprevista capaz de alterar um conceito. Ademais, Waismann lembra que a própria linguagem não é um conjunto de termos fechados; ao contrário, é constantemente aplicada de diferentes formas e com propósitos distintos, capazes de atender à variedade dos eventos.

Para Hart, o tema da textura aberta relaciona-se com a problemática da interpretação jurídica, e o principal ponto para o autor é conhecer as situações nas quais a aplicação das regras é mais precisa, em especial aquelas em que as regras possam ser aplicadas com certeza – questão da objetividade –, ainda que ele admita que toda regra lida com o problema das transformações da sociedade.

Seu caso exemplar ilustra uma situação para a qual não se encontra uma solução no conjunto de normas jurídicas, portanto, o direito mostra-se indeterminado – a regra dos “veículos no parque”, que resultou no famoso debate com Lon Fuller: “Claramente esta norma proíbe um automóvel, mas o que dizer de bicicletas, *rollers skates* e automóveis de brinquedo? E aviões? Eles são chamados por nós de ‘veículos’ para o propósito da norma?” (1958, p. 607). Para Hart, a grande questão é que convenções linguísticas não conseguem delimitar e resolver com precisão a aplicação dos textos em algumas situações de dúvida, levando-se em conta que as palavras possuem uma variedade ou uma textura aberta, sobretudo no momento de identificar e determinar os direitos e deveres legais<sup>98</sup>.

Todavia, ainda que a indeterminação seja uma característica intrínseca ao direito devido a suas formulações linguísticas, isso não significa que o direito não possa produzir certeza ou que o direito seja sempre indeterminado. Diz o filósofo do direito inglês que, para que se compreenda um problema de aplicação, é preciso verificar primeiramente o núcleo de significado da regra ou da zona de penumbra da dúvida.

---

<sup>97</sup> “A vagueza deve ser distinguida da textura aberta. Uma palavra que é realmente usada de forma flutuante (como “heap” ou “pink”) é dita ser vaga: um termo como “ouro”, embora seu uso real não seja vago, não é exaustivo de forma que nunca podemos preencher todas as lacunas possíveis através das quais uma dúvida pode infiltrar-se. A textura aberta é, então, algo como a possibilidade de vagueza. A vagueza pode ser remediada por regras mais precisas, a textura aberta não pode” (1945, p. 123, tradução livre).

<sup>98</sup> Hart refutou certa tradição que sustentava a aplicação mecânica do direito ao afirmar que não é possível realizar o ideal de precisão do direito, uma vez que não é possível conhecer previamente todas as situações. Trata-se da própria incapacidade humana de antever todas as situações para legislar sobre elas.

Na leitura hartiana a linguagem possui um núcleo de certeza, no qual estão os significados gerais e claros, e uma zona de penumbra, em que estão localizados os casos de difícil interpretação, não sendo possível empregar o silogismo nem verificar se é ou não aplicável a regra geral. Logo, a linguagem aberta dá margem, em casos difíceis, ao poder discricionário do juiz.

Fato é que a indeterminação do direito não se limita à manifestação da linguagem jurídica como padrão geral de comportamentos. Indo além, o legislador hartiano admite uma abertura para o tomador de decisão, conferindo-lhe um poder discricionário para decidir casos situados na zona de penumbra da dúvida. Hart caracteriza este poder discricionário do juiz como uma atividade criadora, ainda que não explicita uma teoria da argumentação jurídica nem considere tal situação como limite no direito.

Ademais, é a partir desta problemática do exercício do poder discricionário do juiz que ele elabora sua crítica aos realistas, pois tais autores sempre admitiram que a tomada de decisão também envolve casos localizados na zona de penumbra das regras.

Ainda que tanto os realistas quanto Hart aceitem a indeterminação do direito, este apresenta uma compreensão moderada do fato, enquanto aqueles possuem uma visão exagerada sobre a indeterminação. A leitura hartiana dos realistas denuncia dois problemas: primeiro, que o processo de adjudicação sempre envolve critérios externos ao direito e, segundo, que os realistas rejeitam as normas jurídicas por admitir que não existe um núcleo duro de significação das regras capaz de orientar as condutas.<sup>99</sup> Aliás, é possível seguir a leitura de Barbosa (2013) que comentando a indeterminação em Hart afirma que ela não é apenas linguística, pois “a indeterminação normativa evidencia-se em especial porque o próprio material normativo (legislação, jurisprudência, literatura jurídica) expressa modelos normativos contestáveis” (op. cit., p. 39) – tal ponto é retomado no capítulo 4.

Hart é incisivo ao criticar o argumento de que o direito não pode ser reduzido às decisões judiciais nem ignorar as regras secundárias, inclusive porque os próprios juízes e tribunais são submetidos a um conjunto variado de normas jurídicas que lhes atribuem jurisdição e instrumentalizam o processo de adjudicação. O autor sustenta que

---

<sup>99</sup> Uma explicação complementar apresentada por Macedo Jr. estabelece que o ceticismo presente nos realistas decorre de certa visão fisicalista arraigada nestes teóricos. Afirma o jurista que o realismo nega a existência de objetividade por não encontrar equivalentes nos fatos do mundo e comete um erro, “não por que não seja possível oferecer um critério fático de verdade que ele afirma existir, mas por que exige e busca um critério fático quando não faz o menor sentido exigí-lo ou buscá-lo” (2014, p. 136).

[a]firmada numa forma geral e absoluta, de maneira a abarcar ao mesmo tempo as regras secundárias e primárias, é na verdade bastante incoerente: porque a asserção de que há decisões dos tribunais não pode ser combinada de forma consistente com a negação de que haja quaisquer regras. Isto é assim porque, como vimos, a existência de um tribunal implica a existência de regras secundárias que conferem jurisdição a uma sucessão mutável de indivíduos e atribuem autoridade às suas decisões. Numa comunidade de pessoas que compreendessem as noções de decisão e de predição de uma decisão, mas não a noção de regra, a ideia de uma decisão dotada de autoridade faltaria e com ela a ideia de tribunal. Não haveria nada que distinguísse uma pessoa privada da de um tribunal (1994, p. 150).

Nesta leitura, admitir a tese do indivíduo malvado (*bad man*) significa reduzir o direito à mera prudência e ao interesse pessoal de cada juiz, inviabilizando a distinção crucial que Hart faz entre “ser obrigado a” e “ter a obrigação de”. Em verdade, os realistas concordariam, neste caso, com a definição imperativista do jurista inglês John Austin, observando apenas o aspecto externo da decisão judicial e uma eventual arbitrariedade no momento de decisão, já que o direito seria operado por quaisquer razões não jurídicas.

Hart define essa posição como o já apontado ceticismo de regras, qualificando os realistas como absolutistas desapontados. Novamente, diz: “(...) a concepção do cético sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e quando descobre que não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras” (1994, p. 152).

É importante lembrar que para entender a normatividade das regras sociais em Hart – aí incluídas as regras jurídicas – é indispensável refletir sobre as atitudes humanas. Com efeito, qualquer análise do direito deveria acolher cumulativamente diferentes pontos de vistas, que, *grosso modo*, podem ser indicados como externo e interno. O ponto de vista externo trata de formulações *sobre* o direito. Em contrapartida, o ponto de vista interno consiste na atitude de aceitação das regras como razões suficientes para a ação, investigando-se os motivos dessas internalizações como uma atitude crítico-reflexiva do agente em relação à regra – compreender estas questões tornou-se, em alguma medida, indispensável nas



teorias do direito pós-hartianas para se fazer avaliações *sobre e pelo* direito e, sobretudo, para permitir distinções entre os hábitos e as regras sociais<sup>100</sup>.

Por fim, cumpre lembrar que no artigo “A Teoria do Direito Norte-Americana pelos olhos dos Ingleses: o Pesadelo e o Nobre Sonho” (2010), publicado em 1977, Hart também retratou a crítica aos realistas a partir da conjuntura do início do século XX – durante o governo Roosevelt advogou-se por uma maior atribuição de poder aos juízes, pois o Poder Executivo necessitava de um Poder Judiciário deferente em relação às medidas de proteção social do *New Deal*. Dizia ele que a teoria do direito estadunidense oscilava, à época, entre dois extremos: de um lado, o “pesadelo” representado pela indeterminação completa do direito admitida pelos realistas, de outro, o “sonho nobre” da plena determinação jurídica.

No entanto, a despeito de suas críticas aos realistas, mormente no que tange à indeterminação, Hart não resolveu o problema da atuação da discricionariedade do juiz, esclarecendo como e o que acontece quando o tomador de decisão depara-se com casos na zona de penumbra. Neste ponto, ele acaba confirmando o consequencialismo na história da teoria do direito e, em alguma medida, reduzindo o direito a uma visão fortemente judicial.

É demasiadamente simplificado afirmar que o juiz toma decisões políticas toda vez que atribui um significado não evidente a certo texto legal, tal como o legislativo. O principal motivo desta limitação é a ausência de uma teoria da argumentação jurídica em Hart, conforme indicado por Muñoz (2008, p. 154), para quem o positivista jurídico não levou às últimas consequências os resultados da filosofia analítica de onde partiu. Fato é que para Hart a argumentação jurídica não consiste em uma forma de tomada de decisão por meio do direito, seguindo padrões de fundamentação – ele nunca negou que a decisão em casos extremos possa ser extrajurídica, uma escolha política do juiz.

Interessa perceber que, desta maneira, ele não recusa posições consequencialistas em casos extremos, que o juiz decida de acordo com os fins sociais das normas, pondere custos

---

<sup>100</sup> Regras e hábitos pressupõem a existência de regularidade, no entanto, somente regras possuem uma dimensão reflexiva, interna, que depende da aceitação. Para Hart, segundo reconstrói Macedo Jr. (2014, p. 122), as razões para agir são constituídas pelas regras sociais que fixam a intencionalidade da própria ação. É justamente o ponto de vista interno da regra que revela as razões para o seu reconhecimento. Porém, vale lembrar que a aceitação da regra jurídica não depende, para Hart, da aprovação de um valor moral e é um fenômeno social – compartilhamento de um padrão por um grupo que constitui uma regra, seguindo a mesma base filosófica de Wittgenstein. Michelon Jr. define bem a aceitação: “[A]ceitar não é um ato que vem antes da crítica, mas é o próprio ato de criticar e de justificar a crítica com base no padrão, ou seja, é usar o padrão” (2004, p. 149).

e benefícios. Ainda, admite que “(...) a textura aberta do direito significa que há, por certo, áreas de conduta onde muito deve ser deixado para que seja desenvolvido pelos tribunais ou pelos agentes públicos que procuram encontrar um compromisso, à luz das circunstâncias, entre os interesses em conflito, cujo peso varia de caso a caso” (1963, p. 168).<sup>101</sup>

Importante exemplo, em sentido próximo, é a obra *Causation in the Law* (1985), com a primeira publicação em 1959 e escrito em conjunto com Tony Honoré. Nesta obra, Hart e Honoré discutem a importância do conceito jurídico da causalidade para a solução de casos, sobretudo relacionados a previsão de riscos pelo direito, mormente antecipando-os, ou no debate sobre a cadeia de imputação de responsabilidades.<sup>102</sup>

Em diferentes momentos da obra Hart e Honoré revelam as intrincadas relações consequentialistas que estão subjacentes aos debates da causalidade no direito, para os autores as deliberações sobre a conduta geralmente assumem a forma de um inquérito sobre as consequências futuras de ações alternativas; dizem que “as conexões causais são hipotéticas (*ex-hypothesi*) e limitadas pelo horizonte do previsível (*foresseeable*). Mesmo se nos limitarmos às declarações causais sobre o passado, ainda existem contextos e propósitos diferentes para serem discriminados” (ibidem, p. 63, tradução livre).

---

<sup>101</sup> Tal constatação levará ao argumento do intérprete Dworkin, para quem o positivismo de Hart é um Janus cuja outra face é o utilitarismo liberal, conforme o qual o direito administra conflitos visando ao máximo bem-estar social. Para uma visão completa desta posição, cf. DWORKIN, 1999.

<sup>102</sup> A principal tese da obra é indicar e explicar por qual motivo e como a conexão causal é, muitas vezes, um elemento necessário e suficiente para a imputação de uma cadeia de responsabilidade no direito. Neste sentido, os autores trabalham com um paradigma de causalidade no direito, que possui uma série de variações em relação a um apelo imediato à sensibilidade moral comum (e.g., nós somos responsáveis por danos que dermos causa). É por isso que ao longo da obra os autores fazem um inventário e discutem inúmeros casos em que litigantes são responsáveis por danos que não causaram e não responsáveis por danos causaram. Discutem-se os limites da responsabilidade estabelecidos pelos princípios causais do “senso comum” vis-à-vis aqueles apropriados pelo direito como um sistema destinado a minimizar danos por meio de regras que controlam os comportamentos dos indivíduos. Tal debate retoma a importante distinção entre direito e moral (i.e., bom senso), dizem os teóricos “a moralidade pode adequadamente operar por meio da vagueza, diferente do caso do sistema jurídico que precisa impor certo grau de precisão em seus juízos. Fora do domínio do direito, quando enfrentamos os juízes morais, não há obrigação de afirmar a imputação de responsabilidade entre a ação de um indivíduo e o dano diante de um caso difícil ou estranho. Simplesmente dizemos que o caso é muito difícil para nós julgar, pelo menos, quando pretende-se fazer uma condenação moral. Sem dúvida, evadimos com menos facilidade as nossas perguntas sobre a nossa própria conexão com o dano, os grandes romancistas muitas vezes descreveram, às vezes em linguagem muito parecida com os advogados, como a consciência ainda pode ser torturada por incertezas quanto ao caráter de uma parte na produção de danos, mesmo quando todos os fatos são conhecidos. O fato é que não existe um sistema preciso de punições ou de recompensas para o bom senso administrar, e, portanto, não há formas de ação ou argumentos para definir precisamente as cadeias de responsabilidade por danos, o que significa dizer que os princípios que guiam as atribuições de responsabilidade do senso comum apenas funcionam em casos relativamente simples” (HART; HONORÉ, 1985, p. 68, tradução livre).

Todavia, tratam-se de consequências jurídicas e, portanto, operações internas e limitadas pelo sistema jurídico. A definição de consequência, aqui, ganha uma propriedade de condição necessária, afinal não é toda e qualquer consequência de um evento que é relevante para o direito, logo consequências jurídicas são limitadas e devem ser necessárias – contrária ao postulado mencionado das “ondulações em uma lagoa”.

Mesmo diante de um quebra-cabeça ou de um caso que exija a imputação de responsabilidade pelo direito, em ambos existem restrições e regras que determinam quais consequências considerar e como avaliá-las.<sup>103</sup> Deste modo, as atenções deveriam recair na construção de critérios e técnicas para a operacionalização das consequências no direito.

Não é o caso de retomar o debate se o direito deveria ou não se basear nas consequências. Para esta tese, o principal legado lançado por HART, sobretudo assumido pelas teorias da argumentação, foi a necessidade de reflexão do direito sobre sua dimensão interpretativa.

#### **2.4. Contra-ataques das escolas realistas à crítica hartiana**

Apesar das duras críticas recebidas, os realistas estadunidenses foram defendidos por seus compatriotas, que patrocinaram diferentes posições na teoria do direito. Esta tese destaca duas: o modelo naturalista de Brian Leiter e o modelo do positivismo presumido de Frederick Schauer.

O propósito deste tópico é indicar os contra-ataques no interior destas teorias com o intuito de revelar algumas inconsistências na crítica de HART, mas sem a preocupação de apresentar extensamente as posições teóricas de cada autor mobilizado.

##### *a) Modelo naturalista de Brian Leiter*

Leiter é partidário de um projeto de naturalização da teoria do direito que possui uma dimensão empirista semelhante à encontrada nos realistas. Por naturalismo ele entende a doutrina metodológica sobre como deve ser conduzida a investigação filosófica, que reflete

---

<sup>103</sup> As restrições permeiam todo tipo de pensamento em termos causais; Hart e Honoré afirmam que quando encontramos orientações nos textos legais, não estamos encontrando coisas inventadas e peculiares da lei, embora, é claro, é o direito quem determina quando e até onde as consequências podem ser selecionadas e avaliadas, e onde são vagas para complementá-las (ibidem, p. 70) – ganha relevância neste ponto as considerações feitas nos capítulos 4 e 5 da tese sobre a dogmática jurídica.

as ciências empíricas na medida em que retrata a estrutura causal do mundo (2009, p. 197). Ainda, para ele o que importa não é conhecer a relação entre direito e as decisões dos juízes, ou suas formas de justificação, mas saber como os juízes decidem os casos.

Segundo uma leitura da pesquisadora brasileira Arruda (2015), o que motivou a naturalização da teoria do direito de Leiter foi defender o realismo jurídico estadunidense da crítica de Hart e apresentar uma teoria capaz de superar o interpretativismo dworkiniano, ilustrado pela mítica tese da resposta correta, como melhor e mais frutífera representação da prática jurídica. Cabe, aqui, destacar o primeiro ponto do contra-ataque de Leiter a Hart.

Leiter afirma que a leitura hartiana sobre os realistas é equivocada, uma vez que eles não estavam interessados na análise do conceito de direito conforme o modelo analítico; ao contrário, defendiam uma perspectiva empírica sobre como os tribunais julgam. Ainda, diz não se poderia afirmar que a perspectiva de Holmes Jr. sobre a previsão da decisão judicial efetivamente consubstanciou-se em teoria, pois o propósito do juiz da Suprema Corte sempre foi atingir para fins práticos, vale dizer, seus textos estavam orientados para advogados. Prevalencia uma preocupação prática, e não teórica, nos textos dos realistas<sup>104</sup>.

O teórico naturalista aponta, também, que os realistas sustentavam visões compatíveis com o projeto de Hart e de outros positivistas, na medida em que muitos não negavam a existência de regras sociais. O problema para eles era que as regras não ofereciam uma explicação preditiva causal do processo de tomada de decisão judicial. Neste ponto, sustentavam que as regras jurídicas eram indeterminadas empiricamente – dos casos fáceis aos difíceis, as regras não explicavam como os juízes decidem.

Novamente, Arruda (2015) explica que o naturalista estadunidense admitia que os realistas procuraram, na verdade, defender uma tese descritiva sobre o processo decisório, segundo a qual os juízes respondem primariamente ao estímulo dos fatos e tomam decisões baseados no que pensam ser justo no caso, e não assentados na aplicação das regras jurídicas. A denúncia está relacionada à importância das razões não jurídicas – como a justiça ou o bem-estar – no processo de tomada de decisão, daí Leiter afirmar que na visão realista “os juízes são (principalmente), responsivos a razões não jurídicas” (2007, p.24).

---

<sup>104</sup> Um ponto levantado por Arruda é saber se da perspectiva naturalista não há mais espaço para uma teoria normativa da decisão judicial. Diz a autora: “De acordo com Leiter, os Realistas Norte-Americanos não são claros sobre este assunto, mas a maioria deles endossa um tipo de visão que podemos chamar de ‘quietismo’: qualquer teorização normativa que não respeitar os limites impostos pelos fatos da natureza humana será ociosa e inútil; é melhor ‘manter a calma’ quanto aos assuntos normativos, do que teorizar de forma que não faça diferença para a prática” (2015, p.14).

Ainda que se admita a importância da perspectiva empírica, a crítica de Arruda reside no fato de que Leiter acabou afastando-se demasiadamente do plano normativo diante do seu projeto de naturalização, resultando em comprometimento do projeto. Diz a pesquisadora brasileira:

(...) [S]e Leiter pretende que a naturalização da teoria do direito seja vista como uma forma de contribuição para a teoria do direito num sentido mais amplo, o que inclui o plano normativo, deve também considerar o caráter eminentemente argumentativo do empreendimento jurídico. Isso significa dizer que tanto os advogados procuram apresentar a melhor justificação de seus argumentos como os juízes procuram apresentar a melhor justificação de suas decisões judiciais. Há uma evidente busca por verdade na decisão das questões jurídicas e o conhecimento delas enquanto verdade depende da adoção de um critério de justificação que contenha um valor de justiça (2015, p. 22)

Leiter restringe e isola sua abordagem empírica, afastando-a de qualquer pretensão normativa para explicar o direito. Obviamente, seu projeto sofreu críticas sob a perspectiva dworkiniana. No entanto, ainda assim o naturalista apresentou uma convincente defesa do realismo.

Na sequência, é apresentado outro modelo teórico apoiado em uma releitura dos realistas, inclusive contra-atacando a crítica de Hart, e com o propósito de reconstruir o positivismo jurídico – e daí não ter afastado nenhuma base normativa do assunto.

#### *b) Modelo do positivismo presumido de Frederick Schauer*

Schauer é um dos teóricos contemporâneos do direito que buscam resgatar o positivismo jurídico inicial e as ideias de Bentham e Austin para defender um novo tipo de formalismo jurídico<sup>105</sup> – amplamente compreendido como uma tradição de autores que descrevem o direito como meio de tomada de decisão estritamente conforme às regras

---

<sup>105</sup> Este propósito é explicitado em seu artigo “Formalismo” (2011), no qual argumenta sobre a existência de um conteúdo descritivo comum nas teorias formalistas. Diz o autor: “Formalismo é a maneira pela qual regras adquirem sua regridade, e isso se dá precisamente por meio do que se supõe ser a falha do formalismo: remover do alcance de um tomador de decisão fatores que, se não fosse por essa filtragem, uma autoridade mais sensível levaria em consideração” (p. 66). Da mesma forma que inexistente uma definição clara de formalismo na teoria do direito – o qual muitas vezes é entendido como sinônimo de interpretações literais dos textos legais ou como equivalente de considerações juspositivistas –, a mesma dificuldade de definição de positivismo é apresentada por Schauer em “The rules of jurisprudence: a reply” (1991): “é possível pensar o positivismo de uma mesma forma. Trata-se de um termo que não é definido pela linguagem ordinária e que possui uma variedade de significados diferentes a partir de diferentes contextos de discursos técnicos, talvez seja melhor considerar o significado do positivismo à luz das reivindicações que ele desafia” (p.840, tradução livre).

jurídicas – em relação às investidas metodológicas da teoria interpretativista do direito e a releitura das objeções céticas, com a formulação de um modelo identificado como positivismo presumido (*positivism presuntive*).

Importa saber como Schauer resgata os realistas para defender sua tese. Ele esclarece, em primeiro lugar, que a corrente foi excessivamente dominada e distorcida pela visão de que o direito seria somente um conjunto de decisões judiciais operadas pela teoria da previsão de Holmes Jr., conforme apontado por Hart. No entanto, Schauer afirma que, dada a pluralidade de posições dentro do realismo, era difícil admitir uma visão homogênea do direito – o foco dirige-se a Llewellyn; para o teórico, este realista nunca negou a importância das regras jurídicas. O que o autor busca ressaltar é que, de modo geral, a teoria da previsão era apenas um ponto de vista a partir do qual os realistas analisavam os efeitos das normas jurídicas, inexistindo uma teorização realista do direito.

O debate dos realistas é sobre as diferentes observações. Segundo Schauer, “[d]o ponto de vista do cliente, a questão importante é o que acontecerá no tribunal se o cliente tomar tal e tal curso de ação. E, desse ponto de vista, a previsão empírica e externa do comportamento judicial é realmente primordial” (2011, p. 18, tradução livre). Ademais, ele indica que as componentes que sustentavam o realismo eram unicamente empíricas, em especial as que perguntavam se juízes preterem determinados resultados e consequências ao tomar decisões e que investigavam como as justificativas *ex post* podiam acontecer. Neste sentido, prevaleceria um caráter pedagógico efetivo nos textos dos realistas – mostrar que o direito pode ser levado a sério por meio de estudos empíricos que indiquem quais questões interferem de fato no processo de tomada de decisão –, por isso ele afirma que “a [teoria da] previsão de resultados legais é melhor compreendida por meio de um empreendimento de investigação empírica (e externa) sobre o que faz diferença na tomada de decisão” (2009, p. 134).

É por este motivo que Schauer analisa o papel das regras sociais em diferentes modelos de tomada de decisão, sustentando que sua tese de um modelo de decisão baseado em regras (*rule-based decision making*) só pode ser efetivamente compreendida por meio de um complemento e do avanço em pesquisas empíricas capazes de indicar como a associação entre a identificação da regra jurídica como razão para decisão e o dever para seguir o modelo de decisão baseado em regras de fato opera.

Brevemente, Schauer parte de uma dupla distinção em relação ao conceito de regra<sup>106</sup> e constrói uma gramática para analisar diferentes modelos de decisão, considerando os distintos papéis desempenhados pelos mesmos. Um dos pontos centrais é saber *como* e *por que* o modelo de decisão baseado em regras (*rule-based decision making*) deve prevalecer, mesmo diante de situações de recalcitrância, quando estas apontam para um resultado diferente daquele indicado pelas justificativas subjacentes à regra.

Uma das principais críticas em relação ao paradigma de Schauer é que não apresenta uma explicação acerca da obrigação da tomada de decisão com base em regras, sobretudo quando há indeterminação do direito. Portanto, as regras podem não exercer uma restrição no processo decisório, sendo preferível adotar, em determinadas circunstâncias, um modelo de decisão sensível às regras ou particularista, que recorra às justificativas em geral (substantivas ou geradoras de regras).

No entanto, o autor apresenta esta situação como um “desafio psicológico”<sup>107</sup> – uma situação-limite em que se distinguem o plano gramatical e as questões empíricas subjacentes ao seu modelo. Diz Schauer que “(...) o *status* de uma regra em qualquer processo decisório ou de uma população de tomadores de decisão não é algo que possa ser determinado unicamente por meio da análise do conceito de regra. Essa análise pode explicar o que acontece quando os decisores levam a sério as regras. Não podem explicar se e quando fazê-lo” (1991, p. 196, tradução livre).

Este desafio psicológico é um complemento empírico que o seu modelo teórico pressupõe, ainda que não seja articulado por sua gramática. Seguindo os apontamentos de Struchiner (2011), Schauer pretende apenas sustentar que, quando o direito é determinado, então a regra deve ter um suposto peso considerável na tomada de decisão – as demais situações de indeterminação não estão no horizonte teórico do autor. Retomando o modelo hartiano, a indeterminação do direito acontece nos casos de penumbra da regra e, por isso,

---

<sup>106</sup> Schauer admite a crítica hartiana ao modelo imperativista e afirma que existem dois tipos de regras prescritivas: as regras da experiência (*rules of thumb*), que orientam as situações do dia a dia, mas não exercem pressão normativa plena, e as regras mandatórias (*mandatory rules*), que *de fato* exercem pressão normativa, já que são obrigatórias de maneira contrafática (não há um caráter opcional). Esta distinção aparece, por exemplo, nas placas na rodovia “Limite de velocidade: 55 milhas por hora” e “É perigoso dirigir acima de 55 milhas por hora”; ambas prescrevem, mas somente no primeiro caso pode-se afirmar que é proibido dirigir acima de 55 milhas por hora, ainda que seja seguro dirigir acima de tal limite de velocidade.

<sup>107</sup> Cf. SCHAUER, 2011.

como diz o autor, o que é central para uma visão dworkiniana é periférico para ele. Schauer dirige-se criticamente ao projeto dworkiniano alegando

[que são várias] as dificuldades envolvidas na tentativa de determinar o que é um caso difícil, no sentido de apresentar ao tomador de decisão as perplexidades interpretativistas. Se definirmos como casos difíceis mesmo aqueles em que uma regra clara produz um resultado particularmente não desejável, então casos fáceis são apenas aqueles em que o resultado indicado pela regra é consistente com o resultando quando todos os fatores são considerados<sup>108</sup> (1991, p. 211, tradução livre).

Fato é que a gramática schaueriana compromete-se com a defesa de um modelo de regras e também admite que o critério de correção para a aplicação deste modelo deva ser compreendido empiricamente tal como apresentado nos realistas, porque as regras não têm força independente das pressões sociais<sup>109</sup>.

Diante do desafio psicológico, Schauer reforça a importância de se avançar em pesquisas empíricas e também em estudos sociológicos, sobretudo em relação aos ambientes de tomada de decisão. Em que pese Schauer fazer, no plano teórico, uma concessão assumindo que seu trabalho não é sociológico, o autor faz diversas observações sobre pesquisa empírica como campo complementar em relação a sua teoria.<sup>110</sup>

Percebe-se, assim, que a crítica hartiana aos realistas oculta a importância das pesquisas empíricas em direito e distorce a relevância dos pontos de vista sobre o direito.

---

<sup>108</sup> Apresentar o direito como se fosse composto somente por casos difíceis é uma distorção, já que para uma visão dworkiniana em todo caso do direito há uma questão relevante de fundo moral, tanto o é que “Riggs v. Palmer”, “Henningsen v. Bloomfield Motors” e “Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hills” representam casos focais (*pivotal cases*) dos desacordos empíricos nos dois primeiros e teórico no último – e não propriamente casos difíceis. Por isso, não surpreende que nem a distinção entre os desacordos e nem o caso TVA sejam abordados na obra de Schauer, *Playing by the rules* (1991).

<sup>109</sup> Ainda que Schauer resgate os realistas, é possível concordar com a jurista estadunidense Constable, para quem a perspectiva psicológica do tomador de decisão em Schauer é mais frágil e limitada do que em relação à ideia de aceitação presente nas regras secundárias de Hart. Diz a autora: “(...) [A] internalização psicológica, o raciocínio prudencial e a socialização que Schauer descreve como ‘as raízes da força normativa’ constituem uma forma de ‘ser obrigado’ em vez de ‘ter uma obrigação’”. Na terminologia de Hart então (e em um grau que o supera), a descrição de Schauer de um sistema de regras que transforma obrigação em ser obrigado. Para Schauer, as regras não têm força independente das pressões sociais. Assim, regras proporcionam apenas estritamente ‘razões para a ação’ (ou razões para acreditar que algo esteja para ser decidido), e não fornecem nenhuma razão para agir (exceto através de internalização psicológica, racionalização e socialização). Como nas ciências sociais, Schauer apresenta um ponto de vista externo das regras” (2008, p. 127, tradução livre).

<sup>110</sup> Schauer já destacava a necessidade de uma complementação, dizendo que: (...) é óbvio que a questão psicológica é uma questão empírica. Sendo assim, não pode ser respondida por meio de um simples argumento. No entanto, apesar do triste fracasso do meio acadêmico em levar a sério o desafio psicológico, a possibilidade de que os juízes geralmente obedeçam a seus próprios juízos independentes do disposto pela regra é, de cara, bastante plausível (2011, p.93).



Na verdade, como retratado nos distintos modelos teóricos de Leiter e Schauer, dados empíricos podem ser utilizados de diferentes maneiras e com propósitos diversos, inclusive como uma maneira de reforço ou de complementação de modelos explicativos sobre a operação do direito.

Novamente, o desafio é saber como operacionalizar e é este o desafio que os argumentos consequencialistas colocam para o direito, pois, muitas vezes, dependem da seleção e avaliação de dados empíricos – o que é discutido nesta tese como substancialismo no capítulo 4.3.

## **2.5. Teorias do direito pós-Hart**

Após Hart, a teoria do direito rompeu significativamente com os modelos anteriores, pois as teorias contemporâneas não operavam mais com a concepção fiscalista de mundo, que exigia uma correspondência aos fatos brutos.

As teorias do direito admitiam, agora, que o estudo deveria minimamente reconhecer que as proposições jurídicas fundamentam-se nas regras sociais compartilhadas e praticadas na sociedade.<sup>111</sup> Ferraz Jr. também assinala com propriedade que “os problemas da identificação do direito e da sua interpretação passam [agora] a gravitar em torno das justificações da decisão, que são transformadas em argumentos ao lado dos fundamentos legais” (2015, p. 204). Assim, tal perspectiva rejeitou uma parcela das teorias do positivismo jurídico anteriores, bem como as correntes realistas, que ainda se pautavam pela visão fiscalista.

No Pós-Guerra, após a reviravolta hermenêutica na teoria do direito, uma das questões em evidência na história da teoria do direito era compreender a dimensão interpretativa do direito<sup>112</sup>. Hart já havia indicado, mas não explicado satisfatoriamente, como juízes decidem de maneira discricionária nos casos da zona de penumbra.

---

<sup>111</sup> Cf. MACEDO JR., 2014, p. 137.

<sup>112</sup> Outro problema na segunda metade do século XX repousava na tese da convencionalidade, principal motivo do debate Hart-Dworkin. Sobre esta tese, diz Macedo Jr.: “[O] critério de validade das normas jurídicas repousa, em última análise, numa regra de reconhecimento que é aceita convencionalmente” (2014, p. 160). A questão era saber se a regra de reconhecimento de Hart era aceita ou mesmo válida – pressupõe-se que a regra de reconhecimento institui um dever de observar a regra; na verdade, o propósito do debate era descobrir como a tese da convencionalidade servia de base para fundamentar a regra de reconhecimento. A conhecida resposta

Na segunda metade do século XX, a tese da discricionariedade é desdobrada e desenvolvida em dois grandes grupos que colocaram no centro de suas preocupações o tema da interpretação jurídica.<sup>113</sup> Primeiro, aqueles que admitiam que a argumentação jurídica pauta-se por critérios extrajurídicos – a *Law & Economics*, *Law & Society* e *Critical Legal Studies*. Segundo, aqueles que sustentavam que a argumentação segue padrões no campo jurídico, ainda que mobilizados por razões não jurídicas – os teóricos da argumentação jurídica (tópica, retórica e lógica jurídica) e, em alguma medida, os intérpretes, que se diferenciam do outro grupo por admitirem a tese da existência da resposta certa (e.g., Dworkin).

Este estudo sustenta que alguns teóricos da argumentação da lógica jurídica, em especial Neil MacCormick, Zenon Bańkowski, Jerzy Wróblewski e Eveline Feteris, são responsáveis por efetivamente diferenciar o consequencialismo do argumento consequencialista e levar adiante modelos de argumentação consistentes pelo direito. Cabe frisar que tais autores admitem a avaliação jurídica de consequências sociais na tomada de decisão e, portanto, que seja possível sustentar a existência de padrões racionais na argumentação das consequências produzidas pelo direito (e não fora dele).

Ainda, a tese indica que estes teóricos conseguiram obter um resultado satisfatório em seus modelos, pois, ao mesmo tempo, conservaram as premissas da filosofia analítica e admitiram a produção de uma teoria social da argumentação jurídica. Vale dizer, imprimiram em seus modelos uma preocupação empírica ao considerar elementos estritamente funcionalistas e institucionais.

No entanto, este argumento é apresentado e desenvolvido nos capítulos 4 e 5, sendo fundamental entender primeiro o que são as novas correntes teóricas que aceitam que a argumentação jurídica pautar-se por critérios extrajurídicos e como elas relacionam-se com

---

de Dworkin (1999) contra a tese da convencionalidade enfatiza a natureza das controvérsias teóricas sobre o que seria o direito – ignorada pela teoria positivista em razão do agulhão semântico (*semantic sting*). Uma das respostas formuladas por Hart e outros positivistas distinguia a questão dos desacordos sobre o que é direito – resolvida pelo convencionalismo – das divergências práticas sobre como aplicar o direito.

<sup>113</sup>A tese faz um recorte pois, com base neste critério, ficam excluídos os teóricos da justiça, que buscaram enfrentar o problema da legitimação, e os teóricos do direito originais, que haviam se “emancipado” das correntes interpretativas do direito e que se preocupavam em averiguar a existência ou não da essencialidade do direito. A ressalva é necessária, uma vez que, ainda que tais teóricos abordem o tema da interpretação jurídica, este não ocupa o centro de suas teses (não avançam em modelos sobre argumentação jurídica). Como representantes da teoria da justiça pode-se indicar John Rawls, entre outros filósofos políticos, e os jusnaturalistas John Finnis e Robert George. Ainda, entre teóricos do direito originais figuram os positivistas jurídicos inclusivistas (Jules Coleman e Will Waluchow) ou exclusivistas (Joseph Raz e Andrei Marmor) e os pós-positivistas e interpretativistas (Ronald Dworkin, Zenon Bańkowski entre outros).

as consequências na tomada de decisão. Historicamente, tais autores continuam a ser fortemente reconhecidos como responsáveis pelo resgate do realismo jurídico – aqui identificado pelas teorias externas do direito.

Admitem-se, aqui, teorias externas do direito – que operam com metodologias estranhas ao direito. Cumpre notar que são correntes fortemente datadas, possuindo diferentes vertentes e representantes, mas que ainda são recuperadas no interior da história das teorias do direito.

### **CAPÍTULO 3 – TEORIAS EXTERNAS DO DIREITO**

Após a desestabilização promovida por Hart na história da teoria do direito, prepararem-se as bases para o avanço sólido de teorias externas do direito, definidas pela aplicação de metodologias (ou raciocínios) não jurídicas ao direito – perspectiva exógena -, neste caso, metodologias sobre aplicação e avaliação dos argumentos em juízo.

Um grande risco de todas estas abordagens teóricas – ainda que bem estruturadas – é que em muitos casos assumem um rótulo de interdisciplinaridade a pretexto de efetivamente apresentarem um modelo de colonização metodológica do direito, desconsiderando as peculiaridades da racionalidade e do campo jurídico. Seguindo a leitura crítica de Marcelo Neves (2005), *Law & Economics*, *Law & Society* e *Critical Legal Studies* poderiam ser substituídas por “colonização econômica do direito”, “colonização política do direito” e “colonização social do direito”. Adotando o ponto de vista sistêmico – que será introduzido e desenvolvido posteriormente –, o jurista afirma que todos esses modelos ignoram a complexidade social e desconsideram a diferenciação do direito como campo de ações e vivência dentro da sociedade (ibidem, p. 05).

O ponto da colonização pode ser apreendido considerando-se as transformações operadas nos modelos de Posner, que desenvolveu um “Direito e Economia Positivo”, porém de tal forma afastado do direito que foi preciso reformular a teoria de maneira pragmática e com intuito de evitar a excessiva colonização econômica do direito do primeiro modelo.

O grande desafio das teorias externas do direito é saber como constituir e operar a efetiva interdisciplinaridade na teoria do direito – que em verdade traduz-se numa questão sobre as formas de sensibilidade da teoria do direito em relação aos demais campos do conhecimento. O jurista brasileiro José Reinaldo de Lima Lopes diz que é necessário o respeito à autonomia das disciplinas, “(...) seja porque se referem a campos diferentes de ação, seja porque se referem a campos diferentes de sentidos da ação, é preciso construir uma linguagem e uma esfera em que ambas possam entrar em diálogo” (2012, p. 256).

A ideia de diálogo em Lopes exige compreender – de maneira sistêmica – que é fundamental existir uma necessidade de aprendizado recíproco entre as teorias de cada sistema e, ao mesmo tempo, pressupõe a pretensão de autonomia dos respectivos campos do saber envolvidos. Portanto, o direito deve observar os problemas apontados por perspectivas econômicas, políticas e sociais e oferecer descrições autorreflexivas de acordo com seus critérios.

Aliás, a interdisciplinaridade não surge para negar a autonomia disciplinar, baseada em necessidades e racionalidades próprias dos respectivos campos do saber, mas sim para fortalecê-la (NEVES, 2005, p. 05). O direito não deve estar a serviço da economia (como pretende a *Law & Economics*) ou da política (como denunciado pelo *Critical Legal Studies*), porém, pode observar e operar com as consequências econômicas, políticas e sociais em geral – e não é o caso de acreditar em um “purismo” do diálogo entre iguais<sup>114</sup>, mas em um diálogo recíproco, conduzido em campos autônomos e segundo critérios próprios de cada campo.

É por isso que esta tese admite que estudos sobre consequencialismo acabam distorcendo as visões sobre o funcionamento do direito, já que o enfoque é dominado por colonizações que enfatizam perspectivas econômicas, políticas e sociais no direito a partir de critérios externos (e não jurídicos).<sup>115</sup>

Ademais, teorias externas não representam um novo rumo sobre o estudo das consequências no direito. Ao contrário, perspectivas sobre o argumento consequencialista, mormente as indicadas no capítulo 4, já admitem os problemas da tradução e da especificidade de uma teoria da argumentação jurídica – porém, não sem incluir pesquisas de caráter empírico, como já bem apontado pelos realistas.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Macedo (2012) afirma que a teoria neoclássica econômica (“o homem econômico racional-maximizador”) é uma visão estática e preocupada com os estados de equilíbrio. Certamente sua avaliação é adequada ao afirmar que se trata de uma visão de pouca penetração no direito, sobretudo ao não considerar a influência do direito sobre a economia. Todavia, o autor avança sustentando a tese de que o novo institucionalismo permitiu o estudo das influências recíprocas entre o direito e economia, já que “se o ‘homem econômico’ é um ‘homem social’ economia e direito podem conversar de igual para igual” (p. 227). Ele desconsidera, contudo, que o novo institucionalismo pretendeu uma colonização ao defender um funcionamento mais eficiente da economia por considerar, além da eficiência econômica, a história e o fato de que “as instituições importam”. A suposta igualdade de diálogo é inviável à luz de uma visão sistêmica justamente porque os sistemas econômico e jurídico são autônomos e possuem funções, códigos e programas próprios; todavia, isso não nega a possibilidade de influência recíproca em alguma medida.

<sup>115</sup> Diz Campilongo problematizando as pretensões descritivas da análise economia do direito: “A AED [análise econômica do direito] examina o direito com as lentes dos apetrechos econômicos. Faz observação de segunda ordem sobre o direito. Não é instância de reflexão interna pertencente ao sistema jurídico. Dessa ótica, não é uma Teoria do Direito. Simplesmente, é o que diz ser: análise econômica, é dizer, externa ao objeto que pretende analisar (o sistema jurídico). Daí decorrem problemas. Dentre eles, possivelmente, a deficiência de perspectiva que não é capaz de vislumbrar adequadamente as estruturas, a função, os limites operativos, os paradoxos constitutivos do sistema jurídico e as características e dificuldades do tipo de autodescrição reflexiva própria do sistema jurídico, de um lado, e de autodescrição do acoplamento entre os dois sistemas, de outro, sem que um sistema se renda ou se confunda com o diverso e distinto. Singelamente: AED não pode, não é e – as propostas mais realistas – não pretende ser Direito. Mas é suficientemente minuciosa, densa e versátil para conferir relevância e operacionalidade econômica aos seus instrumentos conceituais” (2016, p. ii).

<sup>116</sup> Apontamento que segue no mesmo sentido é a conclusão de Lopes: “Será preciso saber o que efetivamente dizem as leis, assim como estar atentos aos sistemas de direito comparado, para não cair em simplificações do

Vale, aqui, resgatar os apontamentos de Campilongo (2012) quando explica que estes problemas são, na verdade, de tradução – o que implica em sobreposições de interpretações, resgatando a ideia de “janelas de comunicação” de Gottfried Stockinger, e que dependem da observação da diferenciação funcional, isto porque o direito interpreta a si mesmo para, depois, interpretar as interpretações dos outros sistemas. Diz “[a] interpretação jurídica é operação de autodescrição do direito. Implica autorreferência ao direito válido e heterorreferência cognitiva dos demais sistemas” (op. cit., p. 162).

Na sequência, uma das vertentes dessas teorias externas do direito, que se orienta em especial na relação entre direito e economia, será apresentada – considerando-se que o objetivo da parte III será discutir alguns casos de regulação econômica e social pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

### **3.1. Visão da Análise Econômica do Direito**

A Análise Econômica do Direito (AED), ou *Law & Economics*, sempre assimilou, desde sua versão inicial, a ideia de que o direito é um instrumento para atingir fins sociais de eficiência e de distribuição. Fortemente influenciada pelo espírito utilitarista na busca de maximização do bem-estar, agora bem-estar econômico, a literatura inicial deste movimento inegavelmente partiu de uma prática e instrumental visão do direito.<sup>117</sup> Na definição do seu precursor, Posner, o movimento compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico” (SALAMA, 2008, p.3).

Interessa considerar as fontes deste movimento, pois seu percurso é tormentoso – e de certa forma compromete as análises produzidas – já que é herdeiro de autores como Langdell, Holmes Jr. e Pound, os quais, por motivos diversos, como sublinhado nesta tese, adotam perspectivas conflitantes sobre como estudar o direito.

Fato é que a AED combina o legado de um cientificismo jurídico, que estabelece um modelo formal de análise do direito – *case-method* –, e a perspectiva realista, que se pauta pela visão da experiência e da análise do fato, das circunstâncias e de como decidem os

---

tipo ‘o regime brasileiro é muito favorável aos devedores’. É mesmo? Para qual espécie de devedor? É mais favorável que o europeu ou norte-americano? Afinal, se alguém faz um juízo desses (‘é favorável’) deve ter um elemento de comparação. E os juristas entram aí com um saber específico” (2012, p. 257).

<sup>117</sup> Cf. CSERNE, 2012.

juizes. Neste sentido, assiste razão a Macedo Jr. (2012, p. 265), para quem esta característica de um ‘produto híbrido’ permite compreender as ambiguidades e oscilações da teoria do direito da AED<sup>118</sup>.

O início do movimento é marcado pelo trabalho de Ronald Coase, *O Problema do custo social* (2010), publicado pela primeira vez em 1960, em que analisa o problema do custo social ou os efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas, com críticas ao papel intervencionista do Estado de Bem-Estar Social e ênfase na inconsistência da economia de bem-estar.<sup>119</sup> Já neste ensaio encontravam-se as premissas fundamentais desta nova abordagem jurídica: a relevância do conceito de efeitos externos ou externalidade para uma teoria econômica das instituições; a importância da análise dos custos de transação e o papel central que deve assumir o problema do custo na tomada de decisão jurídica.<sup>120</sup>

Ademais, a introdução da investigação custo-benefício no processo de tomada de decisões jurídicas significava, para a teoria jurídica, a possibilidade de dialogar numa linguagem compatível com os economistas e de recorrer a seu aparato analítico para examinar e quantificar os efeitos do direito. Subjacente a esta visão, predominava também

---

<sup>118</sup> “A AED, curiosamente, é um produto híbrido destas duas tendências, ao menos a princípio, contraditórias entre si. Alguns de seus principais autores chegam mesmo a identificar um verdadeiro paradoxo nesta dupla herança que pretenderia combinar o incombinável, o formalismo langdelliano com o progressivo antiformalista do realismo jurídico. Esta característica é relevante para compreender as ambigüidades e oscilações da Teoria do Direito da AED” (ibidem, p. 262)

<sup>119</sup> Para além da obra de Coase, outros autores discutem a importância da obra de Gary Becker e da atuação do economista Aaron Director, professor na faculdade de Direito da Universidade de Chicago, para a formação do movimento, cf. ARAÚJO, 2016, p. 60-100.

<sup>120</sup> Em específico, Coase refutava a tese de outro economista Arthur Pigou que sustentava a compensação via regulação das externalidades observadas. Para o economista britânico a existência por si só de externalidades não significava resultados ineficientes, sendo que as principais dificuldades estavam em controlar e reduzir os custos de transação. O desdobramento desta crítica fundamentou o movimento conhecido como Escola de Chicago, que defendia uma agenda de desregulação da economia e uma análise dos custos de transação no momento da tomada de decisão, diz Coase “[p]or óbvio, se as transações ocorrem sem custos, tudo o que importa (questões de justiça à parte) é que os direitos das partes devam estar bem definidos e os resultados das ações judiciais devam poder ser previstos com facilidade. Contudo, como vimos, a situação é muito diferente quando as transações no mercado são tão custosas a ponto de tornar difícil mudar a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico. Nesses casos, as cortes influenciam de maneira direta a atividade econômica. Desse modo, seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais consequências ao exercerem sua competência decisória. Ainda quando se faz possível alterar a delimitação legal de direitos através das transações no mercado, é obviamente desejável reduzir a necessidade de tais transações e, assim, reduzir a necessidade de tais transações e, assim, reduzir o emprego de recursos em sua realização” (2010, p. 81).

uma disputa sobre o significado da ideia de eficiência alocativa,<sup>121</sup> como distribuir a riqueza gerada na sociedade?

Em seguida, contribuiu para uma abordagem econômica do direito um texto de Guido Calabresi (1961) em que, sob a ótica da teoria econômica, ele examina a distribuição do risco como o critério de imputação da responsabilidade que informa o direito de danos. A aplicação da teoria econômica na definição dos fins a serem perseguidos no direito da responsabilidade e a avaliação sobre quais normas ou regras são mais eficazes para se conseguir o objetivo fixado como “ótimo” são as inovações trazidas pelo estudo inicial de Calabresi.

Estes trabalhos serviram como precursores da AED, que viria a ser consolidada como movimento em 1973, com a publicação de *Economic Analysis of Law*, de Posner. Nele, o autor elabora uma sistematização da maioria dos setores do sistema jurídico americano sob a perspectiva da análise econômica<sup>122</sup>, utilizando as principais teses da tendência predominante polarizada na “Escola de Chicago”<sup>123</sup> e aplicando a teoria positiva do sistema jurídico a partir do paradigma do mercado e da eficiência econômica. Como aponta Araújo (2016), este movimento buscou transformar o direito – que se encontrava num estado pré-científico, incapaz de se adaptar à nova realidade mundial caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social – em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante sua análise e investigação de acordo com princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico.

A AED contou com diferentes representantes e modelos sobre os possíveis enfoques da relação entre direito e economia. Alguns sustentam uma tese comportamental ou descritiva, importa, por exemplo, observar as influências econômicas no comportamento das autoridades, que funcionam como incentivos positivos e negativos (EPSTEIN; KNIGHT, 2017). Outros apontam uma tese normativa, capaz de defender um modelo de direito

---

<sup>121</sup> Um possível encaminhamento é a aplicação da superioridade de Pareto, da ofelimidade de Pareto ou da ofelimidade de Kaldor-Hicks. Tal encaminhamento era definido a partir das pretensões de cada modelo da análise econômica do direito.

<sup>122</sup> A originalidade da disciplina “Direito e Economia” reside na extensão do instrumental analítico da economia às mais diversas áreas do conhecimento jurídico, inclusive direito de propriedade, contratos, responsabilização civil, responsabilização penal, direito societário, dentre muitas outras.

<sup>123</sup> A corrente sustenta que a intervenção do Estado é aceitável somente para correção de uma deficiência do mercado e desde que implique um custo menor que o da falha do mercado que se pretende corrigir. Um dos expoentes da “Escola de Chicago” foi Milton Friedman.



eficiente (KORNHAUSER, 1984). Na história, é possível observar diferentes “escolas”, com propósitos bem distintos: Escola de Chicago; Escola de Virgínia; Escola de New Haven e Escola Neoinstitucional. Há, portanto, muitas divergências em relação à definição de um núcleo teórico deste movimento.<sup>124</sup>

Comumente, destacam-se dois: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de “Direito e Economia Positivo” (*positive theory*), vinculada aos trabalhos de Posner; à segunda, de “Direito e Economia Normativo” (*normative theory*), creditada aos escritos de CALABRESI. Os enfoques são distintos e independentes.

Enquanto Calabresi adota um viés normativo cujo propósito fundamental é mostrar como a sociedade pode controlar de forma otimizada o nível dos acidentes – seu tema central é a responsabilidade, adotando normas e instituições baseadas em critérios econômicos –, Posner concentra-se em buscar uma estrutura analítica para explicar quais efeitos produzem as normas existentes e se estes correspondem a algum princípio ou critério econômico que os explique – o chamado *eficientismo*. Inevitavelmente, ambos lidam com as consequências, porém de formas diferentes. Na sequência, serão apresentadas as posições e pontos de interesse para o propósito da tese.

### **3.2. Direito e Economia Positivo**

O “Direito e Economia” sob o enfoque positivo, assumido por Posner, preocupa-se com o impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferido em face de suas decisões e suas repercussões, em termos de bem-estar e maximização da riqueza.

---

<sup>124</sup> A tese destaca o encaminhamento de Araújo (2016), bem como de Salama e Pargendler (2013), que vinculam o movimento como um debate metodológico. Diz ARAÚJO, “(...) sustenta-se a adoção de AED [análise econômica do direito] como um método que se vale das ferramentas trazidas da economia para a investigação dos problemas jurídicos, considerando suas consequências apresenta potenciais benefícios para o Direito. Direito e Economia não são a salvação para o Direito, tampouco apresentam-se como a destruição de sua autonomia. Nada disso. A incorporação da AED aumenta o léxico do Direito ao dotar-lhe de um novo idioma (ainda que falando com “sotaque jurídico”), permitindo seu desenvolvimento e reduzindo o seu risco de estagnação. Por tal razão, é defendido o entendimento da Análise Econômica do Direito como método. Simplesmente porque essa visão permite a construção de uma agenda para a elaboração de teorias (no plural) aptas a compreender (e, a partir de múltiplos enfoques e influenciados por diferentes ideologias) o fenômeno jurídico moderno, cada vez mais complexo” (2016, p. 331).

Seu ponto de partida, como bem apontado por Salama (2012, p. 289), é saber se é plausível supor que as pessoas são racionais apenas quando estão interagindo nos mercados, e irracionais fora deles. A premissa metodológica adotada admite que o comportamento racional (maximização da riqueza) é, geralmente, previsível (não aleatório) e capaz de explicar por que a *common law* estadunidense evoluiu no sentido de promover maior eficiência econômica – a colonização metodológica do direito resta aqui evidenciada.

Para tanto, Posner estudou o impacto legal a partir de um ferramental microeconômico. Cumpre lembrar seu importante livro da primeira fase é o *Economic Analysis of Law*, “(...) um livro texto destinado a explorar implicações da teoria microeconômica aplicada ao direito, particularmente ao direito norte-americano. Seu público básico são estudantes de direito com pouca familiaridade com a microeconomia” (SALAMA, 2012, p. 289).

As questões postas pela análise positiva são: “Quais são os efeitos de uma norma?”; “Que custos acarreta a execução do objetivo perseguido pela norma?”; “Que efeitos esta execução produz no mercado ou na situação econômica dos destinatários afetados?”; “Os efeitos desejados serão alcançados pela norma?”. É preciso responder a todas estas ponderações.

O “Direito e Economia Positivo” emprega principalmente modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da economia. Ainda que haja, pontualmente, abertura cognitiva para outras ciências, utilizam-se os modelos microeconômicos marginalistas<sup>125</sup> para dar uma

---

<sup>125</sup> Para que se possam entender concretamente os conceitos marginalistas, convém ponderar sobre a relevância de cinco de seus conceitos centrais: escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Transcreve-se, aqui, um resumo elucidativo elaborado por Salama: “1. Escassez. Os indivíduos vivem em um mundo de recursos escassos. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem. Mas num mundo de recursos escassos os indivíduos precisam realizar escolhas. 2. Maximização racional. Os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam esses interesses quais forem. Assim, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Essa suposição de maximização racional leva ao chamado processo de ‘decisão marginalista’. Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade excederem seus custos. 3. Equilíbrio. O equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Uma lei, por exemplo, é o resultado que surge – é um ponto de equilíbrio, portanto – quando todos os agentes políticos estão maximizando seus interesses através do processo político. 4. Incentivos. Incentivos são preços implícitos. Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. Assim, consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Já os produtores geralmente seguirão o caminho inverso (produzirão

resposta precisa. Nesse diapasão, tal enfoque recorre a vários modelos à disposição, como, por exemplo, o da teoria dos custos de transação, teoria do agente, teoria da escolha pública (*public choice*), teoria dos jogos para apresentar soluções.

Os estudos do impacto legal na sociedade têm um importante papel na análise sobre o direito (e não pelo direito), sobretudo porque este também pode ser (ou deveria ser, conforme defendido pela corrente do pragmatismo jurídico de Posner) avaliado pelo êxito na consecução de seus fins econômicos, e não somente em termos de suas estruturas formal e legalista. No entanto, em que medida é possível sustentar que a eficiência serve como critério último para identificar e definir o direito?

Não restam dúvidas de que o enfoque positivo da análise econômica presta-se ao estudo da estrutura do sistema em seu conjunto sob um ponto de vista econômico. Mas e para o direito? O uso da teoria econômica está, neste caso, orientado para a busca de uma racionalidade econômica no sistema jurídico sob um modelo ou hipótese econômica.

Neste aspecto da tese positivo-descritiva da AED, dentro da *common law*, procura-se promover a eficiência de decisões, regras e instituições. A lógica do mercado e a lógica do direito assumem uma identidade, e o que Posner sugere é justamente que a adjudicação de direitos e responsabilidades da *common law* possa predispor a consecução de resultados eficientes, mesmo que à margem de qualquer consenso em favor da eficiência de que juízes possam compartilhar. O mecanismo impõe-se de forma quase “subliminar”, não se requisitando dos juízes que tomem suas decisões apelando explicitamente a critérios e termos econômicos. O que de fato explica a teoria é que aqueles se comportam “como se” a eficiência ou a maximização da riqueza fossem o objetivo perseguido na maioria de suas decisões.

A despeito de ser uma teoria bem-estruturada, o “Direito e Economia Positivo” sofreu duras críticas durante a década de 1980 de juristas preocupados com a preservação da

---

maior quantidade quando o preço subir e menor quantidade quando o preço cair). As condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. 5. Eficiência. O termo ‘eficiência’ tem diversas acepções. Num sentido amplo, eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Segundo o critério paretiano ou ótimo de Pareto, uma decisão social é ótima se não existe outra decisão diferente que se prefira unanimemente, ou alguém pode melhorar sua situação sem piorar a de outro. Já de acordo com o conceito de eficiência entendida como ‘maximização da riqueza’, adotado por Posner, seu significado é ‘explorar os recursos econômicos de tal maneira que seu valor – a satisfação humana medida pela vontade de pagar do consumidor pelos bens e serviços – seja maximizado’. Este conceito de eficiência, por sua vez, tem grandes semelhanças com o critério de Kaldor-Hicks que defende a eficiência de uma decisão se esta permite que os que ganham com a transação possam compensar com esse lucro aos que perdem” (2008, pp.8-9).

autonomia. O grande desafio teórico assumido por Posner foi o de comprovar que a maximização da riqueza asseguraria a proteção dos direitos e das liberdades individuais – desafio que marcou o primeiro *round* do debate Dworkin-Posner.

Seguindo os apontamentos de Salama (2012, pp. 315-316), as cinco principais críticas que marcaram o modelo de Posner podem ser assim sintetizadas: Como a teoria da maximização das riquezas defende todas as liberdades individuais (por exemplo, a liberdade religiosa e a liberdade sexual) que não possuam um valor *per se*? Como a teoria da maximização das riquezas justifica a distribuição de direitos na sociedade (a maximização poderia sustentar uma distribuição injusta de direitos)? Como a maximização das riquezas evita o utilitarismo a todo custo, inclusive o que justifica a escravização em prol do bem-estar econômico? Como operar com critérios de maximização em ‘mercados implícitos’, nos quais os preços não são postos (mas pressupostos)? Como explicar que a eficiência é um valor absoluto no direito se existem direitos inalienáveis e ramos assistencialistas do direito? Não à toa, Posner seguiu outro percurso teórico, como apontado na sequência.

### **3.3. Direito e Economia Normativo**

O “Direito e Economia Normativo” não procura estudar os efeitos das leis nem demonstrar empiricamente a validade da hipótese de eficiência da *common law*. Não se trata de explicar o direito, mas de desenhar o que “deve ser”. Este ramo da AED tem por objeto identificar quais as situações em que os fins preestabelecidos não alcançam seus resultados pretendidos a fim de, assim, adotar as medidas para sua devida correção. A *normative theory* constitui-se em uma *policy analysis* com o intuito de contribuir para a reforma do sistema jurídico a partir de considerações econômicas. O trabalho mais característico deste âmbito é o de Calabresi, com seus estudos sobre a responsabilidade civil.

A perspectiva teórico-metodológica do trabalho normativo da escola liderada por Calabresi é a da economia do bem-estar, para a qual a noção de concorrência perfeita deve servir para elucidar quais mecanismos legais de intervenção devem corrigir as falhas que impedem o mercado de proporcionar o máximo bem-estar social. Ou seja, este ramo da teoria econômica parte do chamado teorema fundamental da economia do bem-estar, segundo o qual um mercado de concorrência perfeita produz um cenário de equilíbrio e de máxima eficiência social, chamada ótimo de Pareto, caracterizado por uma conjuntura na qual nada pode melhorar sua situação sem que se piore a de outra pessoa. Tal cenário é reconhecido

como modelo ideal; a realidade, porém, mostra-se repleta de obstáculos e falhas a esse mercado: externalidades, monopólios, assimetrias de informação, custos transacionais etc. fazem que, na prática, esta situação idealizada nunca seja alcançada. O Estado é, então, convocado a intervir no mercado mediante o mecanismo jurídico mais adequado para tentar minorar ao máximo as falhas que o impedem de atingir sua forma ideal.

Trata-se de enxergar no direito uma fonte de regulação de atividades e, portanto, de concretização de políticas públicas. Desenvolve-se um trabalho no âmbito da política jurídica, procurando, a partir de um estudo com base na análise do custo-benefício, desenhar e avaliar as normas mais eficientes para a correção das deficiências do direito. Cabe, assim, à AED definir, além da justificativa econômica para a ação pública, a melhor política a ser formulada pelos tribunais em suas decisões.

Em matéria de eficiência e justiça, a teoria normativa da AED de Calabresi (e demais seguidores da Escola de Direito de New Haven) enfatiza a importância de se estudar como as instituições operam as ferramentas de análise das políticas públicas e das escolhas sociais na solução dos problemas jurídico-econômicos. Constata-se que tanto o formulador de políticas públicas quanto o seu aplicador utilizam os mecanismos de incentivos jurídicos aplicados na *policy analysis* para influenciar as escolhas e os comportamentos dos indivíduos, tentando intervir na correção das falhas de mercado para que o resultado seja maior bem-estar, eficiência e distribuição da riqueza.

Para a perspectiva normativa, as noções de justiça que não levem em consideração as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos objetivos, incompletas. É preciso, ademais, buscar congregar a ética consequencialista da economia à discussão sobre o que deve ser considerado justo.<sup>126</sup> A integração de outras metodologias, inclusive levantamentos empíricos e estatísticos, ao estudo das instituições jurídico-políticas foi outra contribuição desta vertente da teoria normativa iniciada por Calabresi.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> “As políticas de correção de falhas de mercado devem ser estabelecidas com base na análise de custo-benefício sempre que possível, e esse processo deve incluir a avaliação de todos os benefícios e custos, não apenas os benefícios e custos que podem ser mensurados em termos expressos em dólares” (MERCURO; MEDEMA, 1999, p. 80, tradução livre).

<sup>127</sup> “Calabresi conclui que os encaminhamentos específicos só podem ser oferecidos após uma extensa pesquisa empírica. O problema, ele diz, é que os dados necessários para fazer esses julgamentos empíricos são muito difíceis de obter ” (ibidem, p. 81, tradução livre).

Não obstante ter sido o precursor deste tipo de análise normativa, Calabresi desenvolveu fundamentos diferentes dos propostos inicialmente por Posner e seus discípulos de Chicago. Esta corrente partia do pressuposto da superioridade do paradigma de mercado para a solução dos problemas decorrentes das falhas no mecanismo de alocação eficiente dos recursos. Na ótica de Posner, as deficiências não estariam no mercado, mas na ausência de condições para que este pudesse operar livremente. Ademais, Calabresi segue uma tendência liberal<sup>128</sup> reformista e, por conta disso, defende que o direito deva guiar suas decisões não apenas pela finalidade econômica efficientista, mas também distributiva. Neste sentido, ele contribui para ampliar o espectro do analista econômico do direito para que este decida – desde que visando alcançar o bem-estar social – por outra via.<sup>129</sup> Para Calabresi, o futuro da AED passaria pelo projeto ambicioso de sua integração “com a teoria dos pontos de partida, com as teorias filosóficas e econômicas da distribuição e com o estudo ‘científico’ dos valores”; a pluralidade e o equilíbrio são a medida deste futuro (1990, pp. 51-54). Neste sentido, a proposta de Calabresi aproxima-se da reviravolta pragmática evidenciada a partir dos anos 1990 nas obras de Posner.

### **3.4. Transformações pragmáticas na Análise Econômica do Direito**

As duas escolas da AED divergiam em relação ao papel da eficiência como elemento ético de fundamentação e justificação das decisões jurídicas. Posner, durante os anos 1970 e 1980, nitidamente defendeu um conceito de eficiência que serviria como base a uma teoria moral que pregava que o progresso econômico resultante da aplicação de um conceito de maximização da riqueza deveria ser o único valor considerado pelas instituições sociais. Para ele, eficiência significa “explorar os recursos econômicos de tal maneira que seu valor – a

---

<sup>128</sup> Liberal no sentido empregado pela política partidária estadunidense, a saber, de oposição ao conservadorismo e de defesa de uma maior presença do Estado como agente de transformações sociais e econômicas.

<sup>129</sup> Em conclusão, a análise econômica do direito pode limitar-se exclusivamente à eficiência ou incluir também valores e efeitos distributivos, mas, posto que cada um dos diversos valores permite expor à luz alguns aspectos, não parece correto assumir perspectivas unilaterais que traduzam tudo em termos de justiça ou de eficiência. Estas considerações induzem a reafirmar a utilidade do instrumento oferecido pela AED na medida em que o direito adote uma linguagem que, estendendo-se aos setores da distribuição e dos valores, o impeça de considerar-se dotado de uma superioridade sobre as demais ciências e cair, em consequência, em mera ideologia.

satisfação humana medida pela vontade do consumidor de pagar por bens e serviços – seja maximizado.”<sup>130</sup> Sob esse ponto de vista, o único fim que competiria ao direito, para Posner e seus seguidores, seria o de maximização da riqueza.<sup>131</sup>

Como já apontado, as várias críticas ao primeiro modelo expuseram uma série de deficiências das teses de Posner que o forçaram a rever seu posicionamento de que a maximização da riqueza poderia servir de único fundamento e justificativa para as decisões jurídicas. A partir do início da década de 1990, ele publicou vários textos atribuindo um papel mais discreto à maximização da riqueza e defendendo o pragmatismo jurídico<sup>132</sup>.

Com a publicação de *Problemas de Filosofia do Direito* (1990), Posner nitidamente recua em sua posição, aceitando a maximização da riqueza apenas mais um dentre os fatores econômicos que poderiam ser levados em consideração, subsidiariamente aos critérios jurídicos, por um juiz pragmático em sua estratégia de decisão, e desde que trouxesse consequências sociais desejáveis e não afrontasse as instituições.

Observa-se neste momento uma “virada pragmática” de Posner, entusiasmado em especial com o propósito de aproximar a economia do direito. Trata-se de uma tentativa de correção de rota, mas que na verdade aprofunda os problemas. Como será visto, Posner colocará o valor da maximização da riqueza ao lado de outros valores para fundamentar o seu pragmatismo, que segundo Salama é mais bem compreendido como “practicalismo”, uma arte de aplicar e formular o direito sem fundamentações filosóficas (2012, p. 318). O resultado é um modelo sem uma teoria de interpretação de fundo, o que permitirá um segundo *round* do debate Dworkin-Posner.

### **3.5. Pragmatismo jurídico de Posner**

O direito, sob a ótica pragmática de Posner, implica a compreensão do comportamento e da atividade dos juízes. Nas palavras do jurista, “o Direito é uma atividade, mais do que um conceito ou um grupo de conceitos” (1990, p. 459). Os juízes são, portanto,

---

<sup>130</sup> Este conceito de eficiência guarda grandes semelhanças com o critério de Kaldor-Hick, que reconhece a eficiência de uma decisão se esta permite que os que ganham com a transação possam compensar aqueles que perdem. (MERCURO; MEDEMA, 1999, p. 45).

<sup>131</sup> A maximização da riqueza como fundação ética do direito é uma tese radical. Posner formulou-a em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970 e posteriormente, em 1983, consolidou os escritos em um livro cujo título é bastante sugestivo, *A Economia da Justiça* (SALAMA, 2008, p. 27).

<sup>132</sup> Cf. SALAMA, 2008, p. 27.

os protagonistas do pragmatismo, uma vez que suas decisões põem em prática esta atividade, qual seja, o direito. O modo como desempenham esta prática é o objeto da teoria do pragmatismo jurídico.

“Pragmatismo”, no sentido em que a palavra é usada na teoria pragmática do comportamento judicial, requer uma cuidadosa definição, explica Posner. A princípio, basta perceber que o termo refere-se à prática de basear os julgamentos mais nas suas consequências do que na dedução de premissas na forma de silogismo. À semelhança do utilitarismo, empenha-se em alcançar, numa sociedade voltada para o mercado, resultados que convirjam basicamente para o seu bem-estar econômico. No direito, o pragmatismo baseia-se muito mais nos efeitos que as decisões judiciais provavelmente provocarão do que na interpretação de um dispositivo legal ou de uma regra preexistente – opondo-se ao legalismo (2008, p. 40).

Mostra-se necessário, então, expor as orientações utilizadas pelos juízes para que sua atividade possa ser reconhecida como pragmática. É importante dizer que os juízes pragmáticos, ao contrário dos legalistas, geralmente baseiam suas decisões não somente em regras, mas também em padrões empiricamente previsíveis, os quais, segundo a sua crença formada a partir da análise de informações interdisciplinares, acarretarão benefícios à sociedade.

Os juízes entendem que ao decidir devem analisar as opções oferecidas pelas circunstâncias do caso concreto e escolher uma estratégia capaz de provocar as consequências mais desejadas, ainda que seja a mesma pela qual um juiz legalista optaria naquele caso. A diferença é que este escolheria tomar a decisão por outros motivos lógico-formais, sem se preocupar com o sentido teleológico. Assim, é possível atuar como formalista, sob bases pragmáticas, se esta tática funcionar melhor para a consecução de fins sociais.

Na concepção de Posner, o pragmatismo jurídico não é apenas um termo disfarçado para julgamento *ad hoc* (2003, p. 60), uma vez que pode envolver considerações sistêmicas, conceitualistas e generalistas, e não somente avaliações em função das possíveis consequências inerentes ao caso porventura verificadas – o que o distingue do primeiro modelo. Ele entende que, circunstancialmente (principalmente nos casos difíceis), o juiz pragmático aferirá, ao invés das consequências específicas de cada caso, as consequências sistêmicas e institucionais (2008, p. 238). Explica Salama que, neste modelo, “(...) o juiz deve defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio



de comunicação efetiva e a separação dos poderes. A eficiência é então uma consideração; uma, dentre diversas outras” (2012, p. 319).

No pragmatismo jurídico proposto por Posner, o juiz, ao proceder dessa maneira, não se transforma num formalista legalista<sup>133</sup>, cegamente devoto às normas preexistentes que renuncia a toda flexibilidade, criatividade ou adaptabilidade, mas, sim, num agente que respeita valores políticos e sociais de continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade nas definições de direitos e deveres legais (2003, p. 61).

Ainda que haja casos cuja melhor tática para a tomada de decisões seja valer-se de critérios fundados na normatividade do direito, o julgador deve, ao interpretar e aplicar a lei, sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, porém, para a defesa dos valores democráticos, da Constituição e da separação de poderes (instituições).

O cerne do pragmatismo judicial, para Posner, é o julgamento pragmático; seu núcleo consiste na elevada consideração dos juízes pelas consequências e, assim, em sua predisposição para julgamentos baseados em critérios políticos (*policy judgements*) ao invés de em critérios conceitualistas e generalistas. O autor continua rejeitando a ideia de que o direito esteja fundado somente em regras e princípios permanentes e de que seja posto em prática por meio da sua manipulação lógica.

Em suas palavras, não existe um algoritmo para apontar o equilíbrio entre *rule-of-law* e *case-specific consequences*, o continuísmo e a criatividade, o curto e o longo prazos, o sistêmico e o particular, a regra e o padrão.<sup>134</sup> Um juiz pragmático ideal tentaria sopesar com razoabilidade as consequências imediatas (*case-specific ad hoc consequences*) e aquelas mediatas ou sistêmicas, além das institucionais.

Seguindo seu raciocínio, não seria fácil identificar um juiz pragmático sensível<sup>135</sup>, mas sua virtude estaria na atitude de não ofensa à Constituição, às leis e aos precedentes, na busca judicial pelo equilíbrio e em certa contenção de discricionariedade diante dos espaços

---

<sup>133</sup> Formalismo jurídico entendido como a noção de que questões jurídicas possam ser respondidas exclusivamente por meio da investigação entre conceitos derivados de princípios e regras e com exame meramente superficial da relação entre o direito e o mundo dos fatos, cf. SCHAUER, 2011.

<sup>134</sup> Cf. POSNER, 2003, p. 64

<sup>135</sup> Posner diferencia os juízes que adotam o “pragmatismo judicial sensível” (*sensible pragmatic judges*) daqueles que utilizam um “pragmatismo judicial míope” (*shortsighted pragmatic judges*) de acordo com o critério de razoabilidade de suas decisões (2008, p. 239).

abertos à sua criatividade (*constrained pragmatism*). Apesar de o pragmatismo jurídico voltar-se para o futuro, preocupado com os efeitos das decisões, ele considera a aderência às decisões anteriores mais como uma necessidade do que como um dever ético.<sup>136</sup>

O juiz pragmático precisa valer-se de fontes jurídicas e não jurídicas – dados científicos, técnicos, psicológicos, biológicos, geográficos, estatísticos etc. – para atender às necessidades sociais do caso concreto. Tais recursos são utilizados como meros instrumentos, sem qualquer caráter vinculante. Neste sentido, Posner ensina que o amplo leque de informações de que dispõe o juiz pragmático deve ser sempre utilizado com o intuito de proporcionar a melhor decisão (1988, p. 238).

Os juízes positivistas, assim como os pragmáticos, têm interesse em fontes “oriundas de autoridades”<sup>137</sup> (*authorities*) e nos fatos – mas não apenas naqueles desenvolvidos nos tribunais em razão de testemunhos, acareações, interrogatórios, depoimentos. Todavia, o juiz positivista começa com – e enfatiza – fontes normativas, enquanto o juiz pragmático inicia com – e privilegia – fatos.

Num processo, pode-se determinar “quem fez”, “o que foi feito”, “onde foi feito”, “quando foi feito” e “para quem foi feito”, mas não se determina, por exemplo, “as intenções por trás de um estatuto ou regulamento”, “como determinados mercados funcionam”, “incentivos que determinadas transações criam”, “comportamentos característicos da polícia e de outros funcionários públicos”, nem “efeitos dissuasivos de diferentes punições”. Para colher esta segunda categoria de informações, determinantes para se aferir as futuras implicações da decisão, Posner sustenta que um juiz pragmático deve tornar-se mais receptivo aos conhecimentos fornecidos pelas disciplinas nomeadamente empíricas.<sup>138</sup> Destarte, o recurso a outras áreas do conhecimento apresenta-se como forma eficaz de manter o Poder Judiciário mais próximo das demandas sociais e, assim, fornecer as informações indispensáveis para o juiz montar sua estratégia de decisão de acordo com as consequências empiricamente previsíveis. Em *Legal Scholarship Today* (2002), Posner sustenta que a condição indispensável para o crescimento da interdisciplinaridade na área

---

<sup>136</sup> Cf. POSNER, 2008, p. 60.

<sup>137</sup> Fontes jurídicas como dispositivos de estatutos, decisões de tribunais, regulamentos do governo etc.

<sup>138</sup> Diz Posner, “O sistema jurídico não pode ser indiferente às questões da verdade empírica” (1993, p. 54, tradução livre).

jurídica foi a evolução de outras disciplinas, como a economia, como meios potenciais para melhor compreensão e aperfeiçoamento do Direito.

O pragmatismo jurídico oportuniza à teoria do direito a abertura de suas portas para a AED<sup>139</sup>, útil tanto como recurso de interpretação sobre os fatos reunidos pelo juiz para tomada das decisões quanto como instrumento para previsão das consequências de sua decisão na economia (mercado).

Como exemplo de aplicação da AED no pragmatismo jurídico, Posner cita o polêmico – e já mencionado – “Lochner vs New York”, em que a Suprema Corte estadunidense invalidou uma lei estadual que limitava a jornada de trabalho com base no argumento de que feria a liberdade contratual. Além deste argumento legal utilizado pela corte para embasar a sua decisão, a maioria dos economistas da época, apesar de não dispor de aparatos capazes de conferir certeza, entendia que limitar a jornada de trabalho por lei também poderia acarretar ineficiência. Posner alega que um argumento pragmático esteve presente nos resultados deste caso, em razão do debate sobre as possíveis consequências que a decisão provocaria a longo prazo em termos econômicos (2003, p. 75). Para ele, ambos os lados aludiram ao pragmatismo, seja desfavorecendo a lei em fundamentos estritamente pragmático-econômicos, seja desfavorecendo, numa base pragmática ampla, o uso da Constituição para invalidar a lei sem insistência, numa demonstração mais convincente de sua ineficiência.

À medida que a AED revela-se uma teoria compreensiva capaz de informar (não conformar) o trabalho adjudicativo nos mais diversos domínios do direito, torna-se apta a ajudar a compor a estratégia pragmática para obtenção da melhor decisão. Ademais, por fornecer parâmetros materiais baseados em modelos quantificáveis e comparáveis cria uma identificação contextual com o pragmatismo jurídico, já que este possui orientação empírica, como raciocínio prático.<sup>140</sup>

Em *How judges think* (2008), Posner relata que a doutrina jurídica americana recorria às teorias compreensivas quando os materiais jurídicos mais ortodoxos disponíveis não conseguiam fornecer respostas convincentes (*convincing answers*) para a decisão dos casos.

---

<sup>139</sup> Posner é o maior responsável por manobrar o pragmatismo em direção à análise econômica do direito: “Eu fui chamado de falso pragmatista por argumentar que a teoria econômica é útil para a lei; dizem que isso me faz um dogmatista, e um dogmatista não pode ser um pragmatista” (2003, p. 76, tradução livre).

<sup>140</sup> Posner sempre faz a ressalva: “Isso não significa que em cada caso seja necessário simplesmente se atentar aos fatos únicos; as consequências sistêmicas da adjudicação também são questões de fato. Nem uma orientação empírica implica uma rejeição de princípios legais” (2003, p. 75, tradução livre).

Neste particular, a teoria econômica configurava-se como a mais importante dentre as teorias compreensivas para explicar os casos e as doutrinas jurídicas resultantes dos diversos domínios do direito, proporcionando as bases de informação indispensáveis à especificação estratégica e aos exercícios de previsão-autonomização dos efeitos.

Diante de todo o esforço por um “novo” pragmático Posner, este não escapou das críticas de Dworkin, que denunciou que o seu modelo “antiteórico” revelava, de fundo, uma teoria moral substantiva perigosa<sup>141</sup> – ainda que Posner admitisse um relativismo na segunda fase. Macedo Jr. (2012, p. 276) explica que Dworkin alegava que Posner fez uma leitura equivocada de Wittgenstein e da própria ideia da linguagem moral, pois para o intérprete as bases desta linguagem (condições de certeza, de verdade e de determinação) encontram-se no interior da própria prática argumentativa moral e isto não pode ser desconsiderado, sob risco de se retornar a uma concepção fiscalista de mundo.

Não à toa, Dworkin caracteriza o novo modelo como um “(...) experimentalismo aparentemente inocente de Posner [que] termina em um dos absolutismos mais ambiciosos e tecnocráticos jamais concebidos pelos filósofos, que é o consequencialismo utilitarista” (2010, p. 104). Sem aderir a uma base moral de fundo, o novo pragmatismo jurídico pode admitir, segundo a visão dworkiniana, uma visão racista ou xenófoba desde que se promova, por exemplo, a prosperidade de uma sociedade.

Em que pesem o risco da colonização e as críticas apresentadas às diferentes fases deste movimento, o ponto central da AED reside – de maneira benevolente – em como a tomada de decisão no direito pode ser favorecida por avaliações microeconômicas ou de custos e benefícios, ainda que a ideia de eficiência ou qualquer sentido similar não substitua a ideia de justiça – compreendida tanto em termos performativos quanto em valorativos.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> A divergência de Dworkin refere-se à *big-picture* de uma revolta contra a teoria no direito e em outros campos intelectuais que elimina a possibilidade de uma verdade revelada pela prática compartilhada de uma língua ou cultura. Posner é representante deste seletivo grupo “antiteórico”, que defende “(...) que a verdade em geral e, em particular, a verdade sobre a moralidade política, são criadas por nossas práticas, e que, no que diz respeito a essas questões, não existe nenhuma verdade que seja independente de uma língua ou uma cultura específica” (2010, p.103). Dworkin é severamente crítico desta postura, que pode justificar desastres ideológicos e tecnocráticos, pois “[a] modéstia intelectual parece ser o oposto de um grande número de vícios: do racismo e do sexismo, que pressupõem superioridade, das ambições dos metafísicos e dos criadores de sistemas, que parecem arrogantes, e, acima de tudo, do elitismo dos mandarins intelectuais, que parecem nada ter de democrático” (2010, p. 104).

<sup>142</sup> Note-se, por exemplo, que a teoria interpretativista de Dworkin pode ser integrada à AED, como o próprio autor afirma, fazendo referência ao primeiro modelo de Posner: “O importante movimento intelectual chamado ‘direito e economia’, que se iniciou nas faculdades de direito norte-americanas mas se espalhou por outros

Assim, para o direito, a AED desempenha um papel limitado, porém importante, ao fornecer ao tomador de decisão e aos legisladores alguns critérios que servem de ferramentas descritivas para interpretação dos fatos e que podem ser relevantes dentro de determinado modelo jurídico – que fará a devida tradução –, em especial para discutir problemas relacionados à pertinência de meios jurídicos e de fins normativos.<sup>143</sup> Vale ressaltar que a tradução implica na observação dos limites operativos do sistema jurídico ao mesmo tempo em que se afasta a pretensão de conferir maior cientificidade à tomada de decisão.

---

países, já produziu um grande número de vertentes. Uma delas é claramente teórica e interpretativa: os juristas dessa ala do movimento afirmam que, de modo emblemático, os tribunais onde se aplica o *common-law* tomaram decisões que maximizam a eficiência econômica definida de algum modo. Se assim for, a integridade estará mais bem protegida ao se incrementar o direito, nos casos difíceis como o da Sra. Sorenson, de qualquer maneira que venha a maximizar esse objetivo de olhos voltados para o futuro” (2010, p. 34).

<sup>143</sup> A ideia também está presente nos trabalhos Salama: “[S]e a economia não fornece um guia ético adequado para o direito, cabe perguntar: de que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? A meu ver, a resposta é a de que economia fornece ferramentas úteis para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos. Desse modo, a economia permite um tipo de crítica jurídica que já se tornou imprescindível nos dias de hoje” (2012, p. 319).

## CAPÍTULO 4 – TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Neste capítulo, a discussão gira em torno de como as teorias da argumentação jurídica superaram os problemas colocados às teorias do direito sobre argumentação e interpretação jurídica,<sup>144</sup> em especial diante de casos difíceis. Como visto nos capítulos 2 e 3, a título de exemplo, em Hart, decisões discricionárias tomadas pelos tribunais, quando atribuem um sentido não evidente a certa regra marcam, até certo ponto, uma atuação *fora* do direito. Destarte, a argumentação jurídica não é apenas apresentada como um conjunto de padrões de onde é possível fundamentar as decisões a partir do direito, mas como instrumento de adjudicação mecânica e facilmente superado por razões externas – verdadeiros consequentialismos.

Tal perspectiva é transformada por autores que a partir da segunda metade do século XX sustentaram modelos consistentes sobre a avaliação de argumentos pelo direito. Diferentes das teorias anteriores, ainda vinculadas às explicações gerais das teorias do direito do final do século XIX e da primeira metade do XX e pautadas em uma visão fiscalista, bem como rivalizando com as teorias externas do direito, as teorias da argumentação jurídica apresentam critérios e padrões argumentativos para assegurar a forma do raciocínio jurídico (*legal reasoning*) da decisão.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> A tese assume a compreensão de argumentação como um processo de apresentação de razões para a defesa de uma posição. De modo geral, a argumentação pressupõe premissas e conclusão, além de poder ser justificada internamente (quando das premissas segue-se logicamente a conclusão) e externamente quando se baseia em premissas verdadeiras (segundo algum critério de verdade). O “bom” argumento, neste sentido, é aquele que é justificado tanto internamente quanto externamente. Destaca-se, aqui, que justificativas são atributos independentes dos argumentos. Além disso, a argumentação jurídica é um tipo de processo que pressupõe, via de regra, operações previamente estabelecidas e razões jurídicas, portanto não apela livremente para outros tipos de argumentos. A interpretação, por sua vez, nada mais é do que a seleção de um método para discernir o sentido de um texto, que pode exigir ou não uma atividade mais criativa do intérprete. Existem diferentes métodos de interpretação de um texto e formas de argumentação, que podem contradizer-se ou complementar-se. Tais distinções e articulações são trabalhadas pelas teorias da argumentação, cf. SCHECAIRA; STRUCHINER, 2016.

<sup>145</sup> Para esta tese importa observar que tanto a argumentação quanto a interpretação são operações jurídicas, que dependem da observação e respeito dos limites do sistema jurídico, ainda que ambas sejam formas de produzir redundância e variedade. Para MacCormick (2008) é o caso de observar a comunicação “institucionalizada”, dependente de um conjunto de práticas já condensado em regras e procedimentos organizados hierarquicamente. É dizer, tratam-se de formas de tratamento jurídico da informação relevante, comunicação jurídica, que tornam o sistema mais complexo, sobretudo para a sistematização e produção da dogmática jurídica. Veja Luhmann, “Toda e qualquer argumentação jurídica que apresente interpretações de textos faz referência a uma decisão e, na verdade, de uma referência a decisões em questões de outrem. Por isso, a argumentação jurídica tem de ser orientada pela comunicação” (2016, p. 487).

O que se revela aqui é a indeterminação social do direito, pois este sistema é objeto a todo momento de disputas semânticas e por justificação. Nesse sentido, Rodriguez (2009) e Barbosa (2013) já apontaram que não há monopólio no direito, mas debates de diferentes modelos assegurados pela forma jurídica e desdobrados via argumentação.<sup>146</sup> Não à toa, começa a se observar uma grande preocupação com as perspectivas argumentativas do direito.

Neste momento, muitos teóricos começaram a examinar o direito a partir da apresentação dos argumentos sustentados por juristas e outros profissionais em tribunais, escritórios e até mesmo nas salas de aula. Como já visto, a teoria do direito oferecia, até então, pouca orientação prática, no sentido de não refletir o caráter argumentativo do direito, e subjacente a esta compreensão restava a constatação de que o direito operava sob influência da “cultura do código”, limitando a descrição da tomada de decisão como uma construção silogística marcada pela atuação do legislador racional e a do juiz “boca da lei”.<sup>147</sup>

Isto não significava, porém, que não havia nenhum esforço no desenvolvimento de questões relativas à argumentação e à interpretação jurídica.<sup>148</sup> Prevalecia, todavia, uma forte pretensão de correção controlada pelo legislador – e não pelo tomador de decisão. Não se discutia propriamente a relevante atuação assumida pelo juiz na tomada de decisão nem o padrão de racionalidade jurídica produzida para além da atividade legislativa. Não à toa, a argumentação jurídica passou a ser compreendida como mero silogismo.

Ainda que este seja, para alguns teóricos da argumentação, ponto de partida para a aplicação do direito, o processo de tomada de decisão desencadeia outras relações e

---

<sup>146</sup> Nesse sentido, sustenta Barbosa: “A cultura jurídica deixa de ser identificada como monopólio dos profissionais do direito e a esfera pública jurídica se alarga para cobrir outras vozes. Ganha evidência e se torna explícito o debate dos modelos normativos de justiça, sociedade bem-ordenada etc. que estão incorporados no direito, ao invés de permanecerem como pano de fundo da convicção dos juristas e implícitas nas justificativas pontuais, caso a caso” (2013, p. 40).

<sup>147</sup> Para uma caracterização da atuação do juiz “boca da lei”, cf. FERRAZ JR., 2014.

<sup>148</sup> Veja o desenvolvimento da obra de Savigny, neste caso, discutindo a questão da “atividade intelectual livre”, ou o avanço da interpretação gramatical na época conforme. Tais pontos são desconsiderados, pois pressupõe-se como incontroversa, muitas vezes, uma representação teórica que, embora amplamente divulgada na doutrina, carece de fundamento na historiografia jurídica, tal como apontado por Reis (2017, pp. 221-222). Sob outra perspectiva, Campos e Lauder referem-se a esta situação como a falácia do homem de palha, “uma forma de falácia informal, difere de outras imprecisões ou deturpações pelo fato de que o cerne e os atributos da proposição do oponente não são refletidos pelos argumentos do interlocutor debatente, ou seja, a incorreta representação do oponente revela uma forma de superação” (2016, p. 100).

problemas que não podem ser por ele simplificados – e sequer resolvidos antecipadamente pelo legislador.<sup>149</sup>

Basta resgatar a famosa leitura do jurista escocês Neil MacCormick, que afirma que o principal saldo da estrutura silogística para a teoria da argumentação é permitir a compreensão dos diferentes tipos de problemas envolvidos na aplicação do direito – de interpretação, relevância, classificação (relacionados à premissa maior do silogismo) ou prova (premissa menor).<sup>150</sup> Nesse sentido, as soluções desses problemas, diante de um desacordo razoável, são encaminhadas preponderantemente pelo caráter persuasivo da argumentação jurídica. MacCormick aponta que “[o] argumento jurídico racional, de acordo com a visão avançada aqui, não é um argumento demonstrativo. Exceto em situações muito diretas e essencialmente incontestáveis, não se equivale a demonstração lógica da correção do resultado alcançado à luz de premissas legais e factuais não contestadas. É racionalmente persuasivo, em vez de racionalmente demonstrativo” (2005, p. 279, tradução livre).

É a própria ideia de derrotabilidade que coloca em questão a solução silogística. Os argumentos jurídicos podem ser superados por considerações que escapam uma estrutura lógica dedutivista,<sup>151</sup> seja em torno de princípios ou valores considerados na tomada de decisão, seja em razão da indeterminação de premissas que acabam autorizando a criação do direito pela autoridade decisória.

Mesmo casos que impliquem regras claras estão sujeitos a desacordos decisórios;<sup>152</sup> Zenon Bańkowski, colega de MacCormick, sustenta que o direito possui o desejo de controlar a contingência da vida – eliminar o risco –, porém, ele próprio é algo criativamente arriscado. Segundo este teórico, o direito convive a todo o momento com a dúvida, tanto no que tange das diferentes possibilidades de decisão que poderiam ter sido tomadas e que permanecem disponíveis para futuras decisões quanto a respeito de seu “outro” lado,<sup>153</sup> não

---

<sup>149</sup> É o caso de observar, por exemplo, o desenvolvimento de técnicas de integração de lacunas quando o texto legal não disciplina claramente algum caso específico diante de algum fenômeno linguístico (vagueza, ambiguidade, contradição entre outros). Vale recordar o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”

<sup>150</sup> Cf. MACCORMICK 2005, p. 43.

<sup>151</sup> Cf. MACCORMICK, 2005, pp. 237-280.

<sup>152</sup> Os desacordos decisórios também podem ser observados como um problema resultante da passagem do modelo do “juiz boca da lei” para “a lei segundo a boca”, trocadilho explorado por Moraes, segundo o qual “[s]e antes as soluções repousavam na lei – na época em que o juiz era considerado simples mensageiro desta (na expressão clássica de Montesquieu, *la bouche de la loi*) –, o problema a ser enfrentado, no contexto atual, corresponde a determinar de que forma (isto é, em que nível de fundamentação), com base em que critérios e em que situações o Direito deverá ser dito pelo magistrado (o direito segundo a boca-do-juiz)” (2013, p. 15).

<sup>153</sup> Cf. FISCHER-LESCANO, 2017.



tematizado, que gera ruído e provoca a transcendência por suas próprias estruturas. Em suas palavras, “[é] nessa maneira de conceber o sistema que podemos compreender o sistema jurídico como contendo dentro de si sua própria negação, ou seja, envolvendo em si mesmo as rupturas com o Direito” (2009, p. 231).

Cabe pontuar que a decisão jurídica *per se* é marcada por uma incerteza constitutiva, afinal, o tomador de decisão possui a liberdade de escolher entre diferentes opções apresentadas pelos textos legais a partir das demandas colocadas pelos litigantes. Trata-se, portanto, de uma decisão dotada de incerteza estrutural que é resolvida, paradoxalmente, no momento de decisão. O jurista alemão Thomas Vesting esclarece este ponto como o “mistério da decisão”:

o mistério da decisão reside unicamente no fato de o momento da decisão em si permanecer obscuro, irrecuperável, ausente. Por isso, a operação da argumentação somente pode ser compreendida de modo paradoxal: ela se presta à vinculação provisória da incerteza (certeza de expectativa), mas, ao mesmo tempo, sobretudo em uma sociedade dinâmica, ela serve quiçá até mesmo primariamente para possibilitar o novo (variação) (2015, p. 247).

A tomada de decisão é controlada pelo direito – pela hierarquia à lei ou pelo devido processo legal – e permite a estabilização das demandas, mas não elimina a incerteza estrutural das novas decisões, que é paradoxalmente desdobrada no interior do sistema.<sup>154</sup> A cada decisão do direito, novas possibilidades de tomadas de decisão surgem, podendo ser seguidas ou completamente modificadas – e assim sucessivamente, num regresso *ad infinitum* e de maneira recursiva.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> Tal situação não se confunde com o problema da insegurança jurídica, que não está relacionado à incerteza estrutural, mas à incerteza procedimental – no nível operativo do sistema, portanto, o que afeta a própria expectativa normativa. De modo geral, segundo a leitura de Falcão (2016), dois tipos em especial provocam a insegurança jurídica: a gestão da incapacidade de produzir decisões finais e a gestão do descumprimento dos prazos processuais.

<sup>155</sup> Não à toa, a validade das decisões jurídicas em uma visão sistêmica é marcada pela própria execução recursiva das operações do direito em sua dimensão temporal, permitindo estabilizações da dinâmica do sistema. De acordo com Luhmann, “[a]linhando-se a Talcott Parsons, a validade pode assim caracterizar-se como um símbolo que circula, já que em cada uso se transfere a operações subsequentes – por exemplo, a solvência na economia e o compromisso coletivo na política. O símbolo é transferido de operação a operação e consiste nessa reprodução permanente. Não se trata do símbolo de uma ‘existência’ ao longo da qual se dá o acontecer jurídico. Na verdade, é um símbolo da estabilidade dinâmica do sistema, que se manifesta na recursão e na antecipação no passado e no futuro. A validade de amanhã é, mantendo-se a função simbólica, outra validade, pois, hoje, algo se decidirá” (2016, p. 143). Cf. também MACCORMICK 2005, p. 278.

Em consequência, há um deslocamento da “centralidade da lei” para a “centralidade da jurisdição”,<sup>156</sup> ou, ainda, do “modelo de aplicação e subsunção” para o “modelo de concretização”.<sup>157</sup> A pretensão de correção alcança certo grau de racionalidade produzida na tomada de decisão, e temas como a operação do intérprete e o processo de justificação – apresentação pública das razões da decisão – ganham destaque. Além disso, os teóricos da argumentação jurídica reconhecem que argumentação e interpretação estão ligadas aos contextos de aplicação das normas jurídicas, às experiências e às limitações de observação do tomador de decisão.<sup>158</sup>

Todos esses pontos tornam o empreendimento de uma teoria da argumentação jurídica um processo bem mais complexo que o observado na primeira metade do século XX, bem como aproximam de uma teoria social por compreender que o direito está situado *na* sociedade e depende – em alguma medida – *da* sociedade. Defende-se, aqui, que as teorias da argumentação – ao desenvolver diferentes modelos – acabaram, em alguma medida, possibilitando uma maior conexão entre teoria do direito e teoria social.<sup>159</sup>

Na obra *Ciência do Direito e Legitimação* de De Giorgi (2017), publicada pela primeira vez em 1979, o jurista italiano já pontava que subjacente às críticas do realismo jurídico prevalecia uma crise da epistemologia jurídica – “a racionalidade não é uma propriedade ontológica do sujeito, mas é antes a capacidade que o sistema tem de regular suas próprias transformações” (op. cit., p. 220). Logo, esta maior conexão entre teoria do direito e teoria social indica, em verdade, na história do pensamento jurídico um nó que

---

<sup>156</sup> Cf. FERRAZ JR., 2014, pp. xi-xxi.

<sup>157</sup> Cf. VESTING, 2015, pp. 211-262.

<sup>158</sup> Os teóricos da argumentação jurídica não negam que o processo de justificação e o processo de descoberta de verdades não são equivalentes. Mesmo que as razões da decisão coloquem um “véu” sobre o real processo decisório, o direito opera com as razões efetivamente apresentadas. Ademais, estes teóricos não rejeitam a existência de um valor intrínseco no processo de argumentação jurídica relevante para a operação do sistema. Para este debate, cf. SCHECAIRA e STRUCHINER, 2016, pp. 155-174; para uma leitura sistêmica deste ponto, cf. LUHMANN 2016, pp. 451-543.

<sup>159</sup> Um trabalho que avança propositivamente na observação da aproximação entre teoria do direito e teoria social é o de Carvalho Neto (2015), que sustenta que a teoria do direito converte-se num acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e a ciência, sobretudo em razão da argumentação jurídica, que recorre à retórica. Nesse mesmo sentido, Amato pontua que “[a] teoria do direito emerge então enquanto “acoplamento estrutural” entre a reflexão do próprio sistema jurídico e o sistema da ciência. Desse modo, sua sociologia do direito é uma teoria do direito, mas autoconcebida como apartada dos problemas circunscritos de interpretação e argumentação dos quais cuida a doutrina” (2017, p. 103). Esta tese questiona justamente por que não seria possível avançar em uma reflexão sobre a própria auto-observação da teoria da argumentação jurídica, sendo este o sentido do campo de uma sociologia da argumentação jurídica. Cf. LUHMANN, 1983a e b e 2016, capítulo 8.

precisava ser desatado: “como se condiciona um sistema que não pode mais ser subordinado a um princípio unitário?” (ibidem, 269).

No plano das teorias da argumentação, este nó representa uma dualidade. Se de um lado essas teorias da argumentação preocupam-se com a questão da racionalidade jurídica, trazendo a lume os critérios e procedimentos que caracterizam o processo decisório e revelando, assim, suas estruturas e operações. Do outro lado, elas abriram-se para conhecimentos observados da sociedade, em especial as consequências sociais.<sup>160</sup>

É neste sentido que os argumentos consequentialistas do direito passam a servir como “termostato”, mantendo a temperatura do sistema a partir daquilo que a teoria social gera como irritação por meio de suas descrições. Desta forma, preserva-se a autonomia do direito ao mesmo tempo em que se assegura a possibilidade de identificação das mudanças do ambiente num nível reflexivo do direito.

Oferecer razões para a tomada de decisão, passa, então, a ser compreendido como uma operação que faz parte do campo experimental do direito e, portanto, para fins científicos, exige-se o entendimento dos pontos cegos desta observação. Dentre os pontos cegos situados no sistema jurídico, está a dificuldade de observar que o direito não se encontra *fora* da sociedade, mas *na* sociedade – como seu ambiente –; mais especificamente, para aqueles interessados em produzir uma teoria (interna) do direito, isto é problemático na medida em que estes teóricos não estão em uma posição privilegiada que permita observar os limites da argumentação jurídica,<sup>161</sup> bem como as diferentes formas de integração entre sociedade e direito.

---

<sup>160</sup> Do ponto de vista da teoria da argumentação a abertura para a consideração das consequências pode ser considerada como uma forma de substancialização do processo de apresentar as razões, isto porque (i) são selecionadas e avaliadas razões extrajurídicas e (ii) tratam-se de razões relevantes para a fundamentação de afirmações factuais. Shecaira e Struchiner aproximam tal movimento com processos indutivos de argumentação como a abdução ou a inferência para a melhor explicação, onde se discute um conjunto de fatos (2016, p. 145-154). Todavia, mesmo no processo indutivo, o direito probatório estabelece regras e critérios para avaliação, limitando, por exemplo, quais fatos considerar e como avalia-los – e.g., exclusões, ônus e standards de prova.

<sup>161</sup> Esta dificuldade de observação é mencionada por MacCormick: “Nós devemos estar longe de ser surpreendidos com a crença generalizada de que as mudanças nas leis podem ter um impacto real nas relações na economia e na sociedade, e que a direção da mudança e seu impacto também podem ser previstas, mesmo que não com exatidão e certeza” (2005, p. 39, tradução livre). Para um enfrentamento sociológico sobre o desenvolvimento da teoria do direito como autodescrição do sistema jurídico, cf. LUHMANN, 2016, pp. 11-49. Vale ainda ressaltar que Luhmann também critica as teorias da argumentação por justamente desconsiderar a abertura e evolução pertencente ao campo da argumentação jurídica, “(...) não se pode esperar como resultado da argumentação o que uma teoria teria de adotar como premissa, ou seja, que a prática dos tribunais consiste

Nesta chave, para De Giorgi é Luhmann quem desata o nó, pois “[a] epistemologia de Luhmann identifica o modo de produção da racionalidade moderna, que é racionalidade do sistema, e elabora a estratégia de integração do sujeito no universo descrito por esta racionalidade” (ibidem, p. 220). Direito implica a si mesmo, é dependente de suas operações, problemas de decisão, inclusive relacionados à seleção das consequências, devem ser compreendidos a partir dos programas do direito e da argumentação jurídica.

Isto posto, discute-se, neste capítulo, o tratamento dispensado a algumas teorias da argumentação que enfrentaram o tema dos argumentos consequencialistas. Estas apresentações assumem como propósito indicar os diferentes encaminhamentos para problemas já apontados em capítulos anteriores, em especial saber como tomadores de decisão mobilizam estes argumentos a fim de evitarem o risco da derrocada ao consequencialismo. Em outras palavras, estes teóricos conseguem observar a distinção semântica como uma forma que produz variação nas referências de sentido do direito.<sup>162</sup>

Assim, o capítulo apresenta e compara dois modelos,<sup>163</sup> Escola de Edimburgo (MacCormick e Bańkowski) e Escola de Amsterdã (Feteris), que discutem a aplicação dos argumentos consequencialistas, sem perder de vista os objetivos de compreender como evitar os problemas não resolvidos por teorias precedentes e de esclarecer a aproximação com uma sociologia da argumentação jurídica – apresentados no capítulo 5.

---

na aplicação de regras estabelecidas (mesmo que seja da jurisprudência elaborada pelos próprios juízes). É muito mais a orientação argumentativa que se encontra em constante movimento, já que o asseguramento recursivo move-se ele próprio de situação a situação. É justamente essa a razão pela qual a prática argumentativa dos tribunais se move na direção de um processo de diferenciação de uma semântica jurídica específica; portanto, move-se no sentido da cibernética de fortalecimento da divergência (feedback positivo) ou no sentido da linguística de uma hipercorreção do uso habitual da linguagem. Assim, o processo de fechamento operativo é encontrado não só no nível das decisões sobre a validade do direito, mas também no nível da argumentação. Também aqui se trata de evolução” (2016, p. 469).

<sup>162</sup> Em sentido próximo, diz Angelelli: “a semântica, em vez de simplesmente reagir às mudanças estruturais, pode ser ela mesma a propulsora da variação nos sistemas, como é o caso dos conceitos de movimento e dos neologismos, que remetem as possibilidades para o âmbito das expectativas e contribuem para a maior ruptura entre o futuro presente e os presentes futuros” (2017, p. 67).

<sup>163</sup> O capítulo aborda estes teóricos em razão da revisão da bibliografia levantada. Existem outros nomes que trabalham a questão do argumento consequencialista, como Robert Alexy e Jerzy Wróblewski, todavia, estes serão tratados apenas marginalmente nesta tese. Para uma visão panorâmica sobre argumento consequencialista do direito, cf. CARBONELL (2013) e BENGOTXEA (1993).

#### 4.1 Teorias do argumento consequencialista do direito

Como já indicado, o argumento consequencialista é uma autodescrição que permite considerar as possíveis consequências, sejam quais forem, de uma decisão jurídica como razão para decisão.

Diferentemente do consequencialismo, já se admite que as consequências sejam tratadas como razões para decidir mediadas pelo direito, ou melhor, por um processo argumentativo baseado em normas jurídicas preexistentes que respeite a função e a estrutura do direito – em termos sistêmicos, observando seus códigos e programas.

Tal distinção é importante, pois, se o sistema jurídico consegue operar somente com este tipo de argumento por meio de informação internamente produzida pelo direito, não há argumentos consequencialistas *fora* dele, mesmo que essas consequências refiram-se ao plano social.<sup>164</sup> A consequência, portanto, está necessariamente relacionada à operação jurídica e, portanto, pressupõe alguma tradução e processamento pelo direito, que produz as informações.

Vale ressaltar que esses argumentos são formulados por razões hipotéticas, tratam de situações futuras e, no entender da literatura, dividem-se em dois tipos, a saber: *argumentos consequencialistas propriamente jurídicos* e *argumentos consequencialistas extrajurídicos*, ou *sociais*. No primeiro caso, referem-se às razões que concernem às implicações legais no interior do sistema jurídico. Não se confunde, porém, com a consequência normativa da norma jurídica, devendo-se observar as consequências que determinada decisão produz dentro do sistema em relação às decisões passadas ou à sua coerência e consistência diante de leis constitucionais ou inconstitucionais.

Em muitos casos, o debate dos *argumentos consequencialistas jurídicos* aparece impulsionados por discursos sobre a formulação de precedentes, da integração de lacunas ou da preocupação dos juízes com a coerência das decisões diante de possíveis desdobramentos que aquela nova decisão provocará no interior do sistema jurídico. Assim, a questão dos argumentos consequencialistas jurídicos sempre se relaciona com a observação da recursividade das operações do direito, que está em constante mudança e estabilização. Note-

---

<sup>164</sup> Vale recordar a posição de Luhmann: “o sistema do direito não pode atribuir normas ao ambiente, mas deve atribuir-lhe conhecimento” (2016, p. 113)

se que essa dinâmica que envolve as consequências jurídicas das decisões não se limita apenas aos tribunais, mas é um símbolo que marca toda e qualquer relação interna do sistema.<sup>165</sup>

Em contrapartida os *argumentos consequencialistas extrajurídicos* são as repercussões da decisão jurídica *fora* deste sistema, ambiente do direito. Trata-se, aqui, das repercussões em termos comportamentais (ambiente extrassocial do direito) e em termos comunicativos (ambiente intrassocial do direito) – que o direito não consegue controlar, mas sobre as quais é capaz de especular, produzir informação e gerar conhecimento. Este tipo de argumento relaciona-se a discussões sobre o impacto de determinada decisão em outro sistema social, como o econômico, o político, o da educação ou o da saúde; além disso, é um tipo de argumento mais controverso do que o primeiro, uma vez que não encontra tantos programas e apoios recursivos para sua operação a partir do sistema jurídico.

Diante desta observação, muitos teóricos da argumentação jurídica preocuparam-se em criar regras para orientar e aplicar esses argumentos no direito. É possível desdobrar dois caminhos: alguns buscaram apresentar as possíveis justificativas para defender ou rejeitar a aplicação de argumentos consequencialistas no direito; outros, talvez num processo mais difícil, elaboraram critérios claros para a aplicação destes argumentos, sobretudo em relação às consequências extrajurídicas, que dependem da tradução, processamento e produção de novos programas pelo direito. É possível concordar com o jurista espanhol Bengoetxea, portanto, de que o problema, nestes casos, é que, em sendo as consequências hipotéticas, suas avaliações são sempre produzidas *a priori* e de maneira abstrata, o que impede o controle racional destas hipóteses a partir de dados empíricos.<sup>166</sup>

Relembre-se o famoso argumento da batalha naval em Aristóteles, fixado como epígrafe desta tese, que discute a aplicação do princípio da bivalência para afirmações sobre futuros contingentes. Como o direito é capaz de observar uma situação no futuro? Não o é; a observação será sempre *presente do futuro*.

Os argumentos com base nas consequências implicam ao mesmo tempo a possibilidade de algo acontecer e também a de não acontecer *hoje*, além, obviamente, a de coisas inimagináveis acontecerem no *futuro*. Em uma visão realista – que admita a

---

<sup>165</sup> Nas palavras de Luhmann: “[o]corre que essas decisões não residem apenas nas decisões do legislador e nas dos tribunais, mas também, num âmbito mais amplo, na conformação das corporações e nos contratos que afetam e modificam a situação legal” (ibidem, p. 144).

<sup>166</sup> Cf BENGOETXEA, 1993, p. 46. Veja também BENGOETXEA, 2010.

verdade por correspondência –, portanto, questiona-se como é possível afirmar hoje o valor de verdade/falsidade e de necessidade sobre algo que ainda acontecerá? Aristóteles já havia afastado a tese de que antifases não determinam o futuro; não basta indicar todas as alternativas de um evento futuro diante da contingência, pois essas consequências não são verdadeiras nem falsas ainda. Se “*hoje* há uma batalha naval”, ela é verdadeira por correspondência *hoje*.<sup>167</sup>

De toda sorte, as teorias da argumentação assumiram este difícil compromisso em relação ao problema dos futuros contingentes no interior do sistema jurídico no momento em que pretenderam explicar como é possível atribuir valores e diferentes modos de avaliação na articulação dos argumentos consequencialistas quando da tomada de decisão jurídica que está temporalmente vinculada ao tempo presente da decisão.

Sugere-se que as respostas apontadas na sequência – baseadas em duas correntes – não resolvem a contento o problema, seja porque acarretam uma grande incerteza normativa – *e.g.*, regras jurídicas não fazem previsões -, seja porque dependem de uma visão substancialista da argumentação – *e.g.*, o que dizem outros campos do conhecimento sobre o futuro -, uma vez que, no limite, se vincularão à necessidade de mobilização de ferramentas empíricas para a avaliação das consequências. Além disso, essas correntes acabaram não renunciando a ideia de ver o problema da argumentação jurídica como uma questão de

---

<sup>167</sup> A distinção fundamental aristotélica reside em perceber que “ser necessário enquanto se é” é diferente de “ser necessariamente” e, portanto, em *De Interpretatione*, 9, 19a23-32, (2013) “[d]igo, por exemplo, ser necessário que haja ou não haja uma batalha naval amanhã, mas não ser necessário nem que haja uma batalha naval amanhã nem que não haja, não obstante ser necessário que haja ou que não haja uma batalha naval”. Dizer “amanhã haverá ou não haverá uma batalha naval” é uma verdade necessária hoje, mas que não determina o futuro como necessário. Conforme a explicação de Moraes e Alves (2009), tal conclusão marca uma distinção importante entre *necessitas consequentiae* (“necessidade consequente”) e *necessitas consequentis* (“necessidade da consequência”) a partir de uma dimensão temporal. No primeiro caso, “quando uma verdade se dá, ela é necessária, mas quando não se dá mais, não é mais necessária. Do mesmo modo para a impossibilidade. Por exemplo, pode-se dizer ‘está chovendo agora’, e, se estiver, será uma verdade necessária até parar de chover. Se não estiver, será uma impossibilidade até que venha a chover”. No segundo, “[é] o tipo de necessidade (ou impossibilidade) que obriga que uma proposição seja verdadeira necessariamente (ou falsa, e nesse caso seria impossível). Por exemplo, quando se diz ‘Os gêmeos Rômulo e Remo são irmãos’, tem-se aqui uma proposição que é necessariamente verdadeira e que nunca vai deixar de ser. Aristóteles rejeita que da *necessitas consequentiae* resulte a *necessitas consequentes* (...) Por exemplo, é necessário dizer ‘amanhã haverá ou não haverá uma batalha naval’. Mas se o *amanhã* chega e se torna *hoje* e realmente se dá uma batalha naval, a proposição ‘amanhã haverá uma batalha naval’ foi a verdadeira por correspondência à sua equivalente atual ‘hoje há uma batalha naval’. Ela, isoladamente, não era necessária quando foi dita, mas quando se tornou fato, obrigou a própria necessidade” (op. cit., p. 263).

reconhecimento e de prevenção de erros – o que dificultou sobremaneira o tratamento das consequências pelo direito.

## 4.2 Escola de Direito de Edimburgo

MacCormick e Bańkowski são dois importantes teóricos contemporâneos da Escola de Edimburgo. Utiliza-se, aqui, a nomenclatura Escola, pois, além de terem sido colegas da mesma faculdade, ambos possuíam grandes afinidades ao compartilhar algumas bases e interesses teóricos.<sup>168</sup> Os autores sustentam um modelo atento não apenas à prática argumentativa, mas também ao que consideram ser a melhor forma de justificar as decisões, ou o “bom viver” do direito.<sup>169</sup>

MacCormick é o mais recepcionado e difundido por apresentar uma teoria da argumentação completa, dividida em duas fases. Na primeira, apresentada em *Argumentação jurídica e teoria do direito* (2006), publicada em 1978, descreve as condições necessárias para a operação dos argumentos jurídicos. O teórico parte da divergência em relação a Hart para indicar a função de justificação desempenhada pela argumentação jurídica. Todavia, é na sua segunda fase, difundida com *Retórica e o Estado de Direito* (2005), que o escocês reformula suas pretensões iniciais para compatibilizar o valor de

---

<sup>168</sup> Schaffer, indicando a diversidade que marca a Escola de Edimburgo, afirma que “os seus membros são provavelmente inspirados em uma tradição social como Karl Marx, Adam Smith, Hannah Arendt, Niklas Luhmann ou H.L.A. Hart” (2013, p. 277, tradução livre).

<sup>169</sup> Importante esclarecer que, para os autores, o “bom viver” do direito, ou a melhor forma de justificar as decisões jurídicas, não significa que exista apenas uma resposta juridicamente correta para cada caso (unicidade da decisão judicial), como defende Dworkin. Na verdade, a posição deles é oposta à ideia de unicidade. Bańkowski e MacCormick concordam que regras não são totalmente impermeáveis, inclusive ao admitirem seu caráter subótimo regras são fundadas em acordos incompletos. Portanto, primeiramente as exigências recaem apenas no fato de que em casos difíceis existem ônus “adicionais” impostos pela argumentação (*i.e.*, requisito da universalidade, da consistência e da coerência) para atender à justificação “externa”, mesmo que isso produza decisões finais subótimas. Depois, o interesse aqui é perceber que esses requisitos da argumentação evitam apenas que decisões irracionais sejam tomadas; é preferível evitar erros ao custo de seguir um modelo que possua uma pretensão mais “modesta”, porém “realista”. Vale dizer, é melhor produzir decisões intermediárias (*second best solutions*), aceitando o fato de que não existem juízes Hércules ou Hermes. Na sociedade, o tomador de decisão possui limitações morais e intelectuais, e tal perspectiva não é desconsiderada por ambos. Nesse sentido, veja importante comentário de Muñoz: “[A] decisão última não será racional, o que leva a MacCormick a propor uma via intermediária entre o ultra-racionalismo e o irracionalismo” (2008, p.196). Ainda, Schecaira e Struchiner afirmam que “o emprego da argumentação institucional leva a resultados substantivos ruins em muitos casos. Mas há razões para crer que o emprego sistemático da argumentação institucional gera, no cômputo global e a longo prazo, menor número de erros do que seria gerado pela alternativa de permitir que as autoridades jurídicas apelem mais livremente a considerações substantivas” (2016, p. 177).



certeza exigido pelo estado de direito por meio da argumentação jurídica, sustentando, portanto, um modelo prescritivo sobre como se deve argumentar da melhor maneira possível.<sup>170</sup>

Bańkowski possui aspirações mais modestas já que é ciente da dificuldade prática de alcançar a melhor maneira possível de argumentar, porém – talvez – com resultados mais interessantes. Em seu trabalho principal, *Vivendo Plenamente a Lei* (2007), publicado pela primeira vez em 2001, indica a tensão constitutiva do direito entre lei e amor e busca compreender o sentido de viver plenamente a lei, ou de seguir a legalidade sem cair no legalismo. O teórico polonês não desenvolve propriamente um modelo exaustivo sobre a argumentação jurídica e também não aceita cegamente a ideia da certeza produzida pelo direito. No entanto, admite que nesta tensão entre lei e amor é possível que o tomador de decisão alcance, em casos difíceis, uma solução adequada por meio da observação da eticidade do direito.<sup>171</sup>

De um lado, o direito mantém-se com suas estruturas e operações internas, “argumentando dentro da máquina” (BAŃKOWSKI, 2007, p.151-176). O autor segue o esquema de uma tradição que aposta num modelo argumentativo do direito, capaz de produzir um padrão de racionalidade jurídica e de justificar as decisões por diferentes razões subjacentes às regras.<sup>172</sup> De outro, o amor gera ruído e provoca tensões ao assinalar a contingência da vida do direito, “argumentando além da máquina” (ibidem, p.177-210). Destarte, a relevância reside em compreender essa tensão como inerente ao conceito de direito, trazendo à tona uma eticidade capaz de em cada caso resolvê-la.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Para uma completa análise da relação entre as duas fases de MacCormick, cf. BIAZEVIC, 2016.

<sup>171</sup> Trata-se de importante ponto de divergência entre Luhmann, de um lado, e MacCormick e Bańkowski, do outro - ainda que trabalhem em registros e propósitos teóricos distintos. O sociólogo não aceitaria a ideia de uma eticidade do direito, sobretudo porque trabalha a ideia de justiça como uma fórmula de contingência, atenta aos limites do sistema, e não como um valor último do sistema do direito. É por isso que para Luhmann a possibilidade de diferenciação de valores é reflexo de instabilidades do sentido psicológico, de motivos e preferências individuais, da própria codificação moral da comunicação que cada indivíduo em situação a situação distingue apreço e desprezo, cf. LUHMANN, 1995. Para uma crítica ao projeto luhmanniano, cf. BAŃKOWSKI, 1994.

<sup>172</sup> É plenamente possível admitir a tradição iniciada por teóricos que caracterizavam o direito como uma estrutura lógico-formal. Um dos principais expoentes é Hans Kelsen, que com sua *Teoria pura do direito* influenciou decisivamente correntes teóricas do positivismo jurídico a partir da segunda metade do século XX, como já apontado nos capítulos iniciais desta primeira parte.

<sup>173</sup> O amor está na base desta eticidade, que surge como força criativa e transcendente na teoria de *Vivendo Plenamente a Lei*. O interessante é que o amor, ao mesmo tempo em que é diferenciado do direito, admite também a sua dependência. “Não se pode separar o amor do Direito, como não estão mutuamente opostos, já que este último está implicado no primeiro, e como a arbitrária explosão do amor carrega em si as sementes e os vínculos da racionalidade” (BAŃKOWSKI, 2007, p.106). O amor é marcado em sua teoria como o lado da contingência, das possibilidades abertas para o direito inovar e seguir em outros caminhos.

Em grande medida, Bańkowski segue as considerações de MacCormick, para quem a argumentação do direito segue inicialmente um modelo dedutivista, atendendo a dois níveis de justificação (ibidem, p.164-170). Segundo MacCormick, ao lado da justificação “interna” da decisão, que é a própria justificação por dedução, é preciso que a decisão ofereça justificativas “externas”, cumprindo a exigência de universalidade (2005, p. 101-120).

A leitura dos dois níveis implica compreender que a justificação não deve atender apenas às exigências internas do direito, mas deve também estar conforme à observação da prática social orientada por valores. É por isso que o nível “externo” possui uma exigência de universalidade; as soluções devem valer para todas as práticas sociais possíveis, uma vez que correspondem aos valores de fundo e compartilhados por determinado grupo, comunidade ou sociedade. Assim, mesmo em casos fáceis, ou mais evidentes, exige-se do tomador de decisão a justificativa a partir desses valores de fundo que corroboram as soluções.<sup>174</sup>

É neste ponto que o tema das consequências ganha relevância para MacCormick e Bańkowski, pois pressupõe certo vínculo entre direito e sociedade. Em outras palavras, estas revelam uma simultaneidade e implicações entre as operações internas na sociedade<sup>175</sup>, o que deve ser analisado conjuntamente. Ao comentar o autor escocês, Carbonell diz que “[a]s consequências são trazidas para a teoria [de MacCormick] como um lembrete de que as decisões jurídicas, e particularmente as decisões judiciais, não têm impacto apenas na forma do sistema legal, mas também – e talvez principalmente – diretamente nas pessoas e outras dimensões ou subsistemas dentro da sociedade” (2013, p.6, tradução livre).

Uma importante sutileza deve ser notada aqui: as consequências a que MacCormick faz referência não são aquelas particulares da decisão, mas as que devem ser justificadas como gerais e universais. Esta exigência pode ser sintetizada da seguinte maneira: “É possível aplicar o argumento consequencialista para casos similares no futuro?” A resposta será afirmativa se a solução (*i.e.*, decisão) transformar-se em regra geral no sistema.

---

<sup>174</sup> Nos casos fáceis, prevalece uma presunção que não gera o ônus argumentativo para o tomador de decisão de oferecer a justificação “externa”, pois a justificação dedutiva por si só já é suficiente para decidir. Todavia, os valores de fundo compartilhados pela sociedade estão subjacentes às decisões desses casos. Veja MACCORMICK, 2005, pp.254-280. Para uma visão geral desta perspectiva, cf. MACCORMICK, 1983.

<sup>175</sup> Bańkowski, sob uma perspectiva interessada na eticidade do direito, afirma que as consequências revelam que questões sociais também suscitam questões individuais. Nesse mesmo sentido, o teórico sustenta “que viver sob a lei implica tanto uma pergunta sobre como eu devo viver dentro das relações que mantenho com meus semelhantes quanto uma pergunta sobre como a sociedade deveria ser organizada” (2007, p. xxix). Sua visão sobre as consequências é mais substancialista do que a de MacCormick; a discussão ocorre com base nas consequências particulares.

Colaciona-se, a seguir, um exemplo do direito constitucional brasileiro para esclarecer o ponto.

No caso das biografias não autorizadas (ADI 4.815), a Associação Nacional dos Editores de Livros requereu a interpretação conforme à Constituição Federal dos arts. 20 e 21 do Código Civil a fim de afastar a necessidade de autorização prévia do biografado, com base nos art. 5º, IX e X, da Constituição. Em 2015, o plenário do STF decidiu, por unanimidade, que “[é] inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária a autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes”.<sup>176</sup>

É possível observar a consideração da consequência segundo a sugestão de MacCormick, pois os ministros não consideraram o efeito da decisão para determinada editora e pessoa biografada, mas as consequências refletiram para todas as editoras ou escritores e para todas as pessoas biografadas. Por isso se diz que a necessidade de autorização prévia, no caso das biografias, serviria de censura não apenas a um determinado escritor ou editor; igualmente, não seria possível pensar na proteção de apenas uma pessoa biografada, de modo que ambas as consequências representariam a violação de direitos fundamentais. Ademais, este caso consolidou-se como regra do direito ao fixar uma interpretação conforme o texto constitucional dos referidos artigos do Código Civil.

A solução pretendeu atender ao mesmo tempo as pretensões de ambas as partes, considerando as exigências externas. Vale dizer, a corte defendeu a coexistência dos direitos à liberdade e à inviolabilidade da intimidade, à privacidade, à honra e à imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias, ambos, biografado e biógrafo, protegidos constitucionalmente.

Percebe-se, assim, que as consequências consideradas por esses autores não são apenas as concernentes ao direito, mas também aquelas em relação à sociedade a partir de determinados valores muitas vezes consagrados em princípios (*e.g.*, direito à liberdade de manifestação do pensamento e direito à intimidade, no caso das biografias não autorizadas).

---

<sup>176</sup> Cf. BRASIL – STF. ADI 4815/DF. Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2015.

Portanto, primeiro, as consequências, para o jurista escocês, não podem violar regras e princípios jurídicos – caso contrário, não seria possível justificar a primazia da proteção das consequências extrajurídicas –, elas precisam ter alguma coerência e consistência com o direito. Segundo, as consequências precisam ser universalizáveis para atender a determinados valores da sociedade.<sup>177</sup> Neste ponto, não é todo e qualquer tipo de consequência que o direito deverá considerar no momento da tomada de decisão, apenas o que for reputado como importante diante da exigência de universalização.

O principal problema é que MacCormick não fornece um parâmetro concreto de correção para determinar a consequência relevante à qual o juiz deverá aplicar o teste da universalização nem um parâmetro sobre como avaliá-la – a referência está fora do sistema jurídico. No caso das biografias não autorizadas, a corte ponderou as consequências para as partes e atendeu às exigências de universalização para ambas as pretensões, já que se baseavam, particularmente, em regras e princípios jurídicos distintos; ao mesmo tempo, as razões apresentadas pelos juízes sobre as consequências eram as mais variadas: Quais eram as repercussões para o mercado editorial? E para a classe artística? Não havia previsão adequada nesse sentido.

Bańkowski também não resolve este problema, indicando explicitamente que a seleção e a avaliação das consequências são, em parte, subjetivas, ainda que se exija coerência e consistência com o direito. Para além da exigência de universalização, a segurança advém da atuação das próprias cortes, que devem gozar de um mínimo de credibilidade da sociedade, o que, na prática, assegura que seus atores saibam determinar com facilidade as consequências relevantes para esta. Para ele, “[e]m certo sentido, então, poderíamos dizer que a integridade do direito reside no fato de que existe um grupo de juízes organizados e integrados a um mesmo grupo social em que confiamos que não surgirão com hipóteses malucas” (2007, p. 166).

É interessante perceber, então, que os modelos de MacCormick e de Bańkowski apoiam-se numa visão sociológica da atuação dos tribunais, pois reconhecem que no momento de enfrentamento destes tipos de argumentos os juízes precisam raciocinar do “lado de fora” do direito. Em outras palavras, admitem que o próprio direito não consegue fornecer critérios internos para seleção e avaliação de argumentos consequentialistas, ainda que existam exigências posteriores para aplicá-los na argumentação jurídica.

---

<sup>177</sup> Cf. MACCORMICK, 2005, pp. 111-114.

Para tanto, a ênfase aqui reside em retratar que tribunais estão operando ao mesmo tempo dentro e fora do direito, neste último caso conectados com o mundo e com as particularidades da sociedade. O teórico polonês afirma, inclusive, que tribunais são “instituições-ponte” (*straddling* ou *bridging*) em situações como a de júris ou do sistema de justiça leiga, ou, ainda, quando há uma subversão das operações do direito em sociedades tecnológicas com a utilização de *experts* ou com audiências da opinião pública.

Nem MacCormick nem Bańkowski explicam como essas conexões acontecem. Eles defendem, novamente, o subjetivismo no momento de selecionar e avaliar as consequências, mas pontuam que se dois argumentos consequencialistas, coerentes e consistentes com o direito, levam às conclusões opostas sem que o direito forneça um critério de correção, é preciso recorrer à preferência externa via argumentação. O jurista escocês questiona: “Existe uma única métrica de avaliação disponível, como a proposta pelos defensores da análise econômica do direito, ou isso equivale apenas a uma técnica arbitrária para submeter valores incomensuráveis a uma única escala de medida?” (MACCORMICK, 2005, p. 104, tradução livre). Faltam critérios para a seleção e métricas para a avaliação, ainda que a operacionalização aconteça pelo direito por meio da exigência da universalização.

### 4.3 Escola de Direito de Amsterdã

O critério para a seleção e a métrica para a avaliação pode ser encaminhado de outra forma pela posição da pragma-dialética – também conhecida como Escola de Amsterdã,<sup>178</sup> que se fundamenta no processo de argumentação entre os interlocutores e estabelece uma

---

<sup>178</sup> Explica Feteris: “A pragma-dialética é uma teoria da argumentação desenvolvida por Frans Van Den Eemeren e Rob Grootendorst do Departamento de Comunicação da fala, Teoria da Argumentação e Retórica da Universidade de Amsterdã. Juntamente com os colegas da Escola de Amsterdã, realizaram um programa de teoria da argumentação e análise do discurso que se concentra na análise pragmática-dialética e retórica do discurso argumentativo” (2007, p.247, tradução livre). Ainda, conforme a autora, o elemento pragmático desta teoria considera a argumentação como uma forma de linguagem orientada para fins e analisa as diversas etapas da discussão crítica como atos de fala que cumprem uma determinada função na resolução da disputa. Em contrapartida, o elemento dialético considerada a argumentação como parte de uma troca crítica de opiniões que procuram submeter um ponto de vista em detrimento do outro, cf. *ibidem*, pp. 246-278. Veja também FETERIS, 2008 e 2005.

Desta forma, esta teoria pressupõe duas etapas: uma etapa ideal sobre os discursos – um código de condutas para os participantes racionais seguirem – e uma etapa de confrontação sobre os discursos. Novamente, Feteris: “O enfoque pragma-dialético da argumentação é um esforço para combinar uma descrição empiricamente adequadas com uma posição crítica para a prática argumentativa” (2007, p. 251, tradução livre).

estrutura para os argumentos baseados nas consequências por meio de afirmações empíricas e normativas.

Sua principal representante no direito é Eveline Feteris (2007), para quem argumentos consequencialistas servem como justificativas para se alcançar um objetivo desejável fixados em regras.<sup>179</sup> Ilustrativamente, segue um modelo: a situação X é desejável, pois produz a consequência Y (afirmação empírica) e esta é desejável (afirmação normativa). A primeira afirmação está preocupada em avaliar a relação causal entre o ato e a consequência, e a segunda questiona as razões subjacentes que justificam a consequência, afinal, ela é realmente desejável?

A primeira afirmação resolve-se, no direito, de imediato pela regra jurídica, que fixa uma relação entre uma hipótese de incidência e um consequente normativo. Todavia, o principal problema reside na avaliação da segunda afirmação. Similarmente à posição da Escola de Edimburgo, a discussão concentra-se em saber se a consequência é desejável, porém Feteris não se preocupa em distinguir estas consequências em jurídicas ou extrajurídicas. Em verdade, a autora privilegia a distinção entre consequências positivas (incentivos de determinados comportamentos) e negativas (desincentivos de determinados comportamentos) e saber como avaliá-las.

Carbonell (2013), comentando a posição de Feteris, indica que a principal dificuldade do modelo reside em determinar o propósito ou o objetivo desejável da regra jurídica, sobretudo diante da diversidade de posições – que aumenta o ônus argumentativo nessas situações. Ela sustenta, ainda, que “os sistemas jurídicos contêm uma multiplicidade de objetivos que podem colidir facilmente em um caso concreto, portanto a decisão de favorecer um e deixar de lado o outro também deve ser justificada” (op. cit., p. 11, tradução livre).

Outro problema é a dependência substancialista que essa teoria e a Escola de Edimburgo podem acarretar por dependerem da força da persuasão dos fatos. Há subjacente ao ponto certo substancialismo jurídico, que admite a força normativa dos fatos *vis-à-vis* uma compreensão lógico-formal do direito, o que acaba por acrescentar risco sobre a discricionariedade judicial e as incertezas decisórias que produz a seleção e avaliação de

---

<sup>179</sup> Feteris separa o discurso jurídico em quatro etapas: confrontação; abertura; argumentação e conclusão. O interesse da teoria reside na análise da etapa argumentativa, que deve reconstruir toda a cadeia argumentativa e que pressupõe uma justificativa para cada passo. A dificuldade desta reconstrução decorre na reconstrução de argumentos complexos, que às vezes dependem de argumentos subordinados implícitos e que devem ser explicitados, cf *ibidem*, pp. 257-278.

fatos. Aceita-se, portanto, certa realidade ou substância do direito como o principal ponto de referência do sistema e do qual o direito “substantivo” deduz suas pretensões normativas.

A dificuldade reside em aceitar o parâmetro de correção como algo externo ao direito e, além disso, admitir que tal forma de argumentação assegure a prevenção de erros. Do ponto de vista da prática argumentativa, argumentos nada mais são do que a operação do sistema do direito, nesse sentido o interesse deveria estar mais próximo da ideia de consistência em relação aos argumentos do que evitar erros.

Segundo Reis o obstáculo da operação do substancialismo é a falta de clareza quanto aos critérios para aplicar e avaliar os dados empíricos; “[o] substancialismo pretende alcançar uma realidade cuja relevância definitiva é muito mais produto da crua subjetividade do intérprete do que orientada por um mínimo de critérios jurídicos derivados do próprio sistema” (2017, p. 228). Desta forma, o substancialismo poderia negar toda a função e a codificação produzidas pelo direito, já que a decisão não se submeteria a uma estrutura normativa previamente fixada, capaz de controlar as operações do sistema.

Ninguém objeta que o consequencialismo, nesta tese, ou o substancialismo mencionado podem confirmar uma operação arbitrária e incoerente do direito. Diante da falta de critérios, da ausência de filtragem ou da não redução do tema pela dogmática e, sobretudo, da não observação dos códigos e dos programas do direito, toda decisão apresenta-se como uma operação *fora* do direito. Prevalece, aqui, uma necessária preocupação de saber como aplicar as evidências empíricas e como o direito deve selecionar e filtrar determinada informação para a tomada de decisão, a fim de não comprometer sua função.<sup>180</sup>

Na sequência, finalmente, detalhar-se-á como a teoria dos sistemas descreve os problemas apontados nesta parte e como contribui para fortalecer uma possível conexão com estas teorias. Ao final, virá a lume a inevitabilidade de uma teoria complexa para descrever os argumentos consequencialistas do direito.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Cf., num sentido próximo, a discussão do substancialismo jurídico no direito civil brasileiro proposta por REIS, 2017, pp. 225-234.

<sup>181</sup> Este segundo ponto é meramente especulativo, pois se presumiria um acoplamento estrutural entre teoria do direito e da argumentação e teoria social. A tese acompanha em parte os apontamentos de Carvalho Neto (2015), ao afirmar que a teoria do direito atua como instância de articulação entre ciência e direito. O autor trabalha o acoplamento a partir do nível argumentativo e encontra na forma da retórica a possibilidade de operacionalmente traduzir e incorporar ao sistema jurídico o conhecimento da sociedade. No entanto,

## CAPÍTULO 5 – SOCIOLOGIA SISTÊMICA DO DIREITO

Como já mencionado nas notas metodológicas, a sociologia jurídica sistêmica é compreendida como uma observação da auto-observação e da autodescrição do direito, pois observa-o como um subsistema social autorreferente. Ela rompe com os pressupostos de uma visão sociológica antropocêntrica ou crítica,<sup>182</sup> já que não pressupõe a descrição como construção ontológica e gnosiológica, advinda da distinção entre sujeito e objeto. O interesse reside em perceber as fronteiras entre o sistema e a sociedade ao mesmo tempo que se depreende esta diferença como resultado do campo de observação do observador.

No caso do direito, Luhmann aceita as teses da separação entre direito e moral e entre direito e política, o que o aproxima, à primeira vista, de uma corrente do positivismo jurídico. No entanto, em razão da própria ideia de sistema, apresentado como diferença em relação ao ambiente, a teoria dos sistemas sustenta uma definição conceitual que só pode produzir relações e sentido com base em seus próprios elementos – notadamente, a auto-observação do direito segundo o código lícito/ilícito e a sua autodescrição.<sup>183</sup>

---

divergindo da posição de Carvalho Neto, sustenta-se que o acoplamento não está diretamente relacionado à argumentação jurídica – ou possibilitado pela forma da retórica –, mas se encontra, antes, no nível teórico (ou reflexivo) do sistema jurídico. Nesse sentido, é possível sugerir que as irritações seriam observadas num plano reflexivo, isto porque a teoria do direito não se confunde, em termos operativos, com a dogmática jurídica. Luhmann, no início de *Direito da Sociedade* (2016), esforça-se para diferenciar e indicar que a teoria do direito foi se desvinculando de uma teoria das observações da prática e das decisões dos sistemas para se tornar ela mesma uma teoria de observações de segunda ordem, vale dizer, uma teoria que observa o modo como o direito se vê. Assim Luhmann distingue os campos da dogmática jurídica, da teoria geral do direito e da filosofia do direito: “Somos levados a reconhecer que o que existe como teoria do direito nasceu quase sempre em conexão com as autodescrições do sistema jurídico. São esforços teóricos que, apesar da disposição para a crítica, em primeiro lugar respeitam o direito e comprometem-se com as vinculações normativas equivalentes. Isso vale tanto para as teorias jurídicas no sentido estrito, que se desenvolveram a partir da prática casuística e relacionam suas regras a pontos de vista gerais, como para teorias de reflexão do sistema jurídico que representam o valor intrínseco da produção do direito e do sentido de sua autonomia” (ibidem, p. 23). Veja também DE GIORGI, 2017, pp.246-252.

<sup>182</sup> Luhmann(1994) afirma que a visão sistêmica não apenas rompe com a tradição sociológica como a supera, ao disponibilizar um novo instrumental para a sociologia que oferece uma maior precisão descritiva dos sistemas sociais, pois ocupa-se da compreensão da maneira como os sistemas autorreferentes descrevem-se, sem distorções e evitando uma apreensão subjetivista ou excessivamente formalista da sociedade. De acordo com eles, “[a]lguns podem suspeitar que a teoria dos sistemas autorreferenciais apenas critica a teoria crítica e construtivamente desconstrói o positivismo. Mas isso significaria subestimar a radicalidade dessa teoria. A resposta da teoria à pergunta ‘qual é o caso?’ é: aquele que está sendo observado, incluindo as observações dos observadores. A resposta da teoria à pergunta ‘o que está por trás dos fatos?’ é: que a observação falha em observar” (ibidem, p. 137, tradução livre).

<sup>183</sup> As transformações operadas pela sociologia jurídica sistêmica são importantes, pois, aqui, não se está mais no plano da teoria do direito, mas no campo da ciência, que observa como o direito opera. Nesse sentido, o importante conceito de validade jurídica para a teoria do direito passa a ser compreendido como a aceitação da



Sublinhe-se que no direito há *reentrada* da diferença entre sistema e ambiente, o que autoriza a afirmação de Luhmann de que a função do sistema do direito é a estabilização das expectativas normativas contrafáticas porque “o direito só é direito se há razão para confiar que expectativas normativas serão esperadas normativamente” (2004a, p. 158, tradução livre). Caso não houvesse um código específico para operar o direito, a função não seria suficiente para diferenciá-lo em relação ao ambiente. O código binário lícito/ilícito permite uma distinção essencial para o sistema do direito: aquilo que é lícito não é ilícito e, por sua vez, o que é ilícito não é lícito. Contudo, embora estável, este código não garante por si só a reprodução do sistema.

A aplicação do código do direito é determinada por meio de programas condicionados, que podem variar de conteúdo. Eles são produções do sistema do direito que fixam o código por meio de leis, contratos, decisões, entre tantos outros. Em outras palavras, esta distinção é operada no interior do próprio sistema jurídico<sup>184</sup>.

Na operação das estruturas, somente os programas condicionados possibilitam a realização da função do direito, servindo como resolução de conflitos ao atribuírem os valores lícito/ilícito às situações – e sua aplicação segue um esquema de dedução dos fatos (se, então). Segundo esta visão, decide-se com base em condições preestabelecidas no texto legal – *ex-post-facto* –, pois a autoridade lida com frustrações já ocorridas e asseguradas de maneira contrafática.<sup>185</sup> Ao mesmo tempo, os programas possibilitam a abertura cognitiva do direito, pois a dedução da decisão ocorre a partir dos fatos, que são determinados cognitivamente.

É neste sentido, primeiramente, que o direito pode levar em consideração fatos externos enquanto informação produzida internamente; em segundo lugar, sua sociologia estabelece grande importância para os argumentos jurídicos. Não se trata, aqui, de um direito

---

comunicação jurídica. Trata-se de um símbolo que surge da execução recursiva das operações internas do direito, e “a validade pode assim caracterizar-se como um símbolo que circula, já que em cada uso se transfere a operações subsequentes” (LUHMANN, 2016, p. 143).

<sup>184</sup> Percebe-se, desde já, que os programas, em complemento aos códigos, são essenciais para a reprodução do sistema, pois são momentos de sua operação. O sociólogo alemão afirma que “a autodeterminação autopoietica do sistema ocorre apenas por causa da diferença entre codificação e programação” (2004a, p. 193, tradução livre) e acrescenta que “os programas devem ser adequados para direcionar a alocação dos valores legais e ilegais. E, muito claramente, [que] a função da lei está sempre envolvida em nível de programação” (ibidem, p. 195, tradução livre). Ao mesmo tempo, a variabilidade do conteúdo dos programas assegura a abertura cognitiva do direito, que, sem alterar o código, garante a seu tempo as transformações.

<sup>185</sup> A norma jurídica é uma maneira de lidar com as expectativas da sociedade e, por isso, o direito consegue produzir algum grau de segurança para mantê-las, mesmo quando frustradas. Trata-se de fatos já ocorridos e, excepcionalmente, de situações *ex-ante* – possibilidade de o direito trabalhar com condições futuras. Com o implemento da condição futura, a obrigação é estabelecida; não há uma previsão, mas uma condição futura.

solipsista. A argumentação é operada via tribunais, organizações que se vinculam ao ambiente e possibilitam sua estabilidade dinâmica por meio das decisões. Luhmann lembra que “[o] direito se altera tendo em vista decisões jurídicas futuras, orientando-se segundo o direito então vigente, a partir do qual poderão resultar novas possibilidades de observação e oportunidades de mudar o direito” (2016, p. 193).

Como já visto anteriormente, os argumentos possibilitam justificar as decisões, e para Luhmann eles são uma forma com dois lados: por um lado, podem alterar o símbolo de validade do direito, devendo ser condizentes e observar a execução recursiva das operações internas do direito; de outro, conferem validade a novos direitos e obrigações, mas não mudam o direito vigente – o que acontece somente com as decisões.

Logo, a argumentação para Luhmann surge como mediação, ou reflexão, dotando de significado os diferentes programas do direito. Para o sociólogo, os textos oportunizam a auto-observação simplificada e a argumentação permite uma “atualização” desta auto-observação, modificando as possibilidades da respectiva operação.<sup>186</sup> A interpretação também ganha, aqui, papel de destaque, pois “[permite] colocar-se no lugar de uma observação de segunda ordem precisamente ao se formular a pergunta (que com isso bastaria) sobre o que o texto quer dizer” (ibidem, p. 455).

Textos, interpretações e argumentos são entendidos como comunicações que dão base à decisão, e o interesse passa a recair em como esta comunicação alcança elevada sensibilidade diante dos problemas apresentados internamente pelo direito. O sociólogo alemão vai caracterizar a argumentação como “um acontecer maciço e simultâneo num sistema complexo – sem linha diretiva clara, com formações de clusters [ramos] a partir de determinados textos, mas sem formação hierárquica e sem teleologia quanto ao sistema como um todo” (ibidem, p. 503).

Esta comunicação precisa pressupor a rede recursiva das operações do direito, ou seja, assumir que houve anteriormente decisões fundamentadas por argumentos diversos e

---

<sup>186</sup> Na leitura sistêmica, a argumentação jurídica revela como o observador observa um texto e, assim, apresenta razões (símbolos dirigidos à redundância) que defendem determinada posição. Todavia, Luhmann faz uma outra distinção em relação ao observador, pois é possível indagar sobre a função do argumentar. Neste sentido, o sociólogo diferencia argumentação como observação de segunda ordem e a justificação como observação de terceira ordem, diz: “Observaremos como observam aqueles que observam, como se compreende da melhor maneira um texto cujo sentido textual não prove nenhuma decisão satisfatória ao observador de primeira ordem” (ibidem, p. 497).

que, na sequência, novos argumentos serão apresentados para confirmar, modificar ou rejeitar posições passadas. No entanto, esta comunicação também é causadora de controvérsia – a argumentação expõe razões que dão preferência as boas razões<sup>187</sup> em detrimento de outras –, reagindo e produzindo diferenças de opinião passadas ou futuras em relação à aplicação dos programas.

Por isso o sociólogo alemão afirma que a argumentação trabalha ao mesmo tempo com redundância e variedade. A primeira é a informação que já se possui para processar informações futuras. A segunda é a nova informação, que permite estes processamentos. Argumentos podem variar nas formas de variedade e redundância; alguns são compatíveis com maior variedade do que outros, porém, a cada tomada de decisão é possível indicar que o sistema jurídico reconstrói seu mundo a partir de sua memória, para inovar ou para confirmar. Não resta dúvida, então, que a argumentação proporciona aumento na variedade do sistema e um desafio em reformular as redundâncias remanescentes.

É importante frisar que a argumentação sempre se vê numa situação de observação de segunda ordem, refletindo as próprias possibilidades de aplicação e justificação do texto legal à luz do caso concreto e, inclusive, em alguns casos, permitindo a reflexão de possibilidades que não estejam ali cristalizadas.<sup>188</sup> Conforme Luhmann, “[e]sses textos normativos possibilitariam ao sistema reagir às irritações pertinentes, sem a necessidade de ter pleno controle de suas operações” (ibidem, p. 541).

---

<sup>187</sup> Luhmann não se preocupa em definir critérios ou justificativas para as boas razões – por justamente estar situado *fora* do sistema jurídico –, todavia, aponta a existência delas nas operações jurídicas. Neste sentido é interessante notar que em inúmeros momentos do *Direito da Sociedade* o sociólogo alemão cita e se aproxima das posições do teórico escocês Neil MacCormick que se preocupa com a consistência e o encadeamento dos argumentos jurídicos. Veja, por exemplo, “[c]omo já dissemos, boas razões devem sempre estar presentes como interpretações possíveis de um texto, e elas inegavelmente podem ser usadas para se reivindicar validade legal. Toda argumentação jurídica precisa demonstrar consistência com o direito válido, e somente com base num texto adequado (ou num texto tornado adequado por interpretação) é que ela pode trazer à luz a qualidade de suas razões e apresentar seus resultados como um tipo de subsunção lógica” (ibidem, p. 513).

Na sua sociologia sistêmica dos argumentos jurídicos, Luhmann faz distinções para sustentar a ideia da argumentação jurídica como uma forma orientada para a observação de segunda ordem e interna do direito. Este é o caso quando faz a distinção entre conceitos jurídicos e lei. São os conceitos que asseguram uma segurança de caráter segundo e metatextual na medida em que se faz disponível para a redundância. Além disso, distingue entre argumentos formais e substantivos, o que possibilita discutir a relação entre autoreferência e heterorreferência pela argumentação.

<sup>188</sup> Uma caracterização semelhante aproxima-se da visão de Bańkowski, mencionado no capítulo anterior. O teórico assinala o momento de decidir e apresentar as razões da decisão como um local que gera ansiedade (*anxiety*), indicando que a atividade de decisão é arriscada e paradoxal: “Lá eu tenho de tomar decisões que me expõem, e não posso me obrigar na segurança que é gerada pela certeza (...) mesmo que solução seja óbvia, é impossível ter certeza de que tudo dará certo no final das contas, saber de antemão exatamente para onde as coisas irão se encaminhar” (2007, p. 189).

Os argumentos consequencialistas correspondem aos casos em que a argumentação opera e reflete situações que escampam certos significados não cristalizados, marcados por excesso de variedade. A partir desta compreensão, o capítulo discute a observação da operação dos argumentos consequencialistas do direito por Luhmann, detalhados na sequência.

## 5.1 Consequências e o direito na Teoria dos Sistemas

Um dos principais textos sistêmicos sobre a temática das consequências e do direito é, em verdade, um ensaio de sua primeira fase baseado em algumas palestras proferidas pelo sociólogo na Alemanha cuja tônica era um debate sobre se as tomadas de decisão jurídicas deveriam orientar-se por suas consequências. Na introdução da obra *Sistema jurídico e dogmática jurídica* (1983c), Luhmann sintetiza a controvérsia afirmando que se admite como ponto de partida que casos devam ser decididos a partir das consequências das decisões. As principais perguntas que devem ser respondidas são (i) como selecionar as consequências relevantes e (ii) como operar nas fronteiras do direito e da sociedade diante do desafio de antecipar o futuro. As preocupações colocadas neste ensaio possuem como pano de fundo entender como a dogmática jurídica relaciona-se com as consequências e, sobretudo, discutir o futuro da dogmática jurídica.

Neste ponto, são apresentadas as críticas sobre as consequências e o direito, indicando que Luhmann, na verdade, não rejeita as operações das consequências pelo direito – apenas apresenta uma série de objeções substantivas ao consequencialismo por este não pressupor a diferenciação funcional da sociedade. A principal distinção em relação às consequências é notar que, do ponto de vista da dogmática – como condição de possibilidade de operação do direito –, o encaminhamento delas acontece por meio de internalização e limitação pelo próprio sistema jurídico, o qual produz as abstrações necessárias para controlar e auxiliar as tomadas de decisão. Aqui, o sociólogo refere-se às consequências jurídicas como possibilidades de argumentos jurídicos – que passam pelo crivo da dogmática – para a tomada de decisão.

Todavia, o autor também não nega que consequências extrajurídicas sejam trabalhadas pela dogmática, embora apresente esse assunto como uma questão de adequação dos conceitos jurídicos *vis-à-vis* as expectativas sociais e admita certa dificuldade quando há muita variedade. Segundo ele, “[q]uanto maior a variedade de um sistema, mais difícil é

deduzir uma operação de outra apenas com um reduzido acréscimo de informação, e mais difícil se torna identificar o sistema ou descrevê-lo adequadamente com base no conhecimento de apenas algumas operações” (LUHMANN, 2016, p. 479). Neste sentido, argumentos consequencialistas, em razão da enorme pluralidade, demandam ligações mais tormentosas e demoradas no sistema – dificultando sua aplicação por juízes e tribunais.

Na sequência, destaca-se que o argumento de Luhmann sobre as consequências extrajurídicas restringe-se por, justamente, desconsiderar encaminhamentos possíveis pelas teorias da argumentação e, em especial, por ainda se limitar ao esquematismo de sua primeira fase entre *input/output*, em detrimento da ideia de sistema autopoietico.

Neste último caso, em obras posteriores – ao considerar a *autopoiesis* do direito –, o sociólogo consegue perceber que o tema das consequências é essencial para que se entenda como o direito relaciona-se com o ambiente a partir da questão do risco e do futuro da sociedade. Além do fato de que a discussão da operação das consequências pelo direito não é um problema propriamente reservado à dogmática jurídica, mas um ponto sobre como critérios são construídos pela argumentação jurídica para tratar de assuntos sensíveis e pertinentes ao *futuro presente* do direito – itens sobre os quais sua teoria social do direito não avança efetivamente por estar vinculado ao sistema científico.

Destarte, são apresentadas as críticas luhmannianas à operação jurídica com as consequências e, posteriormente, como o sociólogo situa as possibilidades de utilização destas pela dogmática jurídica. O capítulo 5.5 indica, também, como a posição de Luhmann pode ser revista, considerando-se que o autor estabelece o problema de saber se decisões jurídicas devem ou não considerar as consequências como uma questão relativa à operação da redundância e da variedade.

## **5.2 Críticas ao consequencialismo pela dogmática jurídica**

Não surpreende que as referências com as quais Luhmann dialoga no ensaio *Sistema jurídico e dogmática jurídica* (1983c), publicado pela primeira vez em 1974, sejam Pound, Ross e Small, autores do começo do século XX que reforçaram a necessidade de uma expansão da orientação sociológica para a prática jurídica, remontando à disputa entre a “Jurisprudência dos Interesses” e a “Jurisprudência dos Conceitos” e à transformação da teoria do direito já pontuada nos capítulos iniciais desta tese.

Estas mudanças são resultado de pressões temporais, e “(...) o direito enfrenta crescente exigências temporais para a adaptação das mudanças sociais, que por sua vez estão acelerando” (LUHMANN, 1983c, p. 22). Diante disto, o sociólogo questiona o futuro da dogmática, e essa pergunta refere-se justamente à ciência de como o direito opera considerando o futuro e a problemática do risco.

Cumprir lembrar que, na visão luhmanniana, a dogmática relaciona-se diretamente com o processo jurídico decisório, auxiliando na aplicação do direito. O sociólogo pontua que “a dogmática constitui o plano mais elevado e mais abstrato das possíveis determinações de sentido do direito a partir do próprio sistema jurídico” (1983c, p. 34), servindo, assim, como parâmetro determinante das condições de possibilidade de operação do direito, bem como definindo o que é juridicamente possível – neste ponto, o autor propõe uma analogia do direito com a teoria do conhecimento e as condições de conhecimento possível.

Sem perder de vista a temática do futuro, o sociólogo pondera de que modo a dogmática pode desenvolver-se aplicando as consequências das decisões jurídicas como critérios. Afinal, servem as consequências como critérios para distinção entre lícito/ilícito e poderia a aplicação dos códigos depender das próprias consequências? Tais reflexões estão vinculadas à questão de saber se as operações com as consequências conservam a diferenciação funcional do sistema jurídico. Luhmann encaminha-as a partir da formulação de cinco críticas ao consequencialismo, sistematizadas e indicadas na sequência.

*a) Dificuldade de agregação de valores consequencialistas*

A primeira crítica é sobre a tomada de decisão jurídica por meio das consequências e a dificuldade de agregação de valores consequencialistas. Afinal como determinar a classe e os pesos das consequências em ordem de preferência pelos tomadores de decisão? O sociólogo faz referência ao teorema de Kenneth Arrow, economista que estudou os problemas de agregação de preferências individuais para a formação de uma preferência coletiva final, como em votações, cuja máxima aduz que a soma das racionalidades individuais não produz uma racionalidade coletiva.<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> A situação ficou conhecida como o paradoxo doutrinário sobre a agregação, que sublinha que a regra da maioria não garante a consistência e o fechamento dedutivo nas atitudes agregadas que produz, mesmo que as atitudes individuais subjacentes sejam consistentes e fechadas de forma dedutiva. Para uma discussão deste problema, cf. KORNHAUSER; SAGER, 1993; para um debate no direito brasileiro, cf. BARROS; LANGENEGGER, 2012.

A dificuldade reside em saber como articular as preferências de cada tomador de decisão no processo de decisão coletiva, tal como em uma corte. O objetivo básico da tomada de decisão coletiva é agregar as preferências individuais – pela argumentação, pela votação ou pela barganha –, embora se saiba que externalidades podem ser incorporadas, produzindo consequências não desejadas pelos tomadores de decisão.

Fato é que muitas vezes o próprio processo de agregação distorce as preferências, *e.g.*, numa eleição cujos eleitores possam ter um incentivo para votar em outras propostas ou candidatos do que naqueles que eles preferem, considerando-se que os preferidos possuem uma chance maior de ganhar, ou, ainda, numa corte cuja maioria de juízes seja persuadida e mude de posição em razão dos novos argumentos oferecidos por seus pares.<sup>190</sup>

Em *Sistema jurídico e dogmática jurídica* (1983c), o direito encaminha essas dificuldades ao antecipar condutas e valorar certas consequências como desejadas por meio de regras jurídicas que de antemão protegem certos bens, determinam os comportamentos dos tomadores de decisão e permitem contrapartidas em caso de frustrações – e não é exagero notar que este posicionamento aproxima-se do modelo de Feteris.

Luhmann indica, ainda, que a agregação de valores consequencialistas já está fixada pelo esquema regra/exceção e que, inclusive, a exceção funciona como reforço da regra que estipula a possibilidade de ajustes de valoração de preferência, como os programas condicionados. De acordo com o sociólogo, o sistema legal funciona segundo regras que permitem exceções, situação que permite uma reflexão do próprio sistema, proporcionando ajustes estruturais e a produção de uma dogmática ao longo do tempo (1983c, p. 63).

O direito funciona, numa visão sistêmica, de maneira controlada por meio de programas condicionados que fixam as condições e antecipam as consequências, descritas pelo sociólogo como previsíveis – o tomador de decisão pode considerar consequências excessivamente danosas como exceções à aplicação de uma regra, *e.g.*, a exceção à regra de proibição do aborto diante do risco à saúde da mãe. A leitura indica que o direito não elimina as consequências, sobretudo nos casos de tomada de decisão, mas as controla por meio da antecipação pelas exceções e de sua valoração por meio das regras.

Todavia, Luhmann sublinha que muitas regras e exceções estão sendo consideradas como mandamentos de ponderação de bens ou de interesses – o que, supostamente, implica outra forma de relação com as consequências na tomada de decisão. Neste sentido, as

---

<sup>190</sup> Cf. ELSTER, 2007

dificuldades indicadas por Kenneth Arrow são novamente introduzidas no sistema jurídico, já que a ponderação estabelece uma nova correspondência entre a valorização das consequências e as diferentes alternativas de decisão, sem nenhum tipo de controle pelo direito. O problema, para Luhmann, é saber se é possível manter a consistência jurídica com os resultados produzidos pela regra da ponderação, sobretudo ao considerar o desenvolvimento da dogmática.

Recentemente, este problema tem despontado como crítica à regra da ponderação, adquirindo novas repercussões na voz de autores influenciados pela teoria dos sistemas que questionam as teorias dos princípios.<sup>191</sup> Contudo, o óbice está em considerar princípios como mandamentos de otimização, sobretudo em caso de conflitos de direitos, pois otimização acarreta relativização das consequências jurídicas no momento da tomada de decisão. A questão, então, gravita em torno de como falar em otimização do sistema jurídico em uma sociedade complexa.

Campos e Ladeur (2016), aludindo à construção de “espantalhos” – falácia do homem de palha relativa a uma incorreta representação e seleção de argumentos –, afirmam que a teoria dos princípios é um desdobramento que incorpora em seu discurso uma leitura a-histórica e reducionista do conceito de direito do século XIX. Dizem os autores que somente negligenciando a dimensão da construção jurídico-dogmática e seu caráter performático a distinção entre princípios e regras sustenta-se, própria de uma caricatura do direito como um sistema fechado que “perde de vista justamente a dimensão da construção de conceitos como institutos jurídicos. Em última medida contemplamos um cerceamento do direito enquanto meio para orientação a longo prazo em face da construção de distinções dogmático-jurídicas” (op. cit., p. 115).

Novamente, a inconsistência entre uma regra de ponderação e a construção da dogmática afasta a aplicação das consequências nos processos de tomada de decisão.

#### *b) Previsão das consequências e consequências não desejadas*

A segunda crítica está ligada à previsão das consequências diante da necessidade de produção de segurança jurídica. Luhmann argumenta que os jurisdicionados devem ser

---

<sup>191</sup> Cf. CAMPOS, 2016.



capazes de prever as decisões do sistema jurídico e, para tanto, estas não podem estar baseadas na previsão da sua própria consequência, já que se trata de evento incerto.

Além desta problemática de prever as consequências, o sociólogo questiona como evitar a produção de consequências não desejadas durante a fundamentação da tomada de decisão. As variantes da teoria da escolha social são um caminho possível para se entender o problema; ações individuais são moldadas por desejos e preferências, que, por sua vez, também moldam uma mudança de desejo não intencional. Ilustrativamente: uma pessoa vai a uma festa decidida a beber apenas uma taça de vinho, a fim de estar em condições de dirigir de volta para casa após algumas horas. Depois da primeira bebida, porém, sob efeito do álcool e de estômago vazio, esta resolução é modificada e esta pessoa bebe a segunda e a terceira taças, o que a impede de voltar dirigindo.

Muitas justificativas das consequências não desejadas ocorrem por déficit cognitivo – se a pessoa soubesse das consequências não desejadas, talvez não tivesse bebido o primeiro copo – ou por um déficit motivacional – mesmo sabendo dos efeitos do álcool, sobretudo de estômago vazio, a pessoa optou pelas consequências imediatas, como se divertir, relaxar e apreciar o aroma e sabor da bebida. Do ponto de vista operacional, se essas razões não forem explicitadas e programadas, não é possível compreender as motivações dessas consequências. O direito não opera sob tais déficits justamente por fixar previamente critérios de decisão com o intuito de evitar consequências não desejadas. Neste sentido, Luhmann afirma que consequências não servem como parâmetros para a tomada de decisão em virtude da enorme indeterminação que pressupõem.

Esta leitura ganha uma nova compreensão a partir da já mencionada crítica de Campos e Ladeur à otimização da teoria dos princípios; os autores afirmam que um dos pressupostos da ideia de otimização é a admissão de um sujeito contrafactual capaz de filtrar, centralizar e decidir sobre consequências (ibidem, p. 115), porém, a dificuldade reside em saber como este tomador de decisão opera com base nas consequências extrajurídicas, se ele está inserido num contexto completamente sobrecarregado de sentidos diversos.

Nesta chave, para além do problema da previsão das consequências e das consequências não desejadas, obstáculos cognitivos à aplicação da teoria tornam-se mais evidentes, como o debate da incomensurabilidade da maioria dos bens jurídicos envolvidos ou a discussão de que a otimização não se refere a estabelecimento de normas, mas a solução de contrariedades de colisões fáticas.

c) *Problema da fronteira do output*

O Luhmann da primeira fase ainda não considera o giro autopoietico,<sup>192</sup> aproximando-se, portanto, da teoria aberta – visão parsoniana –, a partir das distinções de sistema/ambiente como fronteiras do *input* e do *output*. Este Luhmann pré-giro autopoietico admite: (i) certa lógica (ponto a ponto) que permitiria manter a relação entre sistema/ambiente e (ii) que a comunicação ainda seria constitutivamente dependente das experiências e ações individuais.<sup>193</sup>

Nesta leitura e considerando a operação do argumento consequencialista do direito, para Luhmann existe um problema de operação na fronteira do *output*. Segundo o sociólogo, a fronteira do *input* é determinada pelo horizonte do passado e a fronteira do *output*, pelo futuro. Admitindo-se a dimensão temporal dos sistemas – *i.e.*, observação do sistema a partir do par passado/futuro (LUHMANN, 1976) –, as determinações em relação ao futuro são mais complexas, de modo que em sistemas de decisão, como o jurídico, são diferentes as exigências como critérios de seleção e operação para a tomada de decisão com base em cada fronteira. Destarte, como operar na fronteira do *output*?

O sociólogo afirma que na fronteira do *input* a dogmática pode apoiar-se em casos já decididos, sendo que a reconstrução de casos assegura a repetição da possibilidade de decisão em hipóteses similares ou iguais, e, para o futuro, a decisão só é relevante como passado generalizado. Ele argumenta, ainda, que “(...) é certo que a unidade do caso é constituída pela decisão com base em regras e controlados pela dogmática, assumindo a condição prévia que é um entorno que permite que se trate casuisticamente” (1983c, p. 71), possivelmente já considerando a exigência de redundância para a comunicação jurídica, que

---

<sup>192</sup> Seguindo a leitura de Mascareño (2016), a partir da incorporação do conceito de autopoiese à teoria dos sistemas sociais o processo de comunicação – sob a forma de autopoiese da comunicação – adquiriu um papel distintivo na arquitetura desta teoria. O entendimento passou a ser de que experiências e ações individuais foram transformadas em condição de possibilidade de comunicação, mas não como componentes operacionais de sua constituição.

<sup>193</sup> Comentando a fase pré-giro autopoietico de Luhmann, Mascareño indica que “quando as coisas são entendidas por meio de experiências e ações, entende-se também por que os indivíduos são interpenetrados com a comunicação e por que é teoricamente complexo colocá-los em uma relação de exclusão com a comunicação. Sem dúvida, o conceito de acoplamento estrutural serve para relativizar esta condição de exclusão, mas faz isso ao custo de uma subinclusão teórica que pode dispensar experiências e ações para entender sua gênese” (2016, p. 7, tradução livre). Desdobramentos desta visão podem ser encontrados em LUHMANN, 1982.

posteriormente estará apresentada em *Direito da Sociedade* (2016), publicada pela primeira vez em 1993.

Importa, aqui, também observar a ideia de justiça como fórmula de contingência, que aparece de fundo nas operações e programas do sistema do direito. Diferente de trabalhar a justiça como um terceiro valor do código lícito/ilícito, na visão sistêmica a justiça é uma forma de controle de regularidade e consistência às decisões, inclusive aquelas que envolvem argumentos consequencialistas e que implicam em variedade.

Todavia, em sua fase pré-giro o sociólogo não consegue tematizar a questão da variedade a partir do fechamento operativo do direito e, por isso, não dá conta de indicar como as operações ocorrem na fronteira do *output*.<sup>194</sup> Em outras palavras, o direito não opera na fronteira do futuro; há uma dificuldade em relação ao *output*, pois o sistema jurídico não conta com programas planejadores do futuro e de seus efeitos e Luhmann sequer discute propriamente o papel da argumentação jurídica desvinculada da dogmática. Ademais, não se pode deixar de considerar o problema da cadeia infinita dos efeitos que escapam a qualquer possibilidade de planificação do futuro e os efeitos consolidam-se na sociedade sob o par risco/perigo – abordada na próxima parte. Novamente, vale destacar que esta crítica afasta a operação do direito pelas consequências.

#### *d) Controle concreto da eficácia das decisões jurídicas*

A quarta crítica relaciona-se diretamente com a preocupação acerca da formação conceitual e teórica da dogmática jurídica em razão do controle concreto da eficácia das decisões jurídicas, estabelecendo conexão com a segunda crítica, sobre a previsibilidade das consequências. A referência ao controle concreto está ligada à possibilidade de uma determinação do ambiente no sistema, o que por si só negaria o conceito de diferenciação funcional.

---

<sup>194</sup> Luhmann explica a importância do giro autopoético para o funcionamento do direito, dizendo que “[a] inovação a que se chegou ao se introduzir o conceito da autopoiese transfere a ideia de constituição autorreferencial para o nível das operações elementares do sistema (isto é, aquelas que não podem ser resolvidas pelo sistema) e, ao fazê-lo, a tudo o que constitui a unidade para o sistema” (2016, p. 60). Mascareño continua: “Se o centro de gravidade da teoria não fosse transferido para o conceito de autopoiese, não se podia dispensar de experiências e ações individuais para explicar o surgimento da comunicação (como não se podia fazer sem essa distinção antes da introdução do conceito de autopoiese). Em toda a produção teórica de Luhmann após *Sistemas Sociais* (1984), especialmente em suas monografias sobre diferentes sistemas funcionais (economia, ciência, direito, religião, arte, educação, política), é a autopoiese da comunicação que se situa no centro da arquitetura teórica, com a qual a separação quase-ontológica entre o indivíduo e a sociedade é consolidada” (2016, p. 8).

O sociólogo alemão argumenta que, considerando-se que o direito é estruturado a partir de um código binário, não é possível ocorrer a tomada de decisão com base em terceiro valor. Acrescenta, ainda, que o debate de controle dos efeitos depende da compreensão de certos fins para além daqueles determinados pelo direito. Neste ponto, fundamentando em críticos do realismo jurídico, o sociólogo pontua que perseguir fins é, em princípio, injusto, uma vez que a aplicação do direito não é uma questão política e deve observar a diferenciação funcional, que opera, na fronteira do *input*, de maneira retroativa em relação às consequências extrajurídicas das decisões jurídicas (1983c, pp. 74-75).

Novamente, a justiça aparece como pano de fundo desta crítica. Como já mencionado, esta ideia liga-se com a função do sistema e exige a observância dos programas e dos casos já decididos – aproximando a igualdade das operações com a ideia de congruência jurídica. O direito não deve se acomodar com surpresas, simultaneamente não há o que se falar de máximo rigor da aplicação dos seus programas diante da instabilidade e variabilidade social – logo, é oportuno uma aproximação funcionalista desta visão com o aforismo *summum ius, summa iniuria*.

*e) Críticas pontuais: hierarquia das consequências e efetivo impacto do consequentialismo nas operações jurídicas*

Luhmann tece algumas críticas pontuais, em especial sobre a dificuldade em se estabelecer hierarquias entre as preferências dos tomadores de decisão sobre as consequências, como pontuado no problema da agregação, além de um efetivo questionamento empírico sobre se juízes de fato consideram continuamente as consequências em suas decisões, ou se seria uma situação excepcional em casos duvidosos.

O que está subjacente ao ponto é discutir se a consequência pode ser considerada um valor para orientação dentro do sistema jurídico, em especial para dirigir a dogmática. Nesta chave, tal ponto é rechaçado, não há uma ordem superior e fora do direito capaz de orientá-lo.

O direito se submete à contingência e é limitado pelo seu código e função. Ainda que a consequência, ao lado dos programas condicionados, possua um valor informativo e assegure variabilidade, ela não é um valor transcendente, mas um desdobramento interno da operação do direito e que é filtrado por outras operações jurídicas. Caso contrário, a ideia de consequentialismo – como uma operação externa no direito –, desconsidera por completo o primado da diferenciação funcional.

Nesse último sentido, o sociólogo menciona, ainda, que “está fora de discussão o aumento da sensibilidade em relação às consequências dentro da literatura jurídica e dos tribunais” (1983c, p. 76). Nesse ponto, Luhmann empiricamente duvida de que as consequências ofereçam parâmetros para a tomada de decisão, sobretudo se considerarmos que é a consistência (e não a falta dela) quem exprime a orientação de justiça das operações do direito.

### **5.3 Consequências como funções corretivas do direito**

As cinco críticas formuladas por LUHMANN indicam a dificuldade de operação das consequências pelo direito sem a devida observação da distinção funcional que marca o desempenho do direito – caracterizada nesta tese como consequencialismo. Isto significa que o esquema *input/output*, que traça descrições nas fronteiras do passado e do futuro, implica a observação de que na fronteira em relação ao futuro não existem estruturas que permitam diretamente a tomada de decisões jurídicas nem se permite que outras estruturas externas ao direito determinem a tomada de decisão.

Esta situação indica que o direito não opera com base no futuro, ainda que possa imaginá-lo. Ao contrário, depende do passado para construir suas instituições e proteger as expectativas frustradas. No entanto, a observação do direito não elimina a imaginação dos efeitos de suas operações, além de ser impossível afirmar que o direito não lida com consequências, sejam as internas de suas operações, sejam aquelas em razão das autoirritações, que exigem constantemente novas antecipações produzidas pelo direito.

Novamente, o resgate do aforismo *summum ius, summa iniuria* é oportuno, isto porque o tratamento e filtragem jurídica das consequências assegura o ajuste das elevadas pressões ambientais no sistema. Não seria possível abordar a ideia de correção e de justiça apenas a partir do fechamento operacional, distanciando o sistema do seu ambiente. Ao contrário, a consistência das operações também depende de adequação e redução de complexidade.

Diante desta constatação, depreende-se da teoria dos sistemas que as consequências exercem funções corretivas da dogmática jurídica, sempre ajustando e sinalizando as transformações do direito ao longo do seu tempo. Sublinhe-se que esse desenvolvimento na chave sistêmica concretiza-se dentro e por meio do direito, o qual a todo momento procura

antecipar e resolver os problemas. Luhmann (1983c) exemplifica essas funções corretivas por meio de cinco exemplos comentados na sequência.

O primeiro é o emprego de consequências individuais alarmantes para justificar exceções à aplicação da regra. O sociólogo não explicita se trata apenas da previsão de exceções pela regra ou se admite a aplicação determinada pelo tomador de decisão quando reconstitui as bases fáticas de um caso – como ocorre com o *distinguish* e *overruling* em países de *common law*. De qualquer forma, ele indica a importância das exceções na fixação e estabelecimento de novos limites para a tomada de decisão diante de situações já controladas pelo direito. Ademais, o autor considera as exceções formas de ajustes da própria regra, por detalharem e especificarem determinada situação ainda não protegida.

O segundo exemplo é a internalização do problema das consequências pelo direito. Novas decisões no direito produzem consequências jurídicas em relação às operações antigas. Neste sentido, importa compreender o limite do sistema, que a todo o momento está sendo redefinido. Trata-se dos efeitos jurídicos imediatos de uma decisão para o direito, desde a criação de precedentes, vinculantes ou persuasivos, que se relacionam com decisões passadas, até a situação de transição gerada quando novas regras são aplicadas ou quando há construção de novas pretensões jurídicas.

É possível retomar, aqui, o exemplo do aborto. Luhmann aproximou as exceções fixadas em textos legais como uma forma de lidar com as consequências excessivamente danosas, tal como a exceção à regra de proibição do aborto quando é resultado de práticas que colocam em risco à saúde da gestante. Todavia, observa-se outros casos em que tribunais ampliam o tratamento e controle das consequências danosas. Um exemplo no Brasil é o caso do reconhecimento do direito de aborto dos fetos anencefálicos – julgado pelo STF na ADPF 54. Esta decisão possibilitou a discussão de outras, como a ADI 5581, ainda sem julgamento, que discute o direito de aborto para gestantes infectadas pelo vírus Zika.

Luhmann menciona que esse controle pode ser descrito como uma transformação de interdependências externas em interdependências internas, pois as consequências internas da decisão implicam e situam-se por conexão com as possibilidades de tomadas de decisão. Diz o sociólogo que a possibilidade ou a impossibilidade de uma decisão abre-se para outros casos futuros se o tomador de decisão observar que se trata de uma escolha entre alternativas marcadas e ao mesmo tempo não marcadas, ou seja, da constatação da complexidade situacional da tomada de decisão. É neste sentido que o autor afirma que consequências

jurídicas podem servir de critério para a decisão diante de várias alternativas, mas também podem estimular a busca por outras.

Luhmann não nega que as próprias consequências possam ser filtradas e generalizadas na definição de conceitos dogmáticos ou em programas condicionados. No ensaio, afirma que a abstração da dogmática jurídica e a formulação de critérios não devem ser fixados independentemente das expectativas sociais; ao mesmo tempo, essas expectativas estão orientadas pelas possibilidades oferecidas pelo sistema jurídico, afinal, a variabilidade não permite a arbitrariedade entre sistema/ambiente (ibidem, pp. 95-96).

Aqui vale resgatar a aproximação que Ferraz Jr. (2015) faz entre dogmática e o princípio da inegabilidade dos pontos de partida. Para o jurista brasileiro a dogmática depende da fixação de determinados pontos de partida para criar critérios e definir as condições do juridicamente possível, diz “a Dogmática não representa uma prisão para o espírito, mas, ao contrário, um aumento de liberdade no trato com textos e experiências vinculantes” (op. cit., p. 94).

Nesse sentido, não é possível negar que a dogmática trabalha com incertezas (e.g., argumentos consequencialistas), mas, trata-se de um trabalho controlado.<sup>195</sup> A ideia de controle passa, então, a compreender as exigências para decidir – ou, no limite, as exigências da observância da vedação do *non liquet*, da vinculação aos textos legais e da inafastabilidade da atuação judicial.

O terceiro exemplo refere-se aos distintos planos de agregação das consequências, resgatando o debate histórico entre utilitarismo de atos e de regras, que afirma que muitas vezes as consequências não necessariamente são excludentes. Luhmann indica que esta é uma distinção importante, pois somente as consequências jurídicas importam para o direito, e não os demais desdobramentos. Assim, “trata[-se] de estabelecer que o sistema de decisão somente considera as consequências de suas decisões singulares, deixando de lado a questão de seus desdobramentos nas estruturas ou casualidade do seu ambiente” (ibidem, p. 81); não

---

<sup>195</sup> Inegável reconhecer a proximidade das posições de Ferraz Jr. (2015) e Luhmann (2016 e 1983c) em relação ao tratamento dado a dogmática jurídica, sobretudo ao caracterizá-la como uma tecnologia altamente programável. Ferraz Jr. explica: “as questões dogmáticas são tipicamente tecnológicas. Nesse sentido, elas têm uma função diretiva explícita, pois a situação nelas captadas é configurada como um dever-ser. Questões desse tipo visam a possibilitar uma decisão e a orientar a ação (2015, p. 90). Luhmann já falava também da racionalidade jurídica como um processo de tecnicização do código, “a tecnicização pode ser entendida como condição e também como estímulo à decisão racional. Desse modo, no entanto, ficam limitadas as pretensões à racionalidade mediante a forma do código. Assim, pode-se falar especificamente de uma racionalidade jurídica, mas sem deduzir tratar-se aí de uma racionalidade para toda a sociedade” (2016, p. 245).

obstante, dentro do sistema podem existir diversos planos das consequências, sejam elas concretas ou generalizadas, sejam externas ou internas. Diante destes pontos, o sociólogo pleiteia pela existência de um elevado grau da interpretação jurídica dos programas e experiências que deve ser controlado pela dogmática.

Continuando, ele traz como exemplo a conexão do direito com programas finalísticos de conteúdos não juridificados, mencionando a importância no avanço dos estudos sobre como a interpretação teleológica ocorre e como se dá a construção de classificações e de como esta interpretação é orientada ao exame das consequências empíricas. A visão teleológica pode ser assim apresentada: X é desejável, X satisfaz o propósito/objetivo/valor Z. Este tipo de interpretação difere dos requisitos de coerência e consistência, que pressupõem certa juridificação: X é desejável, X é coerente e consistente com a norma jurídica que cristalizou o propósito/objetivo/valor Z.

Luhmann aponta, também, para a necessidade de controle pela dogmática, registrando a busca por critérios jurídicos para a operação de programas finalísticos, sobretudo na área de direito público.<sup>196</sup> Sem desdobrar muito os pontos, o sociólogo indica que se trata de um debate acerca da regulação de interesses em nível mais elevado, bem como ressalta a importância de diálogo entre ciência jurídica, teoria da organização da economia empresarial e sociologia.

Por fim, seu último exemplo do uso das consequências como restrições e correções da produção dogmática é o caso de estruturação da inclusão de uma responsabilidade pelo futuro dentro do próprio sistema jurídico. O sociólogo pincela brevemente a possibilidade de se combinar formas de orientação para o futuro pelo direito e de garantia do cumprimento de obrigações específicas. A dificuldade reside em saber como fixar esta estrutura de responsabilização, considerando-se que a indeterminação do futuro não pode ser eliminada, apenas socializada – o autor menciona, inclusive, alguns critérios dogmáticos que dirigem a prática jurídica orientada para o futuro, como a transparência e a disponibilidade de alternativas.

O saldo destes cinco exemplos reforça o ponto de que Luhmann não elimina, em sua observação, a importância das operações das consequências pela dogmática jurídica, em

---

<sup>196</sup> Ferraz Jr. também reforça a aproximação dos programas finalísticos com as operações do direito administrativo, diz “o sentido de estrutura finalística da legalidade vê na lei não tano uma condição e um limite, mas basicamente um instrumento de exercício da atividade administrativa. Como instrumento, seu princípio hermenêutico está na solidariedade entre meios e fins, e a razoabilidade da atividade administrativa é submetida, então, a uma avaliação de sua eficiência” (2007, p. 12).



especial daquelas que possibilitam a adequação do direito à complexidade do ambiente de maneira controlada. Este controle implica admitir as limitações funcionais, portanto, o direito – diferentemente de outros sistemas sociais – não atribui valor e nem produz um conhecimento do futuro; ao contrário, adapta-se diante da falta de conhecimento, antecipa e excepciona situações, incluindo certas indeterminações em suas operações que permitem a adequação social no presente.

É neste sentido que o sociólogo abrange o tema da adequação e, por assim dizer, da juridificação dos conceitos. Este último indica que, além de lidar com a falta de conhecimento sobre o futuro, o direito também precisa operar com o problema presente da aquisição de conhecimento diante da experiência acumulada na sociedade.

#### **5.4 Consequências, juridificação e conceitos jurídicos adequados à sociedade**

Uma das principais questões em *Sistema jurídico e dogmática jurídica* (1983c), atrelada à questão do futuro da dogmática jurídica, é saber, afinal, como ocorre a adequação do sistema jurídico *vis-à-vis* as expectativas sociais. Na chave luhmanniana, esta pergunta refere-se à observação da constante distinção feita pelo sistema em relação ao ambiente, que, paradoxalmente, indica as exigências sociais dirigidas à estruturação jurídica e, ao mesmo tempo, a limitação do sistema jurídico de tomar uma decisão somente em conflitos juridicamente relevantes.

Observa-se, aqui, a dupla contingência, ou seja, “se a tarefa da dogmática jurídica é operar juridicamente em cada um dos seus campos a questão da justiça, a dogmática deveria ser capaz de formular conceitos socialmente adequados” (ibidem, p. 97). Para Luhmann, juridificação trata de inclusão e determinação – pelo próprio sistema jurídico – de expectativas sociais como expectativas normativas, capazes de serem decididas em caso de frustrações.

Novamente, o autor afirma que adequação social não é a imediata injunção da sociedade no direito, sendo equivalendo todas as exigências sociais em programas do sistema jurídico. Diz, “Isto estaria em contradição com a distinção funcional entre sistema/ambiente e entre sistema social/sistema jurídico como sistema parcial do sistema social. Adequação é tão somente a cristalização de uma transformação conceitual do problema no interior do sistema jurídico” (ibidem, p. 98, tradução livre). Importante lembrar, neste sentido, que o sistema jurídico não opera isolado do ambiente; ao contrário, existem

pontos de compatibilidade e pressupostos de distinção que dependem sempre da compreensão simultânea do lado marcado e do não marcado.

Em outras palavras, não há decisão jurídica sem conflito contratual ou sobre discussões nas instituições políticas; não há proteção de direitos concorrenciais sem economia de mercado, e assim por diante. O ponto é compreender que numa leitura sistêmica o sistema jurídico adéqua-se às expectativas sociais somente como transformação dentro de um ambiente que também é marcado por operações de outros sistemas sociais – que estabelecem sentidos e estão em igual transformação. Trata-se de entender, ilustrativamente, o argumento de vizinhança como cultura das redes estabelecido por Vesting, segundo o qual “os direitos fundamentais deveriam então ser concebidos como sendo ancorados em uma estrutura coletiva de vizinhança. Seus campos de sentido são guiados por um horizonte aberto e dinâmico que gera sempre novas experiências e acontecimentos e emaranha os indivíduos nelas” (2016, p. 250).

Para além de as consequências sinalizarem limites – como a falta de conhecimento sobre o futuro –, elas também indicam as possibilidades e as multiplicidades de encaminhamento das transformações pelo direito. Luhmann preocupa-se, ademais, em destacar que a adequação é uma transformação contextual e reflexiva do sistema, sobretudo em situações de crise – interferências a partir do ponto de vista do perigo –, nas quais as condições de substituição das operações do sistema são testadas e repensadas. Para ele, a dogmática ocupa o papel de refletir sobre as operações do direito e, portanto, controlar e discutir as consequências, porém, em obras de sua última fase o sociólogo introduz a questão da interpretação e argumentação, ampliando os institutos que permitem refletir sobre o sistema jurídico.

É dizer, o direito possui múltiplas instâncias de ponderação sobre seus limites e possibilidades. Uma recente literatura crítica vem se consolidando nesse sentido para rejeitar a centralidade da aplicação do direito, em especial nos tribunais e nas agências especializadas de tomada de decisão final, justificando, na verdade, uma valorização de outros conhecimentos especializados produzidos pela periferia do sistema jurídico.

O sociólogo alemão Alfons Bora, por exemplo, sustenta a importância de observar a capacidade dos sistemas de aprendizado em relação ao futuro. Trata-se de “uma capacidade de operar evolutivamente de forma bem-sucedida diante da influencias sociais duradouras em um ambiente mutável” (2012, p. 128). Isto ganha relevância no direito, que a todo

momento tematiza o futuro em suas comunicações, por exemplo, a partir dos argumentos consequentialistas, das técnicas de responsabilização ou da securitização.<sup>197</sup>

Relembre-se também Ladeur, inspirado nas observações do economista alemão Friedrich Hayek, que critica as operações de autobloqueio das auto-organizações das redes conduzidas pelo Estado interventor. Para ele, a intensa ênfase em uma concepção protetiva a ser realizada pelo Estado é, por excelência, uma expressão do autobloqueio de uma sociedade tornada estacionária. Diz, “[s]ociedade esta que se orienta primordialmente pelo Estado como suposto garantidor das melhores condições e acaba reconhecendo como injustas, por derradeiro, as pressões ou coerções correlatas que surgem com a autotransformação da sociedade, assim dos indivíduos” (2016, p. 147).

A objeção de Ladeur foca-se justamente na valorização exclusiva da ponderação do Estado interventor em detrimento da experiência acumulada da sociedade; para o autor, a presunção de que o Estado teria fácil acesso a um conhecimento completo e seguro para a melhor tomada de decisão é completamente injustificada (ibidem, p. 155). Da mesma forma, Vesting critica a centralidade dos tribunais, já que estes possuem a capacidade de determinar as fronteiras dos direitos fundamentais a partir dos litígios em detrimento de outras formas de manifestação do direito subjetivo, explica “o sujeito dos direitos de liberdade da Lei Fundamental são as formas fundamentais de associação entre os próprios indivíduos que sempre regulam, em um mundo da vida, as relações de vizinhança dinâmicas das pessoas jurídicas, o jogo livre e produtivo de suas interações e as relações ao mesmo tempo artificiais e naturais que delas decorrem e são independentes do Estado” (2016, p. 251).

Günther Teubner (1984) também discute a importância da reflexividade para o direito<sup>198</sup> como forma de sensibilização das operações jurídicas, admitindo estruturas de aprendizagem e de mudanças no interior do sistema – a argumentação aparece como um

---

<sup>197</sup> Bora discute a ideia de responsabilidade por inovação e aborda a ideia de um direito prospectivo como um sistema de imunidade para a produção preventiva de anticorpos (2012, p. 141).

<sup>198</sup> Comentando a ideia de reflexividade no direito, Teubner contextualiza com a ideia de evolução: “O direito reflexivo não suporta as esperanças de um movimento de delegação ingênuo, com o qual Blankenburg parece ter simpatias. Pelo contrário, é de se esperar que, com a crescente autonomia dos subsistemas sociais (no sentido da organização autopoietica), que a tendência de aumentar a legalização continuará. No entanto, a qualidade do processo de legalização pode mudar se o sistema jurídico tomar conhecimento do caráter autopoietico de seus sistemas sociais circundantes e adaptar suas estruturas normativas a ele. Essa mudança de direção pode levar a uma riqueza de evolução jurídica que o evolucionismo em sua pobreza nunca teria contemplado” (1984, p. 300, tradução livre).

caminho para esta sensibilização.<sup>199</sup> O direito caminha para campos mais “híbridos”, suas organizações conseguem aumentar as capacidades de percepção ambiental, muitas vezes ultrapassam os limites já conhecidos – o Estado e o tribunal enquanto organizações não são as únicas que configuram sentido em um direito fragmentado - e suas comunicações se transformam com a orientação em relação ao futuro.

Para esses autores de raiz sistêmica, o direito depende de um processo de transformação e fragmentação internas da produção do sentido por meio de diferentes estruturas de interpretação. Tais teóricos apontam para os perigos de se admitir que existem somente pontos preferenciais ou centros determinados no sistema jurídico para a argumentação e interpretação jurídica, uma vez que o direito é uma comunicação específica aberta para a mudança e para a formação do novo.

Subjaz a ideia de um modelo de direito vinculado à sociedade cujo conhecimento está espalhado e ligado a diferentes práticas e padrões dentro das estruturas de redes; nesta situação, portanto, a própria possibilidade de regulação deve ser estratégica a fim de evitar bloqueios e permitir a abertura da ordem jurídica a novos experimentos e conhecimentos, os quais fixam os limites. Ladeur aponta que “numa ordem liberal, o direito deve ser ajustado para o fortalecimento da capacidade de geração de novo conhecimento e para a adaptação a novas possibilidades, e também para aceitar as restrições decorrentes dessa abertura” (2016, p. 146).

Cabe destacar que a visão sistêmica como adequação não se limita ao conceito estrito de juridificação enquanto resultado do ato legislador, mas é uma descrição mais precisa da maneira que a juridificação é, simultaneamente, compreendida como uma distinção do ambiente. Trata-se da adequação como símbolo dos diferentes compromissos sociais cumpridos pelo direito diante da complexidade das relações existentes dentro do sistema.

Em outras palavras, pode-se dizer que direitos são constituídos em condições de pluralismo, envolvendo mecanismos centrais – como as cortes e os poderes do Executivo e do Legislativo –, como também sujeitos além das fronteiras dos Estados, relacionando-se com organizações não estatais, como corporações e movimentos sociais.

---

<sup>199</sup> Bora também discute isto abordando a argumentação consequencialista como a ideia da prospectiva avaliação das consequências das normas, diz “Por trás desse conceito se oculta a tentativa de comprovar, por meio do juízo sobre as consequências de diversas alternativas de regulamentação dadas para uma situação concreta, a sua conveniência para o alcance de uma dada intenção de regulamentação e, com isso, por fim, também refletir criticamente sobre esta” (2012, p. 141).

Ressalte-se que movimentos sociais e instituições privadas importam sobremaneira para as adequações sociais pelo direito, seja litigando, pressionando os legisladores, seja protestando. Tais comunicações são relevantes instâncias reflexivas do direito que permitem uma atualização das expectativas normativas, pois, como pontua Campilongo, os movimentos sociais possibilitam a crítica da sociedade já que evidenciam os gargalos e bloqueios das operações de cada sistema de função.<sup>200</sup>

Pode-se, também, mencionar a ideia da reentrância do ambiente no direito: há um ambiente interno do sistema, marcado por toda a produção de variação informativa do direito, que de diferentes maneiras aponta para outras seleções além daquelas feitas pelas organizações centrais. O pesquisador brasileiro Amato sustenta, nesse sentido, que “há nos sistemas uma construção institucional que lhes permite refletir internamente o ambiente externo. São os ambientes internos ou esferas públicas” (2017, p. 142), caracterizados pela vinculação da personalidade jurídica e pela opinião pública. Para Campilongo, diversamente, o ambiente interno do direito seria “o espaço por onde circula o direito válido, afirmam-se direitos subjetivos, são reconhecidos direitos da cidadania, humanos ou fundamentais e assegurado o acesso à justiça” (2012, p. 116). Para ambos, no entanto, o ambiente interno é altamente complexo e possibilita novas comunicações e transformações do sistema.

Ainda, sublinhe-se o atual estágio de transnacionalização do direito, traço distintivo de uma sociedade mundial entrincheirada por múltiplas comunicações. Fischer-Lescano e Möller (2016) reforçam o ponto, indicando o papel predominante do sistema econômico nesta transnacionalização. Para tanto, argumentam que “a dinâmica jurídica que enfrentamos faz parte de uma mudança histórica para a sociedade mundial. A evolução da comunicação social não para nas fronteiras nacionais. Os sistemas sociais, como a economia, as ciências e a política, tendem a transcender as fronteiras territoriais. O sistema econômico, em particular, com sua estrutura baseada na expectativa cognitiva e em fortes pressões para se adaptar, desempenha um papel preponderante” (op. cit., p. 2, tradução livre). No caso do sistema jurídico, as evidências da transnacionalização repercutem na constante especialização e fragmentação dos campos jurídicos.

Em breve síntese, a adequação social do direito deve ser observada dentro da multiplicidade de operações existentes nas suas diferentes aplicações, para além dos

---

<sup>200</sup> Cf. CAMPILONGO, 2012, p. 63.

tribunais e para além das fronteiras territoriais. O estudo das consequências é importante porque aponta para novos processos da fragmentação de interesses, que também escapam à lógica da judicialização, mas não da juridificação entendida como adequação social.

Pode-se extrair três pontos fundamentais das críticas da sociologia de raiz sistêmica para o desdobramento desta tese. Primeiro: o conhecimento necessário para a tomada de decisão nem sempre está disponível de forma central e filtrada – não é apenas uma questão judicial, afinal, as consequências podem ser tratadas de outras formas para além do problema da decisão judicial e o direito (e nem os tribunais) não se resume à tarefa judicial. Segundo: o direito é uma comunicação especializada e difusa entre diferentes instituições e redes garantidas ou não pela autorregulação e que simultaneamente o sistema se transforma (sem sincronia ou coordenação) em relação a seu ambiente, inclusive o interno. Terceiro: as práticas do direito não devem ser reduzidas a uma visão estatal ou simplificada por uma única cultura ou prática dominante. Ao contrário, a transnacionalização de direitos, muitas vezes “capitaneada” pelo sistema econômico – como discutido na parte II desta tese –, indica que as consequências e os riscos apontam para inúmeras possibilidades de operações e de transformações pelo sistema jurídico – o que escapa a qualquer cálculo probabilístico.

Hayek já pontuara em *Individualismo e ordem econômica*, publicado em 1948, ao discutir os sistemas de preços, que as civilizações avançam justamente por aumentarem suas operações sem a necessidade de uma completa centralização do conhecimento – “*we can perform without thinking about them*” (1958, p.96) –; ilustrativamente, vale notar a quantidade de fórmulas, símbolos e regras sociais sequer entendidas pelos indivíduos em sua completude, mas que simplificam e viabilizam as operações diárias. Nesse sentido, o Estado não deve limitar ou bloquear as possibilidades do direito, mas, ao contrário, deve irritar e permitir a formação de novos padrões.

### **5.5 Consequências, programas finalísticos e argumentação em *Direito da Sociedade***

É preciso indicar, também, que a operação das consequências no direito está necessariamente relacionada à aplicação dos programas. Vale lembrar que na operação das estruturas apenas os programas condicionados possibilitam a realização da função do direito, servindo como resolução de conflitos ao atribuir os valores lícito/ilícito às situações – a

aplicação dos programas segue aqui um esquema dedutivo, que estabelece uma relação entre premissas e conclusões como sendo necessária (silogismo jurídico).<sup>201</sup>

Segundo esta visão, decide-se com base em condições preestabelecidas no texto legal – operação *ex-post-facto* –, uma vez que a autoridade lida com frustrações já ocorridas e asseguradas de maneira contrafática.<sup>202</sup> Em outras palavras, destaca-se a dificuldade de decidir pelo direito por meio de prognósticos, sem qualquer implemento de condição.

A impossibilidade de o direito operar com base em programas não condicionados ocorre, pois, caso se verificasse esta operação, tratar-se-ia de uma sobreposição de códigos ou mesmo de uma desdiferenciação pelo direito – a operação aconteceria por critérios estranhos ao sistema. Neste caso, inclusive, seria questionável a identificação de um subsistema como o direito.

Todavia, ainda assim, relações meio/fim e programas do tipo finalístico podem transformar-se em condições do tipo se/então, levando, para Luhmann, a se observar uma condicionalização, pois “[a] simplificação consiste em que os fins só se vejam como ideias atuais” (2016, p. 263). Nas práticas consequencialistas, portanto, o direito trabalha com aproximações e considera o tempo *atual* do futuro, aquilo que o sociólogo chama de *presente futuro*, uma construção do que poderá acontecer.<sup>203</sup>

A forma do programa condicional exclui a antecipação de fatos futuros e tudo passa a ser determinado no presente, enquanto momento da tomada de decisão; portanto, o direito

---

<sup>201</sup> O silogismo jurídico pode ser considerado como uma estrutura argumentativa dedutiva, na qual a veracidade de sua conclusão é garantida pela veracidade das suas premissas. Segue-se aqui a estrutura “se, então”, por exemplo: Quem subtrair sem autorização bem de outro deve ser punido; Júlio subtraiu sem autorização bem de outro; então Júlio deve ser punido. Para uma ampla discussão do silogismo jurídico, cf. SCHECAIRA; STRUCHINER. 2016.

<sup>202</sup> A norma jurídica é uma maneira de lidar com as expectativas da sociedade e, por isso, o direito produz algum grau de segurança ao mantê-las, mesmo quando frustradas. Trata-se de fatos já ocorridos e, excepcionalmente, de situações em que o direito trabalha *ex-ante* de maneira condicionada — ou seja, da possibilidade de o direito trabalhar com condições futuras: estabeleço, por exemplo, uma determinação de que se o meu time ganhar o jogo de futebol amanhã, não pagarei a pizza depois do jogo. Assim, se houver implemento da condição futura, a obrigação será estabelecida. Não se trata de previsão, mas de condição futura.

<sup>203</sup> Trata-se, aqui, de observar a capacidade de programação da dogmática jurídica, diz Ferraz Jr.: “A Dogmática não se confunde com o Direito, nem com as expectativas normativas, nem com instituições, nem com valores. Ela os atravessa todos diagonalmente, possibilitando uma identificação do Direito contra as incongruências de fato. Essa função é preenchida de vários modos, como, por exemplo, pelo estabelecimento de princípios para a compreensão da congruência, de guias de ação na aplicação do Direito, na hierarquização das fontes, permitindo, assim, a integração de normas e instituições pela determinação de finalidades programáticas, pela constituição de premissas e postulados da argumentação jurídica – o que conduz à identificação de requisitos razoáveis da ordem jurídica etc.” (2015, p. 115).

não consegue desdobrar o paradoxo da temporalidade aqui destacado, a saber: a diferença entre estados alcançáveis e que se cumprem; ou a diferença entre futuro presente e presente futuro. O direito não exclui o futuro de suas operações, porém, em termos operativos, o sistema ajusta-se *a posteriori*, “pós-conectado”, e não possui estruturas adequadas para além da condicionalização de um presente futuro artificial, não fazendo jus à complexidade da dimensão temporal fora dele.

Diferentemente de outros teóricos, Luhmann aponta que o futuro é desdobrado – e não superado – pela argumentação jurídica.<sup>204</sup> Como já apontado no início deste capítulo, o argumento consequencialista apresenta-se como uma autodescrição que produz informação nova do direito que permite a variedade a partir da redundância. Mesmo em casos difíceis, nos quais se discutem em tese questões “econômicas” e “políticas” pelo direito, não existe ameaça dos programas à autopoiese do sistema, pois esta é assegurada pela aplicação seletiva do código (e não pelos programas, necessariamente variáveis). É a proibição do *non liquet* que assegura sua manutenção, uma vez que nenhuma autoridade competente pode deixar de decidir com base no código.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> Luhmann apresenta críticas às teorias da argumentação jurídica por desconsiderarem este ponto, “não se pode esperar como resultado da argumentação o que uma teoria teria de adotar como premissa, ou seja, que a prática dos tribunais consiste na aplicação de regras estabelecidas (mesmo que seja da jurisprudência elaborada pelos próprios juízes). É muito mais a orientação argumentativa que se encontra em constante movimento, já que o asseguramento recursivo move-se ele próprio de situação a situação. É justamente essa a razão pela qual a prática argumentativa dos tribunais se move na direção de um processo de diferenciação de uma semântica jurídica específica; portanto, move-se no sentido da cibernética de fortalecimento da divergência (feedback positivo) ou no sentido da linguística de uma hipercorreção do uso habitual da linguagem. Assim, o processo de fechamento operativo é encontrado não só no nível das decisões sobre a validade do direito, mas também no nível da argumentação” (2016, p. 469).

<sup>205</sup> Ainda que se admita, em tese, certa aproximação, em alguns casos, com programas finalísticos no direito – situações em que se verifica uma argumentação jurídica baseada em dados empíricos ou probabilísticos, por exemplo, argumentos do tipo consequencialista ou interpretação de normas programáticas —, na verdade, do ponto de vista sistêmico, trata-se de operações de programas condicionados. Nestes casos, verifica-se a redução da condição do programa à situação de uma norma de competência, pois é a autoridade competente quem decide, aplicando o código lícito/ilícito por meio de novas semânticas desenvolvidas pela dogmática e pela teoria do direito. Este argumento é explorado por Moraes, segundo a qual “(...) tendo em vista o pretenso planejamento disposto no ato político lei programática como parte integrante da Constituição, restará ao direito continuar construindo o que ele pode construir, ou seja, comunicação jurídica, e, por isso, norma jurídica sem relação alguma com qualquer futuro previsível ou planejamento” (2009, p. 85). A autora, ainda, sustenta que o tempo da norma programática é o presente e, neste sentido, a resposta programática pelo direito não se equivale à resposta dada pela política, ressaltando que normas programáticas não podem ser confundidas com questões de política pública. Estas normas são programas condicionados como outros demais tipos de produção interna pelo direito, e a equivocada descrição de uma suposta “politização” do direito não encontra fundamento na teoria sistêmica. Aliás, Correia (2014) destaca a resposta dada ao sistema político à complexidade criada pela positivação de normas programáticas, dizendo que “(...) a continuada pressão sobre os tribunais, combinada com a incapacidade do direito de atuar por meio de programas finalísticos, fez com que mesmo as



Ressalte-se que esta discussão refere-se à unidade e à operação do sistema do direito. O ponto, aqui, também se relaciona estritamente com o tema da evolução<sup>206</sup> do direito compreendida a partir do fechamento operativo do sistema. Na visão luhmanniana, é por meio da fixação por escrito<sup>207</sup> do direito que observou-se a sistematização e a produção de uma dogmática jurídica capaz de orientar e controlar as transformações internas do sistemas.

A dogmática, neste sentido, assegura que o sistema jurídico conserve a si mesmo, permitindo a operação com base na variabilidade informacional – como no caso dos argumentos consequencialistas, que passa a ser integrado na cadeia de operações dos sistemas.

Do ponto de vista sistêmico é importante observar também as condições evolutivas do sistema jurídico, pois, a exigência por congruência das operações do sistema, reforça a exigência por seletividade e estabilização.<sup>208</sup> É nesse sentido que Gonçalves (2013b) pontua que “os problemas exógenos da evolução são condicionados por limites endógenos” (op. cit., p. 85). Neste sentido, o argumento consequencialista passa a ser observado como operação interna capaz de adaptar o sistema ao ambiente, permitindo estipular o percurso evolutivo do direito quando o código e a função são observados na tomada de decisão.<sup>209</sup>

---

normas programáticas fossem, de algum modo, condicionalizadas e utilizadas como padrões jurídicos. O direito passou, então, a atuar num plano abstrato, ligado à proibição do retrocesso: normas programáticas podem não justificar exigências atuais de prestações por parte do Estado, mas têm a eficácia de impedir a piora do quadro referente a direitos sociais. Se a política pública ocasiona prejuízos à implementação destes direitos, então ela é ilícita” (op. cit., p. 167).

<sup>206</sup> A evolução dos sistemas autopoieticos ocorre quando há: (i) variação de um elemento autopoietico, se comparado com um padrão anterior de reprodução; (ii) seleção de uma estrutura, que seria condição possível para a reprodução; e (iii) manutenção da estabilidade dinâmica do sistema - *i.e.*, continuidade da reprodução autopoietica e estruturalmente determinada dessa nova forma. Nesta perspectiva a sociedade e seus subsistemas são sistemas de comunicação autopoieticos e evolucionários, cf. LUHMANN, 2016, pp.319-396.

<sup>207</sup> Segundo a chave sistêmica, a evolução da história do direito tem como importante marco o advento da escrita, na qual a incerteza da memória foi substituída pela incerteza da interpretação, além de permitir a diferenciação de programas.

<sup>208</sup> Recorrendo a triplíce distinção de sentido em Luhmann, Gonçalves afirma a necessidade de congruência das três dimensões de sentido no direito. Em outras palavras: “Nem todas as normas (dimensão temporal), instituições (dimensão social), papéis ou programas (dimensão material) pertencem, per se, ao âmbito do direito. As três dimensões de sentido apresentam incongruências entre si. Aquilo que é aceitável juridicamente em um plano pode não o ser em outro” (2013b, p. 106). Neste sentido as incongruências são superadas por meio do processo de estabilização que a todo momento se transforma pelas operações internas do direito. O jurista brasileiro explica: “Constrói-se variação da reestabilização, fechando-se, dessa forma, o círculo ininterrupto de produção de complexidade, que Luhmann denominou evolução do direito” (ibidem, p. 110).

<sup>209</sup> Gonçalves também relaciona o ponto com a função do sistema jurídico, diz: “A função permite, assim, a construção de sentido abstrato que contempla inúmeras possibilidades, mesmo aquelas que não foram adotadas pela seleção. Não eliminadas, elas se transformaram em estímulos à mudança. É assim que, por meio da generalização e da abstração, são produzidas possibilidades novas e imprevisíveis” (ibidem, p. 109).

Oferece-se, assim, abstração e soluções práticas, imitação e inovação.<sup>210</sup> Não há o que se falar em argumentos *ad hoc* e *ad hominem*, que foram substituídos por argumentos legalmente especializados. Reitera-se, a argumentação passa a ser observada, então, como processo dependente do cumprimento de regras preestabelecidas e ela mesma possibilita a evolução do direito – *e.g.*, possibilitando a diversificação de programas no futuro.

Outro debate é o que diz respeito à qualidade da argumentação jurídica em circunstâncias difíceis e aos efeitos ulteriores nas autodescrições do direito (da dogmática jurídica), ponto destacado em Luhmann (2016, pp. 511-513). Trata-se de constatar que o argumento consequencialista não consegue se acomodar devidamente no sistema jurídico – o que exige um tratamento diferente pela dogmática, como discutido no capítulo 11.3 desta tese.

Desta forma, o sociólogo é cauteloso no que tange à expansão das operações com base nas consequências no direito em razão da dogmática, mas sem concluir pela corrupção dos códigos ou pela impossibilidade de tratamento via argumentação jurídica. Ele postula que “programas finalistas são demasiadamente imprecisos do ponto de vista técnico-jurídico, como para excluir de maneira eficiente um mau uso, ou até mesmo resistência contra a obtenção dos fins propostos” (ibidem, p. 268). Além disso, questiona o resultado desta operação, pois “[q]uanto mais considerações acerca do fim suporta uma decisão, tanto maior será a probabilidade de que esta resulte equivocada, porque o futuro segue desconhecido, mesmo para o juiz. As considerações sobre o fim o expõem a uma crítica empírica, e somente a autoridade do cargo e a obrigação de tomar uma decisão conferem validade a essa decisão” (ibidem, p. 269).

Tratou-se, até este ponto, de um reflexo da observação produzida no momento em que o sistema jurídico estabiliza-se e descreve-se a partir das operações com base nas

---

<sup>210</sup> Interessante associar as contribuições do jurista brasileiro Spencer Vampré neste ponto, pois sustentava a lei do mínimo esforço – mecanismo que assegurava, por assim dizer, a redução de complexidade - como regra geral da evolução jurídica, em sua dupla dimensão: imitação e inovação. Diz o jurista “todo homem (e poderíamos dizer todo ser vivo) tende a obter o máximo de resultado com o menor esforço possível. Todo homem, e todo o ser, se orienta, em última análise, para a mais alta afirmação de sua espécie” (1938, p. 106). Sobre a aplicação desta lei ao direito afirma “Assim, na esfera do direito, longo tempo a humanidade imitou e imitará, até encontrar um novo processo de economia de esforço. Foi assim que, durante séculos, o direito romano imperou como lei, e a imitação das instituições jurídicas desse povo admirável constituiu a preocupação dominante dos príncipes e dos sábios. Quando, porém, se formulou o Código Napoleão, e com ele a generalidade de princípios que caracteriza as codificações modernas, no mesmo momento se operou uma economia imensa de esforço, pela simplificação correspondente dos preceitos. Residiu neste fato a razão íntima da decadência do direito romano como lei escrita. O Código Napoleão constituiu por isso monumental invenção jurídica. O mesmo diríamos de grande número de suas teorias, como a dos fatos jurídicos em geral, a dos contratos e a da responsabilidade extracontratual” (ibidem, p. 115).

consequências. Vale, ainda, pontuar os condicionamentos locais, observados na evolução de uma teoria do direito brasileiro.

## 5.6 Ideias fora do lugar?

Até o momento, dedicou-se especial atenção à autodescrição da teoria do direito, que gradativamente produz uma substantiva semântica relativa à operação com base nas consequências pelo direito. A principal preocupação foi diferenciar consequencialismo de argumento consequencialista a partir da transformação e da distinção das teorias do direito, teorias externas ao direito e teorias da argumentação.

Foi possível compreender, portanto, como a sociologia jurídica, em especial a sistêmica, estabelece as distinções constitutivas deste desenvolvimento justamente por respeitar e observar a referência que o discurso da teoria faz de si. É dizer, a sociologia jurídica assegura a autonomia da teoria do direito ao perceber seus limites, oferecendo o devido tratamento às autodescrições do direito e, assim, distinguindo-o de outros campos. Como Luhmann pontuou, “a consumação do compromisso com a auto-observação e a autodescrição do objeto são condições de possibilidade para uma descrição científica, apropriada, realista e até mesmo empiricamente adequada” (2016, p. 23).

Todavia, estas autodescrições da teoria do direito repercutiram de maneiras diversas em países anglo-saxões e em países europeus<sup>211</sup> e latino-americanos, de modo que é relevante tecer uma crítica e emitir um alerta. Destaca-se, neste tópico, o debate sobre a incorporação *top-down* desta corrente *vis-à-vis* seu desdobramento antropofágico, sustentando um modelo genuinamente brasileiro atento aos problemas da sociedade. Aliás, a abertura para uma sociologia neste percurso revela-se uma possibilidade interessante, pois permite a agregação de reflexões específicas sobre as consequências no direito e na sociedade brasileira – o que é desdobrado no restante desta tese.

---

<sup>211</sup> Cf., ilustrativamente, a discussão acerca do *Law & Economics*: “A AED [análise econômica do direito] nem de longe foi tão bem-sucedida na Europa como foi nos EUA. Uma das causas é o fato de que o nicho aberto pelo realismo, que introjetou a percepção da inexistência de autonomia do Direito, possibilitando à abertura à Economia, simplesmente já estava ocupado. Além disso, inexistia na Europa algo como cultura americana imbuída de liberalismo lockeano e individualismo. Todos estes motivos confluíram para a aproximação da moral (em detrimento da Economia), remontando à construção de uma ‘jurisprudência transcendental’ pautada em valores” (ARAÚJO, 2016, p. 135).

A menção aqui da Semana da Arte de 22 não é fortuita; na época, o movimento da *Antropofagia* sustentava uma “devoração simbólica” da cultura estrangeira, uma assimilação de suas inovações artísticas sem perda da identidade cultural brasileira.

A crítica formulada aponta para uma tendência enraizada no país, sobretudo no direito, de transplantar conceitos estrangeiros como “ideias fora do lugar”,<sup>212</sup> que, inclusive, operam efeitos concretos significativos no sistema jurídico. Aproveita-se a oportunidade para examinar como a distinção entre consequencialismo e argumento consequencialista é feita pelo direito brasileiro. Esta distinção é ela mesma um mecanismo que produz variação nas referências de sentido do direito.

Durante o período entreguerras, o pragmatismo jurídico passou a ser assunto nas conversas de intelectuais brasileiros. Na Era Vargas, fervilhava no meio jurídico um movimento de contestação ao modelo formalista da Primeira República e ao pensamento liberal brasileiro;<sup>213</sup> na época, a doutrina jurídica liberal nacional – consagrada pela Constituição de 1891 e, posteriormente, pelo Código Civil de 1916 – protegia incondicionalmente a propriedade privada e a liberdade individual em face da atuação do Estado, além de fixar uma série categorias jurídicas de uma sociedade influenciada pela privacidade das relações domésticas.<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> Trata-se de expressão cunhada pelo crítico literário Roberto Schwarz (1999) ao comparar, tematizando obras de Machado de Assis, o liberalismo no Brasil do século XIX em relação à Europa, sobretudo a produção intelectual estrangeira *vis-à-vis* a brasileira, com especial ênfase à sociedade escravista. Ricupero, abordando a obra de Schwarz, explica que “(...) o liberalismo na Europa corresponderia às aparências, num contexto onde prevalecia o trabalho livre e a igualdade perante a lei. Já no Brasil, onde o trabalho escravo era dominante e, conseqüentemente, relações materiais de força eram normais, a exploração se revelaria sem subterfúgios. Mas aqueles que não eram escravos se relacionariam, para além da força, por meio do favor e, dessa maneira, afirmariam sua condição de homens livres. Em outras palavras, ao passar a fazer parte das ideias e práticas que regulam as relações entre os homens livres, o liberalismo seria incorporado ao favor. Tornar-se-ia, conseqüentemente, uma ideologia de segundo grau. No entanto, a referência ao liberalismo no Brasil teria base real, até porque o país faz parte do capitalismo mundial” (2008, p. 60).

<sup>213</sup> Como bem pontua Garcia Neto: “Na periferia do capitalismo mundial, os juristas brasileiros contestavam o modelo ortodoxo-liberal e buscavam desenvolver um projeto de modernização do país, ao mesmo tempo em que tentavam legitimar novos mecanismos de regulação da economia e das relações entre trabalhadores e empregadores. No corpo burocrático de Vargas (Oliveira Vianna, Francisco Campos e Francisco Sá Filho) e nas revistas e debates jurídicos (João Mangabeira e Alípio Silveira) questionava-se o liberalismo da República Velha (1889- 1930) e se buscava, no mercado global de ideias, modelos institucionais que pudessem ser ‘antropofagizados’, substituindo as ‘ideias fora do lugar’ implantadas pelo bacharelismo utópico da República Velha. Era o momento de explicar o Brasil, encontrar o desenho institucional mais adequado à realidade nacional, construir uma opinião pública e descobrir as soluções para converter o “atraso” em modernização” (2008, p. 11).

<sup>214</sup> Um importante exemplo é a continuidade das estruturas escravocratas nos novos modelos de contratação na legislação. Nas palavras de Garcia Neto: “Se durante o Império, os escravos eram tratados como propriedade, durante a Primeira República, a relação de trabalho ou era inserida na linguagem jurídica como relação

O modelo ocultava uma série de tensões e desigualdades produzidas pelo sistema jurídico, mundialmente colocado em xeque após o *crash* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929. Uma vasta parcela da população não desfrutava de direitos e garantias individuais e, ao mesmo tempo, o direito também servia como pretexto para críticas às práticas jurídicas e às políticas desenvolvidas à sua margem. Nesse sentido, Neves faz uma importante leitura ao apontar o paradoxo entre uma semântica desenvolvida em escala mundial e outra local, já que “(...) as ideias liberais assumiram diferentes funções nos diversos lugares político-jurídicas estatalmente organizados, mas elas pertencem à semântica da sociedade mundial, lugar de sua circulação” (2015, p. 309).

No caso brasileiro, esse paradoxo contribuiu para a introdução da questão social na agenda jurídica do governo Vargas, especialmente diante do crescimento industrial e do operariado no século XX, que tornou premente uma regulação dos contratos de trabalho, melhoria das condições de trabalho, regulação da jornada e proteção dos sindicatos.<sup>215</sup>

Contudo, como já destacado pela literatura política brasileira, os avanços sociais pelo direito observados à época não decorreram, na maioria dos casos, diretamente das pressões de movimentos populares, mas da ação programática do Estado – caracterizada como paternalista e populista. Vale lembrar a famosa descrição de José Murilo de Carvalho sobre a polêmica: “A ênfase nos direitos sociais encontrava terreno fértil na cultura política da população, sobretudo da população pobre dos centros urbanos. Essa população crescia rapidamente graças à migração dos campos para as cidades e do Nordeste para o Sul do país. O populismo era um fenômeno urbano e refletia esse novo Brasil que surgia” (2002, p. 126).

Na leitura de Carvalho, o populismo operava uma relação ambígua entre cidadãos e governo, as lutas reivindicatórias e as conquistas de direitos sociais eram mais difíceis em um ambiente de restrição de direitos políticos e civis. A cidadania, por assim dizer, foi

---

contratual de locação de serviço ou sequer era considerada uma relação jurídica, mas uma simples continuação do regime servil, como muitas vezes eram qualificadas as relações de trabalho dos empregados domésticos” (2015, p. 50).

<sup>215</sup> Sobre a proteção da questão social no país por meio da afirmação de direitos trabalhistas pelo Estado Novo, Carvalho afirma que “[a] CLT, introduzida em pleno Estado Novo, teve longa duração: resistiu a democratização de 1945 e ainda permanece até hoje em vigor com poucas modificações de fundo. O período de 1930 a 1945 foi o grande momento da legislação social. Mas foi uma legislação introduzida em ambiente de baixa ou nula participação política e de precária vigência dos direitos civis. Este pecado de origem e a maneira como foram distribuídos os benefícios sociais tornaram duvidosa sua definição como conquista democrática e comprometeram em parte sua contribuição para o desenvolvimento de uma cidadania ativa” (2002, p. 110).

forjada a partir de uma relação de dependência entre cidadãos e governo: benesses eram distribuídas em troca de lealdade ao líder.<sup>216</sup> Mesmo durante o período ditatorial, governantes militares repetiram a estratégia populista do Estado Novo, expandindo direitos sociais ao mesmo tempo em que restringiram direitos políticos e civis.<sup>217</sup>

Assim, um novo paradoxo surgiu: enquanto em outros lugares, como nos Estados Unidos e na Europa, a implantação, o reconhecimento e a institucionalização dos movimentos operários foram resultado, prioritariamente, da ação dos próprios trabalhadores em luta contra os empresários e contra o Estado, no caso brasileiro a formação do sindicalismo de massas teve como principal interlocutor o próprio Estado. Esses elementos definiram, no plano teórico, um tratamento diverso no Brasil à distinção entre consequencialismo e argumento consequencialista, na medida em que a inserção da questão social não ocorreu da forma preconizada pelos teóricos estrangeiros.

Destaca-se, nesse sentido, a obra de Garcia Neto, para quem o pensamento jurídico deste período foi construído de maneira antropofágica à luz de outras disciplinas na Semana de 22. Os juristas brasileiros, dentre os quais Alberto Torres e José de Oliveira Vianna, buscavam uma solução envolvendo os movimentos pragmatistas estadunidenses,<sup>218</sup> “(...) esses autores liam e citavam a jurisprudência sociológica de Roscoe Pound (1870-1964, *Sociological Jurisprudence*) e o realismo jurídico norte-americano de Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938, Suprema Corte), Karl Llewellyn (1893-1962), Louis Dembitz Brandeis (1856-1941, Suprema Corte) e Harlan Fiske Stone (1872-1946, Suprema Corte)” (2015, p. 89).

Diferentemente de outros países, no Brasil o ideário pragmatista concentrou-se no governo e não alcançou outras esferas, como o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Assim, a Suprema Corte estadunidense, ilustrativamente, assumiu o protagonismo ao

---

<sup>216</sup> Basta observar o corporativismo que se firmou na década de 1930 no país. Segundo Carvalho, “[e]mpregados e patrões eram obrigados a filiar-se a sindicatos colocados sob o controle do governo. Tudo se passava dentro de uma visão que rejeitava o conflito social e insistia na cooperação entre trabalhadores e patrões, supervisionada pelo Estado” (2002, p. 109).

<sup>217</sup> *Ibidem*, pp. 190-195.

<sup>218</sup> Garcia Neto afirma que a leitura de Oliveira Vianna sobre o Brasil abriu, ainda que sob uma perspectiva autoritária, o debate sobre a redistribuição do poder e das riquezas. Neste sentido, o autor afirma que o ideário pragmatista poderia “(...) estar a serviço tanto de um governo democrático, como o governo norte-americano de Franklin Roosevelt, como poderia instrumentalizar um regime ditatorial/autoritário como o de Getúlio Vargas” (2015, p. 155).

difundir o pragmatismo jurídico nos pensamentos doutrinário e acadêmico de seu país, ao contrário do STF, que não se estabeleceu como instituição suficientemente sólida para disputar espaço com o governo Vargas – que desde o início do Governo Provisório neutralizou a atuação do Poder Judiciário emitindo o Decreto n. 19.656 de 1931<sup>219</sup> e outorgando o texto constitucional de 1937.<sup>220</sup> Esta circunstância foi determinante para o fracasso da expansão do debate sobre o pragmatismo no direito brasileiro na medida em que o discurso era liderado pela Administração Pública e foi encerrado tão logo houve a superação da Era Vargas.

O saldo, nas décadas subsequentes, foi a pouca penetração do pragmatismo na cultura e no pensamento jurídico brasileiro, que ainda cultua fortemente a teoria formalista.<sup>221</sup> Contudo – e resistentemente –, reedições do pragmatismo surgiram a partir da segunda metade do século XX – abordadas ao longo desta parte – e o tema da recepção também pôde ser recolocado.

A AED, por incorporar algumas bases do pragmatismo, pode ser considerada uma atualização do movimento do final do século XIX, mas teria ocorrido uma nova recepção desta corrente no Brasil? Importante levantamento bibliográfico sobre o tema feito por Zanatta (2012) indica que o assunto é crescente na academia jurídica brasileira, porém não amadurecido,<sup>222</sup> ainda que esteja restrito a algumas universidades.<sup>223</sup> Neste mesmo sentido,

---

<sup>219</sup> No Governo Provisório foi editado decreto que reorganizou o STF e estabeleceu regras para abreviar os seus julgamentos, veja “art. 1º Fica reduzido a onze o número de juizes do Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. Não serão preenchidas as vagas que se verificarem até que o número de juizes do Tribunal fique reduzido ao deste decreto” (BRASIL, 1931).

<sup>220</sup> O STF manteria o papel de intérprete da Constituição, mas conforme as limitações impostas pelo regime do Estado Novo. Dispunha o art. 96 da Carta de 1937: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente” (GARCIA NETO, 2008, p. 48).

<sup>221</sup> Para uma caracterização geral revelando o traço formalista predominante na teoria do direito brasileiro, cf. MACEDO JR; PICCOLO, 2014 e FERRAZ JR, 2000.

<sup>222</sup> Para Zanatta, “[a]té a primeira metade da década, a disciplina direito e economia ainda não havia ganhado consistência metodológica plena. Maria Teresa Sadek e Armando Castelar Pinheiro eram um dos poucos pesquisadores que utilizavam de conhecimentos econômicos e jurídicos em suas pesquisas. Foi somente a partir do ano de 2005 que surgiram os primeiros livros sobre direito e economia. Nos últimos seis anos, houve um aumento exponencial nas pesquisas sobre *Law & Economics* no Brasil” (2012, p. 46).

<sup>223</sup> O autor continua: “Na Universidade de São Paulo foi criado em 2001 o projeto de pesquisas ‘Diálogos FEA & Largo de São Francisco’, coordenado por Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, que culminou numa obra coletiva sobre análise econômica do direito e das organizações. Em 2007, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul foi criado um dos primeiros cursos de especialização em direito e economia, sendo realizados simpósios e eventos de curta duração nos anos seguintes. Em 2009, foi criada uma disciplina de direito e economia no programa de pós-graduação em direito, contando com a colaboração de professores de economia. Em 2010, foi criada uma disciplina de direito e economia no curso de economia da UFRGS. Na Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, desde 2007 estão em atividade nos cursos de graduação a disciplina direito e

a pesquisa de Araújo sinaliza um desdobramento tardio, apenas em 2005, deste movimento no Brasil, consolidado com a criação do programa de pesquisa “Diálogos FEA & Largo São Francisco” e com a publicação de relevantes obras no país (2017, pp. 138-139).<sup>224</sup>

Em outra direção, vale apontar o importante expoente de um exame pragmático das normas jurídicas no Brasil,<sup>225</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr. Influenciado por modelos opostos (Theodor Viehweg e Niklas Luhmann), o próprio autor faz uma observação da inserção de sua obra “[de uma tentativa de usar conciliatoriamente dois modelos opostos] disso resultou uma leitura da questão do discurso (problema) em face da língua (sistema), na direção do que acabei chamando, talvez impropriamente, de pragmática” (2010, p. 177). Um dos recorrentes temas em seus escritos é o problema da decidibilidade normativa dos conflitos – um problema sobre como decidir – e que é desdobrado em três perspectivas: sintática ou analítica (*i.e.*, teoria das normas); semântica ou significativa (*i.e.*, hermenêutica) e pragmática ou empírica (*i.e.*, teoria da argumentação).

---

economia. A Universidade Católica de Brasília também criou um programa de pós-graduação com uma linha de pesquisa inteiramente voltada para a análise econômica do direito, criando um periódico especializado com conselho editorial internacional. A disciplina também está presente em cursos da Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná” (ibidem, p. 45).

<sup>224</sup> Araújo também faz interessante balanço ao analisar artigos acadêmicos submetidos nos congressos anuais da Associação Brasileira de Direito e Economia, constituída em 2007. As principais conclusões do autor foram de que a maioria dos artigos foi submetida por juristas, que em grande parte vinculavam a análise econômica do direito à Escola de Chicago, e de que havia pouca problematização do conceito de eficiência, muitas vezes apresentado apenas como maximização de riqueza, e ausência de análises de custos de transação. Em suas palavras: “Há poucas dúvidas, ainda que isso não se revele de maneira explícita, que o Movimento [*Law & Economics*] ainda encontra-se em suas fases iniciais. O seu potencial no Brasil, superado o uso ideológico e adoção de teorias incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (eis que inexistirá a possibilidade de acoplamento estrutural), é incalculável. O que deve ser o avanço irrefletido, melhor dizendo, sem reflexividade e crítica. O problema é perder o medo cedo demais. Ou pelas razões erradas” (2017, p. 150).

<sup>225</sup> É possível aproximar o debate da argumentação consequencialista com outros estudos que se preocupam com o método da interpretação teleológica, ou da interpretação reflexiva ou da interpretação de legitimação do direito. Um exemplo importante é extraído de Ferraz Jr. que diz “na interpretação de legitimação, o intérprete não busca, apenas, revela o sentido da norma constitucional em seu contexto real, nem mesmo somente concretizar padrões genéricos de sentido em casos particulares, mas modificar a própria realidade, em conformidade com aquele sentido” (2007, p. 8).

O foco desta parte I é o desdobramento da distinção consequencialismo/argumento consequencialista em um plano argumentativo – ou pragmático para Tércio Ferraz Jr. - da comunicação jurídica, não diferenciando significação e ação. O plano interpretativo, tradicionalmente, se preocupa com a formulação de métodos de determinação dos sentidos das normas e não coloca nos seus horizontes a teorização das subsequentes ações e reações entre *alter* e *ego*. Não se nega a possibilidade de aproximar trabalhos de juristas brasileiros que se preocupam com problemas da interpretação orientada para os fins, o que não é discutido nesta tese.



É nesta última perspectiva que Ferraz Jr. discute e desenvolve estudos que se preocupam com a teorização sobre a produção de funções e comportamentos pelo direito,<sup>226</sup> inclusive sustentando uma função social da dogmática jurídica – *i.e.*, a compreensão das relações entre os processos cognoscitivos e a própria realidade social à qual a dogmática jurídica se orienta (FERRAZ JR., 2015). Não há confusão, aqui, com a eficácia das próprias normas, mas, sim, com uma dimensão persuasiva e que intenta motivar condutas e produzir certas orientações na sociedade.

Nesta chave, diz Ferraz Jr. (2001), a decisão jurídica deve se preocupar com a verossimilhança, não pode negar uma verdade factual e está sempre submetida a avaliações (op. cit., pp. 339-342). Diz o jurista brasileiro que é a ideologia quem ocupa este papel de organizar, estabilizar e determinar a aplicação dos valores, seja para serem usados como justificação de uma situação de fato (*e.g.*, a propriedade privada é fundamento da justa liberdade) ou como critério para a seleção de um objeto (*e.g.*, o álcool é perigoso para saúde) na tomada de decisão (2015, pp. 172-179). A pragmática é, desta forma, uma dimensão avaliativa e ideológica do direito e que não deixa de ser, por sua vez, uma dimensão que enfatiza as interações entre *Alter* e *Ego*, marcados pelo problema da dupla contingência.<sup>227</sup>

Para além do âmbito teórico, a corrente pragmática vem ganhando espaço nos discursos judiciais, segundo levantamentos exploratórios de Pogrebinski (2008), Barros (2014a) e Christopoulos (2016), indicando a preocupação dos tribunais brasileiros com as consequências econômicas e políticas das suas decisões.<sup>228</sup> Ferraz Jr. (2007), inclusive, aponta que do ponto de vista hermenêutico, o pragmatismo revela que a interpretação deixa de ser apenas um debate sobre o melhor método (lógico, histórico, sistemático etc.) e como aplicá-lo, para também incluir um projeto transformativo a partir das expectativas consagradas nos textos legais – *i.e.*, um problema de conformação política dos fatos.

---

<sup>226</sup> Cf. FERRAZ JR., 2016; 2011; 2001 e FERRAZ JR., MARANHÃO, 2007.

<sup>227</sup> Diz Ferraz Jr., “Na terminologia pragmática, o comunicador normativo não apenas diz qual a decisão a ser tomada — pré-decisão — mas também como essa pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado — informação sobre a informação. Respectivamente, temos o relato, e o cometimento do discurso normativo, que, no seu conjunto, formam o objeto do discurso” (2011). Como já visto ao longo desta parte I, a distinção semântica produzida em relação ao consequencialismo e à argumentação consequencialista é também uma distinção que marca os problemas comunicacionais entre quem fala e quem ouve. Reforçando que para além da mensagem, prevalece problemas de sobre a informação e compreensão – que também são problemas a partir das posições do orador e do ouvinte. Para um debate desta visão a partir da norma jurídica, cf. FERRAZ, 2016.

<sup>228</sup> Alguns temas atuais que revelam a atenção especial da Corte no campo do direito e economia no país: o novo padrão fiscal instaurado pela Emenda Constitucional n. 95/2016, o debate sobre a reforma do sistema previdenciário, as reconfigurações dos limites e do alcance das concessões públicas, além das *disrupt regulations*.

No entanto, acredita-se que estes posicionamentos ainda sejam pontuais e, muitas vezes, desacompanhados de cuidados metodológicos e epistemológicos – possível reflexo de sua tímida penetração na academia –, sendo que na grande maioria dos casos a Corte revela sua dificuldade em assumir determinadas posições pragmáticas, o que será explorado nas próximas partes da tese.

Vale, ainda, mencionar que as preocupações consequentialistas também encontram reflexos em outros âmbitos do direito brasileiro. Um caso interessante, nesse sentido, é o debate que envolve administrativistas a partir da proposta legislativa (Projeto de Lei do Senado 349/15 e Projeto de Lei da Câmara 7.448/17) de reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que aguarda a sanção presidencial e foi inspirada por estudos e pesquisas de Carlos Ari Sundfeld e Floriano Peixoto de Azevedo Neto.

Nesta proposta que busca introduzir normas gerais e conferir maior segurança nos julgamentos da área de direito público, destaca-se a obrigação do juiz, ou de qualquer autoridade administrativa no país, de selecionar e avaliar as “consequências práticas” de suas decisões. O projeto aposta que o controle às consequências no processo decisório produzirá segurança jurídica e fortalecerá a dogmática jurídica brasileira.<sup>229</sup>

A prática jurídica já mostrou que a saturação de argumentos não leva a lugar nenhum. O que dizer de tantos argumentos jurídicos controvertidos que se transformam em súmulas (e.g., Súmula Vinculante n. 4 do STF)? Da falta de preocupação das autoridades em se atentar aos significados dos termos jurídicos quando se predica em julgados – evidente na

---

<sup>229</sup> Será que o projeto faz a distinção entre o consequentialismo e a argumentação consequentialista? O projeto de lei não é claro sobre como essas consequências serão operadas na prática, o que revela a incipiência da dogmática jurídica brasileira em relação ao tema. As ponderações de Leal e Mendonça sobre o projeto são relevantes, dizem “apenas ao exigir a consideração de consequências sem estabelecer critérios para neutralizar certas dificuldades intrinsecamente relacionadas ao trabalho com efeitos de alternativas de decisão, o projeto de lei pode não ser capaz de reduzir as incertezas de processos decisórios que se sustentem sobre princípios vagos” (2016, p. 38). Acredita-se que a chance do projeto provocar o efeito inverso daquele desejado é alta. Estabelecendo uma maior exigência de ônus argumentativo para a tomada de decisão, é possível que autoridades sejam pressionadas a argumentar a qualquer custo o que poderia aumentar e contribuir para a insegurança do processo. Novamente, Leal e Mendonça alertam para os perigos do uso retórico das consequências – identificado aqui na tese como consequentialismo –, para eles “Este cenário, que não é transformador, é provável porque, em certa medida, já é realidade. Nota-se que, em algumas decisões, o STF, por exemplo, vem flertando com certo consequentialismo genérico. Na famosa decisão do *habeas corpus* 124306, o voto que alcançou a maioria da Primeira Turma, do Ministro Luís Roberto Barroso, considerou as consequências práticas de se manter a proibição do aborto até o terceiro mês de gravidez” (ibidem, p. 33).

confusão entre “precedente”, “jurisprudência” e “*leading case*”?<sup>230</sup> E da prática recorrente das citações em “bloco” em inúmeras decisões judiciais, que muitas vezes não contribuem com a discussão da matéria de fato em juízo?

Deve-se lembrar que para o direito o que importa é a precisão na argumentação, etapa importante para uma boa tomada de decisão, e que contribui para o exercício da função do tomador de decisão ao evidenciar as teses, possibilitar o diálogo e reforçar a clareza das razões de decidir para os jurisdicionados.

Como já foi pontuado, ainda que o direito possua o desejo de controlar a contingência da vida – eliminar o risco do processo decisório -, ele mesmo é algo criativamente arriscado. Argumentos e justificações sempre serão selecionadas e mobilizadas, e no caso das consequências não basta mencioná-las, é preciso medi-las e compará-las. É o caso de atentar-se para aquilo que Luhmann trata como fórmula de contingência, é preciso se preocupar com as consistências das operações do sistema jurídico.

Sugere-se, aqui, que o debate deveria ser encaminhado em relação à preocupação de aperfeiçoar e desenvolver a dogmática jurídica brasileira, sobretudo em relação ao tratamento dos argumentos consequencialistas e de formas de avaliação de questões fáticas – *e.g.*, distribuição do ônus da prova e da produção da prova, utilização de prognósticos, dados empíricos e como atestar a confiabilidade deles, fixação de regras de valoração etc.

Em alguma medida, a rejeição da academia a AED, a ausência de preocupação dogmática em diferenciar consequencialismo e argumentos consequencialistas ou a dificuldade dos tribunais de lidar com as consequências possam decorrer de um transplante teórico inadequado para o direito brasileiro que se concretiza, em parte, como um repúdio ideológico à corrente. Alguns autores sustentam a inocuidade explicativa desta corrente considerando que os institutos jurídicos brasileiros não foram estabelecidos com o objetivo de eficiência econômica, além, é claro, de afirmarem que seus aportes dificultam uma tradução do direito da economia.

---

<sup>230</sup> Nesse sentido, Barros e Bastos sustentam: “Se atentar para o uso dos termos no discurso do direito é essencial para repensar a dogmática brasileira. Por um lado, é preciso ter em mente que o discurso jurídico deve ser claro de maneira a ser acessível a todos, visto que a realidade em que vivemos é moldada por este discurso. Por outro lado, o discurso jurídico é dotado de tecnicidade, sendo que os termos legais possuem significação própria construída historicamente, e assim, tal construção não pode ser abandonada quando da utilização de tais termos pelos juristas. Neste sentido, é preciso se pensar na utilização criteriosa dos termos jurídicos pelos operadores do direito, especialmente ao se considerar o debate atual acerca da implantação de um sistema de precedentes na Justiça brasileira. Os julgadores precisam estar cientes de que o modo com que predicam determinadas expressões será crucial no entendimento e na clareza da dogmática por eles produzida” (2013, p. 48).

Os apontamentos de Ferraz Jr. mencionados também reforçam a importância de uma dogmática forte no Brasil. Resolver problemas pragmáticos da comunicação não depende apenas de métodos de interpretação, que, em tese, definiria um significado possível de determinado termo pela norma jurídica, ou ainda defender a tese da univocidade dos termos jurídicos. Na dimensão pragmática não há univocidade, mas conflito, não há apenas regras preestabelecidas, mas ideologias, tornando mais difícil a interpretação e argumentação jurídica.

A dogmática, aqui, serve como forma de operacionalizar e controlar estes conflitos,<sup>231</sup> como forma para a busca e aplicação de critérios e avaliação de diferentes valores que autoridades decisórias enfrentam no processo decisório.

É por isso que o argumento do transplante teórico inadequado denuncia, em verdade, a ausência de um amplo debate teórico, e mesmo dogmático, sobre a distinção entre consequencialismo e argumento consequencialista no país – ainda que seja possível indicar contribuições pontuais e a urgência do tema. Contudo, ao invés de discutir a incorporação destas correntes, é interessante observar o próprio desenvolvimento local diante das transformações nas comunicações sociais, operadas a partir de uma sociedade mundial, pelas transações e relações transnacionais e pelos demais intercâmbios internacionais que pressionam o direito.

Cumprir lembrar que muitos autores, ao desenvolver suas teorias pragmáticas, observavam exclusivamente problemas locais. Assim, Posner, em suas análises, elaborou hipóteses sobre como institutos da *common law* estadunidense evoluíram no sentido de prover uma maximização da riqueza naquele país, de modo que suas considerações não tinham como escopo explicar o caso brasileiro e sequer autorizavam uma transposição imediata que não levasse em consideração a trajetória histórica do direito brasileiro.

Testar a sugestão do primeiro modelo posneriano no direito brasileiro é um

---

<sup>231</sup> Ferraz Jr. e Maranhão apontam com clareza ao discutir o valor justiça, dizem “a eventual variabilidade dogmática dos princípios da justiça material, em sede hermenêutica, não repousa apenas nas dificuldades semânticas de se obter uma denotação e uma conotação mais precisas, mas no uso pragmático que os códigos (forte e fraco) venham a conhecer no intercâmbio humano. A dogmática interpretativa opera e busca racionalizar a oposição entre justiça formal e material e domesticar a variabilidade dos critérios de justiça material, a partir da relação entre código forte e código fraco, de forma que a predominância deste ou daquele afeta a interpretação da comunicação normativa, permitindo flexibilizar aqueles comandos cuja precisão possa criar dificuldades de adequação em determinados casos e, por outro lado, enrijecer aqueles cuja vagueza e ambiguidade dificulte a decisão.” (2007, p. 36).

empreendimento controverso; posicionamentos contrários afirmam que prevalece historicamente no país uma atuação de viés “anticredor” no Judiciário, fenômeno associado à incerteza no cumprimento de contratos no âmbito da jurisdição brasileira. Esta situação foi bem explorada por Schuartz et al. (2006); segundo os autores, este viés “anticredor” emerge em razão de incertezas patológicas, ilegais ou arbitrárias, que interferem na tomada de decisão judicial.<sup>232</sup>

Essencialmente, incertezas estruturais previstas e controladas pelo sistema jurídico não são problemáticas; ao contrário, o principal obstáculo são os elementos externos que interferem na tomada de decisão, sendo que a contribuição dos juízes no provimento de incentivos a fim de garantir maior eficiência econômica não deveria ser avaliada em razão do conteúdo de suas decisões, uma vez que estas não constituem fontes primárias que justificam o descumprimento de contratos. Assim, para os juristas,

[a] fonte primária desse viés [anticredor] pode estar tanto nos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, enquanto responsáveis pela elaboração das normas que o juiz precisa aplicar, quanto nos atos dos agentes econômicos privados — especificamente, do conjunto de credores e devedores diretamente responsáveis pelo conteúdo das cláusulas contratuais submetidas à apreciação judicial (2006, p. 103).

O movimento antropofágico do pragmatismo jurídico penetrou timidamente nos tribunais e na academia brasileira, sobretudo porque a análise foi incorporada por meio de instrumentalização ideológica. As aplicações desses discursos ocultaram outras tensões, que devem ser problematizadas numa perspectiva sociológica. Afinal, qual seria o propósito de defender a AED no país atualmente?<sup>233</sup> E como isso acontece?

---

<sup>232</sup> Para eles, “[s]ão as decisões judiciais que não pertencem ao conjunto de decisões juridicamente possíveis que frustram expectativas legítimas das partes, caracterizando a incerteza patológica quanto ao conteúdo, em desatenção ao princípio da segurança jurídica. Nessas condições, o máximo que se pode esperar do funcionamento de um sistema jurídico moderno bem organizado — com leis bem redigidas e instituições capazes de aplicá-las — é que ele exclua como ilegais um conjunto de alternativas decisórias que seja suficiente para permitir o planejamento dos agentes públicos privados. Qualquer ambição de certeza além desse ponto é invariavelmente ou ingênua ou ideológica” (SCHUARTZ et al., 2006, p. 98).

<sup>233</sup> A seleção de casos recentes enfrentados pelo STF representa a dificuldade de ingresso do ideário pragmatista no país. Como visto, o pragmatismo influenciou o pensamento jurídico estadunidense desde o final do século XIX até suas reedições, com a *Law & Economics*. Destarte, este ponto é questionado a partir da seleção de alguns julgados em que o trabalho de POSNER é citado nos votos pelos ministros. Uma pesquisa exploratória na busca de jurisprudência no *site* do STF revelou seis casos nos quais o termo “Richard Posner” foi indexado pelo *site* como “doutrina” citada no acórdão. Pela leitura destes votos observou-se, por exemplo, que a citação da obra “*Economic Analysis of Law*”, POSNER, é pontual e secundária em relação à discussão da matéria nas ADIs 2340, 1842 e 2077. A citação — e o Ministro — é a mesma nos três casos e não contribui

Destaca-se que o assunto reforça o ponto de Rodriguez (2013) de que pesquisas em direito são completamente desconexas da realidade institucional brasileira – sendo que muitas pesquisas teóricas, inclusive, adotam modelos estrangeiros sem a devida contextualização.<sup>234</sup>

Acompanhando a linha de pensamento de Rodriguez, pode-se afirmar que pesquisas baseadas unicamente numa teoria descontextualizada estariam comprometidas, sobretudo em razão da origem histórica de suas bases metodológicas que pouco refletem as circunstâncias do direito brasileiro.<sup>235</sup>

No entanto, essa crítica – tal como a retratação das ideias fora do lugar – pode ser estendida à operação do sistema jurídico e à discussão do viés “anticredor”.

Conforme a interpretação de RICUPERO de que “as ideias fora do lugar mais do que expressarem um fato – a inadequação de certas referências intelectuais a um dado contexto

---

fundamentalmente para a argumentação da tomada de decisão.

As três ADIs discutiam a autonomia municipal face à integração dos serviços de saneamento básico. O problema comum residia em saber quem detém o poder concedente quanto ao serviço de saneamento básico em região metropolitana, microrregião ou aglomerado urbano: os municípios, o estado ou município polo? Nos três casos, a Corte entendeu que o legislador estadual invadiu a esfera de competência municipal ao editar uma lei para autorizar situações de transferência do poder concedente ao estado federado ou ao município polo.

Igualmente, nos três casos a citação de Posner pelo Ministro Gilmar Mendes, que incluía uma referência a Cooter, cumpria a função de justificar a existência do monopólio natural do serviço de saneamento básico e realizar um *distinguishing*. Nas três ADIs, a Corte não discorreu propriamente sobre saneamento básico, mas sobre o disciplinamento por lei estadual da autonomia do município em relação à prestação deste serviço – confirmando que a menção ao jurista estadunidense era desnecessária para a tomada de decisão, uma vez que não se reporta a vício formal da competência. Situações como estas reforçam que a Corte e os ministros, em alguns casos, valem-se de um modelo teórico estrangeiro sem se preocupar em avaliá-lo ou examinar sua relevância, relegando-o a um papel secundário e marginal para a solução do caso. Nas ADIs aludidas, não houve uma real preocupação pragmatista da Corte, ainda que esta tenha feito referência ao modelo posneriano.

<sup>234</sup> Em um sentido próximo, Neves sustenta a colonização propagada pela corrente que coloca o direito a serviço da economia — o que não é o mesmo que admitir que o direito observe e opere com as consequências econômicas a partir de seus programas (2015, pp. 5-7) —, reafirmando a cooptação do direito por um instrumento econômico diante das exigências do modelo neoliberal vigente. Por sua vez, Araújo credencia o malogro da expansão da AED à Escola de Chicago – vítima ideológica de seu próprio sucesso —, pois “[a]o serem associadas com toda a AED [análise econômica do direito], muitas das teses defendidas por aquela abordagem eram vistas como intrínsecas ao movimento de Direito e Economia e, a partir de sua rejeição, afastava-se também todo o campo de estudo” (2016, p. 136)

<sup>235</sup> O ponto reforça o entendimento da importância do estudo teórico contextualizado, evitando-se meros transplantes teóricos sem as devidas recepções crítica e histórica. Note-se que as teorias descritivas e interpretativas são historicamente inerentes ao âmbito da pesquisa *do* direito, ou seja, do ponto de vista interno, mas sua aceitação exclusiva praticamente inviabiliza consórcios com outras áreas de conhecimento humano, que têm tradições teóricas e metodológicas próprias. Sustenta-se a mencionada inerência histórica em razão do fato de que os ensinamentos da teoria geral do direito, da filosofia do direito, da criminologia, dentre outras diversas áreas, são baseados principalmente em pensamentos de juristas estrangeiros (Hart, Dworkin, Alexy, Kelsen, entre outros), o que acarreta certo condicionamento da racionalidade jurídica em termos e ideais nem sempre apropriados à análise da realidade jurídica brasileira.

social – indicam um processo, de formação, que se completaria na forma” (2008, p. 64), pode-se refletir também acerca do desenvolvimento da argumentação consequencialista no direito brasileiro sem o recurso a transplantes teóricos.

Neste sentido, este desenvolvimento está mais relacionado à “forma”, expressão de determinadas condições históricas e sociais que podem ou não se realizar. Por isso, verifica-se e discute-se, aqui, a formação de uma nova tendência na argumentação jurídica – preocupada com as seleções e avaliações das consequências das decisões e com as inferências probatórias –, ainda incompleta – o que dificulta, por certo, diagnósticos e normatizações completas.<sup>236</sup>

Este ponto é tematizado no restante da tese a partir de outras posições de observação – capaz de reduzir a abstração dos problemas levantados.

Afinal, por qual motivo um ministro do STF desenvolve um argumento consequencialista em seu voto? Seria para justificar posições que favoreçam a maximização da riqueza em padrões monetários? Seria para atender aos desejos e às preferências da sociedade?

Estes questionamentos, por sua vez, encaminham o debate a outros rumos: Seria possível superar a instrumentalização ideológica e avançar para uma teoria genuinamente brasileira, com construção de critérios robustos de seleção e avaliação das consequências no direito? Assim, o direito brasileiro prepara-se para encarar efetivamente os grandes desafios consequencialistas que as novas decisões ensejam.

---

<sup>236</sup> O paralelo com Ricupero é importante pois este afirma que as ideias fora do lugar revelam uma “torção”. A produção intelectual da e sobre a colônia foi relevante para esclarecer o ideário da metrópole, em especial possibilitou elucidar o que realmente é o trabalho livre diante da escravidão observada nas colônias. Em outras palavras, “[p]aradoxalmente, nessa ‘torção’, operada na periferia capitalista, se encontraria a verdade do centro capitalista. Até porque muito do que é encoberto no centro poderia ser revelado, sem maiores subterfúgios, na periferia. Já Marx notara que o grande mérito de E. G. Wakefield não teria sido ‘ter descoberto algo novo sobre as colônias, mas ter descoberto nas colônias a verdade sobre as condições capitalistas da metrópole’ (Marx, 1982, p. 296), a escravidão *sans phrase* do novo mundo revelando o que seria realmente o trabalho livre, forma de escravidão disfarçada que prevalecia na metrópole. Tal situação ajudaria a explicar muitas das realizações da literatura russa assim como as de um autor como Machado de Assis, ‘mestre na periferia do capitalismo” (2008, p. 65).

## PARTE II

### ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS DO DIREITO EM UMA SOCIEDADE COMPLEXA

---

Até o momento a tese se propôs a descrever como o direito distinguiu em suas operações o argumento consequencialista. Tratou-se de uma distinção semântica produzida e limitada às operações do sistema, em especial no nível reflexivo do direito. Destaca-se que esta distinção é uma forma pela qual o sistema produz variação.

No entanto, admitindo o modelo multinível pressuposto nesta tese, adota-se agora outra posição de observação que enfatiza as autodescrições da sociedade à luz dos argumentos consequencialistas do direito. O leitor não deve se surpreender com a mudança de registro, pois, obviamente, trata-se uma outra observação, complementar e em conexão com a apresentada na parte I.

Nesta segunda parte, descrever-se-á como a atual sociedade mundial<sup>237</sup> opera a partir de conceitos que repercutem a dificuldade de lidar com o futuro, tempo das consequências.

---

<sup>237</sup> Na acepção luhmanniana, a sociedade mundial é aquela funcionalmente diferenciada e não regionalizada, dotada de maior grau de complexidade e, sobretudo, com mais dependências e independências interligadas. Diz o sociólogo alemão, “[e]m nosso contexto, devemos decidir entre assumir uma ideia de sistema global de sociedades regionais ou uma sociedade mundial, temos agora argumentos claros e teoricamente consistentes para uma sociedade mundial única. O sistema autopoietico desta sociedade pode ser: descrito sem qualquer referência às particularidades regionais. Não significa que essas diferenças sejam de menor importância. Mas uma teoria sociológica que quer explicar essas diferenças, não deve apresentá-las como dados, isto é, como variáveis independentes; em vez disso, deve começar com a assunção de uma sociedade mundial e depois investigar, como e por que essa sociedade tende a manter ou mesmo aumentar as desigualdades regionais” (1997, p.8, tradução livre).

Uma das características desta sociedade mundial é a impossibilidade de cálculos ou previsões totais a partir da ausência de centro, pois é uma sociedade policontextual: “Isso significa que as construções causais, (cálculos, planejamentos) não são mais possíveis a partir de um ponto de vista central e, portanto, "objetivo". Eles diferem e dependem dos sistemas de observação, que atribuem efeitos às causas e causas dos efeitos, e isso destrói os pressupostos ontológicos e lógicos da orientação central. Temos que viver com uma sociedade policêntrica e policonética. Dadas essas condições, não existe mais uma garantia quase cosmológica de que os desenvolvimentos estruturais dentro dos sistemas de função permanecem compatíveis entre si. A ciência não agrega conhecimento ao poder, mas incerteza e risco para as decisões. A física permitiu produzir a bomba atômica, a economia considera rentável usar tecnologias de alto risco - ambas com impactos enormes sobre o sistema político. A imprensa livre transforma a política em uma turbulência de escândalos e reforça e revela a hipocrisia como o estilo típico da conversa política, o que leva a uma crítica generalizada da "classe política" e ao declínio da confiança política. A medicina moderna altamente eficiente tem consequências demográficas. A nova centralidade dos mercados financeiros internacionais, a correspondente marginalização da produção, do trabalho e do comércio e a transferência da segurança econômica dos bens reais e dos devedores de primeira



Deve-se lembrar que falar sobre o tempo do ponto de vista sistêmico é falar também sobre expectativas, sobre observações, sobre temporalidades enquanto diferenciações semânticas, bem como sobre permanências e rupturas dos sistemas a partir da redução das complexidades. Diz Luhmann, “um sistema temporalizado se obriga, por meio da constituição dos seus elementos, a observar a irreversibilidade do tempo” (1995a, p. 47, tradução livre).

Interessa perceber que a expansão do argumento consequencialista no direito também reflete esta dificuldade de observar o tempo, quando são observadas transformações na sociedade enquanto ambiente.<sup>238</sup> Tais transformações, em cada sistema, marcam formas de discrepâncias entre pretensões e realizações – *e.g.*, se sistemas são uma rede de interações e geram expectativas, todos os sistemas podem ser frustrados quando as expectativas não são confirmadas. No caso do direito, é este sistema quem deve imunizar contra as discrepâncias sociais. Mesmo se o direito subsiste sem admitir um futuro da sociedade, simultaneamente também sofre inúmeros impactos por não conseguir operacionalizar este tempo.<sup>239</sup>

---

taxa para a própria especulação, levam a uma perda de empregos e seduz os políticos a "prometer" empregos (sem mercados?). O estado do bem-estar social produz problemas completamente novos para a supervisão legal da política e leva a deformações da doutrina jurídica que prejudicam a previsibilidade das decisões legais. Por outro lado, a "legislação" judicial correspondente dos tribunais constitucionais afeta a política de maneira que dificilmente pode ser chamada de "democrática" (o grau de centralização da União Européia emergente não será decidido pelos governos em Londres, Paris ou Berlim mas pelo Tribunal Europeu do Luxemburgo)" (1997, p.11, tradução livre).

<sup>238</sup> Diz Luhmann: “Nos últimos anos, a sociedade produziu cada vez mais comunicação sobre seu ambiente. Isso se refere principalmente ao ambiente ecológico, mas também aos corpos e mentes dos indivíduos já que pertencem ao ambiente porque não são produzidos e produzidos pela comunicação, mas por suas próprias operações bioquímicas, neurofisiológicas ou psíquicas. Há dúvidas cada vez maiores se a sociedade (ou seja, operações sociais auto reproduzidas) pode "controlar" o seu ambiente modificado por sua própria produção - as condições ecológicas e 5 a 6 bilhões de indivíduos humanos. Mudanças demográficas (aumento da população), migrações, bem como a crescente tendência à violência imediata se tornaram problemas de preocupação social” (1995a, p. 182, tradução livre).

<sup>239</sup> Cf. LUHMANN, 2016, p. 753.

Na descrição sistêmica, a sociedade depende cada vez mais de decisões sobre o futuro; o avanço da tecnologia reforça essa transformação,<sup>240</sup><sup>241</sup> consolidada por meio de uma comunicação digital baseada em algoritmos<sup>242</sup> e que repercute no transbordamento de informações sobre o futuro nos diversos sistemas sociais. Não à toa, hoje se fala em democracia virtual, e-governança, cibercultura, ciberamor, economia da internet, moeda digital, processo e julgamento eletrônicos, arte digital, entre outros.

A tecnologia é, por assim dizer, apresentada na chave sistêmica como um mecanismo de “desfuturização” do presente – igual à ideia de utopia em relação ao presente futuro. Vale recordar que o futuro é experimentado como um horizonte generalizado de possibilidades excedentes e que precisa ser reduzido no presente. Daí Luhmann sustenta que a tecnologia é como uma forma de orientação para o *futuro presente*, pois antecipa uma série de eventos a fim de incorporá-los no presente (1976, pp. 142-149).

As transformações tecnológicas são notadas em diversos sistemas, sobretudo via comunicação digital. No campo da ciência, por exemplo, surge e ganha espaço como a principal disciplina capaz de sistematizar e analisar toda esta comunicação digital a ciência de dados. As delimitações desta nova área são pouco claras, mas parece haver um consenso geral de que se trata do uso intensivo de ferramentas computacionais e matemática para o

---

<sup>240</sup> A tecnologia deve ser compreendida como uma forma que marca a observação interna dos sistemas de codificação e programação, por isso Luhmann fala em tecnicização e não propriamente em racionalidade. O principal problema relacionado ao aumento da tecnologia é saber se a tecnicização é possível. De acordo com o sociólogo, “a forma tecnologia torna-se um problema, pois marca o limite entre causalidades fechadas e excluídas (mas igualmente reais). Em tecnologias avançadas (*high technologies*), este limite definidor de formas é constantemente violado, incluindo o que foi excluído, criando novos cruzamentos imprevistos. Esses problemas são a base para o campo de ‘pesquisa do caos’, atualmente muito discutido. Reduzindo-o para o essencial, poderíamos formulá-lo assim: uma vez que o simultâneo não pode ser controlado a partir do sistema, é apenas uma questão de tempo antes de ter efeito. Isso nos leva à questão paradoxal de saber se a tecnologia, mesmo que funcione causalmente, é tecnicamente possível” (2006, p. 90, tradução livre). Cf. também LUHMANN, 2016, pp. 244-246.

<sup>241</sup> A dependência da sociedade mundial em relação à tecnologia não é novidade na leitura sistêmica, afinal o surgimento da sociedade mundial é compreendido como um desdobramento das tecnologias de comunicação (da imprensa para a mídia digital) e dos meios simbolicamente generalizados (dinheiro, poder, amor, verdade, etc.) que tornam a comunicação independente das restrições físicas. Para uma discussão geral, cf. HOLZER et al., 2015.

<sup>242</sup> Em termos sistêmicos, algoritmos podem ser identificados como uma forma de escrita – ainda que discuta a cibernética, Luhmann nunca abordou diretamente a ideia. Vale lembrar que a escrita é um mecanismo de acoplamento estrutural entre os sistemas físico, psíquico e social, que facilita e contribui com o registro e a produção da memória social. É neste sentido que o sociólogo sustenta que esta forma cumpre uma função de fixação — dependente de repetição — e de publicização e divulgação de conteúdos. Cf. LUHMANN, 2016, pp. 326-342. Pode-se dizer que o algoritmo, além de manter essas funções, auxilia no arquivamento e no processamento de informações dos quais a escrita textual não é capaz de dar conta.

estudo e a aplicação de dados em diversos campos, geralmente em perspectivas multidisciplinares orientadas para o tratamento de grande quantidade de informação.

No direito, a comunicação digital tem repercutido cada vez mais, movimentando uma indústria de serviços relacionados ao tema da sistematização e análise de julgados, perfis de juízes, entre tantas outras informações atinentes a tribunais, profissionais e decisões. As próprias organizações vêm incorporando esta comunicação à tomada de decisão, seja para arquivar as informações que já possuem, seja para oferecer amplas bases informacionais para a sociedade. Percebe-se, aqui, que a própria ideia de memória do direito é transformada diante da grande quantidade de informação com a qual sistemas sociais sobrecarregam o direito.

A cada novo caso apresentado aos tribunais, produzem-se novos dados, aumentando a complexidade do sistema jurídico. Na comunicação digital, esta situação transforma as operações do sistema,<sup>243</sup> já que ganha destaque outras atuações profissionais, tais como estatísticos, programadores e engenheiros – já familiarizados com algoritmos avançados, o que facilita a operação desta máquina histórica não trivial na atualidade.<sup>244</sup>

Não surpreende, portanto, o avanço do mercado de pesquisa analítica de dados jurídicos nos Estados Unidos. Para além do domínio de grandes empresas que possibilitam fácil acesso aos bancos de dados dos tribunais por milhares de escritórios e faculdades de direito – *e.g.* LexisNexis e Westlaw –, outras empresas também avançam no desenvolvimento de ferramentas analíticas para uso estratégico destes bancos de dados.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> No Brasil ganha destaque também as transformações nas profissões jurídicas tradicionais. Segundo dados de Ferreira (2016), no primeiro semestre de 2016, alcançou-se a marca de 967.000 de advogados no país – o que representa uma das maiores densidades de advogados por habitantes no mundo. O autor analisa a expansão da profissão no Brasil a partir de três fenômenos: aumento de densidade e estratificação; feminização e presença de pessoas jurídicas de natureza empresarial.

<sup>244</sup> Sobre a imagem do direito como máquina histórica não trivial, diz Angelelli: “o direito – como todo sistema social – é considerado pela teoria dos sistemas uma máquina histórica, não-trivial, por oposição às máquinas triviais. Enquanto estas transformam *inputs* em *outputs* sempre da mesma maneira, permanecendo inalteradas e sendo, portanto, passíveis de cálculo prévios, as operações das máquinas históricas transformam todo o sistema, uma vez que mudam a disposição do sistema, construindo-se uma nova máquina a cada operação” (2017, p. 85).

<sup>245</sup> Segue-se, aqui, a compreensão de Fuchs (2007) de que tecnologias informatizadas de rede transformam de vez a sociedade, representando desafios e oportunidades num mundo globalizado em rede. É por isso que, para a ciência, os sistemas sociais em rede requerem uma ciência em rede (*networking science*) e é a transdisciplinaridade que representa o sistema de pesquisa de nível superior com linguagem compartilhada, a unidade na diversidade de disciplinas, abordagens, métodos, categorias, teorias, e assim por diante. Tal perspectiva emerge da comunicação de cientistas de origens diversas, mas que compartilham de um mesmo interesse num tópico comum de pesquisa sob diferentes ângulos (op. cit., p.7). No âmbito do direito,

Em muitos países que levam a sério a corrida tecnológica,<sup>246</sup> acredita-se que quem possui acesso a certas informações com maior rapidez e, ao mesmo tempo, dispõe de ferramentas que permitem depurar e traçar diagnósticos com precisão alcança, em alguma medida, maior sucesso nos tribunais, ou conta com maior facilidade para prever resultados para seus clientes.<sup>247</sup>

No Brasil o acesso a ferramentas diversas de bancos de dados ainda é incipiente, controlado por poucos especialistas e subaproveitado, de modo geral, pela comunidade jurídica, muitas vezes limitada aos operadores booleanos (operador que relaciona os termos de busca) e a expressões regulares nos buscadores de jurisprudência nos *sites* dos tribunais,<sup>248</sup> ou, ainda, restrita a compreensões de segunda mão sobre a comunicação digital do direito.<sup>249</sup>

No campo da dogmática jurídica e das operações argumentativas também é possível notar importantes modificações diante das transformações tecnológicas. Para esta tese, cada vez mais observa-se a preocupação dos tomadores de decisão em relação às consequências, Ferraz Jr. caracteriza isto como uma espécie de “função-prognóstico” da dogmática jurídica diante da revolução digital (2015, p. 205).

---

ilustrativamente, a *startup* Ravel Law oferece desde 2012 um produto que permite a advogados compreender como juízes pensam, escrevem e decidem, mapear todas as conexões e citações em diversas jurisdições americanas e, sobretudo, estimular *insights* para os casos difíceis. Estas transformações marcam uma nova forma de operação no direito, como pontuado por LEWIS, um dos sócios da *startup*, pois o campo jurídico não tinha sido realmente influenciado pelo *Big Data*, sendo que um dos atuais desafios é oferecer novas ferramentas para que advogados entendam quais informações são relevantes e como usá-las de maneira eficiente. Cf. entrevista LEWIS para a “Forbes”: <<https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2016/01/20/how-big-data-is-disrupting-law-firms-and-the-legal-profession/2/#42a652da5157>>. Acesso em 14 set. 2016

<sup>246</sup> Segundo a pesquisa de Frizzo-Barker et al. (2016), as pesquisas sobre *Big Data* concentram-se nos contextos estadunidense e europeu. Nesse sentido, também não surpreende que os principais interessados e envolvidos em *Big Data* sejam corporações multinacionais estadunidenses e europeias, tais como Walmart, Macy's, Amazon, Google, Universal, Sony BMG, IBM, Hewlett-Packard e Warner.

<sup>247</sup> Cf. BENNETT MOSES; CHAN, 2014.

<sup>248</sup> Neste sentido concordamos com a caracterização da advocacia no país por Ferreira, quando aproxima a profissão pela ótica da lógica mercantil, diz: “A advocacia passa a ser tratada como uma atividade a ser gerenciada por meio de uma engenharia de produção que recorre a avanços tecnológicos. Essa engenharia aloca advogados no curso de processos empresariais, em ambientes que oscilam do fordismo da linha de montagem ao contemporâneo flexível da distribuição em rede de escritórios” (2016).

<sup>249</sup> Ademais, no Brasil existem grandes problemas com a composição de seus bancos de dados, uma vez que não são divulgadas todas as decisões; há competições entre bancos de dados internos e externos dos tribunais; sistemas de busca imprecisos, entre outros. Além disso nesse sentido, destaca-se a pesquisa sobre a advocacia brasileira que aponta o nicho que poderia ser preenchido por pequenas sociedades capazes de introduzirem inovações tecnológicas e gerenciais para aumentar a produtividade e reduzir custos, cf. FERREIRA, 2016.

Estas transformações apontadas se orientam em certa ideia que, agora, diante da quantidade acumulada e disponível de tecnologia na sociedade, em especial pelo avanço do algoritmo, o sistema jurídico – e também outros – consegue antecipar e controlar todas as consequências envolvidas nas suas operações à luz de uma solução *deus ex-machina*.

A ideia do controle pelas consequências pode revelar-se como um norte diante de um sistema jurídico sem ordem pré-constituída, que cada vez mais se intensificam e produz desintegrações.<sup>250</sup>

Todavia, do ponto de vista sistêmico, pode-se apontar inúmeras questões de fundo, pois ainda prevalece certa ilusão sobre o alcance dos algoritmos e do controle pelas consequências,<sup>251</sup> sobretudo para explicar e descrever operações dos sistemas sociais. Esta parte da tese indica que a comunicação digital coloca em evidência uma nova observação da sociedade, mas deve ser ponderada de diversas formas.

Primeiramente, é preciso compreender que esta comunicação da sociedade moderna é orientada para o risco, um produto não apenas resultado dos avanços da tecnologia nos diferentes sistemas, mas também do aumento de perigos do ambiente. Ao mesmo tempo em que se expandem as possibilidades de pesquisa e do próprio conhecimento, novos paradoxos são desdobrados.

Em segundo lugar, é neste contexto que é possível observar o discurso forjado por determinadas organizações e sistemas sociais da formulação de uma sociedade de *experts*,<sup>252</sup> um discurso reforçado e aplicado nos anos 1990 no Brasil sob os auspícios do Consenso de

---

<sup>250</sup> Ferraz Jr. é preciso ao indicar o impacto na função social da dogmática jurídica, diz “a revolução cultural trazida pelo mundo digital faz-nos perceber que, aos poucos, antigas e sedimentadas noções dogmáticas, como a de direito subjetivo, além de deixar de ser o conceito central do direito privado, não é mais capaz de lidar com essa desintegração em pedaços (bits) da estrutura íntegra das coisas” (2015, p. 202).

<sup>251</sup> Algoritmos são resultados da sociedade e, neste sentido, ainda que se admita a autonomia do programador e a capacidade de arquivamento e processamento da informação, sempre haverá a dependência em relação à comunicação social. Diz Luhmann, em sentido próximo, que, “[e]videntemente, a ciência sugue dependendo da disposição social da linguagem; ainda que existam inúmeras tendências de matematização e computarização, ela mesma é uma comunicação” (1996, p. 428, tradução livre).

<sup>252</sup> Do ponto de vista da teoria dos sistemas, não se trata de uma sociedade, pois a comunicação científica está circunscrita aos limites do subsistema social da ciência. Todavia, o interessante é observar que a descrição apresentada reforça a não distinção em relação aos limites do subsistema da ciência e do ambiente social, isto porque a comunicação dos experts em tese circula para outros ambientes, como discutido no caso do sistema do direito e da política.

Washington e de uma agenda reformista do governo federal, sobretudo diante do esgotamento do modelo *welfarista*.<sup>253</sup>

Do ponto de vista sociológico, este discurso relativiza a descrição da diferenciação funcional, o que revela sua inconsistência.<sup>254</sup> Ao mesmo tempo é possível observar os *experts* como formas de “irritação”, uma comunicação social sobre a natureza e tecnologia. É por isso que os *experts* são observados como comunicações produzidas por autoridades e organizações que recorrem ao conhecimento científico para a tomada de decisão; são, geralmente, especialistas em sua área de atuação e reconhecidos pela comunidade científica.

Nesta compreensão, acredita-se que tais profissionais estejam em uma posição privilegiada para decidir questões consequencialistas, pois, além de sua credibilidade e de gozarem de certa experiência técnica, muitos participam dos círculos de poder, em fóruns mundiais, agências reguladoras, ministérios ou secretarias do executivo.

---

<sup>253</sup> Tal diagnóstico é controverso haja vista que alguns autores sustentam que a reforma gerencial, que reivindicava o controle dos custos dos serviços sociais, acabou fortalecendo e legitimando o estado social. Veja a posição do economista Bresser-Pereira: “A reforma gerencial de 1995 foi acusada de ser neoliberal. Hoje, porém, esse tipo de acusação está quase esquecido, porque ficou claro que sua consequência primeira foi fortalecer o próprio Estado e não o enfraquecer como almejavam os neoliberais. Na verdade, a reforma gerencial é compatível com governos de esquerda ou de direita, mas, como veremos adiante, ao tornar eficientes os serviços sociais e científicos prestados pelo Estado, ela legitima politicamente o estado social. No Brasil, ficou também claro ser um equívoco a vinculação da reforma gerencial de 1995 com o neoliberalismo, pelo fato de que as diretrizes básicas do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado continuaram a ser implantadas em nível federal e em muitos estados e municípios independentemente da orientação política dos respectivos governos. Embora os representantes do Partido dos Trabalhadores enquanto estavam na oposição fossem críticos da reforma, o governo Lula adotou muitos dos seus princípios. O emprego de técnicas gerenciais na administração do Bolsa Família e na reforma da Previdência, assim como a exigência do Ministério da Educação para que as universidades federais que adotarem o programa de reestruturação e expansão das universidades — o Reuni — elaborem planos estratégicos, são duas demonstrações desse fato. A decisão do governo federal de levar adiante as “fundações estatais” e de transformar os hospitais universitários federais em empresas foi uma forma de implementar a ideia das organizações sociais alterando um pouco sua definição jurídica,<sup>4</sup> e é mais uma indicação clara nesse sentido” (2017, p. 153).

<sup>254</sup> A inconsistência teórica é aceitar explicações que atribuem a dinâmica de controle social aos *experts* (atores) e seus interesses. Do ponto de vista de uma epistemologia construtivista, os *experts* são apenas comunicações de determinados sistemas, incluindo aí qualquer tipo de racionalidade que possa ser atribuída a eles. Trata-se, portanto, de uma abordagem fenomenológica da sociedade mundial. Nesse sentido HOLZER et al. aproximam a leitura sistêmica com a neo-institucional para sustentar que “A teoria dos sistemas concebe a diferenciação da sociedade em termos de relações sistema-ambiente baseadas em expectativas mútuas (estruturas de significado) em relação aos papéis, valores, atores, interesses, etc., que são continuamente construídos e modificados nos processos de comunicação. Isso se reflete no forte interesse pelas noções mundiais e outros aspectos de uma história conceitual de globalização. Da mesma forma, os neo-institucionalistas falam de “racionalização” em termos de modelos culturais (instituições) adquiridos, em que atores como estados-nação, organizações e indivíduos estão incorporados. Ambas as abordagens consideram a globalização não só como o resultado do aumento das interconexões globais entre atores de todos os tipos, mas também como uma transformação fundamental das formas pelas quais esses atores e suas relações são socialmente construídos” (2015, p. 5, tradução livre).

A tese destaca que os *experts* estão, na verdade, situados entre conhecimento e poder, definindo os rumos da sociedade mundial numa conjuntura de governança global e que muitas vezes são retratadas a partir das crises e da observação de riscos/perigos.

Se por um lado é possível observar uma extrema valorização dessa ideia de controle pelas consequências, que atribui a *experts* e órgãos especializados grande autonomia para a tomada de decisão, por outro este modelo baseado na atuação destes profissionais oculta diversos problemas e tensões.<sup>255</sup> Argumenta-se que o comportamento dos *experts* reproduz desigualdades e injustiças – *i.e.*, no sentido de um alarme moral ao apontar as incompetências funcionais - ao distribuir recursos e ganhos pela sociedade, notadamente inclusão pelo risco e exclusão pelo perigo.<sup>256</sup>

No caso do enfrentamento dos argumentos consequentialistas do direito, prevalece um paradoxo, pois, ao mesmo tempo que se admitem a neutralidade e a universalidade da expertise, também se observa o exercício de um poder parcial e enviesado que justifica suas posições, para além da observação sobre como o direito observa a aplicação deste tipo de argumento.

A tese admite que o direito, por meio da atuação dos *experts*, permite a articulação da ciência como conhecimento para a tomada de decisão jurídica envolvendo argumentos consequentialistas. Todavia, esta articulação não é clara, sobretudo se for considerado o paradoxo apontado entre o risco do sistema, especialmente gerado pela inclusão, e o perigo do ambiente, oriundo da exclusão. Observa-se, aqui, a mesma dificuldade da tradução e de operação da comunicação digital da sociedade à luz da operacionalização das consequências pelo direito.

Relembre-se que, ainda que a comunicação digital caracterize-se por algoritmos e pela capacidade de fazer circular grande quantidade de informação em curto tempo, ela é recursiva e contingente. Vale dizer, é necessário selecionar e compreender a mensagem que contém informação, caso contrário não se estabelece a comunicação – em quaisquer das formas digital, escrita ou oral.

---

<sup>255</sup> Ferraz Jr. debate o ponto a partir do problema do crescimento da atividade intervencionista do Estado, diz “a crescente interdependência que passa a existir entre pesquisa técnica e administração estatal, que faz da ciência uma espécie de força de produção de primeira grandeza. A ligação entre ciência e atividade estatal serve, assim, de mascaramento para as relações de domínio, as quais deixam de aparecer como processo de formação da vontade para assumir a forma de uma tecnocracia” (2015, p. 16).

<sup>256</sup> Este ponto é fundamental na teoria sistêmica, a saber, como a integração da sociedade mundial acompanham a inclusão universal? Discute-se a observação do desafio da aspiração de incluir toda a população mundial nos sistemas funcionais da sociedade, cf. LUHMANN, 2013.

Terceiro, admite-se que a sociedade de *experts* aumenta a incerteza em relação à operação dos sistemas. Neste diapasão, serão observadas posteriormente as modificações operadas nas organizações, em especial nos tribunais, afinal, o incremento de complexidade e variabilidade na sociedade requer formas de seleção distintas para redução da complexidade e possibilidade de decisão pela organização social – o que, numa visão sistêmica, acarreta exclusões, exigindo a compreensão deste tema a partir da questão sobre acesso e dependência de sistemas sociais, bem como a observação da formação de novas estruturas para lidar com essas incertezas e atentas ao primado da diferenciação funcional.

É por isso que esta tese apresenta e discute nesta parte conceitos paralelos que justificam a transformação operada pela comunicação digital e pela ideia de controle pelas consequências a partir da temática “risco/perigo”, “crise/estabilização” e “exclusão/inclusão”, oferecendo uma observação complementar dos argumentos consequencialistas do direito apresentada na parte I.

Vale, ainda, apontar que estes conceitos são compreendidos pela literatura sistêmica como metacódigos, os quais descrevem – numa observação de segunda ordem – o funcionamento da sociedade a partir da mediatização dos outros códigos,<sup>257</sup> bem como problematizam a abertura cognitiva que marca a relação entre sistema/ambiente por meio dos acoplamentos estruturais ou da atuação das organizações.

---

<sup>257</sup> Luhmann trabalha a distinção entre “inclusão/exclusão” como metacódigos da sociedade, implicitamente admitindo, inclusive, que se trata de uma diferenciação primária e anterior à diferenciação funcional. Ele sustenta que “[é] evidente que a diferenciação funcional é incapaz de ordenar seu âmbito de exclusão, mas, não obstante, em virtude de sua autocompreensão sociouniversal, a diferenciação funcional tende a se estender também sobre ele, ou seja, tende a não distinguir o dinheiro de acordo com a mão que o gasta ou que o recebe, deixa as leis valerem para todos, e não renega a ninguém a possibilidade de se casar e fundar uma família (ou torná-la dependente de autorizações oficiais). Essa lógica da diferenciação funcional entra, todavia, em contradição com os fatos da exclusão. Sua falta de probabilidade, sua artificialidade se tornam perceptíveis. Os seus códigos valem e não valem na mesma sociedade. E, disso, quando a coisa se torna séria e não pode mais ser afastada para o lado, pode-se concluir que a sociedade está ‘supercodificada’ pela distinção entre inclusão (com integração frouxa) e exclusão (com integração rígida), e que, de fato, é necessário se orientar primeiramente por esta definição, caso alguém queira se localizar” (2013, p. 39). Esta tese inova ao também admitir que as temáticas “risco/perigo” e “crise” possam ser compreendidas como metacódigos, pois ambas funcionam de maneira similar à distinção “inclusão/exclusão”. No caso de “risco/perigo”, a decisão sobre o risco de se aplicar um dos valores do código desdobra-se como perigo para terceiros afetados por esta aplicação; por sua vez, da inclusão decorre a exclusão para a observação não visível dos sistemas. Temporalmente, trata-se de compreender também que “o futuro agora só pode ser descrito pelo *medium* ‘probabilidade/improbabilidade’, textos (para quem sabe quantos leitores), comunicações (para quem sabe quantos observadores), obras de arte (para quem sabe quantos espectadores) e prescrições (para quem sabe quantos pacientes) são atualmente os modos pelos quais a comunicação faz a observação de segunda ordem disponível para a observação da primeira ordem” (LUHMANN, 2006, p. 230, tradução livre).



Todos estes conceitos colocam em evidência as condições de operação de cada um dos códigos dos respectivos sistemas sociais, servindo como nova forma de ordenação da comunicação digital. Neste sentido, essas distinções resultam de observações de segunda ordem, ou seja, os sistemas observam que estão sendo observados, e cada um reflete para si como metacódigos presumidos.

Ademais, segue-se aqui a própria sugestão de Luhmann, quando admite que é preciso esforço para produzir observações em direção ao lado não marcado (*e.g.*, exclusão) e de outros metacódigos.<sup>258</sup>

---

<sup>258</sup> Cf. LUHMANN, 2013, p. 41

## CAPÍTULO 6 – RISCO, PERIGO E CONSEQUÊNCIAS NA SOCIEDADE

O debate das consequências do direito implica discutir a ideia de risco no sistema jurídico, uma vez que o tomador de decisão busca antecipar e produzir conhecimentos de um evento não conhecido. Dialogar sobre consequências é também uma forma de lidar com o risco. Como é esclarecido adiante, tanto o debate das consequências nos tribunais como a ideia de risco no direito referem-se à produção de estabilidade a partir das operações e das estruturas do sistema jurídico, as quais são sempre presentes, ainda que se refiram ao futuro, a um tempo do imaginável.<sup>259</sup>

Vale notar, primeiramente, que ambas as noções de risco e de consequência devem ser compreendidas na teoria dos sistemas como formas de vinculação ao futuro, estabelecidas pelas operações e limitadas pela temporalidade de cada subsistema. Especificamente, risco é uma forma de comunicação de uma informação presente sobre um evento futuro; similarmente, consequência é uma comunicação do efeito de uma decisão em um futuro desconhecido.

Em uma visão sistêmica, a ideia de risco econômico, ou risco monetarizado, só terá sentido a partir das estruturas, das operações e do tempo do sistema econômico – aplica-se o mesmo raciocínio para o risco político, o da saúde, o da educação etc. O risco, por assim dizer, acaba evidenciando (internamente) a segurança dos sistemas, que deve observar a operação de acordo com os códigos. Em seguida, é preciso discutir a segurança também como uma adequação dos programas, e se esta é capaz de cumprir as funções de cada sistema frente a circunstâncias incertas.<sup>260</sup>

Em todos os casos, as possibilidades de conhecimento em relação ao futuro (não saber) são analisadas a partir da preocupação da estabilidade interna de eventos de cada

---

<sup>259</sup> Para uma discussão geral sobre direito e imaginação, cf. RODRIGUEZ, 2016 e AMATO, 2017.

<sup>260</sup> Interessante perceber que Luhmann não trabalha a distinção “risco/segurança”, porém não exclui a relação entre eles, supondo-se que seja o caso de uma diferença da *reentrada* da forma “risco” no sistema. Trata-se de uma distinção interna que possibilita a adequação do risco pelo sistema ou mesmo a discussão de estruturas de aversão ao risco. Já a distinção “risco/perigo” decorre de uma observação de segunda ordem em relação ao dano futuro, seja em relação à decisão (risco para o sistema), seja em relação ao efeito (perigo para o ambiente). Para Luhmann, “o par de risco/segurança fornece-nos um esquema de observação que, em princípio, permite calcular todas as decisões do ponto de vista do risco envolvido. Como resultado, esta forma tem a virtude incontestável de universalizar a consciência do risco. Assim, não é por acaso que, desde o século XVII, os temas de segurança e risco tenham amadurecido em um processo de interação mútua” (2006, p. 20, tradução livre).

sistema, que é sempre uma operação atual/presente (saber); trata-se da criação de técnicas de tratamento do risco – *e.g.*, como discutido em relação da dogmática jurídica em relação às consequências no capítulo 5.

Na literatura sociológica, esta preocupação ganhou destaque e representou um traço da modernidade que marcou a “sociedade do risco”, como a caracterização segundo De Giorgi:

sociedade [que] criou condições para se construir futuros diferentes, para manter elevada a contingência dos eventos, vale dizer para manter possibilidades sempre abertas quando, em razão de uma decisão, verificou-se um eventual dano que se queria ter evitado e que uma outra decisão poderia ter evitado (2008, p. 44).

Considerando-se os avanços tecnológicos para o debate dos riscos, é possível indagar, como exemplo, quais são as repercussões e os riscos relacionados à aplicação, por exemplo, da nanotecnologia na sociedade? É frequente o manuseio de elementos nanoparticulados em diversos produtos, no entanto, não se sabe ainda precisar o que o contato com esses elementos é capaz de provocar na saúde de trabalhadores e consumidores. No sistema científico, discutem-se os efeitos das nanopartículas dentro do corpo humano, as quais podem servir de gatilho para reações químicas que ativam ou desativam genes específicos ao atingir a corrente sanguínea. No sistema jurídico, o avanço em nanotecnologia abre espaço à necessidade de antecipação dos problemas ambientais e éticos por meio de textos legais, sobretudo com o intuito de proteger o princípio da dignidade humana e os direitos das gerações humanas futuras. As repercussões da nanotecnologia sobre o futuro da sociedade são sucessivas, e cada risco considerado implica o desdobramento de outros a partir das operações de cada subsistema.<sup>261</sup>

Pode-se citar, ainda, o tema da tomada de decisão com base nas consequências – tema da tese. É importante lembrar que numa visão sistêmica a função do direito é estabelecer este vínculo com o futuro, já que se trata de um sistema caracterizado pela imunização e pela solução antecipada de problemas da sociedade. A estabilização de expectativas normativas é sempre uma operação atual e *ex-post-facto* por meio de antecipações fixadas em textos legais ou criadas em decisões jurídicas de eventos futuros e frustrados no presente. No caso dos tribunais, prevalece também o caráter contrafático e

---

<sup>261</sup> Cf., ilustrativamente, o debate sobre avanços tecnológicos e a questão do risco/perigo em Luhmann (2006).

normativo do direito. Em suas decisões, juízes antecipam e atribuem valores a consequências que qualificam e justificam como necessitadas de proteção jurídica. No entanto, estas decisões repercutem como novas possibilidades de se considerar novos riscos e evitar novos problemas.

Como sublinhado, muitos sistemas sociais criam condições para que se antevejam e que eles imaginem os eventos no presente a partir das suas operações funcionalmente diferenciadas. Todavia, o risco e as consequências estão baseados num paradoxo relacionado à distinção sobre o perigo, que, por sua vez, se interliga com outras distinções sobre o presente e o futuro replicadas nas diferenças entre “saber/não saber”, “certeza/incerteza”, “segurança/insegurança”.

Sistemas podem controlar perigos por meio dos riscos, porém, a própria decisão sobre o risco produz novas consequências. Em síntese, o controle de riscos gera novos riscos ou, como diz De Giorgi, o “(...) aumento do risco significa, paradoxalmente, incremento das possibilidades de evitar o risco à medida que se disponha a correr outros riscos” (ibidem, p. 45).

Esta posição é bem esclarecida por Luhmann, que, na obra *Risco: uma teoria sociológica* (2006), publicada pela primeira vez em 1991, admite sua diferenciação do perigo e reduz o problema a uma questão de atribuição, evidenciando que se trata de uma observação de segunda ordem mediatizando a própria aplicação do código: “[u]m sistema se auto-observa somente para determinar quais operações usam seu próprio código e nenhum outro. Para este fim, o sistema deve se observar como observador” (ibidem, p. 221). No caso, é preciso saber quem decide sobre a possibilidade de se imputar a decisão de atribuição de risco a alguém.

Nesse diapasão, deve-se considerar que a ampliação do risco pelos sistemas deve ser controlada por suas próprias operações, mas também indica uma limitação, já que nem todo risco pode ser controlado (ou antecipado) pelas operações, sobretudo porque eles não são eliminados, mas desdobrados. Assim, o direito não consegue controlar todos os riscos que produz, as consequências extrajurídicas (econômicas, políticas etc.) de uma decisão jurídica. A política não é capaz de controlar todos os riscos de uma regulação por meio de medidas securitárias ou planificações – a todo momento o sistema político reajusta suas rotas.<sup>262</sup>

---

<sup>262</sup> Veja a discussão de riscos do poder, cf. LUHMANN, 1985, pp. 67-73

Ainda, o mesmo raciocínio pode ser aplicado à economia, cujo sistema baseia-se, na essência, em operações de monetarização de riscos e propagação em outros sistemas.

Esta situação não impede, todavia, que os sistemas sociais produzam conhecimentos sobre os riscos e nem que se antecipem certos eventos ou, ainda, que se decida com base em tais compreensões incertas, em especial se se considerar que as operações de organizações não estão limitadas pelas operações dos sistemas funcionais.

Como pontuado na parte I da tese, um juiz pode analisar e avaliar o impacto do risco de quebra do sistema financeiro ao decidir sobre problemas contratuais de planos econômicos ou ao proferir uma decisão política sobre planos hospitalares que privilegie determinada categoria da população em detrimento de outros. Da mesma forma que o risco jurídico pode afetar as expectativas econômicas, elevando os preços – tal como no diagnóstico do viés “anticredor” dos tribunais brasileiros de Schuartz et al. (2006).

No entanto, do ponto de vista sistêmico, estas hipóteses de tratamento de riscos não são completamente calculáveis e sequer previsíveis, uma vez que os riscos são sempre contingentes e sucessivamente aleatórios em relação às temporalidades de cada subsistema.

É possível afirmar, na verdade, que o risco faz parte desta sociedade mundial caracterizada pela comunicação digital e que se orienta para o futuro. Veja-se o caso do direito: prevalece sobre a certeza uma incerteza constitutiva do sistema jurídico que se relaciona com sua abertura cognitiva – o direito ao mesmo tempo atualiza-se e modifica-se. Igualmente, essa situação de incerteza é trabalhada por outros sistemas a partir de suas respectivas temporalidades.

## **6.1 Adequação de uma sociedade mundial?**

É possível indagar se essas operações em relação à observação “risco/perigo” refletem, na verdade, uma pressão da dinâmica da sociedade mundial, marcada pela ampla diferenciação e fragmentação. Seria o caso de perceber um movimento de adequação dos sistemas frente às pressões ambientais? Esta perspectiva pode ser contextualizada a partir do processo de globalização do capital e de uma retórica desenvolvimentista que aparece com força no final do século XX, limitando a atuação dos sistemas sociais e questionando o

primado da diferenciação funcional. Tal contextualização remonta a um debate acerca dos atuais modelos de Estado, de direito e, inclusive, de tribunal na sociedade mundial.<sup>263</sup>

De acordo com esta visão, há uma desvinculação da política centrada no Estado nacional. Não é possível admitir a centralidade da política estatal na resolução de problemas sociais, sobretudo porque agora é necessário arrogar-se à competência global (FISCHER-LESCANO; MÖLLER, 2017, pp. 35-58). Observa-se, paulatinamente, a atuação de uma sociedade política, ou de uma governança mundial,<sup>264</sup> em que Estados nacionais disputam poder e relacionam-se com organizações internacionais (*e.g.*, empresas transnacionais, organismos multilaterais, tribunais internacionais) de todo tipo. Da mesma forma, não é possível acreditar que se trata de mera substituição da ordem política nacional para um campo supranacional capaz de agregar uma única política mundial integrada.

Ao contrário, cada vez mais o espaço mundial é caracterizado por desintegração, contradição e disputas. Diferentes obstáculos estruturais são revelados: desigualdade de desenvolvimento econômico entre as regiões; movimentos separatistas; inexistência de centro e de vértice; situações de dominação, ou, nos dizeres de Fischer-Lescano e Möller, “[a] vontade sistêmica por poder se expressa fortemente em instituições políticas-econômicas, como a OMC ou o FMI. Tais instituições engendram uma moldura regulatória para as relações globais de produção” (*ibidem*, p. 15).

Vale notar, inclusive, que o sucesso de países neste cenário passa a ser determinado por avaliações de risco de crédito, em especial pelo grau de inadimplência, produzidas por agências de classificação (*e.g.*, Fitch Ratings, Moody’s e Standard & Poor’s) que já atuavam desde o início do século XX, mas que ganharam relevância somente no final do século passado. Em verdade, tais agências reestruturaram-se a partir da globalização,<sup>265</sup> tornando-se verdadeiros instrumentos para operacionalizar as pressões e os ajustes necessários que

---

<sup>263</sup> Segundo uma leitura de Neves (2006, pp. 259-283), esta relação pode ser encaminhada de duas maneiras: admitindo ordens jurídicas globais ou discutindo uma política interna mundial. A primeira corrente vincula-se às obras de Teubner e a segunda, ao projeto filosófico de Habermas. O destaque especial de Neves ocorre por meio da obra de Teubner, indicando o conceito de globalização que resulta na produção de novas semânticas pelos sistemas sociais.

<sup>264</sup> Para uma caracterização geral da governança mundial, cf. FONSECA, 2016, pp. 47-54.

<sup>265</sup> Na chave sistêmica, a ideia de globalização deve ser compreendida de maneira multidimensional e considerando a diferenciação funcional, Holzer et al. explicam: “A visão multidimensional ultrapassa as distinções comuns entre os aspectos econômicos, políticos e culturais da globalização e sugere análises mais detalhadas da globalização além dos sistemas econômicos e políticos” (2015, p.2, tradução livre).

países deveriam cumprir para atender às exigências de certas instituições internacionais – a despeito dos erros históricos cometidos por essas mesmas agências, como na crise de 2008.<sup>266,267</sup>

Ademais, há uma “libertação” do direito em relação à política (desvinculação do Estado), uma vez que, agora, aquele se vincula a uma diversidade de sistemas e organizações mundiais, não se limitando aos vínculos constitucionais. Como Neves sustenta, uma desconstrução do direito está em jogo, pois “[e]m vez de enfatizar-se a bivalência do código lícito/ilícito, põe-se então o acento na polivalência decorrente do vínculo do código jurídico com os códigos binários de outros sistemas fechados” (2006, p. 263). O direito e os outros subsistemas podem ser compreendidos somente se se admitir que dependem de uma multiplicidade de auto-observações e autodescrições, a multiplicidade de uma máquina não trivial.

É importante saber como se dá a adequação da sociedade mundial diante do enfraquecimento do Estado nacional e da “libertação” do direito. Esta questão foi encaminhada, historicamente, por estudiosos interessados na agenda de desenvolvimento, especialmente em discussões relativas ao problema das economias emergentes ou das economias “restantes”.<sup>268</sup> Levanta-se a dúvida: por que a corrida de desenvolvimento é um processo desigual? A literatura neoinstitucionalista,<sup>269</sup> fortemente influenciada pela matriz

---

<sup>266</sup> É possível questionar, portanto, se faz sentido a distinção entre uma sociedade “moderna central” e outra “periférica”, como propõe Neves (2006, pp. 215-258). Afinal de contas, pressupõe-se, aqui, “periferia” como condição (ou parte integrante) da operação da sociedade mundial, e não propriamente como uma sociedade subalterna. Instituições internacionais dependem de países “periféricos” para justificar suas posições de dominação, bem como para sustentar o discurso explicativo do subdesenvolvimento à luz dos países “centrais”. Subjacente à leitura, fato é que países “centrais” também operam por meios patrimonialistas e possuem problemas generalizados de corrupção. Compreende-se, assim, a crítica de Gonçalves à Neves de que “(...) ainda que Neves reconheça os limites dessa análise [da dicotomia clássica tradição/modernidade], não desenvolveu abordagem crítica à posição central de categorias, como troca de favores ou patrimonialismo. Para ele, nossa [a brasileira] modernidade é ‘negativa’, isto é, um desvio do padrão alcançado pelos países centrais. O autor considera que o Estado Democrático de Direito não se realizou plenamente na periferia da modernidade” (2013, p. 265). SOUZA é mais radical em relação a NEVES, pois trata a leitura deste como um “racismo mal disfarçado em culturalismo das teorias da modernização tradicionais – que substancializam e ‘essencializam’ supostas heranças culturais como até cem anos atrás se ‘essencializavam’ supostas diferenças raciais – está presente nos dois” (2013, p. 153), afirmando que o jurista brasileiro – tal como LUHMANN – defende um argumento central da sociologia “conservadora” (2013, p. 168).

<sup>267</sup> Relembre-se que as três principais agências de classificação de crédito atribuíram um alto grau de investimento para o banco Lehman Brothers em 2008, mesmo ano em que o banco solicitou concordata diante da crise do *subprime*. Para uma discussão da crise a partir do direito, cf. FARIA (2011, pp. 21-32).

<sup>268</sup> Cf. AMSDEN (2001).

<sup>269</sup> A corrente neoinstitucionalista (ou a nova economia institucional) diz que o problema do desenvolvimento não é a formação de capital, mas a alocação de recursos no mercado, considerando-se o custo de transação.

formal weberiana,<sup>270</sup> articula este ponto destacando a importância do fortalecimento das instituições; nesta perspectiva, o desenvolvimento resulta em um processo desigual porque muitas economias não realizaram a "revolução do capitalismo", isto é, não estabeleceram um modelo racional de direito capaz de permitir que o sistema de mercado que funcione bem.<sup>271</sup>

O modelo racional pode ser explicado como uma dotação de determinados fatores transplantáveis, como uma equação entre "boa lei" e "boa aplicação" gerando "bons resultados econômicos". Segundo essa literatura, ainda que se considere que as atividades econômicas ocorrem de forma institucionalizada e organizada, o mercado é produto não apenas das interações entre agentes racionais, mas também entre regras. Portanto, passou-se a considerar o direito um instrumento regulador por excelência para exercer e legitimar a estrutura de mercados, sendo também um mecanismo eficaz de proteção da propriedade em qualquer estrutura econômica.

Esta situação encontra eco nos esforços dispendidos pelos Estados Unidos para promover mudanças políticas na América Latina por meio de transplantes, como as realizadas pelo movimento *Direito & Desenvolvimento* nas décadas de 1960 e 1970, que teve um segundo e fortalecido retorno no final dos anos 1980 e 1990, com foco na reforma judiciária e na regulação, sob o argumento de que instituições de *common law* seriam melhores para promover o desenvolvimento econômico.

Subjacente à retórica desenvolvimentista do final do século XX, influenciada sobretudo pelas diretrizes do Consenso de Washington e do esgotamento do modelo *welfarista*, estava a defesa de um movimento de expansão e concentração do capital em detrimento de qualquer fronteira territorial e capaz de produzir riqueza para toda a sociedade.

---

Nessa linha, consideradas as devidas especificidades de cada autor, destacam-se Ronald Coase, Oliver Williamson e Douglass North. São considerados novos em oposição às antigas teorias institucionalistas, especialmente as de John R. Commons e Thorstein Veblen.

<sup>270</sup> Max Weber foi um dos primeiros sociólogos a sustentar que o direito importa para o capitalismo, sopesando a ascensão do capitalismo industrial na Europa do século XIX. Com base em sua investigação histórica e análise de tipos ideais, ele afirmou que o direito, com alto grau de diferenciação e confiança substancial em regras gerais e preexistentes (modelo racional e formal), contribui para o desenvolvimento do capitalismo na medida em que assegura alto grau de calculabilidade e é capaz de desenvolver disposições substantivas para se ajustar à necessidade de operação do mercado. Nesse sentido, TRUBEK (2007) diz que o modelo adequado para o funcionamento do sistema de mercado é baseado no legalismo, único meio que pode fornecer o grau de certeza indispensável para atender às demandas do mercado.

<sup>271</sup> Para uma aproximação entre o referencial neo-institucionalista e a teoria dos sistemas, cf. STICHWEH, 2015.



Não há dúvida, hoje, de que a sociedade mundial revelou-se campo privilegiado para a discussão, propagação e controle do código econômico. Vale dizer, o sistema econômico é preferencialmente observado, em detrimento dos demais, como apontado na descrição de Fischer-Lescano: “Os global players jogam com o direito. Corporações transnacionais movem-se nos mercados globais apoiadas por tratados mundialmente abrangentes. Elas desenvolveram finas técnicas para que o direito as sirva, plasmaram um mundo à sua imagem” (2017, p. 46).

Percebe-se, portanto, que a “libertação” do direito e sua adequação face à sociedade mundial não ocorreu mediante observância de certa horizontalidade, ou com reciprocidade pressuposta na ideia de acoplamento estrutural entre direito e economia. Compartilha-se em parte, aqui, dos diagnósticos de Fischer-Lescano (2017) e de Neves (2006, p. 267), de que a sociedade mundial marcou dependências unilaterais e subordinações estruturais e difusas do direito diante de certos “dominadores”. Todavia, indaga-se: o que esses diagnósticos significam para a sociedade? No âmbito desta tese, como eles explicam o aumento de argumentos consequencialistas pelo direito?

Tais perguntas encaminham-se pressupondo a operação de uma nova ideologia<sup>272</sup> – entendida como condição que busca por univocidade significativa –, o que implica considerar o direito *medium* do dinheiro, uma vez que se observa a expansão do código “ter/não ter” nos diferentes sistemas funcionais em escala mundial. A sociedade mundial é, portanto, marcada por diversas assimetrias e crises que permitiram, na prática, a concentração de poder por grandes corporações multinacionais em diferentes mercados, o que levou, em grande parte, que a “libertação” tenha sido conduzida por meio de investimentos estrangeiros.

Este diagnóstico é geralmente apresentado por um esquematismo, que possui gradações, em que se enfatiza, de um lado, uma colonização econômica e, do outro, a marcha

---

<sup>272</sup> A tese segue o apontamento de Ferraz Jr. ao indicar a necessidade de se entender que “a ideologia exerce uma função”. “Ideologia pode até ter a ver com denúncia da verdade (estrutura da mentira) e mesmo exigir um perspectivismo: a questão, porém, é mostrar como e com que resultados ‘a ideologia exerce uma função’. E que função é essa? Fui, no entanto, procurar essa resposta não tanto em [Niklas] Luhmann, mas em Umberto Eco. Foi nele que busquei bases para conceber que a função da ideologia era criar condições, por perversão da função estimadora do valor, para o aparecimento de um sistema de valores. A ideologia como uma valoração, última, de valores (Umberto Eco), que perverte, assim, a função recorrente do valor de estimar (o que quer que seja, inclusive outros valores), pondo-lhe um fim. E, aí, entrava [Niklas] Luhmann: ideologias não se valoram, não dialogam: se excluem e, quando muito, uma absorve a outra por uma espécie de ‘tolerância’ (2010, p. 179).

de progresso, resultando numa competição justa e na extinção de privilégios permanentes. A primeira leitura identifica-se como um modelo neoliberal e a segunda, como efficientista/reguladora.<sup>273</sup>

No modelo neoliberal<sup>274</sup>, rejeita-se a intervenção do governo no mercado em defesa de um livre-comércio, considerado eficiente quando agentes econômicos estão livres para competir. Neste pensamento, aposta-se que o mercado sempre se sobressai em relação ao Estado no processamento de informações e, portanto, produz as melhores decisões ou orientações para os demais sistemas.

O pensamento neoliberal acabou adotando e replicando uma posição que favoreceu a concentração de poder de certas corporações por meio de privatização e liberalização de mercados e, ao mesmo tempo, excluiu diversos outros interesses e questões da agenda política de muitos governos. De acordo com Fischer-Lescano e Möller, o direito, nesse modelo, estruturou as ideias neoliberais ao fornecer uma base jurídica segura para a expansão do poder das corporações em dimensão global (2016, pp. 11-47), como “um véu

---

<sup>273</sup> É possível também aproximar esta visão do modelo de Roberto Mangabeira Unger conhecido como “superliberal”, diz o jurista: “O programa que descrevi não é apenas uma outra variante da republicação mítica e iliberal nem muito menos uma síntese absurda das democracias estabelecidas com seu oposto imaginário. Em vez disso, isso equivale a um superliberalismo. Empurra as premissas liberais sobre o estado e a sociedade, sobre a liberdade de dependência e governança das relações sociais pela vontade, até o ponto em que se fundem em uma grande ambição: a construção de um mundo social menos estranho a um indivíduo que sempre pode violar as regras generativas de suas próprias construções mentais ou sociais, e colocar outras regras e outras construções em seu lugar. Uma maneira menos controversa de definir o superliberalismo do programa é dizer que representa um esforço para tornar a vida social mais parecida com o que a política (restrita e tradicionalmente definida) já é amplamente como nas democracias liberais: uma série de conflitos e negócios entre grupos mais ou menos transitórios e fragmentários. Esses grupos constituem partes de opinião, pelo que quero dizer não apenas os partidos políticos em sentido estrito, mas também quem pode reunir-se em torno da defesa de um interesse ou uma causa que ele quer ver avançado pela afirmação ou retirada do poder governamental. Tal experiência contrasta com um modo de organização social que posiciona as pessoas em estações fixas em uma divisão de trabalho rígida e hierárquica. Para refazer a vida social à imagem da política liberal, é necessário, entre outras coisas, mudar a concepção liberal e a prática da política. Uma das tarefas de um programa progressivo é mostrar como essa mudança pode ser efetuada” (2015, p. 125, tradução livre).

<sup>274</sup> A tese refere-se ao neoliberalismo como conjunto de políticas e regras que permitem a extrema centralização e concentração do capital. Diferentemente da tradição liberal, o pensamento neoliberal entende que o monopólio não é necessariamente nocivo se provar ser eficiente para a economia; assim, a ideia de concentração tornou-se central para a teoria neoliberal, justificando, na prática, a concentração do poder econômico de algumas corporações multinacionais. São exemplos de políticas neoliberais a privatização de empresas estatais e a desregulamentação de setores econômicos estratégicos; entre as regras, citam-se o sistema de proteção da concorrência e o direito comercial, os quais podem permitir a liberalização das finanças, encorajando atividades que contribuam para a concentração de poder econômico, hipótese em que as regras demonstram ser extremamente funcionais para a expansão e a concentração do capital. Neste sentido, cf. DUMÉNIL e LÉVY, 2005. Para uma interessante análise do sistema de proteção da concorrência e do neoliberalismo no Brasil, cf. MIOLA, 2016.

de igualdade, que obscurece a realidade da desigualdade socioeconômica” (ibidem, p. 21). Estas posições ensejam críticas no sentido de que os problemas distributivistas não são encaminhados, contribuindo cada vez mais para o aumento das desigualdades sociais.

Em contrapartida, no modelo eficientista/regulador<sup>275</sup> enfatizam-se as aquisições evolutivas da história a fim de indicar que o novo modelo organizou-se a partir de ajustes de deficiências das experiências passadas dos modelos liberal e welfarista, e não necessariamente de um modelo centralizado no mercado. A “libertação” do direito da política estatal não foi acompanhada pela reciprocidade da expansão do código “ter/não ter” no sistema.<sup>276</sup>

A visão eficientista/reguladora compartilha do argumento de que aquisições evolutivas apresentaram, em alguma medida, saldos positivos perante determinados desafios após o esgotamento do modelo welfarista, alegando redução de custos e aumento de eficiência ao alocar as decisões para o setor privado e para os *experts*, que conheceriam os verdadeiros problemas da sociedade.

---

<sup>275</sup> Este novo modelo de Estado é de difícil adjetivação, por vezes chamado de pós-social, pós-moderno, contemporâneo, eficientista ou regulador. Na sociologia do direito, a ideia de eficientismo aproxima-se muito dos trabalhos de Weber (1978), que dedicou grande atenção aos motivos de o capitalismo industrial ter aparecido no mundo ocidental e acabou explicando-os por meio da análise, em parte, do direito europeu. Para tanto, valeu-se de tipos ideais da forma do direito para descrever e analisar o direito na sociedade. O direito, para Weber, varia em seu grau de diferenciação e de generalidade das normas jurídicas, podendo ser (1) formalmente ou (2) substancialmente irracional, ou (3) substancialmente ou (4) formalmente racional. A generalização é a capacidade de reduzir os fundamentos que determinam a decisão, no caso concreto, a uma ou a várias preposições jurídicas e está ligada a previsibilidade. A diferenciação (ou sistematização) relaciona-se com a própria autonomia do sistema jurídico, observada na inter-relação de todas as preposições que formem entre si um sistema de regras sem contradições (consistente) e sem lacunas (completo). A visão eficientista aproxima-se do tipo ideal racional lógico-formal, que combina alto grau de diferenciação jurídica a confiança substancial em regras gerais preexistentes para a tomada de decisões jurídicas. Seguindo a leitura de Trubek (2007), na visão weberiana este tipo é o que historicamente predomina na noção de direito moderno. Assim, o direito moderno é capaz de prever comportamentos, habilidade intimamente ligada à certeza de que instrumentos de coação podem ser invocados na eventualidade de se observar um comportamento diferente do esperado. Neste contexto, fica claro por que um sistema jurídico calculável oferece o meio mais confiável para se combinar coação e previsibilidade; aqui, fundem-se os modelos do legalismo e da dinâmica capitalista — um sistema de governo por regras parece ser intrinsecamente mais previsível do que qualquer outro método de se estruturar as coerções.

<sup>276</sup> Numa leitura sobre as características deste modelo, Fonseca define-o como um Estado construído a partir da noção de regulação econômica: “surge como a característica em torno da qual os demais atributos [privatização, pluralismo, governança, cooperação, eficiência, subsidiariedade, estratégia, focalização etc.] podem ser organizados, pois desponta como principal tipo de intervenção pública na economia do Estado contemporâneo, preocupado não apenas com as falhas de mercado, mas também com as falhas de governo” (2016, p. 47). Este novo modelo de Estado admite uma governança compartilhada entre atores privados e públicos, num processo de descentralização e de esvaziamento político do Estado, sendo os principais tomadores de decisão os *experts* e os especialistas — como será apontado no capítulo 7. Nesta chave, seguindo Souza, pressupõe-se uma certa hegemonia de “padrões”, tanto do ponto de vista científico como do político (2013, p. 161).

O Estado atual, portanto, não é uma retomada direta do Estado liberal, pois conseguiu absorver algumas experiências e estruturas do modelo de bem-estar social, capaz de atender aos interesses da coletividade. Reconhece-se, assim, a caracterização do pesquisador brasileiro Fonseca de que o Estado regulador representa, por um lado, uma superação do Estado liberal e do Estado intervencionista, mas, por outro, não deixa de ser uma espécie de síntese que convive com certos aspectos das fases anteriores (2016, p. 46).

Todavia, a tese evita seguir esta esquematização ideológica do modelo efficientista/regulador ou do neoliberal. Acredita-se, na verdade, que tais perspectivas sejam observações internas e de primeira ordem do sistema político, o qual convive com disputas demagógicas para justificar posições de governo e de oposição. O referencial sistêmico, exige reconsiderar a tese do predomínio da colonização econômica para uma visão multidimensional deste movimento.

Ao contrário, seguindo apontamentos de Luhmann (2007b) relativos à sobrecarga do sistema político, é possível proceder a uma nova distinção que afaste as duas perspectivas e coloque em questão a atual tendência de sobrecarga dos sistemas sociais via economização, mas também advinda de outros sistemas de função.

Trata-se de observar a tese de que a diferenciação funcional leva à globalização, o que marcou a intensificação dos fluxos comunicacionais e, por sua vez, as tensões e problemas de tradução entre sistemas. Segundo Holzer et al. pressupõe que “(i) no caso de um campo funcional alcançar uma certa autonomia de seu ambiente social, ele tende a universalização e globalização e (ii) argumenta que esta visão, é amplamente aceita quando se trata de mercados econômicos, mas também pode ser aplicado a sistemas como a política, o direito, a ciência, a educação, e outros meios de comunicação social, a arte ou o esporte” (2015, p. 6, tradução livre).

A globalização é, por assim dizer, compreendida como um processo de comunicação entre ausentes e que possibilita as operações dos sistemas a partir de um horizonte global, para além dos territórios. O professor brasileiro Dutra ressalta tal ponto, “Sistemas funcionais globais existem quando suas operações e as unidades sociais orientadas por seu código valorativo (sobretudo as organizações) tomam como referência um sentido de possibilidade que transcende todo tipo de conexão local” (2016, p. 92). Neste sentido, a ideia de comparação ganha relevância já que toda operação local é orientada comparativamente ao nível global.

A ideia de economização pode, à primeira vista, remeter a uma forma de dominação. Todavia, a noção sistêmica admite que a sociedade mundial é fragmentada e composta por uma série de sistemas funcionalmente diferenciados em que já não é possível preferir um sistema funcional sobre outro, e a economização configura perigo ambiental para os demais sistemas sociais, admitindo-a como nova informação comparada. Sublinha-se, aqui, o traço comparativo da economização já que ela assegura esta comparação intersistêmica globalmente.

Em outras palavras, trata-se de observar a questão do primado: se é possível identificar um sistema de função – *e.g.*, economia ou política - como o principal fator impulsionador da globalização e do controle da sociedade mundial. Obviamente, muitos teóricos responderam esta pergunta de forma afirmativa, apontando a prevalência do sistema econômico.<sup>277</sup> Todavia, para os teóricos sistêmicos e para esta tese, não aceita-se a identificação de fatores primários como sendo tão evidente. Em certo sentido, a preocupação é compreender a circulação da comunicação e as sucessivas traduções operadas entre os sistemas e organizações.

Como já se tem insistido nesta parte, a sociedade mundial caracteriza-se por um excessivo transbordamento de informações e, por conseguinte, nos desdobramentos – próprios da circulação da comunicação – e nas transferências de “riscos/perigos” entre os sistemas sociais.

Em sua crítica ao modelo welfarista, Luhmann lembra que seu esgotamento ocorreu pela sobrecarga do sistema político sobre si mesmo, porque, em muitos casos, este seria extremamente sensível ao ambiente a ponto de deteriorar sua capacidade de receber estímulos e de autocritica (2007b, p. 154). Tal situação é caracterizada pelo sociólogo a partir de uma diferença entre os conceitos expansivo e o restritivo da política, e o primeiro indicaria que “(...) a política seria o destinatário último de todos os problemas, uma vez que seria o ápice de uma estrutura hierarquizada da sociedade e que possui a última palavra” (ibidem, p. 156, tradução livre).

---

<sup>277</sup> Neste sentido o instrumental sistêmico é capaz de superar a tese habermasiana da colonização do mundo da vida, que já não seria mais adequada para oferecer um diagnóstico mais complexo dos obstáculos sociais. A visão sistêmica ao observar a identidade como diferença – próprio de uma racionalidade paradoxal – e ao preservar a autonomia dos sistemas, possibilitaria rastrear as tendências de desdiferenciação funcional, bem como mapear os obstáculos a partir de conceitos mais apropriados – *e.g.*, códigos, programas, função, fechamento operativo e acoplamento estrutural são conceitos que preservam as complicadas relações e operações que estão subjacentes aos conflitos e ao mesmo tempo conseguem descrevê-las sem reduções. Cf. MINHOTTO; GONÇALVES, 2015.

Não havia um limite claro entre sistema político e ambiente – diferentemente da concepção mais restritiva, atenta à distinção funcional – e, portanto, problemas econômicos, jurídicos, familiares, científicos entre tantos outros eram reduzidos e encaminhados exclusivamente pela comunicação política, opção desenhada pelo welfarismo. Nesse sentido, Luhmann indicou os riscos e os perigos da politização dos sistemas sociais, a qual, ao pretender planejar e planificar ao máximo as escolhas à luz de certos valores fundamentais, comprometeu a capacidade de imposição política de decisões coletivamente vinculantes.<sup>278</sup>

Diante desta perspectiva, independentemente da preferência em relação ao esquematismo anteriormente apresentado, a tese admite que o atual modelo absorveu os problemas do modelo liberal e do welfarismo – acarretando num transbordamento de informações: de um lado, a “libertação” do direito do Estado; do outro, a incapacidade de aplicação de direitos pelo Estado diante da sua incompetência de lidar com a economização. Este ponto será aprofundado na sequência.

## **6.2 Economização e perigo ambiental da sociedade mundial**

A explicação sociológica passa a concentrar-se na ideia de economização (e não mais politização) dos sistemas sociais que se desenvolvem a partir de um conceito expansivo de economia presente no ambiente. Todavia, esta tese entende a economização não como corrupção de códigos nem como incorporação de um terceiro valor na codificação – *e.g.*, como na tese do primado do sistema econômico diante dos demais -, mas como resultado da

---

<sup>278</sup> O interessante é que a crítica luhmanniana abrange dois pressupostos: em primeiro lugar, admite que a sociedade é organizada por sistemas sociais funcionalmente diferenciados e que, ao mesmo tempo, não possui nenhuma referência central ou vértice, o que rechaça qualquer tentativa de descrição que pressuponha a centralidade do sistema político na sociedade – tal como o faz a teoria política ou, ainda, a teoria crítica que admite o diagnóstico da dominação econômica da base em relação à superestrutura. Em segundo lugar, reconhece a diferenciação funcional, pelo que seria impossível pressupor a ideia de sobreposições, de compensações ou de colonizações de sistemas, já que a própria possibilidade de diferenciação estaria comprometida. Esta visão é rechaçada por alguns sociólogos (MINHOTTO; GONÇALVES, 2015). É justamente esta “promessa involuntária de mediação recíproca entre sistema e ambiente” de uma teoria envenenada que concretiza a possibilidade da determinação crítica no interior da descrição sistêmica. Aliás, o potencial crítico no referencial sistêmico está muito bem apontado pelo cientista político Vallespín, para quem “em certo sentido pode-se dizer, portanto, que para a teoria dos sistemas a relação sistema/ambiente é sempre crítica, já que constantemente lida com a redução de complexidade, e isto cria sem cessar novas distinções nas estruturas interna e externa dos sistemas” (2007, p. 24, tradução livre).

incorporação do risco econômico ao âmbito operativo de outros sistemas, em especial como informação comparada.<sup>279</sup>

Luhmann já dizia que o mercado financeiro, com seu capital especulativo, encontra-se totalmente livre de qualquer regulação – o que gera muita incerteza, em especial relativa a perigos ambientais já que transfere os riscos da decisão financeira para outros sistemas (1997b, pp. 104-106).

Na visão sistêmica, sobretudo na obra luhmanniana *Economia da Sociedade* (2017), publicada pela primeira vez em 1988, a economia pode ser considerada um gigantesco mercado<sup>280</sup> de riscos, pois existe sempre um risco central de que a solvência não seja restabelecida.<sup>281</sup> Isso envolve não apenas o risco de gastar dinheiro (risco de investimento), mas também o risco de aceitar o dinheiro,<sup>282</sup> quando se trata de especulação, ou o risco do credor de não aceitar a promessa do pagamento (risco de especulação). Afinal, alguém que

---

<sup>279</sup> Importante aqui compreender a ideia de comparação intersistêmica. Dutra comenta a partir de trabalhos de Tobias Werron e Bettina Heintz: “Comparações intrassistêmicas só podem emergir nestas formas de comunicação pública quando se produz determinadas inovações que permitem a estabilização de expectativas sobre comunicações comparativas supralocais e públicas. Werron e Heintz identificam três inovações necessárias a esta estabilização de expectativas, as quais mantêm relação circular entre si: 1) a produção contínua de eventos públicos a serem comparados (*öffentliche Vergleichse-reignisse*), “pois somente deste modo é possível comparar e fazer diferenciações entre resultados de comparação continuamente” (WERRON/HEINTZ, 2011, p. 365); 2) “a produção de comparabilidade entre estes eventos para além de seus respectivos contextos locais de surgimento [...], uma vez que apenas o que pode ser, sob determinados pontos de vista, plausivelmente descrito como equivalente (comparável), pode, sob outro ponto de vista, ser percebido plausivelmente como desigual (WERRON/HEINTZ, 2011, p. 365); por último 3) “a elaboração de critérios de comparação [...] que integrem os eventos em uma relação de comparação abrangente” (WERRON/HEINTZ, 2011, p. 371)” (2016, p. 90).

<sup>280</sup> O mercado é o ambiente interno do sistema econômico, reflexo das operações econômicas e dirigidas aos participantes – um ambiente em que são marcadas as observações sobre como observam as operações. Cf. LUHMANN, 2017, pp. 171-216.

<sup>281</sup> Nesta definição se pressupõe a comunicação econômica, diz Luhmann definindo o sistema econômico: “A diferenciação de um sistema funcional especial para a comunicação econômica é iniciada por meio da comunicação pelo dinheiro. O meio faz isso, na medida em que sistematiza um tipo específico de ações comunicativas, orienta os pagamentos por meio do dinheiro, podemos, então, observar um sistema econômico diferenciado - um sistema que, a partir dos pagamentos, gerencia comportamentos não relacionados aos pagamentos, por exemplo, o trabalho, transferência de ativos, uso exclusivo da propriedade, etc.” (ibidem, p. 82, tradução livre).

<sup>282</sup> Sobre o meio dinheiro, diz Luhmann “O dinheiro é a auto referência instituída; não tem um valor próprio, esgota seu significado na referência ao sistema que permite e condiciona o uso do dinheiro. Como todos os processos econômicos basais devem ser paralelizados por meio de transferências em dinheiro contábil e pagável, todos esses processos estão sujeitos à simultaneidade de auto e heterorreferência” (ibidem, p. 84, tradução livre). Neste sentido, percebe-se a importância dos preços, que transmitem os condicionamentos requeridos para o uso do dinheiro. Os preços são constantemente comparados e deste modo é possível calcular qual é a melhor decisão em relação a determinada expectativa econômica – este cálculo pressupõe a participação de expectativas econômicas que empregam sua perspectiva seletiva para tomar decisões que, no nível da observação de segunda ordem, se transformam em pontos de referência para as decisões de outras expectativas (ibidem, pp.81-116).

gastou dinheiro pode ter dificuldades em substituí-lo, se seu empreendimento/investimento tiver sofrido problemas de credibilidade, ou algum credor pode vir a exigir além do que havia sido prometido inicialmente pelo devedor.

Percebe-se, então, um condicionamento da economia pelo risco, uma vez que sua decisão é sempre orientada para o futuro. Todo sistema econômico é guiado pela questão da escassez – percepção sobre acesso e distribuição de recursos – e opera por meio de pagamentos e não pagamentos (ter/ não ter).<sup>283</sup>

Pagamentos geram sucessivamente novos pagamentos a fim de satisfazer diferentes tipos de necessidades, assegurando a própria recursividade e o fechamento da economia. Ademais, pagamentos implicam não pagamentos e revelam escassez – *i.e.*, paga-se por bens e serviços disponíveis e, simultaneamente, bens e serviços disponíveis são pagáveis. Por se tratar de um sistema monetizado e diferenciado, a questão da escassez é, em verdade, reflexiva, pois o sistema lida com a escassez de bens e serviços por meio da escassez artificialmente duplicada pelo dinheiro. Assim, torna-se possível calcular os riscos de pagamento e de não pagamento, operação geralmente realizada pelos bancos.<sup>284</sup>

O tratamento da escassez pela escassez a partir das provisões futuras permite sua regulação pelo risco, e a economia reage a esses riscos com inflações (defesa econômica por meio de aumento de preços a fim de gerar vontade de aceitar dinheiro) e deflações (redução geral dos preços com o intuito de diminuir gastos). Neste sentido, Luhmann argumenta que

---

<sup>283</sup> A escassez, aqui, deve ser entendida pela forma de risco econômico, seja pelo investimento, seja pela especulação. O economista Dirk Baecker comentando a obra *A Economia da Sociedade*, afirma que o interesse de Luhmann não reside apenas em dissolver a premissa antropológica entre os economistas que a escassez é um processo natural, mas também indicar como ela é uma construção seletiva do sistema econômico (2017, p. 59). Há uma construção social da escassez que se evidencia na leitura sistêmica, segundo o economista nesta chave há uma mercantilização que estabelece preços e define valores e, por outro lado, existem organizações empresariais com poderosas posições de mercado que geralmente terminam em monopólio, exploração e exclusão de terceiros.

<sup>284</sup> Brevemente, bancos operacionalizam um negócio mediante risco, já que emprestam com a promessa de reavê-lo no futuro. Neste sentido, primeiramente, bancos desdobram o risco, pois o dinheiro emprestado circula em outras operações econômicas. Segundo, bancos também são estruturas de aversão ao risco, na medida em que oferecem segurança de adimplência e, portanto, quanto maiores os riscos assumidos, maiores as possibilidades de lucro – o que viabiliza a comercialização. Sobre bancos, cf. LUHMANN, 2017, pp. 409-434. Todavia, a própria organização bancária está se reestruturando diante do avanço das moedas digitais; chama a atenção o fato de que esta economia pode ter uma estrutura completamente descentralizada, já que não depende de controle de um banco central e nem de intermediários. No caso das moedas digitais, a operação é assegurada pela *blockchain*, um banco de dados distribuído em rede e protegido pela criptografia. Assim, o risco econômico recai diretamente sobre usuários, e não há nenhum mecanismo bancário que garanta o valor em outra moeda, para além da rede.



“deflação e inflação são, em certo sentido, reações do sistema imunológico da economia, reações contra uma carga de risco muito alta” (2006, p. 177, tradução livre). Todavia, o relevante para esta tese é compreender que na visão sistêmica a economia é o principal sistema social transformador de toda a informação em risco, porque o pagamento se desdobra na sociedade em custos não programados (perigos no ambiente).

Não à toa, Luhmann trabalha a ideia de dupla circulação no sistema econômico, relacionado com a ambivalência do pagamento: a capacidade e incapacidade de pagar (*i.e.*, aquele que paga se transforma em incapaz de novos pagamentos e aquele que recebe se torna capaz de novos pagamentos).<sup>285</sup> É por meio do dinheiro que é possível determinar se um pagamento pode ou não acontecer – somente desta forma se realiza o pagamento, “a disposição de pagar na disposição em aceitar o dinheiro, pois, deste modo quem aceita o dinheiro poderá gastá-lo nos fins que acreditar ser conveniente” (2017, p. 217, tradução livre). É por isso que o sociólogo alemão observa e se interessa pela circulação do dinheiro e, evidentemente, que outros sistemas de função seguem dependentes desta circulação. Aqui vale lembrar que essas dependências entre sistemas parciais resultam da rejeição da redundância, que, por sua vez, é a base para uma alta especificação e capacidade de desempenho (*ibidem*, p. 218).

Destarte, a economização – como circulação do risco - passa a ser a forma pela qual o risco econômico repercute em outros sistemas sociais, sobretudo como perigo ambiental e como irritação na observação de estruturas de acoplamento ou via atuação das organizações sociais.

A economização, nestes termos, significa altos fluxos comunicacionais da economia incrementados principalmente em razão dos avanços da comunicação digital e da dupla circulação (capacidade/incapacidade de pagamento) – *e.g.*, veja a discussão da moeda digital, geralmente estruturadas em *blockchains*, que não dependem de controle de um banco central e necessitam de um tempo menor de transação em relação às tradicionais moedas fiduciárias emitidas pelos governos.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> Segundo Luhmann o tratamento clássico desta questão está relacionada com a rentabilidade, diz “Apenas se gasta o dinheiro quando há boas perspectivas de que ele reingresse ao gastá-lo. Nesse sentido, é apenas um problema temporário, ou seja, um problema de capital” (*ibidem*, p. 222, tradução livre).

<sup>286</sup> As moedas digitais, em especial as criptomoedas, são um meio de troca da comunicação digital, dependendo única e exclusivamente da expectativa de uma rede de usuários protegida por criptografias. Os valores destas moedas dependem da credibilidade e da confiança dos agentes em relação às operações da rede; logo, da mesma

As economizações podem, inclusive, ter efeitos colaterais, porque riscos econômicos não são apenas desdobrados por operações centrais da economia, mas podem também ser observados por organizações ou encaminhados por contratos e negociados pelo direito ou, ainda, por políticas econômicas e sociais ou tributação que dependam da simbolização do dinheiro – situações de acoplamentos que limitam a transformação da comunicação diante da vinculação a seus códigos.<sup>287</sup>

Neste sentido, o direito e a política veem-se obrigados a lidar com estes problemas – de elevada complexidade, pois demandam, no presente, por meio de decisão jurídica ou política, uma vinculação do futuro, sempre desconhecido.

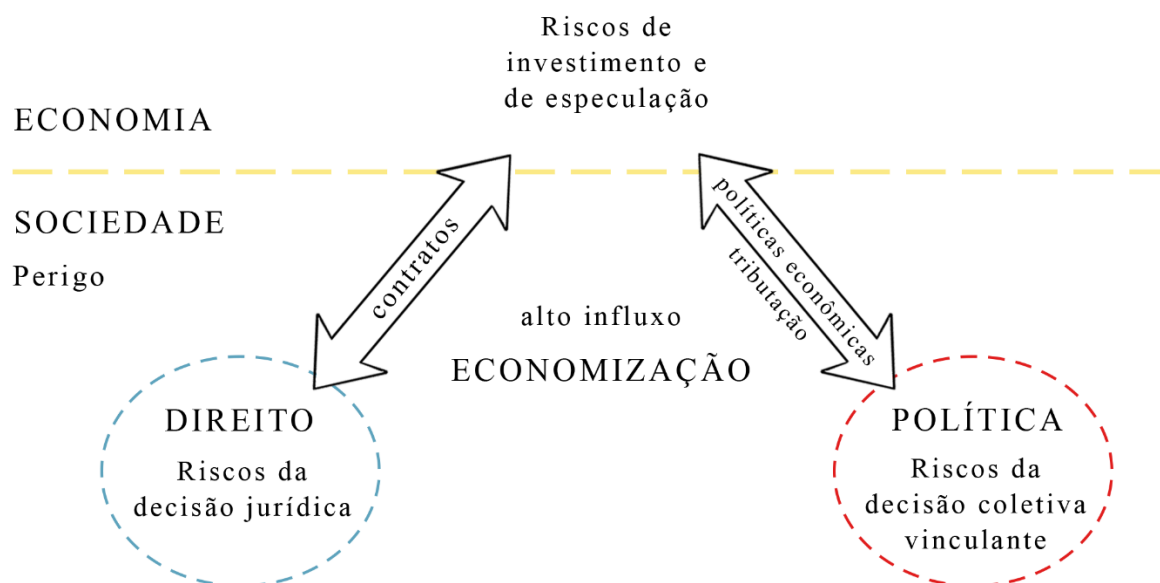
Reconhecem-se, aqui, os riscos da decisão jurídica ou política. Luhmann, inclusive, sustenta que o Estado tipicamente remedia a permanente incapacidade de pagamento por meio dos tributos e de outras contribuições obrigatórias e *mutatis mutandis* na vida privada este problema é resolvido por meio do trabalho (ibidem, pp. 220-227).

---

maneira que existem facilitadores para as transações, sua volatilidade é bem alta. Vale destacar que estas moedas não são emitidas e nem garantidas por uma autoridade monetária central; além disto, não dependem da situação econômica de nenhum país, pois operam tão somente no espaço digital e podem assumir propósitos diferenciados.

<sup>287</sup> Nesse sentido a economização é uma comunicação comparada que ultrapassa fronteiras locais e irradia para diferentes sistemas funcionais, para além da econômica global, e que possibilita a produção de expectativas. Veja que a própria ideia de precificação já assegura o grau de comparação nos mercados, mas também se desdobra como perigo, logo nova informação, para a seleção de outros sistemas de função e organizações. É por isso, por exemplo, que um juiz do trabalho ao decidir um caso pode se preocupar com os valores da remuneração do trabalhador ou do desemprego, para além dos programas do direito do trabalho. Os riscos econômicos compreendidos pela lente do direito passa, então, a servir como referência para a prática decisória. O que se destaca na tese é que o século XXI é marcado por este tipo de comunicação global, que permite a estabilização das expectativas de uma outra forma e distinta das codificações dos sistemas de função como o direito. O interesse recai para as operações das organizações – como apresentado na parte III.

**Figura 6.1** – Riscos da economia vis-à-vis perigos da sociedade.



Fonte: Barros (2018).

Vale destacar que contratos viabilizam a circulação de dinheiro ao organizar os direitos privados. Conseguem, ainda, traduzir riscos de investimento e de especulação em obrigações jurídicas – basta pensar nas diferentes modalidades de securitização de serviços pelo direito, cada qual assumindo uma forma contratual específica. Esta prática financeira é também jurídica, pois convertem-se dívidas em títulos negociáveis.

É possível relacionar o ponto também com o desenvolvimento do contrato de seguro, que geralmente estabelece uma obrigação de pagamento de prêmio pelo segurador ao segurado diante de riscos preestabelecidos de algum bem ou serviço. Nesse sentido, para a reparação civil, trata-se de uma transferência do prejuízo como forma de um dever de reparação por um terceiro.<sup>288</sup>

Estas observações ganham relevância se for admitida a expansão do direito global, que não se limita à circulação simbólica do direito estatal, mas às negociações intermediadas

---

<sup>288</sup> O problema se coloca, aqui, quando o risco em questão é de difícil antecipação para efeitos do contrato de seguro. Nestes termos, o direito opera com outros mecanismos de coletivização do risco por meio de fundos garantidores.

pelo direito para um horizonte global.<sup>289</sup> Destacam-se, nesse sentido, as ponderações de Teubner sobre as recentes transformações da *lex mercatoria*. O jurista alemão mostra como o desenvolvimento deste direito relaciona-se com a evolução e o acoplamento estrutural de processos econômicos globais. “Eis o principal traço distintivo da *lex mercatoria*. Trata-se de uma área do direito que cresce e se transforma em correspondência com as transações econômicas globais. Por isso, é extremamente vulnerável à injunção dos interesses e ao exercício do poder por parte dos atores econômicos” (2003, p. 24).<sup>290</sup>

Por sua vez, a política econômica e a tributação aproximam-se bastante do risco econômico a partir da comunicação desenvolvida entre as organizações destes sistemas funcionais, em especial Estado, banco central, bancos comerciais e clientes.<sup>291</sup> De acordo com Luhmann, análises históricas confirmam que Estado moderno e o sistema bancário moderno surgem simultaneamente. “Em todos os casos, trata-se de relações circulares, sendo supérfluo saber se a influência do Estado no sistema político é comparativamente maior do que a influência do sistema bancário no sistema econômico, pois em ambos a influência só será alcançada abrindo-se a influência de outros” (1996, p. 64, tradução livre). No caso dos tributos, é possível resgatar a ideia de extrafiscalidade, pois, além de assegurarem recursos para os cofres públicos, muitas espécies tributárias servem como mecanismos de controle da política econômica.

Diante desta circunstância, outros sistemas precisam calcular e avaliar os riscos, agora ampliados – “jurídico”, “político”, “educacional”, “de saúde”. Neste sentido, é possível compreender a expansão dos argumentos consequencialistas no direito a partir da compreensão da relação da sociedade com a economização enquanto ambiente.<sup>292</sup> Como já

---

<sup>289</sup> Trata-se, aqui, da formação de um sistema jurídico autônomo ou de uma ampliação do ambiente interno do direito, resultando num ordenamento jurídico privado com circulação simbólica de validade igual à de qualquer outro sistema jurídico nacional. Cf. TEUBNER, 2003.

<sup>290</sup> Da mesma forma, Teubner critica esta estrutura que diante da “falta de autonomia torna esse ordenamento jurídico vulnerável a ataques políticos à sua legitimidade política” (2003, p. 26). Para o jurista alemão, sua substância normativa indeterminada (*soft law*) justifica-se diante da impossibilidade de implementação de um direito global, transformando-a num mecanismo de adaptação e uniformização em diferentes contextos.

<sup>291</sup> Para uma discussão sobre direito tributário e argumentos consequencialistas, cf. PISCITELLI, 2011 ou CHRISTOPOULOS, 2016.

<sup>292</sup> Neste sentido, acertam Correia (2014, pp. 125-126) e Amato (2017, p. 150) quando sublinham que se evidencia, aqui, uma tripla dependência e independência entre os sistemas jurídico, político e econômico, sobretudo quando estão em disputa direitos sociais e econômicos. Em especial, Amato argumenta que “qualquer assunto que tome forma de contrato ou propriedade, de direitos subjetivos referidos ao sistema econômico, depende não apenas da viabilidade (econômica) da provisão futura de coisas e dinheiro como

visto, é necessário observar relações intersistêmicas entre direito e outros sistemas, cuja contrapartida é o desdobramento de uma tradução sob o perigo de produzir uma “deformação”, ou não observação dos limites funcionais (LUHMANN, 2008, p. 168).

A tese sustenta, em especial na parte III, que este desdobramento acontece, geralmente, pelas operações das organizações sociais, que não se restringem aos limites dos sistemas funcionais; por isso, importa observar o desenvolvimento de estruturas e formas de sensibilidades organizacionais – e não propriamente reduzir e simplificar a observação, como se fosse apenas uma questão de “deformação” ou de “corrupção”.<sup>293</sup>

Pelo exposto, não surpreende que as inúmeras crises da sociedade mundial reforcem tendências contraditórias entre concentração e exclusão, resultado da economização da sociedade e, ao mesmo tempo, observa-se a expansão e o papel de destaque desempenhado pelas organizações na sociedade.

Crise, aqui, se aproxima como uma forma que distingue-se da estabilização, relaciona-se também com a ideia de evolução, pois pressupõem variação e estruturas que possibilitam transformação. No entanto, crise não é algo latente, é presente e dependente das temporalidades de cada sistema.

É possível mencionar diversos exemplos de crises dos sistemas sociais (crise da educação, crise da saúde, crise da política, crise do direito e crise da habitação entre tantas outras) nas últimas décadas para além das fronteiras territoriais e que refletem a economização. Um dos casos mais interessantes que ilustra isto via direito é a ação “República da Argentina v. NML Capital Ltd. (NML)”<sup>294</sup>, conhecida como “fundos

---

também da generalização congruente de expectativas normativas (jurídicas), por sua vez sustentadas pela tomada (política) de decisões coletivamente vinculantes” (2017, p. 150).

<sup>293</sup> Esta tese diverge de conclusões Neves (2006) e Fischer-Lescano (2017) em relação à corrupção pelos códigos econômicos. Admite-se, aqui, um problema de filtragem articulado especialmente por meio da comunicação organizacional, e não propriamente pelo sistema funcional. Esta leitura aproxima-se de trabalhos de Campilongo e Villas Bôas Filho, ainda que estes não tenham detalhado casos de comunicação organizacional. Campilongo aduz que, “[a] pesar da extraordinária força que as relações de mercado e a economia internacional ganharam com a globalização, nada indica que o Estado, as leis, a ciência ou, em linguagem técnica, os subsistemas funcionalmente diferenciados da política, do direito, da ciência etc. estejam tornando-se indiferenciados ou completamente submetidos a um único vértice, supostamente o sistema econômico” (2011, p. 115). Vale notar, ainda, a constante transformação da sociedade funcionalmente diferenciada produzindo estruturas que estabilizam essas complexidades.

<sup>294</sup> O feito discutiu uma cobrança integral por um credor estadunidense que não aceitou a reestruturação da dívida realizada entre os anos de 2005 e 2010 pela Argentina, desde a suspensão dos pagamentos dos títulos públicos pelo país em 2001.

abutres<sup>295</sup>”, já resolvida<sup>296</sup>. Ao longo dos últimos anos, a discussão dos fundos abutres passou a ser judicializada e sofreu grande impacto em 2012, quando um juiz distrital de Nova Iorque, Thomas Griesa, decidiu que a Argentina não poderia continuar pagando o rendimento de seus bônus reestruturados até que saldasse sua dívida de cerca de 1,3 bilhão de dólares perante a NML e outros fundos.

O debate judicial prolongou-se até chegar à Suprema Corte dos Estados Unidos, especificamente sobre a tese da imunidade do levantamento e da execução dos bens da Argentina com base no *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (FSIA).<sup>297</sup> A decisão da Corte estadunidense refletiu uma interpretação textualista do FSIA, afirmando que o texto legal não restringe a investigação e o levantamento de bens de um país estrangeiro, mesmo situados no território estrangeiro, quando se trata de cumprimento de execução e envolvesse bens para fins comerciais – a única exceção prevista engloba bens militares e diplomáticos – e, portanto, confirmando o início da execução em primeira instância.

Um dos aspectos curiosos desta decisão foi a mobilização de argumentos consequentialistas pela Suprema Corte estadunidense para ambos os lados, rejeitando-os ou confirmando-os. De um lado, o falecido Antonin Scalia<sup>298</sup> – relator do caso – rejeitou

---

<sup>295</sup> O termo “fundo abutre”, cunhado pela imprensa argentina, refere-se às empresas estrangeiras ou nacionais que compraram a dívida soberana a preços irrisórios durante a crise argentina de 2001 e que se negaram a conceder, posteriormente, descontos na cobrança, ao contrário do que fizeram 92,4% dos credores entre 2005 e 2010.

<sup>296</sup> No começo de 2015, a Argentina tinha acumulado outras condenações, no montante de 6,7 bilhões de dólares, em relação a estes fundos e sofrido bloqueio para o pagamento dos títulos públicos refinanciados, inclusive os emitidos sob a jurisdição argentina. Durante o governo de Cristina Kirchner, a opção foi a recusa em negociar com os fundos, alegando-se que não seria possível cumprir com os pagamentos a fim de não privilegiar credores dissidentes em detrimento dos que haviam aceitado os descontos da dívida original. Recentemente, com a eleição do candidato de centro-direita Mauricio Macri, o debate dos fundos abutres ganhou novos delineamentos, pois uma das primeiras ações do recém-chegado presidente foi retomar as negociações com a justiça estadunidense a fim de encerrar a dívida. No mês de abril de 2016, o juiz Thomas Griesa permitiu que a Argentina emitisse títulos de dívida externa para captar verba suficiente para o pagamento, de modo que em 22 de abril o país saldou os fundos e conseguiu reestabelecer-se no mercado de capitais. No mesmo dia, agências de classificação de risco elevaram a nota de crédito da Argentina às custas de uma inflação alta e do baixo crescimento que marcam o cenário econômico do país.

<sup>297</sup> Como pontuado na decisão, “[the] question before us is whether the Foreign Sovereign Immunities Act specifies a different rule when the judgment debtor is a foreign state” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014, p.4).

<sup>298</sup> Antonin Scalia permaneceu quase vinte anos na Suprema Corte estadunidense; além de exercer forte liderança, o justice sempre esteve vinculado à corrente originalista de interpretação, que sustenta a investigação dos conteúdos semânticos originais dos textos legais. Tal corrente admite que a aplicação dos sentidos linguísticos originais dos textos legais restringe a prática judicial e, portanto, evita eventuais ativismos dos membros da Corte. No caso em tela, ficou evidenciada a tentativa de Scalia de interpretar historicamente o FSIA a fim de alcançar seu sentido original e evitar um exame das consequências provocadas pela decisão.

argumentos consequencialistas levantados pelos governos argentino e estadunidense que sustentavam uma possível “invasão” de cobranças de débitos públicos de economias recém-reestruturadas no país. Além disso, afastou a consequência relativa a uma possível retaliação que os Estados Unidos poderiam sofrer em cortes estrangeiras – motivada pela aplicação do princípio da reciprocidade nas relações internacionais entre os países. Segundo o juiz, as alegações correspondiam a uma repercussão política e marginal à decisão sobre o FSIA, não cabendo àquela Corte ponderar sobre tais previsões.<sup>299</sup>

Em contrapartida, em seu voto dissidente, Ruth Ginsburg também levantou considerações consequencialistas ao questionar a relevância da tese da imunidade na execução. Segundo a juíza, as consequências para o processo em tela teriam um escopo muito limitado, pois, além da baixa probabilidade de serem identificados bens comerciais da Argentina no estrangeiro, a NML já deveria ter provado que outras nações poderiam permitir acesso dos Estados Unidos aos bens argentinos e, portanto, não adiantaria argumentar a “qualquer custo” a favor de uma leitura textualista do FSIA.<sup>300</sup>

O que importa destacar é que esta decisão da Suprema Corte gerou desdobramentos *fora* do processo, englobando desde o impacto do caso NML na economia política da Argentina até as recentes discussões no sistema financeiro internacional, como o acordo entre os bancos na Associação Internacional de Mercado de Capitais para novos formatos de contratos de dívida para futuras emissões de títulos públicos. Na visão de alguns analistas, o caso NML foi decisivo para a eleição argentina de 2015, tendo o eleitorado optado por Mauricio Macri, candidato que concordava em iniciar novas negociações com os credores a

---

<sup>299</sup> No voto da corte, o relator destacou que “[n]onetheless, Argentina and the United States urge us to consider the worrisome international-relations consequences of siding with the lower court. Discovery orders as sweeping as this one, the Government warns, will cause ‘a substantial invasion of [foreign states’] sovereignty’, Brief for United States as Amicus Curiae 18, and will ‘[u]ndermin[e] international comity’, id., at 19. Worse, such orders might provoke ‘reciprocal adverse treatment of the United States in foreign courts’, id., at 20, and will ‘threaten harm to the United States’ foreign relations more generally,’ id., at 21. These apprehensions are better directed to that branch of government with authority to amend the Act – which, as it happens, is the same branch that forced our retirement from the immunity-by factor-balancing business nearly 40 years ago (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014, p.11).

<sup>300</sup> No voto dissidente, justice Ruth Ginsburg indicou que “[a] court in the United States has no warrant to indulge the assumption that, outside our country, the sky may be the limit for attaching a foreign sovereign’s property in order to execute a U. S. judgment against the foreign sovereign. Cf. §1602 (‘Under international law, ... th[e] commercial property [of a state] may be levied upon for the satisfaction of judgments rendered against [the state] in connection with [its] commercial activities.’ Without proof of any kind that other nations broadly expose a foreign sovereign’s property to arrest, attachment or execution, a more modest assumption is in order”. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014 – voto dissidente, p.2).

fim de recolocar o país no mercado internacional de dívida – o que de fato concretizou-se, com a renegociação da dívida e seu subsequente pagamento no final do mês de abril de 2016.<sup>301</sup>

O caso dos “fundos abutres” indica que estas crises ganharam maior evidência diante da economização promovida em escala global,<sup>302</sup> a qual aumentou em proporções incalculáveis a transferência do risco especulativo para outros sistemas e independente dos limites territoriais. Os sistemas, ao considerarem este perigo como informação, precisam filtrar e decidir ao mesmo tempo – e alguns não conseguem compreender nem resolver adequadamente, diante de insuficiências programatórias.

Diametralmente opostos ao diagnóstico dos esquematismos apresentado estão os efeitos das operações dos sistemas e das organizações na sociedade diante do risco econômico, em especial na sua forma especulativa. Ao invés de admitir os ajustes das deficiências, a atual leitura identifica que no Estado moderno há incorporações das falhas dos modelos antecessores, a saber, apostando em uma economização dos sistemas sociais – retomando e exagerando a crença no livre-comércio, tal como preconizado no modelo liberal – e escolhendo novos valores fundamentais (*e.g.*, eficiência, celeridade, economicidade, racionalização), tal como o fez o welfarismo (*e.g.*, dignidade humana, solidariedade, justiça), admitindo-os como pontos de chegada e, sobretudo, confiando na ideia de controle pelas consequências diante da incapacidade de vários sistemas sociais funcionais de responder adequadamente frente aos riscos envolvidos.<sup>303</sup>

Adiante, a tese discutirá que, no caso do direito, as transformações são encaminhadas, muitas vezes, por meio de organizações sociais, como empresas, tribunais, escritórios, as quais conseguem organizar, hierarquizar e produzir uma comunicação não vinculada rigidamente aos códigos e aos programas dos sistemas funcionais.

---

<sup>301</sup> É certo que fora do processo a decisão de primeiro grau da justiça estadunidense do caso NML deixou, em alguma medida, a Argentina por mais de 14 anos em moratória (excluída do mercado internacional) e, ao final, pôs fim a 12 anos de kirchnerismo.

<sup>302</sup> O risco econômico já era repassado antes do advento da internet, mas é inegável, hoje, que a comunicação modificou-se, como sublinhado no início desta parte.

<sup>303</sup> Neste último caso, relembre-se a importante crítica de Luhmann sobre a teoria política do modelo welfarista, que definia um conteúdo demasiadamente finalístico. De acordo com o sociólogo, valores fundamentais não devem ser escolhidos por caprichos e, ademais, é importante não admitir, politicamente, uma teoria que defina percursos. A crítica luhmanianna reforça a relevância da compreensão da abertura dos sistemas às alternativas e contingências, respeitando-se a diferenciação funcional (2007b, pp. 148-158).



De qualquer forma, por esta descrição tratar de observação, há um lado não marcado, que pode ser considerado como modo de resistência. Na sequência, serão trazidos exemplos a fim de complementar a discussão da economização na sociedade mundial.

### **6.3 Resistências da sociedade mundial frente à economização**

Na distinção entre lado marcado e não marcado da observação, é importante lembrar que existem *pontos cegos* indicativos da resistência dos sistemas sociais frente à sua economização. Vale dizer, a distorção dos limites provocada pela economização dos sistemas sociais permitiu uma redefinição dos filtros e das estruturas pelos próprios sistemas sociais afetados. Os perigos ambientais forçaram novos riscos pelos sistemas funcionais, produzindo novas estruturas e decisões.

Paradoxalmente, ao definir certos valores e pontos de chegadas, a economização também possibilitou o surgimento de alternativas ao negar e ocultar outros valores e pontos de chegadas. No caso do direito, Fischer-Lescano e Möller afirmam que a batalha pela transnacionalização de direitos sociais é capaz de representar um verdadeiro projeto emancipatório, ou, efetivamente, um direito subversivo (*counter-law*), que “deve garantir que a ordem social global seja determinada pela própria sociedade mundial, em vez daqueles que lucram, econômica e politicamente, com a globalização” (2016, pp. 15-21, tradução livre).

No caso da política, percebem-se redefinições da opinião pública, afetada pela mídia e pela abertura das organizações a observações da sociedade. Paulatinamente, diversas organizações – *e.g.*, cortes, casas legislativas e órgãos do executivo – ganham espaço na mídia, resultando em maior visibilidade de seus membros, que se utilizam deste espaço para propagar suas posições e estratégias, ou mesmo para justificar decisões.

Em acréscimo, houve um aumento de discussões midiáticas sobre temas políticos e jurídicos; a imprensa, além de apresentar e traduzir os assuntos para a sociedade, ainda se arroga como espaço de debate, questionando a adequação e a qualidade da prestação judicial e das decisões políticas.

Além disso, a resistência é, na verdade, a própria comunicação produzida pelos movimentos sociais, que, segundo Campilongo, “fazem a crítica da sociedade. Logo, seus alvos são as lacunas, as inconsistências, as perversões, o mau funcionamento e os efeitos do próprio funcionamento dos sistemas de função” (2012, p. 63). Neste caso, os movimentos

não são interações nem organizações formais, mas uma forma de autodescrição da sociedade que aponta a exclusão, podendo tanto estimular a variabilidade de diferentes sistemas sociais – *e.g.*, movimentos de desintegração – como corromper e bloquear as comunicações – *e.g.*, movimentos de protestos (ibidem, pp. 63-70).

Os movimentos são compreendidos como temas da comunicação social, selecionados e tratados diferentemente pelos sistemas funcionais. É fundamental, portanto, discutir os desdobramentos dessas comunicações a partir das estruturas de cada sistema de função, o que implica em variação e redundância. Movimentos podem, por exemplo, invadir terras e descumprir contratos dentro do sistema econômico, burlar sistemas de representação política no âmbito eleitoral, reivindicar outros direitos pelos tribunais ou mesmo ignorar decisões judiciais como protesto. Trata-se de comunicações distintas, as quais, em muitos casos, lidam com a inclusão de temas e de formas não previstas nestes sistemas funcionais.

Para alguns autores, como Neves (2006) ou Fischer-Lescano (2017), a globalização econômica representa uma expansão destas tensões indicadas pelos movimentos sociais. Primeiro, porque evidencia a hipertrofia do código da economia (“ter/não ter”) em prejuízo da autonomia dos sistemas jurídico e político, que encontram dificuldades de impor suas decisões às relações e organizações econômicas transnacionais. Segundo, porque esta hipertrofia vem acompanhada de um movimento de exclusão em massa, sobretudo na modernidade periférica, baseada numa complexidade desestruturante e desestruturada (NEVES, 2006, p. 238).

O problema, então, não reside no excesso de abertura cognitiva ou na incapacidade de filtragem pelos sistemas funcionais, mas na insuficiência de fechamento normativo. Neves sustenta isto a partir da tipologia de subintegrados e sobreintegrados para ilustrar o ponto. No primeiro caso, “generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas” (ibidem, p. 248); discute-se, em especial, os efeitos de restrição de liberdade *vis-à-vis* a incapacidade de cumprimento e proteção dos direitos fundamentais, mormente os direitos individuais. No segundo, são “titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades” (ibidem, p. 250); logo, são formas de exclusão de dois lados, exclusão “abaixo” e “acima” do direito.

No entanto, ainda que se reconheçam desequilíbrios entre os subsistemas, bem como desdobramentos da integração, determinando o acesso e a dependência de pessoas a certos

sistemas sociais, fato é que tais transformações são acompanhadas de novas seleções e estabilizações, inclusive de resistência, como os movimentos sociais.

Isso significa que a sociedade funcionalmente diferenciada está suficientemente capacitada para lidar com as inovações e suportar as mudanças e as pressões intersistêmicas, caso contrário, seria difícil admitir o não prejuízo e a não deterioração da *autopoiesis* dos sistemas sociais.

Além disso, é necessário desvincular-se da leitura pressuposta por Neves sobre a teoria da modernização, afinal, sua reconstrução da modernidade periférica ocorre em comparação com supostos países “centrais”, sendo possível admitir, inclusive, uma superioridade moral desses países centrais.<sup>304</sup> De acordo com Gonçalves, “(...) a proposta de Neves não escapa a este padrão normativo das teorias da modernização que se renovaram sem mais fazer referência a conceito como pré-modernidade, mas mantém o padrão normativo de comparação entre um lado positivo (Europa e América do Norte) e outro negativo (o resto do mundo)” (2013a, p. 267).

Em sentido próximo Dutra (2016) também crítica esta leitura que admite uma transição entre estratificação e níveis regionais da diferenciação funcional, quando sustenta um déficit de diferenciação funcional no Brasil vis-à-vis outros países. Diz o sociólogo brasileiro que “o problema é que análises comparativas como a de Marcelo Neves pressupõem que na Europa e nos Estados Unidos a inclusão e a exclusão nos sistemas funcionais são efetivamente estruturadas por mecanismos universalistas e pautadas exclusivamente por normas constitucionais” (op. cit., p. 86).<sup>305</sup>

Neste caso da descrição da modernidade central vis-à-vis a periférica, o que dizer das ilegalidades praticadas por empresas e países “centrais”? Recentemente, a Volkswagen violou um conjunto de regras ambientais e de defesa do consumidor, entre outras, ao comercializar carros com um *software* que manipulava o resultado da emissão de gases a fim de evitar inspeções na Alemanha. Ainda, reflita-se sobre a maior população carcerária

---

<sup>304</sup> No referencial sistêmico, tal distinção é problemática isto porque a modernidade é descrita como a formação de uma só sociedade mundial predominantemente diferenciada por subsistemas funcionalmente especializados, sendo que a distinção entre modernidade periférica e central não se sustenta diante da pretensão de produzir uma única distinção inconsistente já que “[a] totalidade de suas operações [da sociedade mundial] torna-se inobservável, e se o sistema tenta, no entanto, observar essa totalidade, torna-se vítima de uma lógica totalitária” (LUHMANN, 1995a, p.184, tradução livre).

<sup>305</sup> Dutra, inclusive, afirma que “(...) o normativismo eurocêntrico e a idealização empiricamente frágil da diferenciação funcional nos países centrais são muito mais obra de Marcelo Neves do que de Luhmann” (2016, p. 88).

do mundo, a dos Estados Unidos, país que sistematicamente nega cidadania a determinadas pessoas.

Assim, é preferível investigar o processo de diferenciação de maneira localizada, identificando contextos, semânticas e projetos próprios e sem negar, ao mesmo tempo, que a sociedade mundial é uma só. Na sequência, serão detalhadas algumas particularidades da sociedade brasileira a fim de se compreender o par “risco/perigo”, em especial do final do século XX e início do XXI, o que também permite uma contextualização para o debate sobre o Poder Judiciário no Brasil desenvolvida na parte II.

#### **6.4 Sociedade brasileira: dos anos 1980 até a metade dos anos 2010**

É preciso apresentar algumas particularidades da história da sociedade brasileira frente à sociedade mundial, sobretudo entre os anos 1980 até a metade dos anos 2010 – período de referência para a discussão desta tese. O tópico destaca algumas permanências e transformações observadas com o propósito de esclarecer a dinâmica do par “risco/perigo” no país.

Cumprir lembrar que esta tese não trabalha com a distinção entre modernidade periférica e central. Como já pontuado no tópico precedente, acredita-se que a sociedade brasileira seja funcionalmente diferenciada, com particularidades localizadas e pertencente a uma só sociedade mundial.<sup>306</sup> A tese acompanha Dutra, nesse sentido, quando afirma que o interesse é compreender como o Brasil foi integrado na sociedade mundial a partir da circulação da comunicação, bem como entender os condicionamentos locais (ibidem, pp. 95-104).

No Brasil, o final do século XX marca uma etapa de superação e fim de um ciclo<sup>307</sup> em diferentes sistemas sociais, e também o início de uma nova etapa. No plano econômico,

---

<sup>306</sup> Destaca-se a posição de Dutra: “o primado da diferenciação funcional constitui o pano de fundo global para observação de algumas regiões como desviantes em relação a outras, de acordo com o padrão de autonomia sistêmica e inclusão tomados como referência comparativa. Não existe, portanto, diferenciação funcional latino-americana ou brasileira, mas sim uma única diferenciação funcional global na qual as realidades locais se acham integradas, seja por meio de vínculos diretos, seja por meio de práticas de observação e comparação mútua” (2016, p. 102).

<sup>307</sup> Na visão sistêmica, a evolução é marcada por uma forma circular, vale dizer, “a evolução se dá quando diferentes condições são satisfeitas e quando elas se acoplam entre si de maneira condicional (não necessária), a saber: (1) a variação de um elemento autopoietico relativamente aos padrões de reprodução que até então

é possível apontar o fim da proteção do processo de industrialização, que, de maneira geral, era estruturada desde a década de 1960 de forma cartelizada, o fim do controle e do combate à hiperinflação por meio de congelamento de ativos financeiros. Verifica-se também o início de uma série de reformas que possibilitaram a abertura da economia brasileira ao investimento estrangeiro, dando a tônica para a extinção de muitos monopólios públicos, a gradativa privatização de empresas públicas, a competição em escala global e o controle responsável da economia pelo Plano Real.

Não à toa, a concorrência passou a ser um dos principais “carros-chefes” e a ter prioridade máxima para a economia nacional, que estruturou uma autoridade de defesa da concorrência com a devida autonomia e capacidade decisória, bem como consolidou uma delicada articulação entre política concorrencial e uma nova política industrial e regulatória. Além disso, designou novo papel ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, cada vez mais orientado a financiar empresas nacionais, em especial para a formação de campeões nacionais – *i.e.*, empresas líderes de setores e capacitadas para competir globalmente.

No plano jurídico, cumpre reconhecer a transformação operada a partir da promulgação da Constituição Federal da República Brasileira de 1988, fronteira temporal de transição entre a ditadura, que durou 25 anos, e possibilitou o resgate e fortalecimento dos direitos civis e políticos. Naquele momento de abertura do país, a Constituição estabeleceu uma estrutura regulatória capaz de não criar obstáculos operacionais para os demais sistemas; esta estrutura foi, todavia, resultado direto dos trabalhos descentralizados da Assembleia Constituinte Nacional, marcada pela participação da sociedade civil organizada e pela ausência de um bloco monolítico no Congresso. A Constituinte produziu, ao mesmo tempo, um texto abrangente e detalhista, além de ter exigido posterior disciplinamento para diferentes dispositivos.<sup>308</sup>

Diante deste cenário, observou-se nas décadas subsequentes à promulgação do texto um grande impacto sobre o funcionamento dos tribunais – em especial o STF, que passou a ser mais acionado tanto para controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos como para julgar recursos. Ademais, a CF permitiu que inúmeras novas matérias passassem pelo

---

eram vigentes; (2) a seleção da estrutura que assim se faz possível como condições de outras reproduções; e (3) a estabilização do sistema, no sentido de mantê-lo dinamicamente estável para que seja possível a reprodução autopoietica dessa forma estruturalmente determinada que passou por alteração” (LUHMANN, 2016, p. 323).

<sup>308</sup> Cf. NOBRE, 2008, pp. 97-106.

crivo da corte, questões muitas vezes não relativas às cláusulas pétreas e nem aos direitos fundamentais.

Neste contexto de crescente judicialização da década de 1990, uma nova retórica da corrente *Direito & Desenvolvimento*, baseada numa narrativa sobre o “fracasso” do direito na América Latina<sup>309</sup>, endossou a reforma do Poder Judiciário, apoiada por financiamentos de organismos internacionais – no final da década de 1990, a maioria dos países da América Latina passou por uma reforma judiciária subsidiada, em muitos casos, pelo Banco Mundial e pelo FMI, sob o pretexto de ajuste e contribuição para a agenda econômica da região.

De maneira diversa, no plano político o Brasil ainda enfrenta desgastes de um ciclo não completo. Após a promulgação da CF e da Emenda Constitucional n. 45/ 2004, o Poder Judiciário consolidou-se como importante forma de resolução de disputas no país – apenas recentemente foram adotadas medidas alternativas no sistema jurídico, como a mediação e a arbitragem. Foi crucial, neste cenário, a ampliação dos canais para acesso aos tribunais, o que, por assim dizer, contribuiu para a judicialização de temas sensíveis, sobretudo por partidos políticos, como tática opositora.

Respostas mais contundentes e reformas pós-redemocratização ainda não se verificaram no sistema político, sobretudo diante da ausência de forças políticas suficientemente engajadas para levarem adiante uma agenda comum – o que resultou em problemas de governabilidade e em dois *impeachments* em menos de três décadas. Legado da ditadura, que obstaculizou a comunicação política por algumas décadas? Em um país onde o autoritarismo ainda se perpetua como forma de governo, logo como um condicionamento local,<sup>310</sup> há nítidos problemas de formação de consensos e de deliberação, inclusive para a criação de uma agenda política independente de “fulanizações”.

Ainda que se tenha vislumbrado uma reforma gerencial do Poder Executivo nos anos 1990, marcada pela descentralização e pela delegação de competências inauguradas com o

---

<sup>309</sup> Cf. ESQUIROL, 2008.

<sup>310</sup> Dutra explica a ideia de condicionamento local, “Os condicionamentos locais são, no máximo, tentativas de “desdiferenciação” no nível da formação de estruturas de cada sistema, o que não bloqueia a possibilidade de estas tentativas serem colocadas em contradição com outros modelos estruturais. Isto se deve, em grande parte, à existência de relações de comparação que transcendem todo contexto local, as quais submetem os condicionamentos e particularismos locais à observação externa das “esferas públicas globais” que se constituem em torno dos sistemas funcionais. É o caso, por exemplo, de elites locais que precisam ocultar seu particularismo por meio do apoio formal a normas universalistas como forma de sustentar uma autoimagem mundialmente aceitável” (2016, p. 103).

modelo das agências reguladoras e ajustadas às exigências da sociedade mundial,<sup>311</sup> o país sofre com problemas de representação política, de credibilidade do Poder Legislativo, de “concorrência corrupticional” entre políticos e grandes empresas e de prestação de contas e transparência das atividades políticas.<sup>312</sup>

Nas últimas décadas, porém, não houve articulação ou discussão profundas sobre uma reforma política, concebida como um conjunto de mudanças desejadas pela sociedade que poderiam melhorar o sistema de partidos e que seriam capazes de acompanhar as mudanças notadas no Poder Judiciário e no Poder Executivo, sobretudo para lidar com a questão social.

Fato é que os principais problemas sociais do Brasil não foram superados a contento.<sup>313</sup> Como caracterizado por José Eduardo Faria, trata-se de “um país que ainda não conseguiu reduzir em níveis satisfatórios as desigualdades setoriais, regionais e sociais

---

<sup>311</sup> Bresser-Pereira relaciona a reforma gerencial com a legitimação do estado social, questionando que a reforma não foi resultado de uma agenda neoliberal. Ao contrário, diz o economista que esta reforma não visava apenas as limitações fiscais, mas possuía um caráter político para assegurar a oferta dos serviços sociais de forma eficiente e crescente: “A reforma gerencial veio para mudar essas condições de oferta dos grandes serviços sociais. E se tornou um fator fundamental da legitimação do estado social que o neoliberalismo combatia porque permitiu que esses grandes serviços fossem administrados com eficiência. Diante do crescimento do estado social, os políticos e burocratas tentaram, em uma primeira fase, valer-se da administração pública burocrática, que proporcionava o mínimo de eficiência necessário para tornar esses serviços economicamente viáveis. Entretanto, na medida em que se ampliava o estado social, foi ficando claro que esse mínimo era insuficiente. O consumo coletivo proporcionado pelos serviços públicos sociais universais é intrinsecamente mais eficiente do que o consumo privado. A melhor demonstração desse fato é a comparação entre o sistema de saúde dos principais países europeus, que é essencialmente público, e a dos Estados Unidos, que ainda é basicamente privado. Esta custa 17% do PIB, enquanto aquela, 11% em média, e tem abrangência maior. Não bastava, porém, essa eficiência intrínseca; era preciso que os serviços sociais fossem oferecidos com crescente eficiência — o que impôs a adoção da reforma gerencial” (2017, p. 154).

<sup>312</sup> Discussões sobre reformas políticas geralmente não prosperam no Brasil, nem em muitos outros países, porque legisladores devem decidir sobre regras que afetarão suas próprias carreiras políticas. Além disso, o sistema de partidos brasileiros é altamente fragmentado, composto por muitos partidos nanicos e de curta duração, muitas vezes aglutinados em torno de personalidades particulares. Esse cenário dificulta a ascensão de uma ampla reforma no sistema político. Sobre a ideia de “concorrência corrupticional”, cf. FALCÃO, 2017.

<sup>313</sup> Obviamente, não é possível negar que durante os anos 2000 a agenda política do governo federal direcionou-se ao combate à pobreza. Foi uma agenda prioritária do governo, que contou com apoio da oposição, e entre as políticas realizadas, é possível apontar o Programa Bolsa-Família. (COUTINHO, 2013). Todavia, este programa ainda possui traços de assistencialismo e clientelismo, o que prejudicou seu tratamento como instrumento de focalização e sua articulação com outras políticas. Segundo Coutinho, “o PBF [Programa Bolsa-Família] poderia ser descrito como um caso de by pass institucional, pelo qual, em vez de se procurar reformar ou alterar uma instituição considerada disfuncional ou eivada de certos vícios e que não se quer reproduzir, opta-se por erigir outra instituição a ela paralela, mas efetiva e eficiente. Ocorre, como aponta Bichir, que o que representou uma solução eficaz no momento de criação do PBF veio a constituir um problema, um potencial empecilho a uma interação mais estreita que, aos olhos da população vulnerável atendida tanto pelo PBF quanto pela assistência, tem grande importância” (2013, p. 17). O grande óbice apontado foi a desarticulação do Programa Bolsa-Família em relação ao arranjo da assistência social, minando os efeitos desejados.

decorrentes de mais de três séculos de escravagismo e de um longo período de concentração de renda, crescimento econômico medíocre e exclusão” (2012, p. xi). Pode-se, neste ponto, resgatar as bases marcadas por Caio Prado Jr. (2011) para evocar as permanências e a dependência da trajetória, afinal, passado e presente coexistem o tempo todo no Brasil.

Prado Jr. relembra que a história do Brasil está marcada por uma não ruptura com o passado colonial. O projeto brasileiro sempre esteve voltado à produção em grandes unidades movimentadas pelo trabalho de escravos e à produção de bens demandados pelo mercado externo.<sup>314</sup> Hoje, talvez se discuta o *agronegócio*, mas a estrutura ainda permanece. A sociedade brasileira ainda se baseia em relações materiais de força, e a formação do patriarcalismo serviu, à época, de continuidade para a consolidação da elite brasileira, que ainda detém as principais empresas de produção de bens materiais e monopoliza os centros intelectuais do país.

Não à toa, Luhmann interessa-se pelo caso brasileiro, país altamente industrializado em que “parcelas significativas da população sobrevivem sob as condições da exclusão” (2013) e onde “pessoas passam a ser vistos, antes, apenas como corpos” (ibidem, p.41). A crise brasileira de 2015 retrata bem a observação da inclusão/exclusão como “supercódigo”: enquanto o desemprego aumenta entre a população, o poder financeiro e alguns outros setores, paradoxalmente, fortalecem-se.<sup>315</sup>

Este cenário retrata a predominância, no país, de uma espécie de exclusão constante, que impede a participação de grandes parcelas da população em cada um dos sistemas funcionais. Ao mesmo tempo, esta situação pode ser percebida como vantajosa para aqueles

---

<sup>314</sup> Prado Jr. esclarece que o principal meio para realizar o sentido da colonização no país foi a grande exploração, caracterizada pela reunião, em grandes unidades produtivas, de numerosos trabalhadores escravos. A grande exploração é agrícola ou mineradora, como o fora com o açúcar, o algodão, o fumo e, em seguida, o café. O peso da exploração na colônia foi enorme, repercutindo nas mais variadas dimensões da vida e afetando a estrutura social, formas culturais, a organização política e o próprio direito então existentes. Além disso, a estrutura da grande exploração é a escravidão – a única estrutura organizada na colônia —, e pode ser considerada onipresente, abrangendo praticamente todos os aspectos da vida colonial. O principal efeito da escravidão é tratar o trabalhador como mero instrumento de trabalho.

<sup>315</sup> Notícia jornalística recente indica os contrastes: “(...) se o futuro traz esperanças ao sistema financeiro, o presente de milhões de brasileiros mostra-se bem diferente. O desemprego, que hoje afeta 12,3 milhões de brasileiros e deve continuar aumentando neste ano, pode ser medido no número de desistências de planos de saúde. Só em janeiro [de 2017], 200.000 pessoas cancelaram seus planos, segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Desde 2015, são 2,5 milhões de contratos a menos, de acordo com a agência”. Cortes em consumo também são notados, em oposição à alta dos índices econômicos: “Nos 12 meses até janeiro [de 2017], o IPCA registrou uma alta de 5,35%, sendo que, no ano passado, esse número passava de dois dígitos. A boa nova estimulou o Banco Central a reduzir pela quarta vez seguida a taxa de juros nesta quarta-feira, de 13% para 12,25%, o menor patamar em dois anos. A queda, entretanto, mostra que a população está cortando gastos em casa, e por isso mesmo deixando de consumir” (MENDONÇA, 2017). Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/21/economia/1487704225\\_788947.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/21/economia/1487704225_788947.html)>. Acesso em 04 abr 2017.



que mantêm sua posição e fortalece ainda mais suas inclusões nos diferentes sistemas sociais em razão da crise. Como bem pontuado por Campilongo, “[o] problema, talvez, como destaca Luhmann, não seja promover a integração (geralmente forte), mas sim a desintegração suficiente dos sistemas parciais (ou ampliação dos seus limites de liberdade). A exclusão, por isso mesmo, integra muitos mais os sistemas (restringe sua liberdade) do que a inclusão” (2012, p. 53).

A maioria da população não participa da economia com as mesmas condições e oportunidades de que dispõem os investidores e *big players*, que, aliás, se favorecem com a situação econômica brasileira, impactando as operações de outros sistemas como um efeito *spillover*. Este efeito possibilita a imunização daqueles que estão altamente integrados e incluídos nos sistemas sociais já que reforça a posição de inclusão. Em outras palavras, a exclusão de um sistema pode significar a exclusão em outros sistemas.

Recorde-se que uma das principais formas de exclusão no Brasil ocorre pelo (não) acesso e participação em mercados internos. A historiografia da política econômica brasileira indica que, para além do tradicional retrato do período colonial de Caio Prado Jr. ou do debate sobre o “atraso” em razão da trajetória de um país baseado exclusivamente na exportação de Celso Furtado, as principais dificuldades de se articular e expandir o mercado interno relacionam-se sobretudo ao alto custo de circulação no país e de acesso da sociedade nos mercados.<sup>316</sup> Questiona-se, assim, a permanência desse problema, revelando-se a importância do fortalecimento do mercado interno e da proteção da concorrência.<sup>317</sup>

Neste sentido, ganham maior significação no Brasil as resistências de certas pressões da sociedade mundial. O direito passa a ser observado e compreendido como um campo de reivindicação,<sup>318</sup> de proteção e garantia de situações excluídas e que produzem

---

<sup>316</sup> “Ao que tudo indicava, [Nathaniel] Leff tinha razão, e um dos principais motivos para o ‘atraso’ do Brasil no século XIX era a falta de integração econômica ocasionada pelos altos custos de transporte. Além disso, ao contrário do que diziam os historiadores clássicos, não parecia haver uma competição entre o avanço do setor exportador e o desenvolvimento do mercado interno e a industrialização. Foi justamente um impulso vindo da produção que seria transportada até os portos – o café, sobretudo – que criou as condições para superar obstáculos ao crescimento de toda a economia”. (CARIELLO, 2016). Disponível em <<http://piaui.folha.uol.com.br/materia/a-procura-de-leff/>>. Acesso em 30 ago 2016.

<sup>317</sup> É importante lembrar que Luhmann afirma não ser possível reduzir e descrever a sociedade apenas a partir de uma distinção originária. Segundo o sociólogo, como explicar que “nas favelas os recém-nascidos são vacinados, de acordo com as possibilidades, para evitar o desenvolvimento de epidemias?” Prevalencem diferentes pontos de vista para observar a sociedade (2013, p. 41).

<sup>318</sup> Para Fischer-Lescano (2017), é o caso de se observar um conceito crítico de direito, que revele para além do lado marcado as possibilidades de integração pelo direito. O jurista sistêmico-crítico defende uma apropriação emancipatória dos direitos, revelando que estes são não apenas formas de dominação, mas também meios de reivindicação e de luta.

desequilíbrio entre os sistemas, como já apontado no caso dos movimentos sociais, em especial na luta por desintegração – é esta caracterização que a tese sustenta quando menciona que o direito está cognitivamente aberto.

Direitos sociais e econômicos se destacam nesta descrição, uma vez que cumprem um papel importante dentro do sistema jurídico ao permitirem que se exija que a ordem econômica seja colocada à disposição do povo para as mais diversas realizações sociais. Na visão de Fischer-Lescano e Möller, “[o]s direitos sociais são uma condição necessária para a radicalização de um princípio democrático, pelo qual os movimentos sociais lutam há séculos e ainda lutarão no futuro” (2017, p. 78).

Nestas circunstâncias, pode-se observar a forma “risco/perigo” na sociedade brasileira, sobretudo quando tribunais discutem as consequências de suas decisões na sociedade.<sup>319</sup> Basta retomar Campilongo quando destaca os atritos produzidos por movimentos sociais, tribunais e governo. Para esta tese, estes atritos são comunicações sobre o risco para o sistema e, simultaneamente, são observados como perigo para o ambiente - o que, em outros termos, já foi apontado como certo apelo político ou econômico ao consequencialismo no Poder Judiciário, sobretudo pela transferência de decisões importantes, com forte impacto político e econômico diante da omissão (política) de outras organizações.<sup>320</sup>

Deve-se verificar, portanto, se tribunais respeitam os limites operativos do sistema jurídico e como adjudicam as questões em juízo – como desdobrado na parte III da tese. No entanto, ainda é possível discutir esta problemática sob a perspectiva do déficit informacional (cognitivo) *vis-à-vis* a necessidade de especialização nos tribunais. A tese que

---

<sup>319</sup> Fato é que a desintegração em determinado sistema pode representar perigos ambientais ou dificuldades operativas em outros sistemas. Campilongo aduz, então, que “[m]ais participação pode redundar, paradoxalmente, no seu oposto. Daí a expansão de forma de mobilização – como os movimentos sociais – e de destinatários dos temas – os tribunais – com endereços comunicativos, valores próprios e especificidades estruturais capazes de gerar alternativas. Mais cidadania? Qual?” (2012, p. 55).

<sup>320</sup> Não se trata tanto de seguir a ponderação de Luhmann (1998) sobre a Itália meridional ao discutir como a causalidade – enquanto construção social – opera por meio das redes pessoais baseadas em troca de favores. Sustentava o sociólogo alemão que se uma sociedade está acostumada a localizar a causalidade em uma rede personalizada e considerar os êxitos a partir desta rede, será difícil mudar qualquer coisa dentro deste cenário. Nesse sentido, dinheiro e legislação só servirão para verificar e confirmar a eficácia dos contatos da rede” (ibidem, pp. 112-121). Na verdade, sugere-se ir além desta descrição, pois, diante do aumento da complexidade gerado pela sociedade mundial, importa verificar os condicionamentos locais e como ocorre a circulação da comunicação e suas respectivas comunicações entre sistemas de função e organizações – como desdobrado na parte III da tese.

juízes têm dificuldades em avaliar as informações em razão da formação generalista e da ausência de técnicas apropriadas ilustra bem o ponto.<sup>321</sup>

Acredita-se que toda tomada de decisão envolva um déficit informacional (cognitivo) – seja em razão da fraca capacidade institucional de coleta e ponderação de indícios e provas, seja pela complexidade do tema desafiado, ou do próprio risco da decisão –, o que dificulta a avaliação das consequências pelos juízes, uma vez que muitos possuem uma formação generalista. Cabe, então, o debate sobre a formação de uma sociedade de *experts*, que surge como uma alternativa e é desdobrado no próximo capítulo.

---

<sup>321</sup> Para uma apresentação desta tese, veja VERMEULE, 2006.

## CAPÍTULO 7 – SOCIEDADE DE *EXPERTS*

O aparecimento de centros técnico-administrativos decisórios no Brasil está relacionado às reformas implementadas nos anos 1990, sobretudo na gestão pública.<sup>322</sup> Neste contexto da abertura internacional da economia brasileira, surgiu a necessidade de se modernizar a estrutura administrativa, estabelecendo-se uma legislação adequada sobre o processo administrativo e uma regulação setorizada.

Uma das principais justificativas dessa modernização sustenta-se na aposta de que em alguns casos, por envolverem conhecimento científico, é melhor delegar a decisão a *experts* em vez de recorrer à via judicial. O legislador brasileiro, inclusive, adotou esta política ao estruturar tribunais administrativos para tomadas de decisão relativas a determinados setores no país – uma dezena de doutrinas, de diferentes áreas do direito, sustenta que este foi o raciocínio a justificar a implementação, no país, de agências reguladoras<sup>323</sup> e câmaras de arbitragem,<sup>324</sup> entre outros centros de decisão extrajudiciais.

O argumento dos *experts* no direito baseia-se em três premissas: a primeira refere-se à atuação especializada, assegurada pela delegação de competência e pela elaboração de textos legais flexíveis – por meio de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos. Vale notar que estes textos dependem explicitamente da complementação do conhecimento científico para integração das soluções ao caso concreto.

Segunda, o argumento é reforçado com o tema da discricionariedade<sup>325</sup> – entendida como hipótese de atribuição de autonomia decisória, não vinculando o processo de tomada de decisão a determinada regra substantiva. No caso dos juízos técnicos,<sup>326</sup> admite-se que estes não sejam submetidos ao controle judicial quando versarem sobre conhecimentos especializados e forem fundamentais para a solução do litígio.

---

<sup>322</sup> Para uma apresentação geral da reforma gerencial, cf. BRESSER-PEREIRA, 2003.

<sup>323</sup> Cf. BINENBOJM, 2005 e ARAGÃO; MARQUES NETO, 2008.

<sup>324</sup> Cf. CHASIN, 2015.

<sup>325</sup> A noção de discricionariedade aqui explorada não se confunde com a discricionariedade administrativa, tema do direito administrativo. A discricionariedade desta tese situa-se à luz dos debates da teoria do direito sobre a não limitação do tomador de decisão por autoridade superior ou revisora e a possibilidade de aquele não seguir padrões decisórios em face de casos difíceis.

<sup>326</sup> Apreciação técnica (e não discricionariedade técnica) significa o recurso do direito a fontes e sistemas específicos de conhecimento para a formulação de juízos acerca de determinados fatos com base em postulados técnicos e científicos próprios de cada setor do conhecimento, cf. PEREIRA (2003).

O jurista estadunidense Adrian Vermeule retrata bem este ponto, em uma concepção minimalista, afirma que juízes devem ser deferentes às decisões do Executivo,<sup>327</sup> pois estes estariam em posição melhor para decidir, diz “é razoável acreditar que os juízes não estão bem equipados para se engajar em tarefas teoricamente ambiciosas, sem acreditar que a própria teoria política seja problemática ou inútil” (op. cit., p. 243, tradução livre).

Terceira, presume-se a prevalência da neutralidade em juízos técnicos. Acredita-se que esses juízos não procedam a nenhuma avaliação política ou sequer a uma atuação estratégica. *Experts* não são constrangidos por autoridades e atêm-se unicamente a questões científicas. Neste sentido, outro jurista estadunidense David Kennedy afirma ser possível descolar os *experts* dos resultados de suas previsões, já que “(...) nós colocamos a responsabilidade em outro lugar, seja no seu conhecimento ou no poder daqueles que escutam seus conselhos. Especialistas, imaginamos, estão sendo falados por seus conhecimentos. Não é ele quem fala, mas a lei – ou economia – que fala através dele” (2016, p. 278, tradução livre).

Para além dessas proposições, o contexto brasileiro também favoreceu a expansão da atuação dos *experts* pelo sistema jurídico em razão do esgotamento do modelo *welfarista* e da busca por novas estruturas para a implementação dos direitos sociais e econômicos, traços de um novo modelo de regulação.<sup>328</sup>

Diante dessa conjuntura, a partir da modernização da Administração Pública brasileira,<sup>329</sup> em especial por sua processualização, a atuação administrativa passou a ser

---

<sup>327</sup> Esta defesa também se relaciona com a capacidade epistêmica do Executivo e do Legislativo, em outro texto Vermeule (2012) argumenta que as organizações do sistema político, por serem mais numerosas e diversificadas, além de possuírem programas mais flexíveis do que o sistema jurídico, estão mais propensos a tomarem a decisão correta em cada caso (op. cit., pp. 344 – 345).

<sup>328</sup> Diz Guerra: “Um dos fatores preponderantes que emerge em decorrência de toda essa transformação está no fato de que o Direito Administrativo experimenta uma forte influência do Direito Econômico (despontando o “Direito Administrativo Econômico”), sendo mais um componente para se levar em conta o sopesamento, custos e benefícios no agir administrativo. Há noções próprias do Direito Econômico (que afetam a sociedade) que o Direito Administrativo não convivia. As regras legais, para satisfazerem a necessidade de maior maleabilidade da matéria econômica, são, cumulativamente, menos imperativas, instáveis e imprecisas que as escolhas administrativas clássicas, tendendo a provocar uma modificação da discricionariedade administrativa” (2008, p. 208).

<sup>329</sup> O estudo do processo de modernização da Administração Pública brasileira iniciou-se na década de 1990, tendo em vista as importantes reformas e inovações de marcos legais do direito administrativo, tais como a implementação das leis gerais de processo administrativo e a introdução das agências reguladoras. A respeito, cf. BRESSER-PEREIRA (2003). Ainda, destaca-se a discussão do tópico 6.4 desta tese.

caracterizada pela função judicante dos *experts*.<sup>330</sup> Atualmente, diversos órgãos administrativos possuem capacidade decisória, atribuída por determinações legais, e atuam como verdadeiros centros produtores de decisão – e não apenas marginais à atividade judicial. Alguns se estruturam, inclusive, como tribunais constituídos por um corpo definido de autoridades, as quais formam um colegiado que decide casos concretos a partir de determinada estrutura e regramento<sup>331</sup> - *e.g.*, tribunais administrativos, agências reguladoras, conselhos e comitês decisórios e tribunais de arbitragem.

Trata-se, enfim, de uma “sociedade” de *experts*. As aspas são propositais, pois, da perspectiva sistêmica, não se trata de uma sociedade já que a sociedade é uma só e a comunicação científica está circunscrita aos limites do subsistema social da ciência.<sup>332</sup> Todavia, observa-se que a descrição desta “sociedade” não respeita os limites erigidos pela teoria entre sistema/ambiente, logo não haveria distinção em relação aos limites do subsistema da ciência e dos demais.

O ponto é, então, saber como *experts* conseguem decidir e lidar com as consequências melhor do que outras autoridades decisórias? Qual é o paradoxo oculto nesta observação?<sup>333</sup> Este capítulo avança nesta questão e mostra o debate sobre a relação entre ciência e sociedade, bem como a articulação do discurso científico em outros sistemas de função, em especial o direito e a política.

## 7.1. Ciência e sociedade

---

<sup>330</sup> A ideia de que determinados órgãos da Administração Pública desempenham funções judicantes é identificada por alguns autores com a noção de método de trabalho. A respeito, cf. SUNDFELD (2003) e LIMA (2009).

<sup>331</sup> Destacam-se as considerações de Lima: “Em linhas bastante gerais, basta atentar, por exemplo, para o fato de que a estrutura e o *modus operandi* do Cade reproduzem o modelo dos tribunais brasileiros: há um número fixo de conselheiros, a quem cabe relatar os casos distribuídos periodicamente, e que se reúnem em plenário para tomar as decisões que lhe cabem com base na aplicação da lei ao caso concreto. Assim como o Judiciário, o Cade está estruturado para tomar decisões pontuais sobre casos concretos e não para planejar a defesa da concorrência tendo em vista o panorama mais geral. Não chega, assim, a surpreender o fato de que o Cade tem, de fato, procurado mimetizar o Judiciário e se portar como um verdadeiro tribunal da concorrência.” (2009, p. 29).

<sup>332</sup> Cf. LUHMANN, 1996.

<sup>333</sup> De modo similar, Guerra também questiona: “como conciliar o papel estatal, com permanente impacto sobre os direitos fundamentais, com a necessária ampliação da escolha discricionária, que deveria ser voltada muito mais à mediação e conciliação de interesses antagônicos do que à decisão por mera conveniência e oportunidade do administrador?” (2008, p. 210). Neste caso, discute-se como alcançar as razões para a tomada de decisão administrativa que estão fixadas no binômio “conveniência e oportunidade”.

Admite-se que experts consigam decidir com base nas consequências de uma melhor maneira que juízes, pois suas comunicações estariam situadas no campo do sistema científicos.

Todavia, do ponto de vista sistêmico, é difícil situar a aplicação do conhecimento científico na sociedade por diferentes razões. Primeiro porque *fora* do sistema científico não é mais possível falar em ciência, mas em sociedade – ou em âmbitos de outros subsistemas.<sup>334</sup> Neste sentido, conhecimento científico produz perigos ambientais ou, como Luhmann aponta, a desconstrução do conhecimento do cotidiano, não como resultado de uma demanda social, mas como efeito da própria autopoiese da ciência (1996, pp. 460-461). Ciência gera problemas para a sociedade, como lidar com eles?

Na obra *Ciência da Sociedade* (1996), publicada pela primeira vez em 1990, o sociólogo alemão argumenta que no dia-a-dia do sistema científico, o estado da arte da ciência é sempre o melhor conhecimento. No entanto, fora da ciência, este conhecimento também é um momento do próprio perigo da sociedade já não foi traduzido e operado por outros sistemas (1996, p. 460, tradução livre). A sociedade promove a ciência enquanto subsistema social, porém, simultaneamente, também precisa imunizar-se contra consequências resultantes das descobertas científicas.

Segundo, admitindo-se uma diferenciação funcional, ciência e sociedade não devem ser confundidas. A ciência produz comunicações específicas, independentemente de saber como suas descobertas são aplicadas. É dizer, a ciência é um sistema que observa a sociedade, que se preocupa em elaborar afirmações sobre verdade a partir de investigações e discussões metodológicas, muitas vezes de pouca utilidade para outros sistemas.

A ciência não está interessada em resolver problemas operacionais de outros sistemas nem pretende servir de base para política, economia ou direito, ainda que os conhecimentos científicos possam irritar e estimular internamente estes sistemas, ou que busquem uma variedade e novas estabilizações por suas próprias operações.

---

<sup>334</sup> Trata-se do antigo problema entre a distinção entre ciência e não ciência e a integração das ciências técnicas aplicadas na sociedade. Vanderstraeten discute tal ponto a partir da reconstituição histórica do período Iluminista, segundo o autor “A era do Iluminismo não é apenas caracterizada pela preocupação explícita com o conhecimento; é mais particularmente caracterizada por um forte foco na utilidade ou aplicabilidade do conhecimento. Sua preocupação com a utilidade sustentou uma ampla gama de tentativas de adquirir, distribuir ou divulgar todos os tipos de conhecimento "útil". Mas também é caracterizada pela apreciação de formas particulares de conhecimentos "relevantes" e pela depreciação de outras formas” (2015, p. 179, tradução livre).

Historicamente, a ciência também se encaminhou para a instrumentalização e aplicação tecnológica. Observou-se a ascensão das disciplinas aplicadas (engenharia, medicina, direito entre outras) no sistema científico. Vanderstraeten (2015) explica que, nos últimos séculos, o conhecimento científico adquiriu uma forte autoridade cultural na sociedade mundial. Acabou-se privilegiando determinadas disciplinas aplicadas em detrimento de outras, basta notar o desenvolvimento do termo tecnologia em meados do século XVIII, diz o autor que o termo “artes úteis (ou "arts utiles", "nuttige konsten", "arts mechaniques", etc.) desapareceu lentamente da cena no século XIX, enquanto termos como "ciência aplicada", "ciência da engenharia" e a "tecnologia" entrou em uso. Cientistas aplicados [experts], na sua maioria engenheiros, poderiam cada vez mais se apresentar ou posicionar-se como os "governantes" sobre as artes úteis” (op. cit., p. 181, tradução livre).

Ninguém duvida que questões técnicas e científicas surgem a cada dia e, em vista da alta complexidade que permeia essas descobertas, estas podem irritar outros sistemas. O problema é outro. Trata-se da crítica à ideia de aplicação dos conhecimentos científicos fora do âmbito da ciência. Talvez seu principal exemplo seja a “tecnocracia”, compreendida como um governo de cientistas situado como um programa da política.<sup>335</sup> É possível mencionar, atualmente, as *fintechs*, empresas do campo financeiro com propósitos distintos da investigação científica facilitadoras de pagamentos pela comunicação digital, ou, ainda, as *startups* de tecnologia, que muitas vezes contam com estímulo estatal para fornecer serviços criativos e até mesmo a normatividade tecnocientífica – o que transforma o direito em uma “jaula de aço” em sentido weberiano, reforçando a relação entre direito e ciência e isolando tematização políticas.<sup>336</sup>

Nestes casos, não se admite uma sobreposição do sistema científico, uma vez que a visão sistêmica nega de início a possibilidade de domínio de um sistema social sobre os demais. *Startups* ou *fintechs* não vislumbram apenas produzir tecnologia, mas também rentabilizar seus produtos e participar de mercados. Estes empreendimentos são também abrangidos por uma política de informática; tal como na tecnocracia, não há que se falar de autoridade científica fora da ciência.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> Cf. LUHMANN, 1996, p. 444.

<sup>336</sup> Cf. BORA, 2010.

<sup>337</sup> É possível aproximar este ponto com a posição de BORA, explicando a normatividade tecnocientífica, “o direito e a ciência podem construir uma normatividade tecnocientífica que sistematicamente exclui o discurso político. O direito, embora pretenda prover liberdade política e direitos de cidadania, no final parece ser uma "jaula de aço" para a comunicação política” (2010, p.3, tradução livre).



Segundo a visão sistêmica, portanto, a sociedade de *experts* é uma comunicação que oculta outras observações, afinal, não existe domínio do conhecimento científico na sociedade. Em verdade, observam-se distintas operações de estabilização da sociedade diante de um novo perigo ambiental resultante de um conhecimento científico; êxitos tecnológicos explicam o prestígio da ciência, mas não justificam sua autoridade. O conhecimento garante sua operacionalidade, no entanto, em vez de assegurar o mundo, torna-o inseguro.<sup>338</sup>

Existem diversos acoplamentos entre ciência e outros sistemas sociais. A ciência é dependente de financiamento e, em muitos casos, os centros de pesquisa precisam de apoio político e jurídico para avançar nas investigações. Ilustrativamente, cite-se a pesquisa com células-tronco embrionárias: o STF pronunciou-se a favor dos cientistas, em sede da ADI 3510 que pleiteava impedir essa linha de estudo. Na ocasião do julgamento, o tribunal preocupou-se em proteger e diferenciar ciência e sociedade, campos já delimitados pelo texto constitucional.<sup>339</sup>

Sob outra perspectiva, a ciência possui um canal de irritação com o direito,<sup>340</sup> por exemplo, ao admitir a realização do exame de DNA em processos de investigação de paternidade. Neste caso, o conhecimento científico revela-se, diante do direito, importante meio de prova que induz presunção *juris tantum* de paternidade.

O problema aqui discutido, contudo, é outro. Trata-se do ocultamento da operação de outro sistema sob a pecha de se afirmar um conhecimento científico espúrio. A tecnocracia, a título de exemplo, preocupa-se em tomar decisões que vinculem a coletividade; similarmente, *startups* ou *fintechs* devem ser compreendidas como empresas

---

<sup>338</sup> Num sentido próximo, Vanderstraeten aponta que “pode-se argumentar que apenas formas específicas de especialização ganharam relevância de autoridade cultural. Apenas tentativas específicas para dominar o ambiente e para executar ou controlar o mundo moderno conseguiram adquirir uma legitimidade incontestável. As tensões entre as ciências puras e aplicadas provaram serem duradouras, embora os respectivos caracteres tenham mudado bastante ao longo do tempo. As reorganizações da produção de conhecimento e a formação dos recém-chegados também alteraram o local e a relevância das ciências aplicadas no sistema de ciência” (2015, p. 184, tradução livre). Veja também LUHMANN, 1996, p. 446.

<sup>339</sup> Cf. ADI 4815/DF. Plenário. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 29.05.2008

<sup>340</sup> A relação entre regulação e recomendação revela a irritação recíproca entre direito e ciência, veja Bora: “Por meio da regulação, o direito tenta influenciar a ciência. Através da recomendação, a ciência tenta influenciar a lei. Em arranjos participativos, tipicamente encontra-se ambos os aspectos em várias combinações. O discurso jurídico faz uso de pareceres científicos. Por sua vez, produz decisões legais e regula a ciência e a tecnologia” (2010, p. 15, tradução livre).

que repercutem temores da política de informática, bem como do sistema econômico ao administrar a escassez.<sup>341</sup>

Geralmente, estas estruturas operam a partir de um discurso disfarçado de neutralidade e gozam de certo reconhecimento e legitimidade, sobretudo em virtude dos atributos daqueles identificados como *experts*. O sociólogo brasileiro Octavio Ianni postula pela existência de uma “tecnoestrutura estatal” baseado na situação dos *experts*, que envolvem simultaneamente uma estrutura econômica e uma estrutura de poder articuladas a partir de um pensamento técnico-científico. A tecnoestrutura facilita a concentração de poder pelo Executivo em detrimento do Legislativo e possibilita o encadeamento das relações de dominação (políticas) e apropriação (econômicas) (1991, pp. 309-316).

Seguindo a leitura de Kennedy, é possível sustentar também que *experts* governam por assertividades (*assertions*) em qualquer configuração que trabalhem – e.g., Poder Executivo, Poder Judiciário, empresas, bancos, universidades, mercados, entre outros. Estes especialistas afirmam conhecimentos a serem articulados por meio de diretivas: “é assim que se deve executar”, “isto é o que deve ser feito” ou “é o que foi decidido”, inviabilizando tematizações e ampliações para um debate com a sociedade e em outros subsistemas (2016, pp. 135-137).

Nesse sentido, em primeiro lugar, a expertise é mais uma ação do que propriamente um conhecimento científico em si. Ademais, trata-se de atos de poder, pois muitas de suas decisões vinculam a coletividade. Por fim, *experts* influenciam a sociedade mundial por meio dos resultados de seus debates, bem como através do compartilhamento de certas visões de mundo. Vale lembrar que as comunicações científicas *em tese* não são limitadas

---

<sup>341</sup> O economista Joseph Schumpeter realizou uma excursão pela “sociologia do intelectual”, mostrando as inconsistências em uma sociedade capitalista, “por um lado, a liberdade de discussão pública, implicando a liberdade de criticar os fundamentos da sociedade capitalista, é inevitável a longo prazo; por outro, o grupo intelectual não pode evitar a crítica, pois vive de crítica e todo seu poder depende da crítica que fere” (2013, p. 188). Abordando este diagnóstico para uma outra direção, atualmente, o filósofo Axel Honneth sustenta a tese da normalização do papel do intelectual, dizendo que a expansão da classe de intelectuais na sociedade acompanhou um esvaziamento do papel de crítica operada por esta classe. Veja: “Hoje, provavelmente podemos dizer sem medo de exagero que o oposto ocorreu. A função específica da esfera pública, que por meio de condutas internas fornece algumas transferências de atenção que podem ser geridas pela mídia, contribuiu para um número cada vez maior de intelectuais que, em geral, lidam apenas com questões do dia a dia política. Um reservatório social para uma forma de crítica que investiga as tensões subjacentes dos problemas descritos e tenta encaminhar construções não é mais encontrado na classe de intelectuais” (2009, p.181, tradução livre). A ideia de sociedade de experts explorada nesta tese é também tributária deste último diagnóstico, vale ressaltar, todavia, que tal perspectiva está circunscrita aos limites do subsistema social da ciência.

por fronteiras nacionais, embora estas comunidades tenham sido durante algum tempo constituídas principalmente a nível nacional.<sup>342</sup>

É por isso que as verdades científicas muitas vezes têm pretensões globais – *e.g.*, publicações científicas e artigos em periódicos frequentemente abordam um público específico (comunidade científica), mas para além das fronteiras territoriais. Ao mesmo tempo, se desvirtuadas do campo científico e não controladas pela comunidade, essas pretensões assumem, na maioria das vezes, orientações autoritárias e espúrias, confirmadas pela história.<sup>343</sup>

Por tudo, vale relembrar-se que a vinculação do conhecimento científico ao progresso da sociedade – como uma orientação valorativa – é rechaçada na visão sistêmica, sobretudo porque a operação da ciência exige grande especialização, isolamento e indiferença relativa a tudo o que não se trate de investigação científica.<sup>344</sup> Não há primazia de um ou outro código.

Sociedade de *experts* não é sinónimo de avanço ou progresso. Cabe à ciência investigar e explicar como “conquistas tão pouco prováveis e discrepâncias tão amplas com relação ao estado inicial acabaram por resultar possíveis, podendo ser praticadas como algo normal” (LUHMANN, 2016, p. 382). O objetivo da ciência não é produzir uma sociedade melhor, justa ou igualitária, caso contrário, tratar-se-ia de subterfúgios para a afirmação de outro código e programa.

Vale destacar, ainda, que é possível observar, simultaneamente, os avanços científicos *vis-à-vis* o crescimento e a concentração econômica, a superexploração dos trabalhadores e a precarização da vida social. Como já visto anteriormente, a globalização fez-se acompanhar de uma maior exclusão da população do sistema econômico, o que foi replicado via integração de outros sistemas. Nesta tese, a sociedade pode ser compreendida somente como ambiente da ciência, e não confundida com ela.

## **7.2. Ciência pelo direito e pela política?**

---

<sup>342</sup> Cf. VANDERSTRAETEN, 2011.

<sup>343</sup> É possível, aqui, recordar o conteúdo da carta de Albert Einstein e de Leó Szilárd, em 1939, dirigida ao presidente Franklin Roosevelt, na qual alertavam na época os perigos dos encaminhamentos das pesquisas sobre fusão nuclear conduzidas na Alemanha Nazista. Os desdobramentos desta carta marcaram o início do Projeto Manhattan e de uma corrida armamentista para a produção das bombas atômicas.

<sup>344</sup> Cf. LUHMANN, 1996, p. 469.

A ciência é o campo de atuação dos *experts*, porém a tese apresenta outra descrição da atuação desses profissionais pelo campo do direito e da política a partir do pretexto que é possível um controle das consequências pelos experts.<sup>345</sup> De início, percebe-se que o *expert* não faz referência ao campo da ciência; ao contrário, ele está deslocado e em outra situação – como nos casos retratados acima – e, portanto, importa discutir como o direito ou a política traduzem em suas operações os conhecimentos científicos e produzem verdades por meio da atuação dos *experts*.

Sublinhe-se que o campo da ciência, inclusive o termo, é uma área de disputa e de incertezas, o que remete aos diferentes critérios utilizados para sua definição ao longo da história – *e.g.*, variações das teorias e métodos. O mesmo se aplica ao debate acerca do conceito de verdade nas teorias da ciência, em especial em relação à distinção entre o conceito de verdade e os critérios de verdade.

Da definição tripartida de conhecimento no diálogo platônico *Teeteto* à elaboração aristotélica por meio de processos indutivos e dedutivos, ou do empirismo ao cartesianismo, a história da ciência é marcada por construções, rupturas e refutações. Evidentemente, a produção de conhecimento científico passou a se referir às suas operações internas, social e materialmente condicionadas e em contínua disputa.

Neste sentido, o filósofo francês Gaston Bachelard na obra *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*, publicada pela primeira vez em 1943, afirma que, “[n]o fundo, o ato de conhecer dá-se contra um conhecimento anterior, destruindo conhecimentos mal estabelecidos, superando o que, no próprio espírito, é obstáculo à espiritualização” (2005, p.17). Para além da aplicação correta dos métodos e das provas, produzir conhecimento científico depende também do esclarecimento das condições materiais e sociais de produção, daquilo que é considerado verdadeiro na época, dos consensos da comunidade científica, bem como dos instrumentos e métodos disponíveis.

---

<sup>345</sup> Não cabe discutir, aqui, o tema da ciência do direito – como teoria da norma, da interpretação ou da decisão —, que, por fim, se refere à produção da dogmática jurídica para lidar com o problema da decidibilidade no direito (FERRAZ JR., 2010, pp. 135-137). De fato, nessa chave o jurista também é um *expert*. Ainda que seja possível defender o caráter científico da ciência do direito com base nas especificidades de seu objeto e método, além de sua sistematicidade, o debate versa sobre como direito e ciência, enquanto sistemas sociais, influenciam-se reciprocamente.

Independentemente de uma definição última de ciência, a tese indica que, ao referir-se ao conhecimento científico, o direito ou a política não são ciência. Aliás, o próprio critério de verdade ou falsidade modifica-se, pois estas são contingentes e operadas pela ciência.

O direito, em contrapartida, exige definitividade e certezas em suas decisões, operações distintas da ciência.<sup>346</sup> Da mesma forma, a política exige flexibilidade e acordos, nem sempre compartilhado pela comunidade científica. Destarte, a filósofa Haack (2015, pp. 22-25) esclarece que a construção da verdade jurídica no processo judicial ou na atuação política não pode ser confundida com o processo de investigação da verdade científica.<sup>347</sup>

Se alguém é condenado com base em uma perícia técnica, a condenação persistirá e produzirá seus efeitos mesmo que a técnica utilizada pela perícia seja questionada em face de outros conhecimentos científicos disponíveis e que se apontem problemas no método empregado. Nada impede que o direito reconsidere a decisão fundamentada em outros conhecimentos científicos apresentados, todavia, isto pode não ser programado ou previsto em textos legais. Similarmente, *experts* não são constrangidos a prestar contas de suas decisões à comunidade científica, pois encontram-se em outro campo de atuação.

Percebe-se, assim, que o direito recorre ao conhecimento científico como programa para resolver os problemas da tomada de decisão. Ferraz Jr. (2015) já apontava isto quando discutia que a dogmática jurídica deveria se preocupar com a relevância prática de suas operações, devendo ser altamente utilizáveis tal como um pensamento tecnológico, “ o pensamento tecnológico, característico da dogmática, toma, por assim dizer, as possibilidades factuais mostradas pela ciência e as transforma em possibilidades de ação humana, na hipótese de que , em certos pontos da ocorrência dos fenômenos, é possível uma intervenção prática” (op. cit., p. 87).

A preocupação com o conhecimento científico pelo direito aparece também no debate sobre o risco do desenvolvimento de produtos. Afinal, como compatibilizar uma expectativa normativa como a jurídica diante de uma expectativa cognitiva como a científica, que a todo o momento antecipa riscos e produz novos perigos. Este é um problema

---

<sup>346</sup> Para uma comparação dos discursos da ciência (orientada em relação à questão da verdade) e do direito (orientado em relação à questão da decidibilidade), cf. FERRAZ JR., 2015, pp. 79-92.

<sup>347</sup> Nesse sentido, a filósofa afirma que “(...) não são as decisões judiciais acerca da confiabilidade probatória nem os argumentos e contra-argumentos expostos perante um tribunal, mas o caráter dos fenômenos e eventos do mundo descrito pelas reivindicações científicas que torna verdadeiras as proposições científicas verdadeiras e falsas as proposições falsas” (HAACK, 2015, p. 20).

para o direito, pois, como sublinhado, se vale do conhecimento científico disponível para excluir ou imputar uma relação de responsabilidade do fornecedor, sobretudo na seara do direito do consumidor (*e.g.*, quando é possível confirmar que houve violação à legítima expectativa do consumidor?).<sup>348</sup>

O desafio, aqui, é compreender que para a ciência o risco do desenvolvimento não é, em verdade, um risco – *i.e.*, trata-se da própria investigação científica. Já para o direito, discute-se como traduzir e operacionalizar um conhecimento científico no sentido de verificar se à época dos fatos havia técnica passível de relevar os riscos/perigos. De um lado, por assim dizer, a ciência admite e opera com a incerteza. Do outro, o direito busca decidir e produzir certeza a partir do conhecimento disponível.<sup>349</sup>

Desse modo, prevalece o risco de se aplicar de maneira não desejável (cientificamente) os conhecimentos científicos, pois o processo jurídico pode criar certeza ou dúvida científica espúria e artificial. Evidenciam-se, neste ponto, os problemas de tradução e de operação dos conhecimentos científicos pelo direito ou pela política.

Quando o sistema jurídico incorpora e reproduz em suas decisões as razões apresentadas pelos *experts*, o conhecimento científico passa a ser jurídico. Inevitavelmente, esses conteúdos são alterados e um novo significado é estabelecido, o qual, por vezes, não logra tirar o máximo proveito da ciência e de toda a sua história. A seleção e a tradução deste conhecimento científico são resultado do trabalho de uma autoridade que não é um cientista.

Assim, corre-se o risco da não distinção operada pela autoridade decisória ao consolidar verdades científicas, necessariamente abertas e provisórias, como juridicamente

---

<sup>348</sup> É possível propor esta discussão a partir da discussão sobre qual o lugar da previsão (*foresseeability*) dos riscos/perigos no direito? Seria relevante apenas como excludente ou a favor da responsabilização? É possível recorrer ao argumento de desconhecimento de risco/perigo diante dos danos provocados por determinado agente ou produto, pois à época dos fatos não havia técnica passível de relevar os riscos/perigos? Hart e Honore discutem o ponto, destacando a importância de distinguir a possibilidade de previsão do risco da discussão *per se* da extensão e danos provocados pelo risco, dizem “Basta enfatizar que, para evitar falácias, a primeira pergunta a se fazer não é “Este perigo foi previsível?”, mas “Em que medida específica o conceito de perigo pode ser antecipado e conhecido a partir do conhecimento disponível pela experiência?” Se tivéssemos o conhecimento da experiência que ao ver nuvens escuras é possível esperar uma tempestade, seria possível afirmar que era previsível mesmo que, quando ocorresse, tivesse outras características (por exemplo, durou duas horas, cobriu uma área de 40 milhas quadradas) que não pudemos prever, mas que apareceu, *ex post facto*, em uma descrição mais específica disso” (1985, p. 258, tradução livre).

<sup>349</sup> O direito precisa também se pronunciar sobre o estado da ciência e da técnica. O cenário fica mais obscuro quando se discute o acesso às informações sobre estado da ciência e da técnica, sobretudo diante da prática de muitos laboratórios em conduzirem suas operações comerciais e industriais em segredo, como na área da pesquisa genética ou farmacêutica.

confiáveis. Em outras palavras, o direito – por meio da atuação dos *experts* – torna-se capaz de produzir falsidades científicas em verdades jurídicas, uma efetiva disfunção juridificada.

Retome-se o exemplo da perícia técnica: pode-se ter notícia de que determinado método empregado em tal perícia é meio de prova menos eficaz que novas metodologias elaboradas, ou, inclusive, de que o método foi refutado – situação em que a decisão jurídica resta cientificamente equivocada. Não à toa, o STF admite a relativização da coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade cuja existência de vínculo genético não tenha sido efetivamente determinada por não existir, à época, exame de DNA.<sup>350</sup>

Tal cenário evidencia-se quando são admitidas as descrições sistêmicas discutidas nesta tese, recorte em que não é possível aceitar uma transposição direta da ciência para o direito. Teubner pontua bem a questão, indicando que as inovações científicas possuem significado para o direito apenas na medida em que são filtradas pela dogmática, relevando a questão da responsividade (2015, pp. 82-90).<sup>351</sup>

Esta responsividade do direito, segundo a leitura sistêmica, não pode ocultar nenhuma tensão, pois trata da observação da recepção legal do conhecimento científico, que é sempre uma reentrada da diferença sistema e ambiente. Desta forma, *experts* permitem uma reconstrução jurídica interna dos conhecimentos científicos, mas não uma confusão entre as operações dos sistemas.

Nessa chave, conforme Teubner, a reconstrução “não é mera transferência de significado idêntico para outra linguagem” (2015 p. 89), mas uma forma de criar novas estruturas. O óbice, na prática, reside em saber como a reconstrução acontece, uma vez que tais sistemas operam com códigos e programas muito distintos, e lidam com expectativas muito diferentes. No caso da ciência, a expectativa é cognitiva, apreendida e modificada a qualquer tempo.<sup>352</sup> No caso do direito, a expectativa é normativa, limitada e não modificável a qualquer tempo. É possível, ademais, apontar outras tensões que retratam as dificuldades desta reconstrução, como o caráter decisório do direito *vis-à-vis* a falibilidade científica, a advocacia *vis-à-vis* a investigação, a inércia *vis-à-vis* a inovação.

Além disso, a aproximação entre direito e ciência também decorre de interesses comerciais e revela o risco da economização já discutida no capítulo precedente, ou de certas

---

<sup>350</sup> Cf. STF. RE 363889, Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 02/06/2011

<sup>351</sup> Para uma apresentação da ideia de responsividade no direito, cf NONET; SELZNICK, 2010.

<sup>352</sup> A perspectiva pragmática, ilustrativamente, considera que o processo científico é um empreendimento provisório e completamente falível, sujeito à refutação da comunidade científica. Assim, é possível indagar como o direito lida com esses aspectos, se for considerada a atuação dos *experts* no sistema jurídico.

práticas de pilhagem, que ocorrem em escala global, realizadas por organizações privadas em defesa de seus interesses econômicos, como apresentadas por Mattei e Nader (2008). Neste sentido, cabe lembrar as distorções da informação fornecida pelas indústrias farmacêuticas ou dos fabricantes de produtos químicos em processos judiciais discutindo o remédio *Vioxx*.<sup>353</sup> Importa perceber que distorções também podem derivar da atuação de *experts*.

O conhecimento científico pode ser mobilizado em qualquer direção, favorável ou desfavorável às pretensões em disputa, o que revela sua fragilidade e plasticidade quando são recepcionados por *experts* enquanto autoridades decisórias.<sup>354</sup> Novamente, recorra-se à Kennedy (2016), segundo o qual esses conhecimentos funcionam no direito apenas como assertividades que não podem ser questionadas, já que se tornam atos de poder quando alguém faz algo como resultado pré-constituído.<sup>355</sup> *Experts* afirmam, com base em sua experiência, o que deve ser feito e como deve ser decidido, simplificando o processo decisório e ocultando os círculos de poder.

Em suma, as atuações de *experts* no interior do sistema jurídico ou político revelam que as respostas científicas não estão bem equipadas para fornecer soluções para o direito ou para a política, uma vez que possuem uma temporalidade diferente relacionada ao

---

<sup>353</sup> Cf. HENSEL e TEUBNER (2014).

<sup>354</sup> É possível comparar o uso jurídico do conhecimento científico com a crítica feita por Bachelard em relação ao uso científico da opinião. Postula o filósofo: “Se, em determinada questão, ela [a ciência] legitimar a opinião, é por motivos diversos daqueles que dão origem à opinião; de modo que a opinião está, de direito, sempre errada. A opinião pensa mal; não pensa: traduz necessidades em conhecimentos. Ao designar os objetos pela utilidade, ela se impede de conhecê-los” (2005, p. 18).

<sup>355</sup> A distorção do discurso científico pelo direito e pela política é evidente. Basta refletir sobre a utilização das audiências públicas nos processos de tomada de decisão e sua relação com a opinião pública. Herdy (2017) ilustra bem a problemática ao observar 19ª audiência pública, que discutiu a base empírico-científica de alguns dispositivos do novo Código Florestal. Diz a jurista: “Audiências públicas são convocadas para casos em que não são necessárias; e quando são necessárias, não são convocadas. E mais: quando são convocadas para casos em que são necessárias, participantes interessados são habilitados como especialistas; e especialistas estudiosos do tema não são escutados. Em referência à audiência pública desta semana, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), que constituiu um grupo de trabalho com o objetivo de oferecer contribuições para a elaboração do Novo Código Florestal, teve seu pedido de inclusão de representante indeferido. O legislador não autorizou a participação geral da sociedade civil na decisão judicial; pelo menos, não nestes termos. Criou, ao contrário, um mecanismo seletivo para que certos atores falassem sobre certas questões. Além do mais, fosse esta a intenção do legislador, o chamamento de membros da sociedade civil teria de se dar em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de direito, e não de fato. Fatos não dependem da opinião pública, sobretudo aqueles fatos técnico-científicos que são (ou pelo menos deveriam ser o exclusivo) objeto das Audiências Públicas” (p. 47).



processo de investigação, operam de maneira diversa por meio da refutação da comunidade científica e, por fim, cumprem uma função distinta.<sup>356</sup>

Evidenciam-se, portanto, as dificuldades destes sistemas em lidar com os *experts* sem reproduzir desigualdades e injustiças. Ao mesmo tempo, a existência dos especialistas revela a importância de se observar práticas e desnaturalizar ocultações, uma vez que em muitos casos ocorrem distorções quando o conhecimento científico é operado por outro sistema de função. Na sequência o ponto é ilustrado a partir dos problemas da avaliação dos fatos e da prova no processo decisório, quando se deposita uma grande esperança na matemática.

*a) Fetiche pela probabilidade no direito*

Uma das principais distorções da comunicação científica pelo sistema jurídico é o fetiche – forte apelo e fascínio – pela probabilidade via adjudicação. Discute-se, aqui, a aplicação de teorias probabilísticas para a determinação e avaliação de um fato particular no processo de tomada de decisão.

Este tema acaba sendo desconsiderado pelos teóricos da argumentação do direito, pois, como sublinhado na Parte I desta tese, uma das principais dificuldades destes teóricos foi a dependência dos seus modelos ao substancialismo jurídico – tese que admite a força normativa dos fatos *vis-à-vis* uma compreensão lógico-formal do direito, o que acaba por acrescentar risco sobre a discricionariedade judicial.

Diante deste problema, acredita-se que muitas teorias da argumentação precisam ser conjugadas com teorias que discutam o problema dos fatos e da prova. Segundo Dias e Herdy (2014), os problemas se referem sobre: “Quais os métodos que o juiz deve empregar para determinar se um fato particular alegado pelas partes aconteceu ou não? Como pode o juiz avaliar se as alegações que as partes submeteram como suposta descrição de um estado de coisas são verdadeiras ou falsas?” (op. cit., p. 25).

Uma forma de discutir os problemas dos fatos e das provas é por meio das ferramentas da matemática, que estimam situações no direito. Sustenta-se que as teorias de probabilidade podem atribuir maior racionalidade no processo decisório. Laurence Tribe discute este problema por meio da ideia do “julgamento pelas matemáticas”, quando se

---

<sup>356</sup> Haack relata, inclusive, que regras jurídicas podem impossibilitar a mobilização de informações científicas úteis, pois o sistema jurídico tende a atrair como testemunhas cientistas marginais, dispostos a emitir um parecer baseado em posições controversas, contribuindo para sua consolidação como verdade jurídica (2015, pp. 42-47).

aplica métodos matemáticos para decidir o que aconteceu em uma situação particular. O problema aqui é diferenciar esta situação em oposição aos casos em que “a própria tarefa definida pela lei aplicável é a de medir as características estatísticas ou os efeitos prováveis de algum processo ou as características estatísticas de alguma população de pessoas ou eventos” (1971, p. 1339, tradução livre).

Tribe (1971) distingue a aplicação de modelos matemáticos para prova em três situações diferentes: (i) a prova matemática direcionada para a ocorrência ou não ocorrência do evento, ato ou tipo de conduta em que o litígio é premissa; (ii) prova direcionada para a identidade do indivíduo responsável por um determinado ato ou conjunto de atos; e (iii) aqueles em que essa prova é direcionada à intenção ou a algum outro elemento mental de responsabilidade, como o conhecimento ou provocação. Ao fazer esta distinção, o jurista aponta a importância de perceber o quanto a prova matemática pode ou não ser útil no processo decisório, isto porque tal prova pode distorcer determinadas informações e ser subaproveitada no conjunto probatório. Em outras palavras, não é toda avaliação das premissas fáticas que pode ser reduzida por meio do cálculo matemático.<sup>357</sup>

O grande dilema, aqui, é que o processo decisório não pode ser compreendido como um jogo fechado, tal como um jogo de cartas ou de dados que de antemão já se é conhecida todas as possibilidades numéricas combinatórias. Este dilema subsiste ainda que critérios probabilísticos sejam positivados por meio de conceitos como standards de provas ou de “prova relevante”.<sup>358</sup>

Muitas provas submetidas ao processo adjudicatório são incompletas e inconclusivas, outras refletem divergências sobre dados e métodos. Como valorar um fato passado onde as particularidades não são plenamente conhecidas ou sequer reveladas?<sup>359</sup> O

---

<sup>357</sup> Para alguns autores, o ponto é compreender que “a probabilidade aplicável ao direito é epistêmica, pois é a Epistemologia, e não a Matemática, que nos permite raciocinar diante de provas incompletas, inconclusivas e dissonantes referentes a fatos passados” (DIAS; HERDY, 2014, p. 25).

<sup>358</sup> Veja o debate da regra 401 do *Federal Rules of Evidence* no direito estadunidense, a prova relevante é aquela alegação capaz de alterar a estimativa crível, cf. SCHECARIA; STRUCHINER, 2016, pp. 145-154.

<sup>359</sup> Dias e Herdy sustentam: “Parece-nos claro que é impossível estabelecer critérios que possam determinar a priori quão mais provável determinada prova torna as alegações feitas. Afinal, cada caso possui suas próprias especificidades, seu próprio conjunto probatório. Não existe um critério certo para explicar como as provas se relacionam, pois, isso dependerá do caso concreto. Por isso, qualquer tentativa de atribuir valores matemáticos a determinada alegação será, a nosso ver, arbitrária” (ibidem, p. 35).

que resta é produzir estimativas críveis e que são falíveis<sup>360</sup> – e.g., a força de uma determinada prova está relacionada a sua capacidade de aumentar ou diminuir a probabilidade de uma determinada alegação, devendo tal probabilidade ser entendida em termos matemáticos (DIAS; HERDY, 2014, p. 31).

Deve-se perceber que o problema não é as teorias probabilísticas, mas as suas aplicações pelo direito e o que ocultam, pois que acabam distorcendo e produzindo um outro sentido para elas.<sup>361</sup> Isto é desdobrado ainda a partir da discussão dos compromissos epistêmicos e das inferências probatórias na sequência.

#### *b) Compromissos epistêmicos e inferências probatórias*

Em termos operacionais um tribunal e qualquer outra organização decisória possuem uma série de restrições epistêmicas – entendida como capacidade para o conhecimento dos fatos – e ainda sim, são obrigados a construí-los e avaliá-los. Afinal, tribunais fazem observações e há, portanto, muitos pontos cegos envolvidos. Vale lembrar, por exemplo, que o direito só se importa com os fatos que sejam qualificados como juridicamente relevantes.

---

<sup>360</sup> Um dos principais desafios com o manejo da estatística em direito é a necessidade de produzir aproximações críveis, que segundo Epstein e Martin representam uma dificuldade adicional, sobretudo se considerarmos que a comunidade jurídica não possui formação adequada para discutir resultados estatísticos complexos (2010, p. 902). Dizem os autores, “sem o desenho adequado de um projeto de pesquisa, nenhum método de pesquisa é capaz de fornecer respostas confiáveis e adequadas; nem mesmo o melhor estatístico é capaz de fazer uma limonada sem limões” (ibidem, p. 905, tradução livre). O interesse passa a ser os possíveis encaminhamentos e desenhos metodológicos tanto para a tomada de decisão em direito como para a pesquisa.

<sup>361</sup> Dias e Herdy sugerem refletir sobre alternativas as essas teorias probabilísticas, como as probabilidades epistêmicas (2014). Outros autores preferem discutir os déficits cognitivos envolvidos na tomada de decisão e enfatizam o encaminhamento via a psicologia experimental dos juízes, Struchiner e Tavares apontam que “Por trás de toda teoria normativa da tomada de decisão judicial se ocultam pressupostos acerca das capacidades mentais, das condições de trabalho, dos interesses pessoais e profissionais dos juízes, do papel da razão e da moral no direito etc. Quando não são contrafatuais, esses pressupostos frequentemente representam teorias ingênuas acerca da natureza ou da psicologia humana. Às vezes, reconhece-se que o juiz é um ser humano falível e sujeito a variações emocionais, para em seguida exigir dele uma racionalidade ilimitada. Mas nada disso é capaz de explicar como os juízes de fato tomam certas decisões em torno dos casos difíceis, nem qual é o papel da fundamentação apresentada às partes e à sociedade. Será que toda decisão proferida num caso difícil é tomada de maneira consciente e deliberada a partir de um processo controlado de inferência? Será que a fundamentação representa o trajeto lógico percorrido pelo juiz para alcançar a decisão?” (2014, p. 172). Estes autores testam teses do realismo jurídico por meio do modelo sócio-intuicionista de Jonathan Haidt, dizem “os julgamentos morais são causados por rápidas intuições morais, e seguidas, quando necessário, de detida argumentação moral racional. Essa argumentação racional surge quando as pessoas buscam teorias plausíveis do porquê de terem feito o que zeram, recorrendo primeiro a um conjunto de explicações comportamentais culturalmente ofertadas. O modelo reconhece a importância das interações sociais na prática da moralidade, bem como o papel da razão no processo de julgamento moral, mas a ela atribui importância reduzida” (ibidem, p. 190)

Diante desta constatação, é possível problematizar como o direito cumpre com sua obrigação de construção dos fatos a partir da capacidade para o conhecimento dos mesmos?

Em uma sociologia preocupada com as argumentações jurídicas, é relevante observar as dificuldades cognitivas envolvidas no processo decisório. Em muitos casos, as autoridades não podem ter conhecimento direto e *a priori* dos fatos em litígios e, geralmente, somente as partes são responsáveis para produzir as provas necessárias para confirmarem suas alegações.<sup>362</sup> Em verdade, o conhecimento dos fatos no direito é, assim, produzido indiretamente e de forma comunicativa a partir do trabalho interpretativo das autoridades.

Cabe ao juiz inferir as alegações fáticas das informações probatórias – relacionar as hipóteses fáticas sustentadas pelas partes a partir de informações ou provas que dão suporte a tais hipóteses (MATIDA; HERDY, 2016, p. 215). Nesta inferência, o critério de verdade sobre as afirmações fáticas não está definido claramente pelo sistema jurídico e dois problemas se tornam relevantes aqui.

Primeiro, não há plena certeza que o conjunto probatório é suficiente para fundamentar as alegações – para o direito, basta que os juízes estejam pessoalmente convencidos. É por isso que tanto juízes podem tomar decisões a partir de informações incompletas, como podem negar pedidos com base na ausência de provas – *e.g.*, arquivamento por falta de provas.

Ainda que existam regras de presunção e de ônus da prova, ou regras que afastem as provas espúrias (*e.g.*, vedação da confissão mediante tortura), que auxiliam a atividade de inferir, essas autoridades acabam dependendo em alguma medida de regras da experiência para avaliar as premissas fáticas.

Schauer (1991) esclarece que as regras da experiência são como *if clauses*, possuem um caráter opcional onde os resultados estão de acordo com suas justificativas e, por isso, dependem de uma avaliação do agente para serem observadas ou não – *e.g.*, juízes sabem que o motorista bêbado possui os seus sentidos alterados; logo, é provável que este motorista ao dirigir não respeite os limites de velocidade.

O teórico também aponta que estas regras possuem algum grau de força, já que a maioria das regras da experiência (*rules of thumb*) exercem, como generalizações, força

---

<sup>362</sup> Cabe ao juiz precipuamente o controle da produção das provas, veja a seguinte disposição no Código de Processo Civil: “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

normativa, pois “eleva o nível de confiança para a tomada de decisão contra fatos contrários, mesmo quando há motivos para acreditar, sem o elevado nível de confiança, que a generalização é inaplicável no caso” (ibidem, p.109, tradução livre). Tratam-se de generalizações científicas que podem ser facilmente manipuladas e são dependentes do uso determinado pelo julgador (e não pelo legislador).<sup>363</sup>

Percebe-se, assim, que as probabilidades e as regras da experiência auxiliam o tomador de decisão a lidar com os pontos cegos da decisão, sobretudo quando precisa reconstituir e avaliar os fatos ao estimar situações. É neste sentido que surge um outro problema em relação à estimação.

O segundo problema é, então, que a combinação entre regras probatórias e regras da experiência não consegue assegurar que a decisão judicial será baseada inteiramente em alegações fáticas verdadeiras. Este problema releva a importância dos compromissos epistêmicos da atividade judicial, sob o risco de que se não observados poderão ser deturpados. Compromissos são compreendidos como a transparência e a explicitação dos critérios e técnicas para inferir e estimar as situações – *e.g.*, quando juiz seleciona e avalia uma consequência extrajurídica para a decisão.

É preciso levar a sério as limitações epistêmicas dos tribunais uma vez que a análise judicial de uma proposição factual sempre se constitui como um problema de raciocínio. Exige-se a produção de evidências e inferências. Diz Matida e Herdy, “Mesmo quando o que está em jogo é a construção da premissa fática do silogismo judicial, impõe-se ao julgador a combinação de compromissos que ultrapassam a preocupação de determinar a correspondência entre a posição fática e a realidade externa ao processo judicial” (2016, p. 233).

Nos processos judiciais os compromissos normativos e conceituais estão relacionados com os epistêmicos a todo instante (ibidem, pp. 232-233). Logo, é preciso saber com clareza como o direito constrói os fatos em cada caso, seja quando a narrativa e as

---

<sup>363</sup> Para Schauer existem dois tipos de regras prescritivas: regras da experiência (*rules of thumb*) que orientam as situações do dia-a-dia, mas que não exercem pressão normativa plena, e as regras mandatórias (*mandatory rules*) que *de fato* exercem pressão normativa já que são obrigatórias de maneira contrafática (não há um caráter opcional). Esta distinção aparece no caso das placas numa rodovia, “Limite de Velocidade 55 milhas por hora” e “É inseguro dirigir acima de 55 milhas por hora”, ambas prescrevem, mas somente no primeiro caso é proibido dirigir acima de 55 milhas por hora, inclusive quando é seguro dirigir acima de tal limite de velocidade.

provas descolam de determinada realidade, ou quando justifica-se a aplicação de determinada regra probatória ou da experiência, que auxilia o juiz à atividade de inferência. Trata-se de uma preocupação do juiz comprometido com uma decisão bem fundamentada e baseada em boas razões.<sup>364</sup>

Não surpreende que, atualmente, alguns teóricos prefiram depositar uma grande crença no potencial antecipatório diante da probabilidade dos resultados, uma vez que eventos já se tornaram conhecidos no passado e poderiam sinalizar para o futuro. Sustentam, então, que o direito somente estipula artificialmente níveis de probabilidade para suas decisões, de modo que o bom advogado seria equivalente a um vidente ou, pelo menos, a um apostador capaz de acertar os números, e os tribunais representariam nada mais que uma loteria.

Todavia, as consequências tratadas ao longo desta tese reforçam uma atenção diferente. As imagens de um tribunal-loteria ou de um advogado-vidente foram lançadas sob os auspícios de um consequencialismo do direito. Ao contrário, a perspectiva da argumentação consequencialista adota uma posição mais cautelosa em relação à probabilidade e mais respeitosa em relação ao futuro do direito, evitando o viés de retrospectiva (*hindsight bias*) ao não acreditar cegamente e não se acomodar com a ideia que um resultado seja mais provável apenas porque já aconteceu ao menos uma vez, *i.e.*, sem superestimar as previsões.<sup>365</sup>

Sugere-se que o direito e a política deveriam se acostumar em ter cautela e dar o devido tratamento ao conhecimento científico – compreendendo os limites funcionais,

---

<sup>364</sup> Diz Herdy: “*J* só pode conhecer as palavras de *T* - onde *J* representa juiz ou jurado, *T* para testemunha (*expert* ou leiga) e *p* para a proposição factual, que é uma premissa no processo de inferência judicial. *T* tem motivos (evidenciais) para acreditar nisso, mas *J* não. Por isso, *J* se baseia nos motivos de *T* para acreditar nisso. Posso dizer que *J* tem boas razões para acreditar que *T* tem boas razões para acreditar que *p*?” (2016, p. 91, tradução livre).

<sup>365</sup> Uma série de dinâmicas sustenta o viés de retrospectiva no direito, em especial a necessidade de respostas rápidas e conclusivas, que ofuscaria a contingência, pesquisando, inclusive, a viabilidade de que o resultado pudesse ter ocorrido de outra forma. Além disso, o viés de retrospectiva se aproxima do viés confirmatório, “inclinação involuntária que as pessoas têm ao angariar e lidar com evidência na deliberação ou argumentação para reforçar, de maneira inapropriada, hipóteses ou crenças cuja verdade está em questão” (TAVARES; STRUCHINER, 2014, p. 201). Tais vieses importam na forma como juízes e tribunais argumentam por meio de uma intuição específica e isto pode se manifestar em qualquer tipo de comunicação. Veja novamente Tavares e Struchiner, “as pessoas tendem a buscar exemplos ou dados que confirmem a hipótese em consideração. Muitas pessoas não entendem o conceito de falseamento. E o problema é que esse tipo de estratégia de teste positivo diminui as chances de se descobrir que uma hipótese incorreta é, de fato, incorreta”. (ibidem, p.203).

inclusive em termos epistêmicos. O que se observa é a necessidade de deixar explícito os usos de tais conhecimentos e de diversificar as fontes de conhecimento – *e.g.*, evitando a utilização de mecanismos seletivos que excluem importantes vozes para discutir a matéria de fato, bem como admitir as traduções operadas em cada comunicação e as autodescrições pela teoria do direito.<sup>366</sup>

---

<sup>366</sup> Diz Herdy: “A teoria do direito deve atentar-se às análises epistemológicas e reconsiderar sua teoria da justificação epistêmica judicial de modo a torná-la congruente com a condição de que as autoridades não possuem autonomia intelectual” (ibidem, p. 99, tradução livre).

## CAPÍTULO 8 – CRISE, INCLUSÃO E EXCLUSÃO

Para além da observação da sociedade de experts, é fundamental entender como a operação de argumentos consequentialistas pelo direito provoca reflexos na sociedade por meio das crises, sobretudo a partir do metacódigo “inclusão/exclusão”.<sup>367</sup>

Ilustrativamente, discute-se o caso da crise brasileira iniciada por volta de 2015 e que é considerada por muitos uma crise econômica em razão da recessão, da alta taxa de desemprego e da baixa produtividade confirmada pelos índices econômicos em 2016. Outros apontam-na como uma crise política inédita que culminou, inclusive, no *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff e no avanço da “Operação Lava Jato” – cujo desdobramento ainda é desconhecido, pois continua a cada dia investigando, denunciando, processando e condenando empresários, governantes, parlamentares e demais políticos, numa escalada sem precedentes. Aventa-se, ademais, o diagnóstico de crise jurídica, diante da dificuldade de os tribunais oferecerem respostas às demandas repassadas por outros sistemas. Mesmo que algumas questões sejam tematizadas juridicamente, o direito não é capaz de reduzir os perigos ambientais diante da falta de programas, de filtragem ou mesmo pela limitação do desempenho das funções.

Para além da definição e da incerteza sobre os encaminhamentos desta crise específica, sublinhe-se que ela penetrou nos arranjos e nas dinâmicas de diversos sistemas sociais; já atua como infecção generalizada, pode-se assim dizer. Trata-se, portanto, de uma crise da sociedade, e o interesse reside em discutir o que a ideia de crise representa em termos operacionais e como se relaciona com a questão da operação das consequências.

Crises refletem situações que exigem imunização e controle pelo direito, colocando em prova as estruturas que possibilitam aos diferentes sistemas imunizarem-se contra patologias severas. Ao mesmo tempo a crise marca uma oposição em relação à estabilização e, portanto, para esta tese trata-se também de uma forma de observação “crise/estabilização (imunização)”.

Luhmann relembra que, no caso da imunologia, não existem respostas rápidas e prontas. De imediato, percebe-se que crises são internas e provocam variação dos sistemas, exigindo novas seleções e estabilizações. Em muitas situações, a resposta imunológica

---

<sup>367</sup> Esta referência ao metacódigo ocorre somente no nível da observação de segunda ordem, e é manejada exclusivamente nele.



depende de tempo, o que implica que muitas das observações aqui apontadas devem ser consideradas reflexões parciais, uma vez que não é possível excluir definitivamente a probabilidade de novas “infecções”, bem como as respostas de cada sistema estão limitadas por seus códigos e programas, sendo difícil generalizar conclusões.

No contexto da observação do metacódigo “inclusão/exclusão”, consequências podem representar dificuldades de acesso e dependência dos sistemas, o que se reflete de diversas maneiras, afinal, inclusões e exclusões podem ocorrer via risco/perigo, sobretudo pela operação das organizações.

Reflete-se, neste ponto, sobre o sentido de crise na sociedade e seu impacto na dinâmica do direito, sobretudo em relação à mobilização das consequências.

### **8.1. Ideia de crise**

Um dos pontos mais sensíveis da aludida crise inaugurada em 2015 no Brasil envolveu o financiamento privado de campanhas eleitorais dos partidos políticos – prática até então recorrente nas disputas e não coibida pelo direito eleitoral. Foi amplamente noticiado pela mídia – e comprovado em alguns processos judiciais – que o financiamento privado, sobretudo quando realizado por meio de doações de pessoas jurídicas, corrompeu em grande medida o sistema político brasileiro.

Em razão das doações, muitos governos eleitos obrigaram-se a “trocar favores” com as empresas doadoras, efetivados por meio de facilidades contratuais, fraudes em processos licitatórios, superfaturamento de serviços e obras, entre outros.<sup>368</sup> Do ponto de vista sistêmico, observa-se que uma tendência inflacionária operada pelo meio monetário permitiu que essa interação acontecesse. Ao reduzir a troca de favores no sistema político – e de forma ilegal no sistema jurídico – por recursos no sistema econômico, percebeu-se como códigos e programas podem ser modificados por outros em razão da quebra da integridade das operações das funções centrais de cada sistema.

Segundo Stichweh, isto se explica pelos processos de inflação e deflação de símbolos. O sociólogo argumenta que todos os sistemas dependem de símbolos constitutivos

---

<sup>368</sup> É possível aproximar esta descrição de troca de favores com a análise sistêmica sobre a causalidade da Itália meridional, cf LUHMANN, 1998. Todavia, a tese segue uma outra análise enfatizando as relações entre sociedade mundial e os condicionamentos locais. Trata-se de observar a sociedade brasileira como especificação desta sociedade mundial, além de observar a circulação da comunicação organizacional inserido em um contexto global.

sujeitos a movimentos inflacionários ou de deflação; o aumento e o declínio destes símbolos (em comparação com outros símbolos) acarretam transformações nas dinâmicas e modificam padrões de operação, o que pode vir a se manifestar como crise (2011, p. 46).

A análise de Stichweh é interessante na medida em que preserva o primado da diferenciação funcional e da policontextualidade. Em uma sociedade policontextual, onde nenhum sistema social possui primazia estrutural em relação a outros sistemas, crises emergem não apenas do sistema econômico, mas também de outros sistemas. Elas possibilitam o efeito do derramamento (*spillover effect*), *i.e.*, uma crise dentro de um sistema pode vir a desencadear efeitos em outros sistemas, considerados ruídos em seus respectivos ambientes, tal como no debate da econômica apresentado no capítulo 6.

Crises não são observadas como falhas de operações ou problemas de antecipação de riscos por sistemas e organizações, nem como formas de colonização de um sistema sobre outros, mas como processos de transformação nas estruturas da sociedade.

Em termos sistêmicos, trata-se de efeitos colaterais do processo de diferenciação funcional; portanto, elas fazem parte da evolução dos sistemas, sendo seu tempo de superação ou assimilação completamente variável.<sup>369</sup> É possível, inclusive, sugerir que as crises jurídicas são, em verdade, modificações na dimensão argumentativa - como apontado no capítulo 5 - diante da observação cada vez mais frequente das operações com base nas consequências no direito.

Paradoxalmente, crises possibilitam abertura cognitiva e ajustes pelos próprios sistemas. Retomando-se o financiamento das campanhas eleitorais brasileiras, ressalta-se a promulgação da Lei n. 13.165/15, aprovada na conjuntura da “Operação Lava Jato”, que modificou o disciplinamento da prática, vedando doações feitas por pessoas jurídicas. Este já tinha sido, inclusive, o entendimento do STF em 2015,<sup>370</sup> ocasião em que a corte declarou a inconstitucionalidade dessas doações em razão de sua incompatibilidade com o regime democrático e com a cidadania.

É possível resgatar outros desdobramentos das crises no direito. A efervescência da situação no Brasil tem provocado mudanças nos programas do direito brasileiro, que cada vez mais tem admitido e incorporado a prática de *compliance* em diferentes setores, do compartilhamento de provas entre autoridades às novas relações entre organizações do

---

<sup>369</sup> Para um debate amplo sobre a ideia sistêmica de crise, cf. TEUBNER et al, 2011.

<sup>370</sup> Cf. ADI 4650/DF Plenário. Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.2015.

direito. No caso da “Operação Lava Jato”, percebeu-se que as empresas investigadas envolveram-se em diferentes ilícitos, que acabaram se desdobrando e implicando diferentes autoridades, exigindo a interação entre órgãos da área criminal e a autoridade concorrencial, por exemplo.

As crises refletem, portanto, o importante funcionamento da dinâmica dos sistemas sociais, e são resultados de variação, seleção e estabilização de possibilidades. A compreensão das crises está intimamente relacionada aos aumentos das possibilidades de comunicação, cada vez mais improvável de aceitação, geradora de conflitos e de dificuldades de tradução entre os sistemas.<sup>371</sup>

Vale resgatar, ainda, a caracterização de Baecker, que identifica a diferenciação funcional como elemento essencial da crise. Assim, “[uma] sociedade tribal não parece ter nenhuma noção de crise. Aliás, não precisa de uma, pois não saberia o que distinguir. Em vez disso, tribos alternam entre diferentes situações de crise como diferentes tipos de sociedade que estão sempre em estado de alerta em relação a qualquer coisa que possa provocar a perturbação” (2011, p. 178, tradução livre). Numa sociedade moderna, contudo, em que se observa a recorrência de situações de crise, esta passa a ser considerada um curso acelerado de eventos que, de alguma forma, ajuda a restaurar um estado de equilíbrio (ibidem, p. 183).

Destarte, é possível afirmar que crises são indicadores de operações obsoletas que são ajustadas pelos próprios sistemas. Para Baecker, elas são também um dispositivo retórico que permite a comunicação do sistema, indicando a necessidade de agir e de exigir os recursos necessários.

Em outras palavras, somente as crises podem revelar o caminho percorrido até determinado momento. Se uma tecnologia ainda não resistiu a uma crise, então ela não foi realmente testada (ibidem, p. 183). Da mesma forma poderíamos pensar em relação aos testes da dogmática jurídica – *i.e.*, tecnologia – em relação aos argumentos consequencialistas no direito, como discutido nos capítulos 4 e 5.

---

<sup>371</sup> Luhmann relaciona as operações do sistema político como formas de absorções de crise: “Técnica de crise não significa, aqui, esforço por impedir ou protelar uma crise do sistema social, que viria de qualquer modo, como pensam saber os marxistas. Ela significa, antes, a diferenciação temporal do risco do poder pela absorção de crises numa espécie de planejamento do poder. Um modelo formalizado disto se encontra nas legislações de emergência. Este modelo poderia ser ampliado na política, no sentido da ativação excepcional das fontes políticas do poder. Em crises antecipadas e calculadas, deste tipo, o risco de um poder maior é compensado com determinadas restrições no processo decisório” (1985, p. 73).

De Giorgi também discute a ideia de crise a partir do problema da epistemologia jurídica, para o jurista italiano a crise é sempre uma crise de estabilização e, portanto, sempre faz referência ao funcionamento dos sistemas. No caso do direito, o problema era a construção de um modelo epistemológico que fosse suficiente para a realização da compreensão e da redução da complexidade do mundo (2017, pp. 221-225). Crise é, assim, oposto de estabilização - compreendido como estruturas resistentes às crises.

Ainda que seja possível atribuir um importante papel das crises a partir da ideia da aquisição evolutiva, elas também apontam para um lado não marcado, muitas vezes relacionados ao par “inclusão/exclusão”.

## **8.2. Metacódigo inclusão/exclusão**

Neste debate, vale retomar a distinção sistêmica entre inclusão/exclusão, porque, como visto, crises podem gerar integrações e desintegrações de excluídos. A sociedade pode, portanto, ser analisada a partir deste metacódigo que marca a diferenciação funcional dos sistemas sociais. Resgatando Parsons, Luhmann critica a associação entre inclusão e expansão e desenvolvimento dos sistemas sociais, afirmando ser necessário primeiramente entender a oposição inclusão/exclusão em atenção à formação e à diferenciação dos sistemas, pois “a sociedade está supercodificada pela distinção entre inclusão (com integração frouxa) e exclusão (com integração rígida)” (2013, p. 39), e a compreensão desta distinção é que permite uma leitura apropriada na sociedade atual.

É nesse sentido que o autor define “inclusão/exclusão” como uma questão de identificação e participação determinada pelo próprio sistema e por seus correlatos sistêmicos – *i.e.*, uma distinção interna ao sistema. Na política, a inclusão concerne à participação política, enquanto eleitor ou candidato; na família, remete à constituição familiar; na religião, refere-se à participação religiosa; no direito, engloba o reconhecimento legal e a própria capacidade jurídica para estabelecimento de relações jurídicas; na economia, inclusão ganha sentido a partir da renda e da propriedade. Há, portanto, sempre uma questão ligada ao acesso e à dependência do sistema.

Por sua vez, a exclusão permanece como o lado não marcado, abrindo espaço para a compreensão de diferentes sentidos.<sup>372</sup> A atribuição deste par vincula-se, em Luhmann, às redes de relacionamentos dentro do sistema. Para ele, “a diferenciação por inclusão/exclusão se dissemina e, agora, depende especialmente de uma capacidade de ação legal/ilegal, que é dada pelas oposições ocupadas em organizações e que pode ser demandada” (ibidem, p. 29). Em sua visão, importa observar as redes de concessões de favores, que acabam diferenciando-se e deslocando-se de forma parasitária entre os sistemas. É dizer, inclusão gera mais inclusão, ainda que de maneira afrouxada, e exclusão gera mais exclusão, quase que automaticamente.

Campilongo relembra que a produção de exclusões é característica da sociedade diferenciada funcionalmente (2012, pp. 50-52). Em tribunais há necessariamente exclusão, pois alguém é, forçosamente, parte sucumbente; o mesmo ocorre em mercados, porque eventualmente alguém não tem poder de compra, e assim sucessivamente. Operações pressupõem distinções e seleções, que resultam, pela teoria sistêmica, em exclusões.

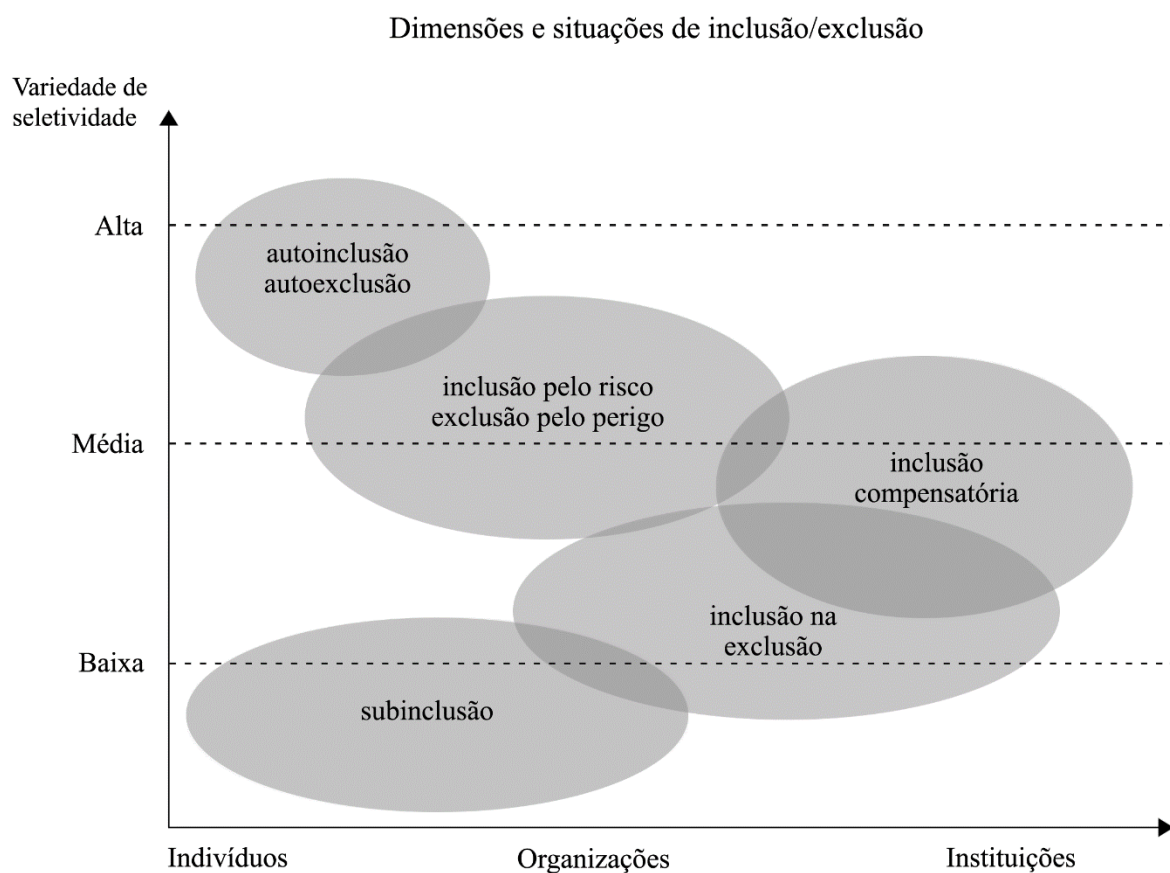
Todavia, operações podem gerar inclusões e exclusões simultaneamente: aqueles situados na ponta do sistema econômico também possuem acesso aos melhores serviços de educação, de saúde, de moradia, entre tantos outros. Inversamente, é difícil questionar o fato de que os que ganham menos de 1,25 dólar ao dia carecem de acesso aos meios de alimentação, água potável, moradia digna, saúde e educação de qualidade.

A forma “inclusão/exclusão” manifesta-se na sociedade moderna de maneiras que, por vezes, dependem da discussão da capacidade seletiva de indivíduos, organizações e sistemas – *e.g.*, possibilidade de efetivamente fazer escolhas – em face da estrutura observada. Neste sentido, adota-se, aqui, a tipologia de Mascareño e Carvajal (2015) para indicar a diversidade desta forma. Os autores trabalham com cinco tipos, apontados a seguir:

---

<sup>372</sup> Nos países em desenvolvimento, *e.g.*, mais de 1,4 bilhão de pessoas vivem atualmente abaixo da linha da pobreza internacional, ganhando menos de US\$ 1,25 por dia, enquanto em países mais ricos bancos como o JP Morgan Chase & Co. ou empresas como a Apple obtêm rendimentos estimados na ordem de bilhões de dólares.

**Figura 8.1** – Tipos de inclusão/exclusão.



Fonte: Extraída e adaptada de MASCAREÑO e CARVAJAL (2015).

A primeira forma de “inclusão/exclusão” refere-se ao tipo “autoinclusão/autoexclusão”, relativos à escolha individual de participar ou não de determinado sistema. Os autores indicam como exemplo a opção de participar de um sistema de religião. Há, aqui, alta capacidade seletiva, desde que os indivíduos possuam condições materiais que possibilitem a escolha.

O segundo tipo, talvez o mais interessante para esta tese diante do tratamento das consequências, aborda a “inclusão pelo risco/exclusão pelo perigo”, enfatizando a capacidade seletiva a partir de decisões organizacionais. Como já mencionado anteriormente, a necessidade de tomar uma decisão é algo criativamente arriscado, pois existe uma situação de complexidade crescente, mas, simultaneamente, apenas uma alternativa dentre múltiplas deve ser escolhida. Verificam-se, como resultado, a seleção e os desdobramentos não controlados pela decisão.

Mascareño e Carvajal citam as inovações nos sistemas tecnológicos, que podem ser usadas para invadir a privacidade, ou ainda políticas econômicas capazes de desencadear o desemprego de longa duração (*ibidem*, p. 135).

Vale destacar que a inclusão pela decisão organizacional afeta, na verdade, os excluídos, na medida em que estes são prejudicados pelas consequências da decisão (*e.g.*, não ser membro). A avaliação das consequências é, então, elemento chave na compreensão sobre como ocorre a inclusão pelo risco e a exclusão pelo perigo.

No Brasil, o financiamento estudantil retrata bem a exclusão pelo perigo. Após oferecer bolsas de financiamento do ensino superior, o governo, diante da crise econômica em 2015, reduziu drasticamente o orçamento destinado a este propósito, o que resultou num expressivo número de desistências de alunos e de inadimplência nas universidades. Indubitavelmente, a expectativa inicialmente gerada pelo programa alterou-se com a nova decisão, provocando exclusão desta parcela de bolsistas do sistema educacional. O financiamento, que visava permitir a integração de alunos no sistema educacional, acabou excluindo-os.

Percebe-se, então, que um conjunto sempre é excluído pelo perigo ambiental das decisões – no caso do corte do programa de financiamento estudantil (sistema político), muitos acabaram contraindo dívidas de empréstimos (sistema econômico) ou não puderam renovar suas matrículas nas universidades (sistema educacional). Mascareño e Carvajal indicam que “[e]ste é um problema democrático sério, porque a exclusão pelo perigo limita a concretização do direito das pessoas ao consentimento em assuntos que podem afetá-los, aumentando as novas desigualdades” (*ibidem*, p. 135, tradução livre).

O terceiro tipo, identificado pelos autores como “inclusão compensatória”, é geralmente associado ao restabelecimento da igualdade em relação a diferenças injustificáveis e promovidas por meio de políticas públicas. Subjacente à ideia de inclusão compensatória, prevalece um cálculo de otimização que admite que a diferença é temporária e superável. Todavia, esta inclusão produz exclusão na medida em que identifica um grupo desfavorecido em detrimento de outros, bem como quando consolida situações temporárias em permanentes.<sup>373</sup>

---

<sup>373</sup> Mascareño e Carvajal ilustram este tipo com os problemas enfrentados pelos Estados de bem-estar social durante a segunda metade do século XX. Os autores lembram que o alto custo monetário de produtos estatais

O quarto tipo é a “inclusão na exclusão”, que remete a uma situação de inclusão, porém a partir do reconhecimento de uma posição de subordinação em comparação com outras categorias sociais. A inclusão na exclusão supõe assimetria entre grupos. Tradicionalmente, este tipo de inclusão é encaminhado pela ideia de “igualdade material”, em que o legislador ou o governante procede a discriminações calculadas nos programas ou leis justamente para compensar desigualdades históricas. Sob esta visão da “inclusão na exclusão” fundamentam-se as ações afirmativas (ou discriminações positivas), que possibilitam ao Estado sanar o déficit para com aqueles que, historicamente, foram alvo de preconceitos e humilhações.<sup>374</sup> Os autores indicam, ainda, que a “inclusão na exclusão” pode ser combinada com a exclusão por perigo (*e.g.*, exclusão de grupos discriminados da tomada de decisão) ou com a inclusão compensada (*e.g.*, limitações à inclusão com base em discursos discriminatórios).

O último tipo é denominado “subinclusão”, definido a partir da falta de condições institucionais para a implementação dos direitos fundamentais, ainda que prevaleça a obrigação de responder a uma ordem social que exija obediência. A distinção já mencionada de Neves (2006, p. 248) ilustra bem a proposição a partir da figura dos subintegrados, pessoas para as quais são negados alguns direitos, mas que permanecem parcialmente incluídas em razão da obrigatoriedade de determinados deveres. Mascareño e Carvajal lembram que certos grupos – *e.g.*, refugiados, migrantes em zonas de guerra, vítimas de perseguição política, moradores em condição de rua e miseráveis – sofrem uma convergência de discriminações que não só limitam sua acessibilidade universal aos resultados institucionais, mas também conduzem à formação de áreas em que o direito não

---

ficou conhecido como crise do Estado de bem-estar na década de 1980 — sobretudo em razão do desemprego estrutural, que produziu exclusão estrutural —, sustentando que “[à] medida que o desemprego torna-se, a longo prazo, uma cadeia de exclusões, desdobrando em novas exclusões em outras esferas (local de residência, educação, cuidados de saúde), e que então confirmam novas exigências compensatórias para o Estado. A inclusão compensatória torna-se, assim, uma inclusão excluída, na medida em que inclui os afetados, mas faz isso na desigualdade” (2016, p. 136, tradução livre). Para uma visão sistêmica do Estado de bem-estar social, cf. LUHMANN, 2007.

<sup>374</sup> No Brasil, houve várias decisões neste sentido: ADPF 186, que declarou constitucional a política de cotas étnico-raciais em universidades públicas; ADC 19, que contribuiu para a aprovação da Lei n. 11.340/06, uma ação afirmativa com o objetivo de coibir a prática de violência doméstica, determinando a natureza incondicional da ação penal, entre outras. Outro reflexo desta inclusão são as discriminações do legislador infraconstitucional ao elaborar leis que visem atenuar desigualdades de tratamento em razão do gênero.



tem aplicação efetiva ou simbólica, como nas áreas clandestinas de ocupação ou nas favelas.<sup>375</sup>

Esta tipologia é relevante para a tese, pois explicita as diferentes formas de se observar a “inclusão/exclusão” na sociedade, bem como suas diversas repercussões e estabilizações. Não basta afirmar que se trata de “um produto estrutural e consequência direta da diferenciação funcional” (CAMPILONGO, 2012, p. 51), sendo igualmente importante distingui-los a fim de compreender seus desdobramentos dentro das organizações e dos sistemas.

Além disso, a classificação retrata a dinâmica e a interligação das múltiplas formas de “exclusão/inclusão”, o que dificulta a indicação de qualquer prognóstico sobre as consequências de uma decisão no futuro, ou mesmo admitir que seja possível decidir sem provocar exclusões.

O tema das consequências sempre faz referência ao metacódigo indicado. No caso desta tese, importa sobremaneira a situação de “inclusão pelo risco/exclusão pelo perigo”, uma vez que tribunais produzem inclusões por exclusões e vice-versa, simultaneamente e a todo momento – ponto explorado na parte III.

### **8.3. Entre inclusão e exclusão: o direito brasileiro como ambiente de uma sociedade complexa**

Pelo exposto nos capítulos precedentes, a sociedade pode ser analisada a partir de metacódigos, observados em todas as operações dos sistemas. Até o momento, optou-se por enfatizar a dualidade “inclusão/exclusão”, além de se destacar o imperativo de evitar simplificações quando se pretende uma descrição da sociedade brasileira.

Cabe lembrar que, numa leitura sistêmica, a identificação de um dos lados da observação depende da existência de uma diferenciação que demarque os campos do

---

<sup>375</sup> Em muitos casos, estes grupos, por estarem parcialmente incluídos, não conseguem articular e fazer valer certas operações nos sistemas. Destarte, os autores afirmam que a subinclusão caracteriza-se pela negação da autonomia individual e por uma maior restrição dos graus de seletividade. Neste sentido, a única opção é a subversão das operações, produzindo desintegrações para a inclusão. Para eles, “[a] diferença é que os subincluídos: (i) têm a ilegalidade como única alternativa; (ii) são considerados "responsáveis" quando essas práticas são descobertas, e (iii) permitem que aqueles que estão nos níveis superiores [sobretudo] continuem operando e reagrupem-se no devido tempo. Nesse sentido, a subinclusão auxilia, ademais, privilégios particulares (informais, mas sobretudo ilegais) dos outros; ajuda a reproduzi-los e ocultá-los” (MASCAREÑO e CARVAJAL, 2015, p. 138, tradução livre).

observador. Em Luhmann, é possível falar em sistema porque há ambiente; da mesma forma, um sistema é dito fechado porque é, ao mesmo tempo, aberto. Nesta linha, identifica-se um direito – e tribunais, em seguida –, porque existe uma sociedade.

Alguns apontamentos sobre a sociedade brasileira a partir deste metacódigo são relevantes. Como já visto, durante a década de 1990 o país adotou medidas de abertura de seus mercados, reduzindo tarifas de importação e implementando outros benefícios fiscais, o que facilitou a entrada de capitais transnacionais, além de ter “modernizado” e transplantado uma série de diretrizes regulatórias determinadas por organismos internacionais. Estas medidas, vale dizer, sobretudo em matérias trabalhistas e ambientais, foram indicadas não apenas como sugestões, mas principalmente por meio de pressões econômicas e de estímulos financeiros (FARIA, 2011, p. 66). Os argumentos oferecidos pelo governo à época e pelos entusiastas das medidas indicavam a melhora da situação econômica do país, inclusive com o aumento da competitividade.

No caso do direito, a Constituição Federal de 1988, com as emendas constitucionais n. 05/95, n. 08/95 e n. 09/95, quebrou o monopólio estatal da distribuição de gás, de serviços de telecomunicações e de exploração de petróleo, e leis subsequentes, como o Programa Nacional de Desestatização, afirmaram e viabilizaram um modelo de setores regulados.

Todavia, essa expectativa por uma maior inclusão da sociedade pela economia e, com efeito, por uma integração dos excluídos em outros sistemas por meio de acesso e participação no mercado não surtiu os efeitos desejados de forma satisfatória. As medidas resultaram, nos anos subsequentes, em baixos índices de crescimento econômico e na manutenção da desigualdade social no país.

No caso da abertura da economia, inclusive, verificou-se que muitas concentrações econômicas conduzidas por agentes estrangeiros de 1994 a 2010 acabaram sendo justificadas pela autoridade concorrencial como eficientes, favorecendo, em sentido contrário, o monopólio de certos segmentos de mercados no país. Mercados recém-abertos ou atividades repassadas à iniciativa privada – *e.g.*, fornecimento de luz e de gás – estavam entre os setores mais fortemente englobados pelas concentrações.

Nesse sentido, considerando-se a amostra de Miola, “a maioria dos atos de concentração decididos pelo CADE implicou a acumulação de capital por agentes estrangeiros, sob a forma de uma empresa estrangeira adquirindo outra empresa estrangeira, ou de uma empresa estrangeira adquirindo uma brasileira”, além de que “77,8% dos casos regulado pela autoridade brasileira de concorrência entre 1994 e 2010 envolveram algum

tipo de concentração beneficiando empresas estrangeiras” (2016, p. 667). Cabral e Mota, em pesquisa sobre os remédios em atos de concentração decididos pelo Cade, indicaram também que “[n]a maioria dos anos (1995 a 1997; 1998; 2001; 2004; 2006 a 2008; 2010; 2013) a quantidade de ACs aprovados mediante remédios puramente comportamentais supera a soma de operações aprovadas com restrições estruturais e comportamentais/estruturais” (2016, p. 72).<sup>376</sup>

Note-se que muitos dados referem-se também aos anos 2000, cujo modelo de governo foi caracterizado como desenvolvimentista. Neste modelo, supostamente marcado pela formação de “campeãs nacionais”, muitas empresas contavam com aporte direto do governo, seja por participação acionária do BNDES, seja por redução de juros ou oferecimento de benefícios fiscais, além, é claro, a defesa de uma política nacional de valorização do salário mínimo e de geração de empregos.

Este conjunto contribuiu para o colapso do governo em 2015, deflagrado sobretudo pelos perigos produzidos por uma “concorrência corruptoral” (FALCÃO, 2017) presente nas contratações públicas, que resultou em um grande número de desempregados e numa queda significativa na produtividade.

Diante deste cenário, muitos teóricos são uníssomos em sustentar um novo tempo de inovação institucional, imaginar alternativas no país.<sup>377</sup> Destacam-se a seguir alguns exemplos.

Mangabeira Unger discute isto a partir da ideia de multiplicação de órgãos estatais, capazes de veicular e oportunizar comunicações que estão excluídas do poder. Esta multiplicidade permite a criação de novas instituições sem desmantelar as existentes, o jurista sustenta tal visão a partir do modelo da socialdemocracia ampliada compreendido como “uma proliferação de muitas formas de joint venture no uso de recursos produtivos e na prestação de serviços técnicos e profissionais” (2004, p. 173) ao mesmo tempo em que é assegurado a provisão social do indivíduo, diz que “o indivíduo deve gozar de um conjunto de proteções e imunidades relativamente isoladas dos riscos do conflito político de curto

---

<sup>376</sup> Tais dados reforçam que, das medidas impostas pelo Cade relativas a concentração do mercado, poucas são efetivamente combatidas por meio de desconcentração – *i.e.*, são aplicadas medidas comportamentais, como pequenos ajustes contratuais, mas que não afetam a concentração.

<sup>377</sup> Segue-se aqui os apontamentos de CARVALHO (2000), quando sustenta a necessidade de compreender como brasileiros constroem o imaginário social.

prazo” (ibidem, p. 173). É neste modelo pautado na crença da experiência da vida individual que Unger defende a produção de correção das formas localizadas de exclusão e de estruturação social por meio da imaginação de futuros alternativos.<sup>378</sup>

A ideia de imaginação exige, por exemplo, a aceitação das ideias de complexidade e de indeterminação dos sistemas,<sup>379</sup> o que permite refletir o sentido da possibilidade social para além das práticas rotineiras das organizações.<sup>380</sup> Ao mesmo tempo a imaginação não é uma forma separada da mobilização, pois é necessário, também, refletir sobre os contextos e aplicações para serem sustentadas na prática.<sup>381</sup>

Trebilcock e Daniels (2008) discutem isto a partir da ênfase dos supostos obstáculos à inovação institucional. Apesar de verificar à vontade política de muitos movimentos em promover mudanças, muitos países não possuem os recursos financeiros, tecnológicos ou humanos necessários para implementar modificações. Vale resgatar aqui os conflitos subjacentes de valores, normas e atitudes quando se discute inovação. Em muitos casos, tais conflitos se referem às denúncias de práticas abusivas ou controladas por grupos de interesse que acabariam perdendo seus privilégios, ou não oferecendo ganhos materiais em troca das inovações.

É por isto que a ideia de imaginação se ajusta bem com a ideia de experimentalismo, que evita mudanças instantâneas a curto prazo em nome de alterações fragmentárias

---

<sup>378</sup> Mangabeira Unger explica a direção da socialdemocracia ampliada, diz: “A concepção nuclear que anima a social democracia ampliada é a crença de que a arena privilegiada da experiência é a vida individual: a capacidade do indivíduo para definir e executar seus próprios projetos de vida. A política – a política de governos e partidos políticos – deixa de ser a fonte plausível de grandes mudanças e esperanças” (2004, p. 170).

<sup>379</sup> Para uma discussão sobre a relação entre indeterminação jurídica e imaginação, cf. RODRIGUEZ, 2016.

<sup>380</sup> Nesta mesma linha, aproximando o referencial sistêmico e a visão de Unger, Amato interpreta a tese ungeriana da análise jurídica como imaginação institucional, diz “Unger notou a reflexão jurídica como campo de trânsito entre um discurso jurídico (judicial), do direito, e um discurso sobre o direito, observando como unidade dessas diferenças a argumentação sobre formas de organização social. Propôs então que as soluções jurídicas para cada setor da vida social sejam mapeadas e criticadas, tomando as soluções desviantes e excepcionais como ponto de partida para uma reforma de todo um campo do direito e da sociedade” (2017, p. 99).

<sup>381</sup> Interessante a aproximação que Mangabeira Unger faz em relação à imaginação e como devem os juízes julgar. Diz o jurista que, em muitos casos são os juízes os melhores agentes públicos disponíveis para implementar alternativas e, nesse sentido, o processo decisório se transforma em verdadeiro teste: “Eles [juízes] terão então que testar quão longe seu poder e autoridade, bem como suas vontades e imaginações, permitenos avançar o trabalho da intervenção estrutural, porém episódica. Precisarão conduzir o trabalho totalmente conscientes dos constrangimentos que sua incongruência com agentes impõe sobre a execução de sua tarefa auto-atribuída” (2004, p. 147). Subjacente ao ponto prevalece uma crítica à análise jurídica racionalizadora, que idealiza o direito como um conjunto de princípios impessoais de justiça e de políticas de bem-estar social (ibidem, pp. 80-141).

(cumulativas), geralmente observadas na periferia dos sistemas – o que acarreta em mudanças estruturais a longo prazo.<sup>382</sup> Prado e Chasin (2011) abordam isto por meio da ideia de um *bypass* institucional. Discutem o caso do Poupatempo, que teve como característica o fato de não tentar reformar e superar os gargalos existentes e relacionados com o difícil enfrentamento dos custos de transação e da dependência da trajetória da burocracia brasileira ineficiente. Em vez disso, criou-se um caminho alternativo em torno desta burocracia. Explicam as autoras, “[u]m *bypass* institucional tem quatro características: (i) mantém instituições pré-existentes no local; (ii) cria um caminho alternativo criando a opção de usar um ou outro; (iii) visa ser mais eficiente ou funcional do que a instituição pré-existente e (iv) apenas oferece alguns serviços ou desempenha apenas algumas funções que costumavam ser prestadas ou realizadas pela instituição pré-existente e, portanto, não modifique todo o sistema” (2011, p. 21, tradução livre).

Outro exemplo, Prado e Carson (2016) discutem o experimentalismo quando – refletindo o caso brasileiro - defendem a aplicação da tese da multiplicidade institucional em um sistema de responsabilização como estratégia eficaz para enfrentar a corrupção enquanto problema de ação coletiva. A ideia se apoia na compreensão que os condenados em casos de corrupção política enfrentem uma série de penalidades sobrepostas, incluindo sanções eleitorais, sanções políticas como censura ou remoção administrativa do cargo e danos à reputação decorrentes da cobertura negativa da mídia, além das sanções legais como as responsabilizações criminais e civis.<sup>383</sup>

É possível apontar em sentido próximo a importância do fortalecimento do *compliance* – enquanto mecanismo experimental - como um conjunto de programas privados por meio dos quais companhias e organizações expressam seu comprometimento com certas regras e valores ou objetivos. Tal programa se mostrou extremamente benéfico no direito

---

<sup>382</sup> O experimentalismo está próximo da comunicação observada na periferia do direito, não assumem como propósito realizar mudanças abruptas e centrais, mas de modo incremental modificar as práticas rotineiras, nesse sentido diz Amato “A análise jurídica como imaginação institucional é o tipo de discurso voltado a essa periferia do sistema jurídico: conecta o plano elementar das regras e valores ao plano “agregado” das instituições e ideologias (valorações de valores)” (2017, p. 133).

<sup>383</sup> Sustentam Prado e Carson: “o pressuposto é que a sobreposição das funções institucionais pode aumentar a eficácia global da “rede” das instituições de prestação de contas evitando mecanismos auto reforçadores ou culturas institucionais corruptas. Embora não haja garantia de um resultado particular, a multiplicidade pode ajudar a combater a corrupção ao promover a concorrência institucional, a colaboração, a complementaridade e a compensação” (2016, p. 59, tradução livre).

concorrencial para desestimular as práticas de corrupção envolvendo empresas privadas e governos por meio do poder econômico.<sup>384</sup>

Por fim, Amato (2017) aponta para o desenvolvimento de uma “doutrina periférica”, voltada para a reforma do direito fora das cortes, dirigida às organizações da periferia do direito. Seu conteúdo é mais voltado a projetos de lei (do lado da política) ou ao desenho de arranjos contratuais e societários (do lado da economia) do que à justificação de sentenças. Segundo o pesquisador, este raciocínio mais abertamente institucional e político (ideológico) extrapola essas exigências de justificação puramente judicial – o que assegura, com efeito, maior plasticidade para lidar com as consequências.

Tais autores e situações reforçam que a sociedade brasileira oscila entre exclusão e inclusão, afinal, seu poder econômico foi regulado e controlado de forma a não imunizar e evitar a crise, mas possibilitando o enriquecimento de determinadas organizações e grupos, além, é claro, de se desdobrar em novos riscos para outros sistemas. Portanto, trata-se de uma sociedade complexa, que não pode ser acostumada a análises e descrições simplistas, que desviam o foco da ideia da diferenciação funcional e confundem as relações entre as operações dos sistemas da política, da economia e do direito, bem como ignoram os metacódigos subjacentes a essas operações. Essas perspectivas estão no fundo do debate dos argumentos consequencialistas do direito, quando observa-se a sociedade enquanto ambiente.

Para esta tese, o problema não reside em saber como distribuir custos (e pagamentos) numa sociedade marcada significativamente pela presença da exclusão social, resistente à inclusão. Não há respostas ou modelos prontos. Ao contrário, é preciso observar a dificuldade de implementação das decisões no futuro, de criação de prognósticos a fim de lidar com as consequências.

Na sequência, diante da aplicação de um modelo multinível, essas questões serão problematizadas e discutidas mais concretamente a partir de uma outra e última posição de observação. É dizer, serão analisadas as operações dos tribunais, avançando-se no tema da argumentação consequencialista do direito a partir de julgados do STF.

---

<sup>384</sup> É inevitável observar desdobramentos nas atuações da autarquia concorrencial no país, que recentemente lançou um guia de boas práticas - Guia para Programas de Compliance Concorrencial – e que está preocupada em avançar e incentivar em um modelo de *compliance* concorrencial, que reforce a cultura da concorrência, combinando a autorregulação privada com a defesa promovida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, cf. SCHAPIRO; MARINHO, 2016.

### PARTE III

## ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS DO DIREITO EM UMA ORGANIZAÇÃO COMPLEXA

---

A tese já descreveu como o direito distinguiu em suas operações o argumento consequencialista, bem como indicou como esta distinção está em conexão com transformações ocorridas na sociedade mundial na qual a sociedade brasileira, incluindo aí o direito brasileiro, é uma especificação desta sociedade a partir de determinados condicionamentos locais.

Novamente, seguindo o modelo multinível, apresenta-se a última posição de observação, que enfatiza as autodescrições de uma organização diante dos apontamentos precedentes. Observa-se, agora, as operações dos argumentos consequencialistas pelos tribunais.

Conforme o referencial desta tese, o tribunal<sup>385</sup> é uma organização-chave para o funcionamento das sociedades modernas. Historicamente, ele sedimentou-se quando de sua diferenciação como uma organização social de tomada de decisão responsável pelo controle das expectativas normativas contrafáticas por meio da aplicação de textos legais.<sup>386</sup>

É com a positivação do direito, que tribunais começaram a assumir esse papel de destaque na sociedade, pois o direito passou a ser válido pela força de uma decisão. Toda e qualquer expectativa precisava ser filtrada por processos decisórios antes de assumir determinada *forma* jurídica – assim, quase tudo o que é jurídico passou a ser determinado a partir da adjudicação.

Este fenômeno talvez tenha dependido da diferenciação de procedimentos pelo sistema jurídico, que fixou regras de competência, e de seu condicionamento restritivo. A diferenciação assegurou a autodeterminação dos tribunais, não mais concebidos como

---

<sup>385</sup> Utiliza-se o termo “tribunal” para designar indistintamente toda e qualquer instância decisória dentro do sistema jurídico que opere com base em programas condicionados – processo de tomada de decisão a partir do implemento de condições. Não se presume, aqui, nenhuma distinção hierárquica entre tribunais. Neste sentido, o termo tribunal refere-se à organização tradicional que desempenha a função jurisdicional, mas também pode significar outras organizações extrajudiciais, como tribunais de arbitragem ou tribunais administrativos.

<sup>386</sup> O pressuposto desta afirmação é a distinção entre legislação e jurisprudência, conceitos que até então estavam intrinsecamente relacionados na medida em que não havia uma separação completa entre direito e política. Para uma reconstituição sistêmica deste ponto, cf. LUHMANN, 2016, pp. 400-408.

órgãos do Poder Executivo de competência legislativa – “o apego à lei se torna objeto de interpretação jurídica” (LUHMANN, 2016, p. 405).

Se foram garantidas aos tribunais, de um lado, maior autonomia e preponderância de sua atuação no interior do sistema jurídico, de outro confirmou-se uma declarada problematização da jurisprudência – entendida como a articulação das decisões precedentes – produzida ao final do século XIX, com o distanciamento da periferia do sistema e da discussão das fontes do direito.<sup>387</sup>

Tal movimento marcou a progressiva posição de centralidade dos tribunais no interior do sistema jurídico, cada vez mais isolado cognitivamente já que precisava reduzir a complexidade a ponto de controlar as consistências das decisões e manter a autorreferência do direito posto.

No século XX, duas posições distintas surgiram como possíveis encaminhamentos para a problematização da jurisprudência, ora como aperfeiçoamento do pandectismo, visão tributária do positivismo jurídico, ora como retomada da realidade como retrato de uma visão sociológica, um direito para além do texto legal, praticado pela sociedade nos diversos usos e costumes e que independe de qualquer ordem estatal ou tipo de sanção.<sup>388</sup>

Sob estas perspectivas, é recorrente a classificação dos tribunais tanto como excessivamente formalistas quanto como excessivamente psicologizados. Se eles são, originariamente, órgãos da sociedade – e não necessariamente órgãos estatais –, poderiam fundamentar suas decisões também a partir de normas advindas das práticas sociais. Não restam dúvidas de que, nas últimas décadas, os tribunais têm enfrentado uma crise declarada – compreendida como pressões ambientais – relacionada a uma incerteza sobre sua atuação

---

<sup>387</sup> Sobre o desenvolvimento da dogmática a partir do século XIX, Ferraz Jr. aduz: “[P]aga-se um preço por isso: o risco de um distanciamento progressivo da realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos etc.” (2001, p. 81).

<sup>388</sup> Para uma reconstituição completa deste debate sob a ótica da incorporação do argumento consequencialista do direito no plano da teoria do direito, cf. a Parte I desta tese. Na visão sistêmica, interessa perceber a passagem de um modelo hierárquico de tomada de decisão para um modelo autodeterminado que delegue aos tribunais a competência de interpretar as leis, permitindo-lhes decidir se podem resolver os casos amparando-se na argumentação jurídica ou se devem demandar a atuação do legislador. No plano constitucional, esta perspectiva está consagrada pelo princípio da separação dos poderes; no plano infraconstitucional, o direito desdobra esta autodeterminação de diferentes maneiras – *e.g.*, no direito processual, aplica-se o princípio *kompetenz-kompetenz*, segundo o qual todo tribunal judicial tem jurisdição para pronunciar-se sobre sua incompetência.



e à dogmática produzida – a “fuga do direito”<sup>389</sup> –, sobretudo no que tange às novas exigências tecnológicas do século XXI, observadas e discutidas na parte II.<sup>390</sup>

A crise revela a necessidade de se entender a participação dos tribunais no desenvolvimento da sociedade – afinal, seriam eles tão somente meios de solução de conflitos com um mínimo de perturbação social<sup>391</sup> – *instâncias de decisões de controle* – ou também instrumentos de planejamento, fatores de modificação da vida social – *instâncias de decisões programantes*? Trata-se de um questionamento sobre a *atual* função e operação dos tribunais.

No caso brasileiro, a abertura do Poder Judiciário para as temáticas sociais e econômicas após a Constituição Federal de 1988 possibilitou a inclusão de estudos sobre tribunais na agenda das pesquisas sociológicas.<sup>392</sup> Apesar de as recentes análises sociológicas não questionarem mais a função desempenhada nesta esfera, discutem-se, essencialmente, os problemas relacionados ao modo como esta função é desempenhada – os quais englobam, geralmente, questões de eficácia, de confiança ou de legitimidade.

Os últimos índices sobre avaliações do Poder Judiciário brasileiro (“Justiça em números – CNJ”, “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – IBGE” e “Índice de Confiança na Justiça Brasileira – FGV/SP”) indicam uma contradição: ao mesmo tempo em que se verifica um movimento de intensificação de buscas por soluções dada pelos tribunais, estes são avaliados precariamente pela sociedade (morosos, elitistas, custosos, entre outros), bem como se constata a consolidação de outros mecanismos alternativos de solução de conflitos, em especial a arbitragem.<sup>393</sup>

---

<sup>389</sup> Para uma discussão sobre a ideia da fuga do direito a partir de uma leitura crítica, cf. RODRIGUEZ, 2009.

<sup>390</sup> É fundamental perceber e comparar as transformações operadas em ordenamentos jurídicos regionalizados *vis-à-vis* os globais, os quais se consolidam independentemente de ordenamentos nacionais e podem ser explicados por processos de diferenciação que, “(...) por um lado, [contam] com pouco respaldo político e institucional no plano mundial no plano mundial, por outro, (...) [estão] estreitamente acoplados a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais” (TEUBNER, 2003, p. 11). Afinal, quais seriam as distinções operacionais entre tribunais “nacionais” e tribunais “globais”?

<sup>391</sup> Em um sentido próximo veja o debate da natureza criptonormativa da dogmática jurídica em FERRAZ JR., 2015.

<sup>392</sup> Cf. COUTINHO; VOJVODIC, 2009.

<sup>393</sup> Basta comparar os resultados do ICJ Brasil no primeiro semestre de 2017, que apontaram uma queda na avaliação do Judiciário em relação aos períodos passados. Diz o relatório que “Esse cenário de baixa confiança nas instituições revela a insatisfação da população com os acontecimentos recentes de corrupção e de falta de respostas satisfatórias às suas demandas. A queda na confiança, como se verá mais adiante, afeta os três Poderes da República e a sua relação com o Estado Democrático de Direito” (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS DE SÃO PAULO, 2017, p. 06). Sobre a avaliação do Judiciário: “De 2013 para cá, a confiança no Judiciário caiu

Estudos reforçam este diagnóstico apontando, por exemplo, que as últimas reformas do Poder Judiciário brasileiro, em especial a EC n. 45/04, foram ineficazes em razão da pouca penetração no funcionamento cotidiano das instituições judiciais e da ausência de canais para a participação popular na agenda de reformas no país,<sup>394</sup> diferentemente do sucesso da introdução e da expansão da arbitragem no direito nacional, inclusive para além de sua tradicional atuação nas relações comerciais.<sup>395</sup>

Muito embora esta pesquisa compartilhe deste diagnóstico da contradição, outra hipótese de investigação, relacionada ao funcionamento dos tribunais, vem sendo testada, a saber: há um problema interno associado à reprodução de suas próprias operações, revelado principalmente quando tribunais enfrentam os argumentos consequencialistas. Como visto, o referencial da teoria dos sistemas sociais define este problema como decorrente de uma não observação dos limites funcionais pelos tribunais.

Assim, é desdobrada esta compreensão a partir da discussão dos argumentos consequencialistas do direito via tribunais. Será dispensada atenção especial a dados coletados, sistematizados e analisados sobre como o STF lida com esses argumentos em casos de controle concentrado de constitucionalidade em adjudicação de direitos econômicos. Enquanto organizações sociais, tribunais não estão limitados às fronteiras dos sistemas funcionais (e vice-versa); eles podem ser observados *fora* do direito, da mesma forma que decisões jurídicas podem ser tomadas *fora* dos tribunais, em outras instâncias decisórias do direito.

Após a promulgação da CF/88, o STF paulatinamente ampliou suas operações nos sistemas político e econômico.<sup>396</sup> Destaca-se que essas expansões acarretaram um aumento da argumentação consequencialista dentro da corte, *i.e.*, observou-se de maneira não linear a mobilização de toda a sorte de argumentos por juízes que consideram, na tomada de decisão, suas consequências externas na sociedade brasileira – e não apenas as referentes ao sistema jurídico, como já pontuado nesta tese.

---

10 pontos percentuais, passando de 34%, em 2013, para 24%, em 2017. Esse dado é significativo, considerando-se que em anos anteriores não havia grandes oscilações no grau de confiança na Justiça.” (ibidem, p. 14).

<sup>394</sup> Cf. PAIVA, 2012 e SINHORETTO; ALMEIDA, 2013.

<sup>395</sup> Cf. CHASIN, 2015.

<sup>396</sup> Para uma visão geral deste ponto a partir da história do STF, cf. COSTA, 2006. Para uma visão desta ampliação a partir da opinião pública, cf OLIVEIRA, 2004.

Esta situação também inaugurou uma nova postura organizacional do tribunal dentro da sociedade, uma vez que a tomada de decisão passou a ser considerada uma função concorrente dentre tantas desempenhadas pelos juízes e por outras autoridades fora do centro do direito.

Destarte, é possível observar que as cortes podem operar no centro do direito e na periferia de outros sistemas sociais, incentivando e contribuindo para o funcionamento dos mercados – ao assegurar regras favoráveis às relações de pagamentos – ou mesmo como oposição a governos.<sup>397</sup>

Esta expansão dos tribunais para outros sistemas sociais pode ser observada de diversas maneiras, seja a partir da teoria e da sociedade, seja a partir dos limites e das comunicações organizacionais. Nesta linha, é imprescindível esclarecer por que tribunais são organizações sociais complexas, o que torna possível a apresentação de uma tipologia produzida para discutir a adjudicação dos argumentos consequencialistas pelos tribunais, abrangendo-se especialmente a adjudicação de direitos econômicos e sociais pelo STF.

Ademais, não se pode perder de vista o fortalecimento institucional do STF após a EC n. 45/04 – que permitiu e facilitou a sua decisão em diferentes áreas do sistema jurídico –, e este ponto será explorado a partir de uma inspiração sistêmica a fim de, ao final, apresentar dados que esclareçam definitivamente estas observações sobre a aplicação dos argumentos consequencialistas no direito brasileiro.

---

<sup>397</sup> Kapiszewski et al. (2013), no âmbito dos estudos de direito constitucional comparado, sustentam, inclusive, que houve uma expansão dos papéis das cortes constitucionais em diferentes regimes democráticos, que devem ser descritas agora como tribunais consequenciais. Os autores explicam este cenário por meio de uma metáfora náutica. Segundo os autores, tribunais constitucionais devem ser visualizados como embarcações à vela que navegam em “altos mares” políticos. O oceano e suas correntes marítimas representam a primeira dimensão causal, a dinâmica estrutural profunda, definida pelo tipo de regime construído por cada navio e pelos contextos constitucional e internacional em que os navios judiciais navegam. A segunda dimensão causal, ilustrada pelos ventos como forças que criam oportunidades e desafios para os navios que navegam nessas águas, compreende as demandas ou resistências das dinâmicas políticas de curto prazo. Finalmente, na terceira dimensão causal, estão as habilidades dos capitães das embarcações, representando como a expansão dos papéis do Poder Judiciário pode ser influenciada (op. cit., p. 19).

## CAPÍTULO 9 – TRIBUNAIS COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COMPLEXAS

Organizações não se equivalem a sistemas funcionais. No texto *Organização e Decisão* (2005b), publicado pela primeira vez em 1978, Luhmann sustenta o surgimento das organizações num contexto mais geral e anterior a sociedade mundial, na medida em que constituem sistemas de decisões e que se relacionam a partir de uma rede organizacional,<sup>398</sup> possibilitando estímulos recíprocos e até mesmo o aparecimento de novas organizações.<sup>399</sup>

O sociólogo alemão Rudolf Stichweh aponta com clareza este insight na teoria luhmanniana destacando o uso ortogonal das comunicações organizacionais, diz:

Quando olhamos para a sociedade mundial do ponto de vista de uma teoria da diferenciação funcional, temos que argumentar que a organização formal representa um princípio ortogonal à diferenciação funcional. Esta é uma visão que Luhmann percebeu no início, quando ele entendeu que a caracterização parsoniana de atribuir todas as organizações à política como um sistema analítico é insustentável, pois implicaria relações de input/output extremamente complexas entre a política e todos os outros sistemas que não são mais plausíveis na sociedade contemporânea (2011, p. 29, tradução livre).

Ademais, há pressuposta certa ortogonalidade da organização em relação aos sistemas de função da sociedade mundial, comunicações organizacionais podem circular em vários sistemas de função e podem fazer parte dos processos que se seguem em uma mesma organização.<sup>400</sup> Stichweh, novamente, afirma que as organizações podem ser multi-

---

<sup>398</sup> As irmandades religiosas podem ser citadas como uma das primeiras organizações da sociedade moderna, pois atendiam à função decisória na comunidade e também disciplinavam a autoridade política. De acordo com Luhmann: “os sistemas organizacionais surgem originariamente em conexão com a necessidade de decisões sobre a ação coletiva (assim se explica o surgimento de aparatos de autoridades similares ao Estado), mas também em conexão com a economia monetária ou em condições de pluralismo religioso” (2005, p. 59, tradução livre).

<sup>399</sup> Não à toa, a configuração da sociedade mundial também foi acompanhada de uma expansão organizacional ao longo dos últimos séculos; uma análise mais aprofundada permite indicar que organizações anteriores foram determinantes para os surgimentos das novas e, em muitos casos, acabaram mimetizando estruturas semelhantes. Um exemplo trivial pode reforçar este ponto, consigo encontrar os mesmos serviços e produtos em um estabelecimento da empresa de tecnologia eletrônica “Apple” em Pequim igual ao estabelecimento em Los Angeles ou em São Paulo. Para uma discussão sobre as organizações mundiais, cf. KOCH, 2011.

<sup>400</sup> Inegável reconhecer que existe um vasto campo inaugurado pela teoria dos sistemas sobre a sociologia das organizações, talvez a principal ideia sobre este campo seja a observação das organizações a partir do encadeamento de processos que levam à decisão. Assim, primeiro, a organização ocorre em relação à sua própria história de tomada de decisão. Segundo, embora os processos de decisão possam se referir ao ambiente externo, as decisões são sempre produtos internos e tornam-se relevantes apenas se forem comunicadas e compreendidas como decisões (como decisões comunicadas, não como atos individuais). Para uma discussão geral, cf. HOLZER, 2011 e ROCHA; AZEVEDO, 2012.

sistêmicas e multi-referenciais. Aliás, para o autor, os sistemas de função podem funcionar como atrativos para as organizações, pois são capazes de induzir auto-simplificações que fazem com que as organizações prefiram se vincular a um sistema de função como a lógica de sua evolução futura (ibidem, pp. 29-33).

Em uma linha próxima, Rocha e Azevedo (2012) argumentam que as organizações surgiram como aquisições evolutivas orientadas para a absorção das incertezas sociais. “Quando uma organização surge, nasce uma rede de decisões recursivas, e tudo o que sucede, em geral, ocorre como comunicação de decisões, ou se orienta para isso” (op. cit., p. 207).

O sociólogo estadunidense Charles Perrow (1991), inclusive, aprofunda o ponto sobre a origem e dependência da sociedade em relação às sociedades. Para o sociólogo as organizações absorveram a sociedade, “elas [organizações] aspiraram (*vaccumed up*) uma boa parte daquilo que sempre pensamos como sociedade, na verdade se transformaram em um substituto da sociedade” (op. cit., p. 726, tradução livre).<sup>401</sup>

Isto se observa na história. No final do século XX, observou-se uma forte vinculação dos sistemas funcionais em relação às organizações, especialmente encaminhada por meio de uma lógica burocrática. Segundo Luhmann, isto decorreu da capacidade das organizações de gerar redundância, prevenindo surpresas e absorvendo a insegurança (2016, p. 62). Não à toa, em cada sistema social existe uma série de organizações que produzem redundância necessária para a manutenção dos sistemas.<sup>402</sup>

Nesta leitura, a organização é dotada de uma seletividade interna capaz de marcar sua diferença com o ambiente (*e.g.*, ambiente interno do sistema) e ao mesmo tempo

---

<sup>401</sup> Para o sociólogo estadunidense uma boa parte da explicação deste diagnóstico se relaciona com três pontos: a dependência salarial dos trabalhadores em relação às grandes organizações, o que eliminou a possibilidade do sujeito não ter outra atividade econômica competitiva fora das organizações; a externalização dos custos sociais, que reforçou a manutenção do poder das organizações na sociedade e a burocracia (no sentido weberiano de hierarquia e impessoalidade), que aumentou o controle das atividades econômicas, cf. PERROW, 1991.

<sup>402</sup> Uma observação sistêmica considera a expansão das grandes organizações nas últimas décadas, capazes de se impor sobre aquelas que administram o *medium* – *e.g.*, as relações entre grandes empresas ou corporações e bancos, no sistema econômico, ou com o Estado, no sistema político. Para Luhmann, “grandes organizações deste tipo podem referir-se às particularidades de sua tecnologia produtiva, de seus procedimentos operacionais padrão, do capital investido, da competição internacional e, recentemente, às ideias de ‘identidade corporativa’ e ‘cultura organizacional’, a fim de afirmar e fazer valer suas operações no sistema. A rigidez destas organizações assegura o êxito de suas operações no ambiente interno dos sistemas, sobretudo diante de outras organizações mais flexíveis ou do *medium*. Elas se impõem como pessoas mais severas diante de pessoas mais tolerantes em uma conversa amistosa, e a capacidade de se impor recai, aqui, sobre a privação de possibilidades” (1996, p. 64, tradução livre).

assegurar sua unidade. Toda e qualquer decisão organizacional serve de ponto de partida para decisões futuras, pois qualquer decisão pertence à unidade organizacional e fixa-se em pontos temporários, que garantem a continuidade de novas decisões. Numa visão sistêmica, “[a]s decisões não podem ser entendidas como mônadas, nem como fenômenos únicos; estão mutuamente condicionadas no sentido de que, sem outras decisões, não haveria base para decidir” (LUHMANN, 2005, p. 43, tradução livre).

Diferentemente de sistemas funcionais, que possuem uma estrutura invariável e codificada – ainda que programável e não hierarquizada – e estruturam a reentrada do ambiente no sistema (ou ambiente interno), organizações são mais permeáveis ao ambiente interno dos sistemas e da sociedade. Isto porque a comunicação organizacional é assegurada por uma estrutura hierárquica própria e que produz uma complexidade interna autônoma.

A hierarquia vincula-se, aqui, como uma cadeia de comando que garante que decisões sejam formalmente tomadas (e não necessariamente que exista uma concentração de poder no topo) a partir de qualquer informação *externa* à organização.<sup>403</sup> Desta forma, também, se consolidam como estruturas: as premissas decisórias e a cultura organizacional.<sup>404</sup>

Destaquem-se duas observações. Primeira, a hierarquia propicia a comunicação entre as organizações, além de assegurar sua seletividade interna. Por isso, organizações não necessitam vincular-se o tempo todo a um único sistema de função, uma vez que são, em verdade, sistemas autopoieticos *per se* e produzem suas próprias fronteiras operacionais a partir de decisões. Para a tomada de decisão, as organizações mantêm uma relação com os códigos, que auxiliam na construção das premissas decisórias e da cultura, ainda que as decisões sejam processos dependentes somente das operações organizacionais.

Segundo, decisões podem ou não atender as funções de sistemas, operando com base no código e nos programas funcionais específicos. Para Luhmann, do ponto de vista das organizações, a diferenciação funcional da sociedade avalizou um novo tratamento organizacional, e “[s]omente agora existe um nicho de *know-how* para isso. Somente agora há muito para decidir. E é somente agora que o ambiente vale a pena ser considerado

---

<sup>403</sup> A hierarquia deve ser compreendida como uma distinção interna das organizações que determina a sua operação. Todavia, entre diferentes organizações ou entre sistemas funcionais e organizações não existe hierarquia.

<sup>404</sup> Do ponto de vista sistêmico, a cultura organizacional pode ser encaminhada como premissas de decisão indecíveis, cf. ROCHA; AVEZEDO, 2012, pp. 204-208.

complexo, que não pode mais, de dentro, enfrentar fatos, sinais ou representações, apenas por meio de decisões” (1996, p. 665, tradução livre).

Assim, é possível perceber que sistemas funcionais desenvolvem, em alguma medida, organizações, as quais asseguram a continuidade de comunicações no interior dos sistemas, embora não precisem estar a todo momento vinculadas aos limites funcionais.

Reitere-se, as delimitações dos campos de tomada de decisão das organizações não estão necessariamente vinculadas às funções e aos códigos; antes, são fixadas pela organização, que constantemente reconsidera suas fronteiras, uma vez que inovações são asseguradas pela possibilidade de se estabelecer novas relações com as decisões. Neste sentido, seria possível refletir também sobre a distinção de estruturas formais e informais das organizações, que segundo Holzer (2011) marca as relações entre sistemas de função e organizações na sociedade mundial.<sup>405</sup>

Organizações podem observar e refletir diferentes informações do ambiente, porém limitadas por sua estrutura hierárquica, que possibilita inclusões e exclusões, especialmente quando promove a distinção entre membros e não membros.<sup>406</sup> Para Luhmann, comunicação organizacional é compreendida a partir de e somente entre seus membros (2005, p. 188) e, por isso, vale pontuar que as organizações se baseiam nas expectativas formalizadas entre os membros para definir os parâmetros básicos da comunicação organizacional.

No caso do direito, tribunais surgem como uma diferenciação interna do sistema jurídico. Todavia, estas organizações não estão vinculadas aos limites funcionais, mas à comunicação produzida por suas operações (*i.e.*, decisões judiciais).

Diante desta descrição, a tese sugere que o desdobramento do argumento com base nas consequências vem enfraquecendo esta visão de que tribunais limitam-se exclusivamente ao campo do direito, pois relacionam-se cada vez mais com organizações que não pertencem ao sistema jurídico – *e.g.*, bancos, parlamentos, agências reguladoras, hospitais, universidades, entre tantas outras.

---

<sup>405</sup> Diz Holzer: “Em contraste com a informalidade regular que está “contida” em sistemas sociais específicos, também existem formas institucionalizadas de informalidade “ilimitada”, que atravessa os limites dos sistemas sociais, como as organizações. O interesse é saber, então, por qual motivo as estruturas formais são mantidas e operadas, mesmo diante da informalidade institucionalizada, o que leva à distinção de públicos globais e locais que sustentam orientações formais e universalistas ou informais e particularistas” (2011, p. 38, tradução livre).

<sup>406</sup> Segundo Luhmann, “a decisão de aderir como membro da organização é também uma decisão sobre aceitar as condições de adesão, e isso significa aceitar as premissas para decidir, incluindo as condições para sua legítima alteração ou resignificação de tais premissas” (2005, p.188, tradução livre).

Discute-se, ainda, a pluralidade de métodos de argumentação baseados *em tese* em técnicas e critérios não jurídicos – *e.g.*, econometria, estatística, teoria da escolha racional, teoria dos jogos, entre tantos outros. Os tribunais deparam-se, portanto, com um problema: como decidir casos substancialmente justificados por argumentos não jurídicos, ou que não foram satisfatoriamente filtrados pelos programas do direito? Estas situações indicam que a comunicação dos tribunais não é a mesma que comunicação jurídica.

Na parte I, observou-se que técnicas e critérios para resolver os problemas da adjudicação das consequências são tratados e desenvolvidos pela via da argumentação jurídica, sobretudo por meio da atuação judicial; são, portanto, selecionados e decididos pelo direito. Todavia, agora, desdobra-se esta descrição apontando que, em verdade, a adjudicação deve ser observada como uma comunicação produzida pelos tribunais.

Mesmo com problemas de filtragem, *i.e.*, sem programas adequados, decisões são tomadas pelos tribunais. A dificuldade reside, então, em garantir a qualidade da decisão,<sup>407</sup> sobretudo porque decisões consequencialistas admitem um *presente futuro* – e não um *futuro presente*. Decisões consequencialistas, então, se aproximam do futuro de modo utópico já que reduzem complexidades imaginando e supondo certos eventos.<sup>408</sup>

Do ponto de vista organizacional, esta operação utópica indica, na verdade, que tribunais não necessariamente operam somente com base no código e nos programas do direito. Diferentemente de outras organizações do direito, eles ultrapassam com mais facilidade a fronteira do sistema funcional e comunicam-se com a sociedade de outra forma.

Há, portanto, comunicação dos tribunais *fora* do direito, o que, de um lado, pode representar, dentro da visão de Luhmann, outra forma de irritação do sistema jurídico, ou um desdobramento como “ambiente interno” do direito; de outro, permite compreender que tribunais não atuam exclusivamente no direito, participando também de outros sistemas

---

<sup>407</sup> Como já pontuado na parte I da tese, Luhmann critica esta situação, pois “quanto mais considerações acerca do fim suporta uma decisão, tanto maior será a probabilidade de que esta resulte equivocada, porque o futuro segue desconhecido, mesmo para o juiz” (2016, p. 269) e, ainda, porque “[a] orientação pelas consequências das decisões, vista pelo padrão das ciências empíricas, nada mais é do que imaginação com força jurídica” (ibidem, p. 510).

<sup>408</sup> A utopia ao lado da tecnologia é uma forma de “desfuturização”, que se relaciona com o presente futuro. Diz Luhmann sobre a utopia: “[a utopia] continua sendo um presente futuro e pelo menos um sinal infalível da presença de críticos. A utopia se afasta quando tentarmos abordá-la. Não desaparece, no entanto, enquanto durarem as condições estruturais da sociedade atual, mas pode se reinstalar com novos símbolos e significados, se os antigos forem desgastados por decepções e pelas novas experiências. As experiências recentes reforçam que esses futuros utópicos aceleram as mudanças da sociedade e podem mudar de forma tão rápida que nunca terão a chance de serem testados e obter confirmação em um presente” (1976, p. 143, tradução livre).



sociais. Destarte, fatores estruturais determinam que se observe a comunicação dos tribunais *fora* do direito.

## 9.1 Fatores estruturais

Diferentes estruturas – limitadas pelas operações internas de cada sistema – contribuem para o ajuste da expansão da atuação dos tribunais nos diversos subsistemas sociais. Estes fatores estruturais podem ser organizados a partir da relação codificação/programação, sendo que “o sistema só é invariante e sempre adaptado na forma estrutural de seu código. No nível de seus programas, no entanto, ele pode admitir a possibilidade de mudanças sem precisar temer uma perda de identidade” (LUHMANN, 2016, p. 257).

No nível da programação, tribunais comunicam-se também *fora* do direito, ainda que adstritos às exigências de outros códigos. Vale lembrar que Luhmann, quando discute a programação, interpreta os valores dos códigos como possibilidades ou meios que aceitam formas diversas (ibidem, pp. 257-258). Desta forma, para além dos acoplamentos estruturais, as vinculações entre outros sistemas podem ocorrer via organizações, em especial no nível da programação.

Assim, ilustrativamente, tribunais com frequência obstam a que o sistema político aplique a força pública ilegalmente, seja ao exercer o controle de legalidade dos atos administrativos, seja ao interpretar a regra de competência do julgamento de um *impeachment*. Ao mesmo tempo, esta atuação só é possível se o sistema político assegurar aos tribunais sua autodeterminação, proporcionando-lhes autonomia financeira e administrativa e permitindo-lhes que imponham pela força suas decisões.<sup>409</sup>

Em algumas situações, a expansão está relacionada à mobilização das consequências pelos tribunais no momento da tomada de decisão. No caso da política, questiona-se como as decisões dos tribunais são traduzidas como formas de pressão política, ou em que medida

---

<sup>409</sup> É por isso que Luhmann (2016) sustenta que a política deve a ampliação de seu leque de possibilidades ao direito e ao dinheiro; o direito, ao poder e ao dinheiro; e o sistema econômico, por fim, à política e ao direito (op. cit., pp. 570-578).

influenciam no processo legislativo.<sup>410</sup> Sem dúvida, o tribunal age como organização política quando suas decisões são comunicadas por meio do poder, colocando em evidência as consequências das decisões no sistema político, bem como quando contribuem para a delimitação judicial da política, resultando em produção de legislação ou de atos administrativos.

No que tange ao sistema econômico, verifica-se que decisões judiciais interferem nos processos econômicos, seja criando mecanismos de execução de créditos ou securitização dos riscos por meio de depósitos e garantias, seja adjudicando direitos sociais. Os tribunais acabam por administrar a escassez por meio de suas decisões, comunicando-se com a economia e colocando em debate os impactos de suas decisões em orçamentos públicos.<sup>411</sup>

Há uma situação contingente de reciprocidade entre esses sistemas em que a comunicação encontra-se vinculada por meio das organizações. Esta “correspondência” não simétrica marca a coevolução dos sistemas<sup>412</sup> e acontece de maneira inconstante e em diferentes tempos – desarmonias temporais – por meio da redução da complexidade do ambiente a partir da própria comunicação produzida pelas organizações. Paradoxalmente, a comunicação organizacional é também condição de aumento de complexidade interna em outros sistemas circulantes.

Do ponto de vista da teoria dos sistemas, esta situação pode ser compreendida como um movimento de ajustes e equilíbrios da temporalidade da sociedade em seu conjunto, motivada por acelerações e desacelerações em função do tempo de cada sistema. Vale lembrar que um dos grandes dilemas na leitura sistêmica refere-se ao futuro da sociedade moderna, que “desfuturizado” via utopias e tecnologias.<sup>413</sup> Todavia, este ponto é

---

<sup>410</sup> No direito constitucional brasileiro, geram efeitos no Poder Legislativo decisões sobre mandados de injunção ou ações de controle de constitucionalidade por omissão, tanto as vinculantes, dos tribunais superiores – *e.g.*, súmula vinculante ou repercussão geral –, porque alcançam a Administração Pública em geral nos termos do art. 102, § 2º, da CF/88, como aquelas emanadas em mandados de segurança, ações de improbidade administrativa ou demandas relativas a direitos sociais e econômicos, por interferirem diretamente nas operações do Poder Executivo ou do Poder Legislativo e, mais importante, por sua capacidade latente de afetar disposições orçamentárias.

<sup>411</sup> Obviamente, seria possível verificar a vinculação com outros subsistemas da sociedade, no capítulo 7 foi explorado a relação entre direito e ciência. Veja também BORA, 2010.

<sup>412</sup> Esta coevolução não é finalística nem linear, mas uma diferenciação que implica acréscimos sucessivos de complexidade no sistema e, portanto, o desenho de novos limites operativos. Cabe enfatizar que a compreensão deste aumento de complexidade do sistema por meio de redução da complexidade do sistema via organização não é causal, pois depende da determinação estabelecida tão somente pelo sistema, observando-se, aqui, a distinção entre codificação/programação como estruturas internas de seleção. Sobre coevolução, cf. LUHMANN, 1995a, pp. 26-41.

<sup>413</sup> Cf. LUHMANN, 1976.

estruturalmente desdobrado com o acúmulo de conhecimento e a aceleração dos novos limites operativos em cada sistema: transformação de política em direito, delimitação jurídica da política, entre outros. Como já sublinhado na parte II, o tratamento do futuro produz pressões ambientais, que, por sua vez, repercutem nos sistemas.

Em síntese, organizações se vinculam com o ambiente a partir de uma comunicação e função própria, oscilando o modo pelo qual se vincula com os códigos e programas dos sistemas sociais. Aliás, isto é evidenciado quando se observa a comunicação organizacional em particular.

Sob outra perspectiva que reforça o estudo sociológico das organizações, é possível concordar com a tese dos processos multicêntricos de gestão e da multiplicidade de injunções em uma mesma organização, que reforçam a possibilidade das diferentes vinculações que organizações podem estabelecer. Dutra e Campos (2013) discutem essa tese tendo em vista o problema da coordenação e do controle de desempenho organizacional – *i.e.*, sob o referencial sistêmico, a gestão precisa privilegiar uma orientação funcional ao selecionar os objetivos organizacionais, o que produz tensões em termos operacionais.

Ninguém negaria que tribunais se preocupam mais em assegurar as expectativas normativas do que propriamente resolver os problemas de pagamentos, da mesma forma que prevalece nos hospitais a atenção em produzir diagnósticos e tratamentos do que lidar com a administração da escassez de medicamentos.

Todavia, não é possível negar também a variedade de gestão nestas organizações. Como já visto, tribunais se preocupam com as repercussões extrajurídicas de suas decisões da mesma forma que hospitais demandam o fornecimento de medicamentos para os seus pacientes. Nesse sentido, Dutra e Campos sustentam que “a variedade funcional das organizações implica formas de gestão também distintas, de modo que podemos falar de uma gestão religiosa, uma gestão científica, uma gestão política, uma gestão da medicina etc.” (op. cit., p. 24).

A variedade de formas de gestão organizacional revela, em verdade, os conflitos das gestões. É possível questionar, por assim dizer, sobre qual referência funcional prevalecerá as operações dos tribunais e quais são os desdobramentos disto em relação as demais operações. O mesmo poderia ser questionado em relação ao estado, bancos, escolas, universidades, hospitais etc.

A impossibilidade de estabelecer um único centro ou monopólio referencial funcional para cada organização em uma sociedade policontextual revela a complexidade do ponto.

Ao privilegiar uma referência funcional a organização não exclui as demais e sequer se isola, mas, gera irritações e tensões em outras operações e, inclusive, com outras organizações. Basta pensar na gestão política e econômica dos tribunais e o impacto disto nos órgãos de controle do estado ou mesmo em outras administrações do Judiciário como o Conselho Nacional de Justiça.<sup>414</sup>

Diante destas observações é possível afirmar que organizações também são formas e que existe um vasto campo de estudo sistêmico sobre as operações organizacionais e as suas dinâmicas na sociedade.<sup>415</sup>

## **9.2 Forma de organizações**

A tese desdobra a observação das organizações como uma forma marcada por dois lados, segue-se os apontamentos de Dirk Baecker (2006), que ao discutir a noção de empresa, apresenta o conceito de organização como forma.

O sociólogo economista alemão elenca cinco elementos para esta compreensão, a saber: é possível distinguir a organização pela sua história, pela sua cultura, pela referência sistêmica e pela comunicação organizacional. Vejamos em detalhes esses elementos.

A história é parte essencial de qualquer organização; esta conhece a si mesma, mas apenas parcialmente. Segundo Baecker, “a história da organização está incorporada em seus procedimentos, seus estatutos, suas regras escritas e não escritas, suas tecnologias, seus edifícios, sua missão, seus ideais e sua ideologia, suas pessoas, seu conhecimento, sua gestão, seus mercados e suas redes” (ibidem, p. 112, tradução livre). Trata-se de um

---

<sup>414</sup> De modo semelhante, Dutra e Campos discutem a gestão do Sistema Único de Saúde e afirmam que esta organização é disputada por diferentes formas de gestão como a médica, científica, econômica e política. Explicam, “O problema decorre da tentativa de alterar politicamente o modo de operação do sistema funcional da medicina, já que esse sistema, centrado na identificação de doenças, opera justamente na contramão das políticas que buscam priorizar a prevenção em detrimento da atividade clínica de diagnosticar e oferecer tratamento. Não é um problema de falta de gestão; é um problema de conflito de gestão: o conflito entre a gestão política e a gestão medicinal no arranjo organizacional da saúde” (2013, p. 39).

<sup>415</sup> Inclusive, Perrow (1991), mesmo não sendo sistêmico, já sustentava que era preciso refletir cada vez mais sobre as organizações a partir de variáveis organizacionais. O interessante é que o referencial sistêmico justamente oferece essas variáveis a partir de conceitos como programas, acoplamentos estruturais e comunicação. Tal ponto é desdobrado na sequência.

conhecimento relativo, produzido pela organização, sendo fundamental para a compreensão das suas operações entender esse processo.

A ideia de cultura também é relevante, pois define a identidade da organização a partir de uma comparação. Baecker aborda a cultura organizacional também como uma forma, de modo que o conceito aponta para uma diferença. De um lado, cultura consiste na memória de crenças, valores, regras e suposições tomadas como válidas, uma vez que foram pensadas e firmaram-se como bem-sucedidas. A identidade, enquanto produto da cultura, escolhe como trata e é tratada por outras organizações ou outros parceiros sociais (ibidem, p. 114). O outro lado – não marcado – engloba possibilidades não selecionadas; destarte, a cultura, como memória, é tanto a reprodução de determinados valores quanto a constante lembrança de opções alternativas que fazem esses valores aparecerem como seleções contingentes questionáveis. A abordagem "diferencial" da cultura das organizações possibilita uma análise crítica das operações a partir da memorização, que é continuamente ativa na ação social ou na comunicação. A cultura de uma organização marca, ao mesmo tempo, a ideia de sua preservação e de sua transformação.

Outro aspecto importante é saber qual referencial sistêmico considerar ao estudar uma organização, pois é este que esclarece o modo como uma organização produz e se reproduz diferenciando-se do seu ambiente. Mesmo que organizações não estejam limitadas por sistemas de função, é necessário situar, no momento da observação, o sistema ao qual a organização está vinculada.

Em outras palavras, no nível da análise, deve-se explicitar qual sistema específico está sendo observado. É possível adotar diferentes perspectivas de observação, admitindo-se, portanto, um cenário com múltiplos ambientes e, ainda, sistemas diversos compatíveis com uma organização que opere nesses ambientes.

Propõe-se, aqui, um modelo de tribunal correspondente a uma organização diferenciada da sociedade que, ainda que tenha surgido de uma diferenciação interna do sistema jurídico, não é exclusiva dele. O tribunal não é um equivalente do sistema jurídico em si, mas uma organização central do sistema capaz de operar periféricamente em outros sistemas.<sup>416</sup>

---

<sup>416</sup> A referência ao sistema jurídico não responde a todas as questões relativas à reprodução do tribunal. Em outras palavras, o direito não determina diretamente o tribunal, da mesma forma que o direito não é o único a

Baecker (ibidem, p. 115) relembra, inclusive, que na perspectiva sistêmica assume-se uma chave ecológica dos sistemas, inexistindo um “supersistema” coordenando todos os demais. Assim, não é necessário desconsiderar a operação dos outros sistemas ao estudar uma organização, pois esta permanece funcionalmente vinculada aos demais sistemas.

Por fim, a análise de Baecker elucidada que a distinção da empresa também ocorre em termos comunicacionais. Ele aduz que esta oposição necessita corresponder recursivamente à ideia de organização como uma diferença em relação aos demais sistemas – funcionais e de interação. Assim, a empresa diferencia-se da sociedade – incluindo os vários subsistemas – e de todos os que dela não participam e que convivem com essa distinção. Somente um modelo comunicacional de empresa é capaz de atender à exigência desta distinção (ibidem, p. 127).

Nesta visão, as organizações produzem seu próprio sentido, conforme suas respectivas dinâmicas – afinal, elas referem-se uns aos outros.<sup>417</sup> Desta forma, por exemplo, a comunicação da empresa só faz sentido para os membros, ou para seus participantes, e é determinada pelas sucessivas decisões e estruturas internas, geralmente hierárquicas. Existe, portanto, uma distinção entre comunicação empresarial e comunicação não empresarial.

Não se trata, propriamente, de uma sobreposição imediata entre comunicações diversas de sistemas sociais, mas, em verdade, da produção de uma comunicação própria da empresa que contenha uma história (memória), uma cultura e também faça referência a diferentes sistemas funcionais simultaneamente. É o caso de reconhecer que há evolução por

---

comportar a forma judicial. Na visão sistêmica, vale lembrar, tribunais assumem um papel central no direito pois desdobram o paradoxo da aplicação do código — dois valores opostos que são simultaneamente relevantes, mas não podem ser utilizados ao mesmo tempo no momento da adjudicação. Desta forma, toda e qualquer dúvida sobre a aplicação de programas condicionados advindos da periferia se desdobra neste paradoxo que é superado momentaneamente com a decisão judicial. É possível perceber, portanto, que tribunais, primeiro, não resolvem o paradoxo (apenas desdobram), e segundo; nem sempre suas operações são relevantes e necessárias para a operação do direito, salvo se existir dúvida ou conflito sobre programas. Além disto, muitas outras estruturas alternativas podem ser consideradas pelo direito para a tomada de decisão, que não se resume à atuação dos tribunais. Sobre a centralidade dos tribunais no sistema jurídico, cf. LUHMANN, 2016, pp. 397-450.

<sup>417</sup> Resgate-se a ideia de comunicação na teoria dos sistemas sociais, a qual conserva um primeiro aspecto identificado como redundância, uma seleção de informações a partir da possibilidade de outras informações que devem ser consideradas simultaneamente, oscilando, por assim dizer, entre a informação selecionada e a não selecionada. Seu segundo aspecto importante diz respeito ao paradoxo: aceita-se como informação somente o que é novo, *i.e.*, o que apresenta algum elemento-surpresa. Contudo, só é possível admitir uma informação transformando-a em mensagem já conhecida, encaixando a comunicação em padrões preestabelecidos. Há um complexo — uma forma inerentemente atada e em rede — no equilíbrio entre variedade e redundância sempre que a comunicação ocorre. Em síntese, comunicação lida com informação pelo par variedade/redundância.

meio das decisões, que confere certa espessura a trajetória e distinção das organizações em relação aos sistemas de função.

Diante do exposto, trabalha-se, aqui, um modelo comunicacional de tribunal enquanto organização social. Este modelo, correspondente à ideia de empresa em Baecker, que permite compreender um valor de informação que, enquanto acomoda todos os tipos de pretensões, se encontra limitado pelas estruturas organizacionais, em especial por regras de competência e processuais.

Vale registrar que ao fazer uma comparação entre a forma organizacional de empresa e tribunal não se está assumindo a ideia que empresas se equivalem operativamente aos tribunais, ou ainda que exista uma orientação economicista ou um modelo privatista dominante nos tribunais. Ao contrário, discute-se a caracterização da forma de empresa para indicar a variedade de outros tipos organizacionais, cada uma com particularidade e características própria.

Tribunais, portanto, asseguram vinculações entre sistemas a partir da sua própria operação. Na sequência, é detalhada esta visão comunicacional dos tribunais a partir de uma contextualização de sua expansão na sociedade.

### **9.3 Poder Judiciário em contexto**

O final do século XX marcou o incremento da atuação dos tribunais na sociedade, coincidindo com uma onda de constitucionalização após a Segunda Guerra Mundial (GARDABAUM, 2013; HIRSCHL, 2007). Inúmeros motivos desencadearam esta expansão, pontua-se a constitucionalização de temas ligados a direitos fundamentais da terceira e quarta gerações e de mecanismos que permitem e facilitam o acesso direto da população aos tribunais foram fatores preponderantes.<sup>418</sup>

No caso brasileiro, a expansão do Poder Judiciário aconteceu especialmente nos anos 1990 e decorre, para além da conjuntura da redemocratização, do novo sistema de controle

---

<sup>418</sup> Nesse sentido, sustenta Oliveira (2017): “A expansão do Poder Judiciário no campo da política majoritária não é uma singularidade brasileira, e sim parte de um processo global, decorrente de ondas de constitucionalização que se deram em uma série de países, desde a segunda Guerra Mundial, passando por países Europeus, como Portugal e Espanha, países africanos e latino-americanos” (op. cit., p. 132).

de constitucionalidade e da ampliação dos poderes do STF estabelecidos no texto constitucional.<sup>419</sup>

Verifica-se, neste ponto, uma dualidade nas operações dos sistemas sociais. De um lado, amplia-se o poder político dos juízes, que participam mais ativamente da comunicação política, acarretando uma nova organização das instituições representativas. Do outro, problematiza a capacidade de juízes e tribunais decidirem demandas complexas e de representarem os anseios da sociedade.

Discute-se, assim, a legitimidade das decisões judiciais em áreas sensíveis às políticas públicas, sobretudo em países onde juízes não são eleitos.<sup>420</sup> A história revela que tribunais, por serem um poder contramajoritário, podem atuar como verdadeiras organizações políticas de oposição ao controlarem e restringirem certos atos de governo.<sup>421</sup>

Ainda que se discutam e critiquem os fundamentos do papel contramajoritário dos tribunais na sociedade – para alguns teóricos,<sup>422</sup> não há alteração substancial do princípio majoritário quando se transferem decisões políticas a juízes, apenas uma razão instrumental que autoriza uma substituição deficitária de uma maioria legislativa por uma maioria judicial à luz de um regime democrático.

Isto posto, é possível estabelecer uma tipologia das observações sobre os tribunais na sociedade a partir de suas comunicações.

#### **9.4 Tipologias das observações sobre os tribunais na sociedade**

Esta dinâmica nas comunicações enfatiza não apenas o desempenho da função judicial dos tribunais no sistema jurídico, como também revela que alguns tribunais podem ser observados como centrais neste sistema, porém periféricos em outros sistemas.<sup>423</sup>

---

<sup>419</sup> Entre os principais trabalhos que sustentam esse diagnóstico estão os de ARANTES (1997), VIEIRA (2008), WERNECK VIANNA et al. (2007), TAYLOR (2007) e ARGUELHES, RIBEIRO (2016).

<sup>420</sup> Subjacente à posição está a defesa da regra da maioria dos mandatários vis-à-vis as decisões judiciais. Discutem, portanto, o papel contramajoritário dos juízes e as limitações que este papel impõe na articulação com os outros poderes do Estado, inclusive alertando para o risco de um governo dos juízes, cf. TUSHNET, 2006 ou WALDRON, 2006

<sup>421</sup> Este é o apontamento de Taylor, para quem “a visão clássica dos tribunais como instâncias estritamente legais tem sido contestada pelas crescentes evidências de seu papel político e de seu impacto diário nas políticas públicas” (2007, p. 227).

<sup>422</sup> Para uma discussão no direito brasileiro, cf. BUSTAMANTE; BUSTAMANTE, 2016.

<sup>423</sup> Apresenta-se, neste momento, uma nova semântica para lidar com a descrição dos tribunais, que inclui os



Como já ressaltado na parte I, do ponto de vista sistêmico, a observação dos limites de cada subsistema e o desdobramento destes paradoxos garantem que se evite um bloqueio estrutural na atuação dos tribunais na sociedade, sobretudo quando argumentos consequentialistas estão em juízo.

Segundo a observação do sistema jurídico, o Judiciário é poder do Estado, o qual atua tanto como controle dos demais poderes, quanto como responsável pela solução de conflitos da sociedade.

Todavia, o entendimento da tese dos tribunais enquanto organizações sociais permite ampliar e perceber outras operações suas, sobretudo a forma pela qual sua comunicação afeta o sistema político, ao influenciar a confiança das instituições estatais, ao formar opinião pública, ou ao exercer pressão política sob os demais poderes, proibindo, restringindo ou aplicando políticas públicas ou mesmo controlando a legalidade da atuação dos mandatários.

Do ponto de vista do sistema econômico, postula-se que tribunais influenciam o funcionamento dos mercados por meio de suas decisões. O argumento principal indica que, em uma economia de mercado, é fundamental que juízes assegurem certa previsibilidade das decisões para que negócios, investimentos e transações sejam bem-sucedidos. Para tanto, juízes devem garantir a máxima proteção dos direitos individuais, em especial o direito de propriedade, e a adimplência dos contratos.<sup>424</sup>

Neste cenário, um tribunal moroso e com decisões pouco previsíveis interfere nas expectativas do mercado e gera impactos na economia, ainda que se constate a independência desta questão no que tange à existência de uma incerteza estrutural do processo decisório do direito, *i.e.*, uma decisão é sempre arriscada, uma vez que seleciona entre opções excludentes.<sup>425</sup> Esta incerteza estrutural é, muitas vezes, antecipada e precificada nos contratos e negócios ou mesmo pelo próprio juiz, quando fixa exigências de garantia do juízo.

---

conceitos de rede, circularidade operativa, eficácia e legitimidade como resultado da integração entre direito, política e economia. Indica-se, ademais, um duplo paradoxo: política e economia podem deixar de observar o direito por motivos políticos ou econômicos, ao mesmo tempo em que direito pode deixar de observar a política e a economia por motivos jurídicos. Tribunais lidam, simultaneamente, com este paradoxo em cada decisão consequentialista, pois prevalece uma dependência entre poder político/dinheiro e eficácia das decisões judiciais, que escapa ao direito, ao mesmo tempo em que se observa uma demanda por legitimidade ou por administração da escassez nas decisões judiciais, que foge à política e à economia.

<sup>424</sup> Cf. ARIDA et al., 2005.

<sup>425</sup> Cf. SCHUARTZ et al., 2006.

Do ponto de vista comunicacional, portanto, é possível fazer referência a diferentes seleções de informações disponíveis na memória dos tribunais, que pode ser evocada de diversas maneiras.

Relembre-se que, numa perspectiva sistêmica, comunicação não é apenas transmissão de algum conteúdo, mas síntese de uma distinção entre informação, ato de comunicar e ato de entender. Neste sentido, é possível admitir a existência de um espectro da comunicação do tribunal que seleciona informações referentes a vários sistemas sociais.

Estas distintas seleções de informação e de comunicação podem ser representadas num espectro de cores, de modo que cada ponto deste espectro colorido enfatize uma dessas seleções.

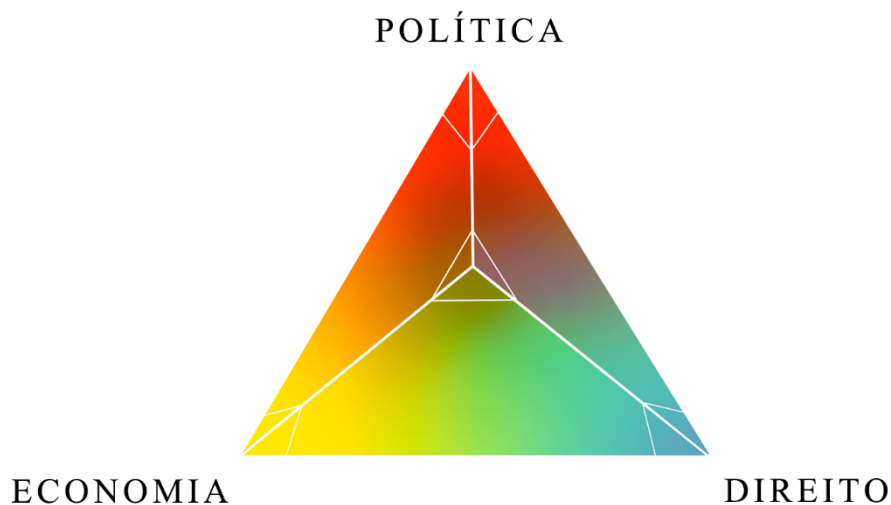
Ilustrativamente, tribunais podem falar sobre economia (e então é possível analisar seu conteúdo informativo), mas também podem indagar por que e como falar sobre economia (situação em que se explora o ato de comunicar), e assim sucessivamente.<sup>426</sup> Abaixo, colacionou-se uma representação do espectro de comunicação dos tribunais (fig. 03) a partir da variação das cores primárias (azul, vermelho e amarelo) e complementares.<sup>427</sup>

---

<sup>426</sup> Segundo Luhmann: “o ato de entender pode ocupar-se da informação, ou do comportamento expressivo do outro. Mas isso depende do fato de que se capte que tanto a informação, como o ato de comunicar, são seleções que devem manter-se distinguidas” (2010, p. 298). Além disso, sobre a heterogeneidade e as organizações, veja Besio e Meyer: “Nos concentramos em organizações como um tipo específico desta ordem fragmentada. Não só as organizações estão bem equipadas para lidar com a heterogeneidade, mas podem utilizar de forma ativa e estratégica a heterogeneidade existente e as possíveis contradições para alcançar seus objetivos. Em seus processos de tomada de decisão, as organizações transformam as diferenças institucionais e combinam diferentes lógicas. Ao fazê-lo, mesmo ou especialmente quando esses processos são altruístas, as organizações podem mediar heterogeneidade não só para si, mas também no nível social. Isso, finalmente, permite a continuidade da existência de lógicas heterogêneas” (2011, p. 241, tradução livre).

<sup>427</sup> No século XVIII, Jacob Christoph Le Blon testou diversos pigmentos e definiu as três cores primárias. Para os artistas interessados na teoria das cores, isto representou o início do desenvolvimento das técnicas de combinação que, posteriormente, ficaram conhecidas como cores complementares. No século XIX, o poeta Johann Wolfgang von Goethe elaborou um tratado sobre a teoria das cores, avançando nos estudos da física de Isaac Newton sobre o tema.

**Figura 9.1** – Espectro de comunicação do tribunal.



Fonte: Barros (2018).

Propõe-se, aqui, uma comparação metafórica com a teoria pictórica, segundo a qual cores primárias (não decompostas) formariam cores secundárias (composta por duas cores primárias) e terciárias (composta por uma cor primária e outra secundária); nesta figura, diferentes comunicações dos tribunais referentes aos sistemas funcionais da economia, da política e do direito seriam equivalentes as cores primárias, produzindo comunicações secundárias e terciárias a partir da sobreposição e combinação a partir da estrutura organizacional.<sup>428</sup>

O processo comunicacional é, portanto, variável e depende de escolhas, ao passo que o próprio tribunal elabora seu entendimento e incompreensão a partir dessas escolhas e que podem se vincular a diferentes códigos da sociedade.<sup>429</sup> Da mesma forma que essas comunicações geram redundância, o que permite uma expansão para novas seleções neste espectro de cores.

Igualmente, a comunicação dos tribunais é duplamente contingente: nada assegura que ao produzir uma comunicação sobre conteúdo econômico, político ou jurídico o tribunal fixará um sentido imanente e invariável; nem que o juiz (*ego*) compreenderá o sentido do

---

<sup>428</sup> É possível admitir a vinculação com outros sistemas de função. Neste sentido, talvez, seja possível fazer uma distinção entre a vinculação de sistemas mais frequentes (*e.g.*, direito, política e economia) em relação aos tribunais vis-à-vis outros que só se vinculam em questões circunstanciais (*e.g.*, religião, educação, ciência, esporte).

<sup>429</sup> Luhmann sustenta que a comunicação é a ocasião para que a autopoiese do sistema social realize-se, *i.e.*, “o sistema cria seu próprio processo de observação e autocontrole” (2010, p. 298).

legislador (*alter*) ao interpretar determinada lei. Há sempre necessidade de uma nova comunicação e esta se revela, inclusive, uma situação altamente arriscada.

Como pontuado no capítulo 6, vale lembrar também que Luhmann (2006) analisa a comunicação organizacional a partir da ideia de superimposição de riscos sobre a decisão. Não se trata de um mero gerenciamento de riscos (*risk management*), mas de monitorar criticamente todas as decisões por meio da observação de segunda ordem. Inúmeras estratégias são mobilizadas para que organizações reduzam o risco, como a delegação de poderes e responsabilidades, imposição ou proibição de forma escrita e até mesmo fragmentação e reordenação de uma decisão. Assegurando a obrigação da tomada de decisão. Estas soluções organizacionais pretendem afastar o risco e equacionar o problema da dupla contingência; ainda assim, não eliminam o risco, mas asseguram a consistência.<sup>430</sup>

Percebe-se, portanto, que o espectro pode ser compatibilizado com maior ou menor consistência das decisões, *i.e.*, obviamente se presume que a comunicação do tribunal se sobrepõe à jurídica, todavia isto não elimina as possibilidades das outras comunicações – outras sobreposições e imiscuições.

É possível, ainda, desdobrar esta discussão por meio das estruturas, em especial ao se considerar que a autodeterminação dos tribunais depende da hierarquia e das sucessivas decisões passadas – *i.e.*, da memória dos tribunais.

Para um encaminhamento desta parte, resgata-se, aqui a classificação de Guarnieri e Pederzoli (2002), que também foi discutida por Campilongo (2002), preocupados em discutir o comportamento judicial. Os autores relacionam as diferentes posições do espectro às estruturas dos tribunais, geralmente sintetizadas em duas variáveis: autonomia política e a criatividade judicial.

O papel judicial estaria, então, interligado à organização e aos traços do grupo de juízes, e este conceito examina a influência do comportamento dos juízes na tomada de decisões. O papel judicial é visto como um conjunto de valores e atitudes dos juízes que determinam a decisão.

---

<sup>430</sup> Não à toa, para Luhmann, trata-se de uma questão de consistência às decisões que é derivada das fórmulas de contingência. No direito, o sociólogo associa à ideia de justiça, mas quando discute à ideia em geral nas organizações, aborda o tema como um problema de probabilidade: “[n]a medida em que uma decisão sobre a assunção de risco deve ser tomada — e o risco pode ser considerado tanto na decisão favorável ou não —, a organização tenderá a concentrar as probabilidades na direção de um maior grau de probabilidade e/ou improbabilidade em a direção de um maior grau de improbabilidade” (2006, p. 191, tradução livre).

No que tange aos critérios de avaliação dividem em: criatividade judicial, que implica que decisões podem ou não ser tomadas com base em leis preexistentes; e grau de autonomia judicial das instituições políticas (Poder Executivo e Poder Legislativo), que se presume a partir das garantias funcionais e administrativas dos juízes.

Elabora-se, portanto, uma tabela com os tipos ideais:

**Tabela 9.1** – Tipologia dos papéis judiciais

		Autonomia política	
		Baixa	Alta
Criatividade judicial	Baixa	Executor	Guardião
	Alta	Delegado	Político

Fonte: Guarnieri e Pederzoli (2002).

Estes quatro tipos ideais podem ser sintetizados da seguinte maneira:

- *Juiz-Executor*. Trata-se da caracterização do juiz boca-da-lei. Esta figura admite baixa criatividade judicial, já que não há espaço para a argumentação e a interpretação jurídica na tomada de decisão, bem como estabelece o tribunal como órgão executor da vontade do legislador. Neste modelo, não se presume uma distinção precisa entre legislação e jurisprudência.
- *Juiz-Delegado*. Trata-se da caracterização de um juiz subordinado a órgãos executivos, ainda que em casos de omissão legislativa reconheça-se, temporariamente, um espaço para o exercício da criatividade judicial (competência discricionária). Vale notar que nestes casos a superveniência de normas jurídicas sempre acaba vinculando e diminuindo a criatividade judicial.
- *Juiz-Guardião*. Trata-se da caracterização do juiz como última trincheira do ordenamento jurídico. Neste modelo, o juiz possui todas as prerrogativas para implementar direitos consagrados em textos legais, independentemente das considerações de impacto nos demais órgãos do Poder Executivo. Esta caracterização geralmente está

relacionada ao desempenho da função contramajoritária dos tribunais, bem como à ideia de controle de constitucionalidade.

- *Juiz-Político*. Trata-se da caracterização de um juiz realista, que não obnubila as escolhas políticas existentes no processo. Estas figuras exercem abertamente um poder político e não sofrem nenhum tipo de constrangimento diante das sólidas garantias funcionais e administrativas de que gozam.

Sustenta-se, nesta tese, que os tipos ideias de Guarnieri e Pederzoli podem ser ampliados e transportados às considerações sobre o modelo comunicacional dos tribunais mencionado. Destarte, não são propriamente os comportamentos dos juízes que definem o campo de atuação, mas as interações que estão vinculadas a própria estrutura comunicacional que opera as informações e o ato de comunicar e de entender.

Relembre-se, ademais, que o tribunal sempre faz referência a determinado sistema funcional,<sup>431</sup> ainda que não esteja limitado por estas fronteiras.<sup>432</sup> Geralmente, por se tratar de casos que exigem a manutenção de uma expectativa normativa, observa-se com muita frequência a atuação dos tribunais no centro do direito.

Há situações, todavia, em que tribunais podem e acabam atuando na periferia de outros sistemas mesmo que, do ponto de vista do direito, possam ser ilegais.<sup>433</sup> O modelo comunicacional revela, neste ponto, que tribunais precisam enfrentar o problema da dupla contingência a partir da relação entre legislação e jurisprudência, portanto, toda decisão é criativamente arriscada e provisória no modelo todo, e não referente apenas ao direito.

Sugere-se, portanto, um modelo mais funcional para o acompanhamento da atuação dos tribunais, uma tipologia alternativa que retrate a maneira como o tribunal descreve-se enquanto organização da sociedade.

---

<sup>431</sup> É possível sugerir que esta referência é explicitada, na prática, a partir da norma jurídica desafiada e o problema apresentado em juízo marcam a alternância entre um comportamento e outro – *e.g.*, é o pedido que define os contornos da lide.

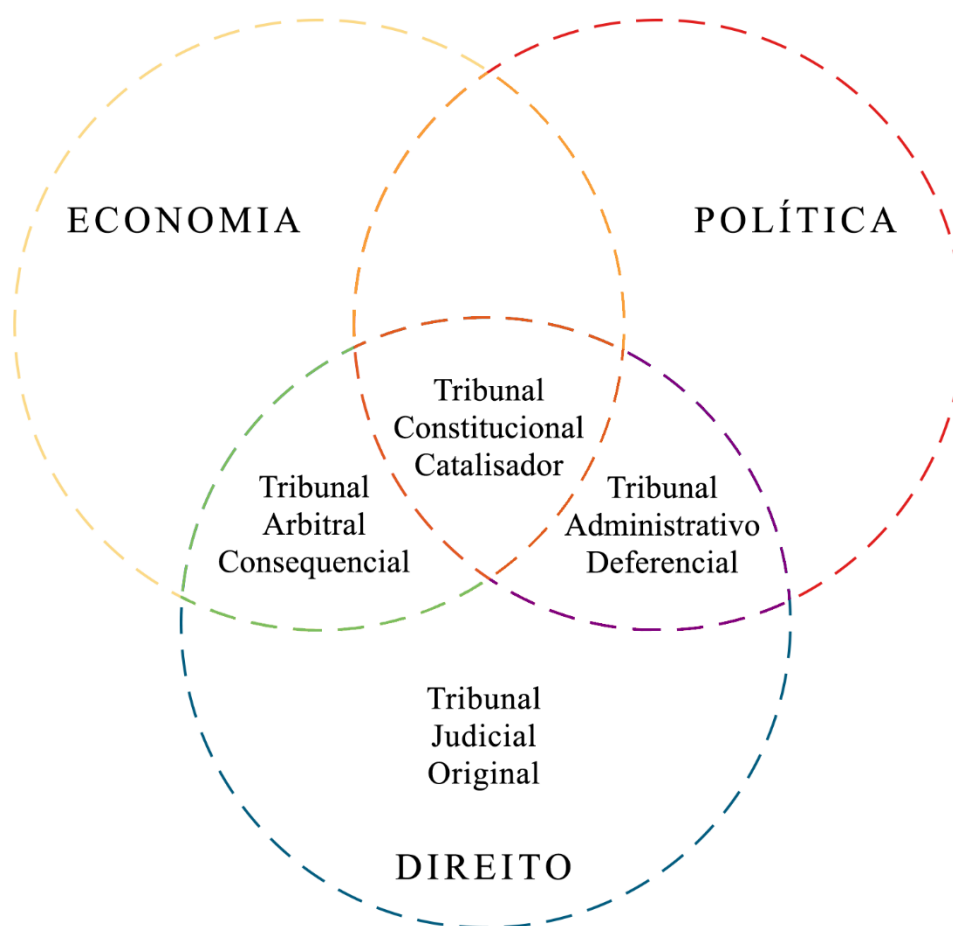
<sup>432</sup> Trata-se de observar um paradoxo, pois, os tribunais precisam desdobrar ao decidir um caso quais e como observam os limites dos sistemas em suas operações. Tal perspectiva se aproxima da discussão proposta por Dutra e Campos (2014), quando discutem a ideia de conflito de gestões das organizações.

<sup>433</sup> Vale lembrar que do ponto de vista sistêmico, operações do lado ilícito também estão situados dentro do direito, logo esta comunicação é ainda uma operação jurídica. Diz De Giorgi: “O fechamento do sistema realiza-se pela ativação do código binário direito/não direito. O direito, portanto, é um componente de uma distinção. Isso significa que quem produz direito produz também não direito” (2017, p. 271).

Estes tipos representam, contudo, distorções, reduções e simplificações, possuindo pontos cegos, justamente por serem tipos ideais. Na prática, as diferentes operações sobrepõem-se em razão da complexidade da comunicação, o que se traduz no fato de que uma decisão no sistema jurídico pode estender-se a outras posições organizacionais em diferentes sistemas.

Sem admitir qualquer atribuição normativo-corretiva, esta tipologia apresenta uma posição heurística para a compreensão da multiplicidade de posições em relação à atuação dos tribunais na sociedade, inspirada em classificações de Young (2012), de Guarnieri e Pederzoli (2002), Campilongo (2002), e, sobretudo, nas reflexões luhmannianas.

**Figura 9.2** – Tipologia dos tribunais.



Fonte: Barros (2018).

Cumpra perceber, primeiramente, que tribunais são organizações que fazem referência ao direito, ainda que outros tipos também façam, simultaneamente, referências a outros sistemas funcionais. Neste sentido, todo tribunal origina-se do problema de tomada de decisão pelo direito.

Segundo, a distinção entre tribunais reporta-se mais à posição no direito do que propriamente aos comportamentos, por isso é possível assumir que algumas organizações estão no centro e outras, na periferia. Tribunais centrais – *i.e.*, o tribunal judicial original – tomam a decisão final para desdobrar o paradoxo do direito (adjudicação do código); tribunais periféricos decidem provisoriamente sobre programas com referência às informações oriundas de outros sistemas, vinculadas, por vezes, aos arranjos contratuais e societários, ou delineamentos de política públicas.<sup>434</sup>

Terceiro, e como já mencionado anteriormente, tribunais não precisam respeitar limites funcionais. Do ponto de vista organizacional, não é um problema indicar que em algumas comunicações há evidente transposição de ruídos da economia e do direito para tribunais arbitrais, do direito e da política para tribunais administrativos, ou a dos três sistemas para tribunais constitucionais. Há uma verdadeira comunicação organizacional limitada apenas pela organização.

A representação das intersecções não indica uma corrupção de códigos, uma colonização de sistemas ou, ainda, uma não diferenciação, apenas enfatiza que há comunicação organizacional para além dos sistemas funcionais e que, também para os sistemas, organizações são uma forma de vinculação com os ambientes. Os círculos devem ser literalmente compreendidos como a circulação de uma comunicação específica, sempre aberta a seleções futuras.

Por fim, cada uma dessas comunicações seleciona de maneiras distintas a informação e o ato de comunicar. É dizer, tribunais arbitrais comunicam-se diferentemente de tribunais administrativos, tal como tribunais judiciais e constitucionais. Em relação à comunicação, não se presume uma hierarquia entre estes tribunais, ainda que em muitos ordenamentos e do ponto de vista jurídico, a fim de assegurar a segurança do direito, sustentem a convergência e a superposição dos tribunais.

---

<sup>434</sup> Na visão sistêmica admite-se, portanto, que diferenças entre esses tribunais marcam uma diferença em relação a seu isolamento cognitivo ou à sua permeabilidade a temas mais abertos e indeterminados.



Na sequência, serão detalhados cada um dos tipos ideais<sup>435</sup> a saber: tribunal judicial original; tribunal administrativo deferencial; tribunal arbitral consequencial e tribunal constitucional catalisador.

*a) Tribunal judicial original*

Do ponto de vista das operações do direito, tribunais possuem a tarefa de supervisionar a consistência das decisões jurídicas. Eles observam outros programas, inclusive decisões que já tinham observado o direito anteriormente – procedendo, neste caso, a uma observação de segunda ordem no direito, “usada para examinar até que ponto a consistência da observação do direito permite que sejam integradas novas informações ou mudanças da periferia” (LUHMANN, 2016, p. 437).

Ele ocupa, portanto, uma posição originalista e peremptória no centro do sistema e precisa desdobrar o paradoxo sobre a adjudicação do código legal/ilegal. Geralmente, neste espaço verifica-se uma interpretação canônica dos diplomas legais e também uma forte tradição de respeito aos precedentes, admitindo-se, nesses casos, uma presunção de extrema força de superação para aplicação de outros materiais e argumentos extrajurídicos (pareceres, opiniões, provas emprestadas, etc.) a despeito de qualquer avaliação do impacto da decisão na sociedade, ou de qualquer consideração externa a eles, de forma que o tribunal judicial original guarda semelhanças com a representação do juiz-guardião.

Sustenta-se que esta perspectiva justifica-se numa linha atenta ao funcionamento dos tribunais dentro do sistema jurídico e preocupa-se com questões sobre autorreferência, estabilidade das expectativas normativas e previsibilidade das decisões judiciais. Estes tribunais, especificamente, estão associados à função do direito e operam exclusivamente com a comunicação jurídica, respeitando seus códigos e programas condicionados.

---

<sup>435</sup> Adota-se, aqui, a noção weberiana de tipo ideal; não se trata de uma reprodução exata de fenômenos sociais, mas de uma abstração que permite sua definição por meio da ênfase a um ou vários aspectos, valorizando sua interdependência, seus nexos causais e seus significados. Cada tipo ideal corresponde a uma experiência histórica distinta e múltipla, cabendo ao pesquisador desprezar os detalhes menos relevantes e destacar os mais importantes; o tipo ideal não é prescritivo nem possui um sentido ético, apenas descreve e possibilita a observação da sociedade pela ciência.

*b) Tribunal administrativo deferencial*

O modelo deferencial de tribunal circunda uma concepção fraca de constitucionalismo e até mesmo uma corrente dialógica do vínculo entre organizações. Juízes devem ser analisados em relação aos demais poderes, pois decidem ora em favor do governo, ora da oposição. Esta perspectiva alcança o debate sobre a operação dos tribunais na periferia do sistema político<sup>436</sup> e o equilíbrio entre os poderes, com especial reflexão sobre o fato de que determinados centros decisórios influenciam os resultados das políticas públicas, seja ao permitirem a discussão inicial de determinados temas, ao implementarem uma medida afirmativa ou mesmo ao retardarem uma decisão sobre questão sensível.

Tribunais administrativos começaram a surgir a partir das reformas na gestão pública defendendo instâncias decisórias com a presença de especialistas (não necessariamente juízes togados).<sup>437</sup> Como visto, esta aposta de modernização sustentava-se na premissa de que, em alguns casos que envolviam conhecimento técnico, era melhor alocar a decisão a especialistas, em detrimento da via judicial, e setorizar a regulação de áreas. Assim, foram criadas agências reguladoras, conselhos e comitês decisórios – tal ponto foi debatido na parte II.

Destaca-se que a atuação destes tribunais difere da judicial, assegurada pela delegação de competências e por textos legais flexíveis – *i.e.*, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais ou de princípios jurídicos. Em determinadas situações, tipos abertos ou legalmente indeterminados dependem explicitamente da complementação de um conhecimento técnico para ser capaz de fornecer soluções ao caso concreto, do que se presume um ruído proveniente do sistema político. Juízes administrativos dispõem de criatividade judicial, não vinculando tão solidamente o processo de tomada de decisão a determinada regra substantiva.

---

<sup>436</sup> Taylor pontua com clareza a posição da ciência política no que tange à atuação de juízes no sistema político: “A ciência política reconhece, há pelo menos meio século, que o Judiciário preenche um papel político como uma instituição para a tomada das decisões sobre questões controversas da política nacional. É sabido que muitas vezes os requerentes usam o Judiciário como mais uma oportunidade ou instância política – um ‘venue’ – e não como fonte de verdades constitucionais e legais. E se reconhece que os juízes frequentemente operam com base em critérios outros que os unicamente legais quando julgam processos importantes. Mesmo quando eles se mantêm constrangidos por critérios totalmente legais, pela própria natureza da revisão judicial, eles acabam tomando decisões que influenciam ou até criam políticas públicas” (2007, p. 248).

<sup>437</sup> No caso brasileiro, como visto na parte II, no contexto da abertura internacional da economia surgiu a necessidade de modernização da estrutura administrativa, com especial ênfase em uma legislação adequada sobre o processo administrativo e em uma regulação setorizada.

Todavia, não gozam das mesmas garantias dos tribunais judiciais, sobretudo porque podem ser submetidos a revisão judicial. Na verdade, estes tribunais acabam sendo constrangidos por autoridades estatais e reportam-se aos diferentes programas finalísticos da política, sujeitos a “correção de rota” a todo instante, além de estarem submetidos a constantes pressões governamentais.

Ainda vale lembrar que o caráter político desses tribunais está ligado por fatores como: trajetória das autoridades; método de seleção; repercussão da opinião pública; judicialização de determinadas demandas não programadas e abrangência das decisões.

### *c) Tribunal arbitral consequencial*

A terceira posição caracteriza os tribunais como consequencialistas, pois levam em consideração argumentos não jurídicos, em especial aqueles relacionados aos possíveis efeitos extrajurídicos da decisão.<sup>438</sup> Uma corte consequencialista pode, portanto, flexibilizar interpretações canônicas e preferir avaliar e discutir prognósticos que enfatizem questões econômicas e problemas de uma justiça substantiva. Exemplos destes tribunais são as câmaras de arbitragem e meios alternativos de solução baseados na atuação de um árbitro e em soluções céleres.

Nos tribunais consequencialistas, a operação de juízes ocorre na periferia do sistema econômico, sobretudo quando tratam de problemas sobre a escassez e debatem contratos, ou, ainda, quando influenciam questões orçamentárias. Segue-se, aqui, um modelo que atende às exigências da comunicação econômica, como mais poder para soluções negociadas, celeridade nas decisões e ampla abertura de informações e revisão de posições. Em contrapartida, o direito homologa e reconhece a validade destas decisões, dotando-as de força executiva.

O caso dos planos econômicos no Brasil reforça esse ponto. O Judiciário há mais de três décadas demorou para decidir os casos da judicialização dos planos econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II) e que se desenhou por meio de um acordo extrajudicial. Não à toa, o STF encontrou dificuldades em decidir a demanda – o que em alguma medida justificou a busca por uma alternativa extrajudicial e via o provisionamento de recursos. Isto pode ser compreendido a partir da fragilidade institucional da Corte em

---

<sup>438</sup> É importante fazer a distinção entre tribunais consequencialistas e meios de operação do argumento consequencialista pelo direito, que pressupõe um filtro e uma observação sobre o funcionamento do direito.

selecionar e avaliar as consequências econômicas de suas decisões diante de outras organizações mais periféricas e capacitadas para resolver problemas como este dos planos – como os tribunais de arbitragem.

Aliás, é importante destacar o problema já debatido, no capítulo 7, do déficit informacional na tomada de decisão – seja em razão da fraca capacidade institucional de coleta e ponderação de indícios e provas, seja pela complexidade do problema desafiado – que dificulta a avaliação das consequências pelos juízes como no modelo de tribunal judicial original.

Luhmann (2005) aponta que esta dificuldade de avaliação renova-se frequentemente, pois o cálculo nunca é neutro em relação à realidade, de modo que a avaliação é revisada retrospectivamente, mesmo que a teoria da probabilidade pareça ajustada a essa prática, e, portanto, não apresenta estabilidade na dimensão temporal – situação temida por praticamente todas as organizações (op. cit., pp. 193-197).

Neste sentido, uma vez que os tribunais de arbitragem, em tese, operam de forma mais ajustada em relação aos problemas da avaliação, justificam-se o “boom” destas organizações e o efeito otimista gerado por sua consolidação em diferentes jurisdições a partir do século XXI.<sup>439</sup>

Novamente, este “boom” deve ser observado em conexão com a sociedade de experts apresentado na parte II. Tais descrições apostam na ideia problematizada nesta tese de controle pelas consequências, cada vez mais presente nas operações dos tribunais de arbitragem.

---

<sup>439</sup> Sublinhe-se importante conclusão de Chasin sobre a implementação nos tribunais de arbitragem no Brasil, que aponta para a valorização constante da arbitragem, se comparada ao sistema de justiça oficial, nos últimos anos. O entusiasmo e a posição de destaque são assimilados, em grande medida, por meio dos discursos dos profissionais (árbitros, advogados especializados, estudantes e professores da área) em razão da qualidade, rapidez, previsibilidade, segurança, sigilo e especialização proporcionados pelo processo arbitral em detrimento do processo judicial. Ainda, a pesquisa indica que o próprio sistema de arbitragem no Brasil está ameaçado por “câmaras baixas”. Segundo a autora, “na perspectiva da ‘comunidade arbitral’ aqui examinada, [existe] uma ameaça (embora nem sempre formulada desse modo) à credibilidade do instituto que defendem, o que acarretaria desvalorização e perda de prestígio. Tal como é comum a grupos de elite relativamente estabelecidos das mais diversas áreas e períodos, sua existência social apresenta-se como um fim em si, um valor a ser preservado. Para isso, é conveniente que a arbitragem se mantenha restrita ao pequeno circuito das altas câmaras ou que, na hipótese de ser ampliada para outros setores, a distinção seja demarcada” (2015, p. 174).

*d) Tribunal constitucional catalisador*

A quarta posição revela a figura de um tribunal catalisador, capaz de atuar nas margens dos sistemas e sem atentar-se aos limites funcionais operacionais para desencadear determinadas mudanças. Como apontado por Young, esta é uma metáfora útil para representar a multiplicidade de atuações dos tribunais, pressupondo-se uma gama de ações em outros sistemas (2012, pp. 172-174).

O tribunal catalisador admite certo grau de autoconhecimento pragmático da corte a fim de equilibrar os sistemas sociais; destarte, a corte possui uma sabedoria capaz de atuar no momento oportuno para exercer medidas mais ou menos intervencionistas.

Uma corte catalítica reflete, assim, a excessiva sobrecarga nas organizações – e vale a ressalva de que tribunais não são responsáveis pela separação dos sistemas funcionais, podendo, portanto, trabalhar com programas finalísticos ainda que necessitem alcançar uma decisão final.

Desta forma, para o direito, tribunais catalisadores evitam bloqueios sistêmicos, pois resolvem os conflitos inter-sistêmicos, os quais geralmente repercutem sobre a atuação de cortes constitucionais.

Estes tribunais vinculam centros da política e da economia, gerando ruído para o direito, quando, *e.g.*, assimilam os riscos da escassez ou das decisões coletivamente vinculantes, determinam a necessidade de se fixar limites às despesas públicas, asseguram a autonomia do Banco Central, ou mesmo quando possibilitam o acesso de outras organizações à justiça, como movimentos sociais, organizações não governamentais, partidos políticos e governo, com o intuito de tutelar interesses *interna corporis*.<sup>440</sup>

O tribunal catalisador atua, em verdade, de maneira calculista e estratégica – aproximando-se da figura do juiz-político. Estes juízes, tais como os consequencialistas, sabem que a adesão à lei nem sempre é o fator determinante da tomada de decisão – e Luhmann também sustenta este ponto ao questionar a existência de uma “ciência da legislação” cujas leis sejam “a base da racionalidade de todas as decisões jurídicas” (2016, p. 438).

Todavia, diferentemente do tribunal consequencial, este modelo barganha, blefa e cria empecilhos com interesses não evidentes ao mesmo tempo que possui amplas garantias

---

<sup>440</sup> Deve-se lembrar que frequentemente partidos políticos recorrem estrategicamente a tribunais constitucionais a fim de alterar decisões majoritárias nas quais foram derrotados (TAYLOR, 2008). Perceba-se que, assim, exercem a oposição por meio da judicialização.

de proteção. Além disto, na história, ficou fortemente marcado em sociedades welfaristas, que politizaram excessivamente o direito, sobrecarregando-o com expectativas produzidas pela constitucionalização de políticas públicas e expandido os poderes dos tribunais.

Obviamente, essas instituições variam de acordo com a sociedade e o contexto. Juízes atuam como originalistas, deferenciais, consequencialistas ou catalisadores por diversos motivos, dentre os quais a flexibilidade que o texto constitucional e precedentes judiciais conferem-lhes para que interpretem e decidam um caso particular; sua visão política e filosófica; a capacidade do sistema político e econômico de filtrar e lidar com decisões judiciais indesejadas; o grau de apoio político e econômico que tribunais recebem de outras organizações públicas ou privadas; a cultura de independência judicial; o *rule of law* e até mesmo a criatividade judicial.

Para além desses tipos, a classificação admite combinações entre uma posição consequencial e uma deferencial como situação de experimentalismo, entre uma posição consequencial e uma original como situação gerencial e, por fim, entre uma posição deferencial e uma original como situação dialógica. Além disto, não surpreende que tribunais administrativos mimetizem estruturas dos tribunais judiciais, ou que tribunais arbitrais influenciem a abertura de outros tribunais; trata-se de situações intermediárias e dinâmicas que reforçam o caráter heurístico desta tipologia.

Não há uma análise predominante ou mais adequada. O foco está em traçar e indicar observações, destacando-se o aspecto funcional dos tribunais na sociedade. Vale apontar, portanto, que não se defende, aqui, determinada posição do tribunal nem se remonta a debates teóricos estruturados em argumentos polarizados e, por vezes, marcados por forte carga ideológica.

Lembre-se, ainda, que esta tese apresenta uma observação de segunda ordem sobre os tribunais na sociedade, externa às organizações em destaque.

## **9.5 Tribunais na sociedade brasileira**

Ante o exposto, é possível refletir sobre os tribunais da sociedade brasileira. Não se pretende, neste momento, fazer um mapeamento exaustivo, mas discutir encaminhamentos a partir de um recorte da história do Poder Judiciário no país.

No caso da sociedade brasileira, muitas críticas ao desempenho das atividades jurisdicionais trouxeram elementos sobre a instalação e o desenvolvimento dos tribunais no

país desde os primórdios do período colonial brasileiro (SADEK, 2004, p. 83), e vários estudiosos classificam-nos de maneiras diversas, como originalistas ou mesmo catalisadores.

Durante toda a década de 1980 e principalmente a partir da Constituição Federal de 1988 – após duas décadas de ditadura –, o temor de que sobreviessem novos períodos de exceção provocou uma valorização do sistema jurídico, com a juridificação de temas inéditos e o empoderamento das organizações jurídicas, consideradas mecanismos de contenção do arbítrio e de garantia de espaços de liberdade e de funções redistributivas – possivelmente uma aposta em modelos mais gerenciais, segundo a tipologia apresentada pela tese.

Como resultado, verificou-se nos anos seguintes uma explosão de litigiosidade para a qual o Poder Judiciário brasileiro não estava preparado, e dois aspectos fizeram-se notar: (i) a atuação do Judiciário ainda é vista como problemática pela quase totalidade da população,<sup>441</sup> e (ii) cresceu a intolerância com relação à ineficiência do Poder Judiciário, elemento-chave na explicação das dificuldades econômicas enfrentadas pelo país.<sup>442</sup>

Para além dessas questões, na mesma época um novo desenho institucional, com outros participantes, é inaugurado: o Ministério Público assume novas atribuições, ampliando seu âmbito de atuação e seu prestígio (ARANTES, 2002) e são estabelecidas novas entidades no sistema de justiça, como a Defensoria Pública e os Juizados Especiais. Não por acaso, o Poder Judiciário, desde o processo de redemocratização, ganhou muito espaço na sociedade brasileira – caracterizada sobretudo por seu alto grau de judicialização, segundo os dados já apontados do ICJ-Brasil (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS DE SÃO PAULO, 2017).

É possível admitir que a expansão dos tribunais ocorreu em razão de suas decisões deferenciais ou consequencialistas, seja por um maior empoderamento dos juízes conferido pelo texto constitucional, seja pelo paulatino controle e exposição da mídia.<sup>443</sup>

---

<sup>441</sup> Cf. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS DE SÃO PAULO, 2017.

<sup>442</sup> Cf. SADEK, 2004, p. 84.

<sup>443</sup> Veja os apontamentos da pesquisa de Oliveira (2017), diz: “O conjunto de dados discutidos aqui indicam não haver evidências robustas de que em sua atuação o STF estaria usurpando competências dos demais poderes, ou extrapolando suas funções ao decidir. O que observamos foram evidências de uma construção midiática que exacerba a personalização da instituição em seus ministros e enfatiza excessivamente em sua cobertura a judicialização anticorrupção. Uma vez que a grande maioria da população brasileira não tem qualquer contato com o STF, a não ser pela cobertura da grande imprensa ou pela TV Justiça, os meios de comunicação são centrais para informar a população sobre as atividades, os problemas e as virtudes do Supremo, e mesmo para traduzir a linguagem técnico-jurídica ao grande público” (op. cit., p. 142).

Do ponto de vista sistêmico, é possível apontar que os sistemas político e econômico podem transbordar seus riscos para o direito, sobretudo quando governos e outras organizações abstêm-se de lidar com certas demandas, cenário em que tribunais surgem como um caminho possível.

Não à toa, verifica-se um importante protagonismo político e econômico do STF nos últimos anos em temas como a união estável homoafetiva ou no reconhecimento de acesso a determinados medicamentos. Todavia, é relevante conhecer e compreender o impacto destas decisões, mais precisamente entender como ocorre esta expansão do tribunal pelo próprio tribunal.

Para tanto, no restante da tese, analisar-se-á o STF a partir da reforma do Poder Judiciário, com o propósito de compreender a atual expansão de um importante tribunal da sociedade brasileira que, em sua autodescrição, detém o monopólio da palavra final.<sup>444</sup>

---

<sup>444</sup> A ideia de monopólio da palavra final é questionada nesta tese. Primeiro porque na visão luhmanniana o paradoxo da adjudicação do código legal/ilegal nunca é superado, mas desdobrado momentaneamente na tomada de decisão. Segundo, em muitos casos a decisão do STF fica subordinada à atuação de outras estruturas, inclusive dependem de sua concretização pelo sistema político. Para um panorama desta discussão, cf. SEPÚLVEDA; BARBOSA, 2017.



## CAPÍTULO 10 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Passada mais de uma década da “Reforma do Judiciário”, percebe-se que a EC n. 45/04 contribuiu enormemente para redesenhar e definir a atuação do STF na sociedade. Serão apontadas, neste momento, as justificativas da reforma e seus resultados a fim de entender como a EC n. 45/04 fortaleceu o STF, que pode ser considerado um tribunal catalisador à luz da tipologia apresentada no tópico anterior.

A reforma, iniciada por um projeto do então deputado Hélio Bicudo, em 1992, sofreu inúmeras alterações nas casas legislativas e influências de dois governos federais distintos – o de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002) e o de Luís Inácio Lula da Silva (2002-2010). O projeto inicial foi marcado por um intenso embate entre múltiplos interesses e instituições, especialmente custeados por investidores estrangeiros na América Latina.<sup>445</sup>

De um lado, quatro posições principais justificaram a reforma, defendidas, à época, por diferentes políticos e organismos, seguindo as classificações de trabalhos de Koerner (1999) e Vieira (2004).

A primeira posição, definida como corporativista conservadora, considerava que as dificuldades enfrentadas resultavam da “falta de estrutura e da insuficiência de meios” do Poder Judiciário, de modo que a crise poderia ser solucionada com a adoção de medidas como ampliação de salários e de verbas para a aquisição de equipamentos, entre outras.

Uma segunda posição, a do Poder Judiciário democrático, resumiu a polêmica ao distanciamento entre Poder Judiciário e sociedade e à falta de transparência e controle da instituição. Para os que defendiam este ponto de vista, a solução seria o aumento do controle externo e a democratização interna.

Uma terceira posição, conhecida como Poder Judiciário mínimo, enxergava o problema como resultado direto da adoção do modelo *welfarista* na Constituição Federal de 1988, que acarretou o surgimento de um número elevado de demandas. A proposta, nessa perspectiva, incluía criar mecanismos alternativos de solução de conflitos que atuassem de maneira célere e econômica e que funcionassem efetivamente como filtros, evitando que todo e qualquer tipo de demanda fosse levado ao Poder Judiciário.

---

<sup>445</sup> Cf. PAIVA, 2012.

Por fim, uma quarta posição, indicativa de uma governabilidade judicial, via a crise como decorrência da “fragmentação e da falta de hierarquia do Judiciário, que provoca incertezas nos campos políticos e econômicos”. Para esta corrente, o Poder Judiciário inviabiliza muitas mudanças propostas pelos poderes Executivo e Legislativo, pelo que a solução seria um controle externo e, ainda, a adoção de instrumentos que racionalizem a atuação judicial, aumentando a previsibilidade das decisões e fortalecendo a percepção de segurança jurídica.

Do outro lado, a reforma foi apoiada por um discurso sobre o fracasso do direito nos países latinos e por uma descrição do movimento do *Law & Development*, sendo que, à época, muitas reformas foram financiadas com recursos provenientes de organismos internacionais.<sup>446</sup> No Brasil, não ficou tão evidente a participação efetiva do Banco Mundial em aportes diretos ao projeto da reforma – diferentemente do que ocorreu em outros países –, todavia, não é desprezível sua influência nos debates, sobretudo ao se considerar que o país possuía, naquela ocasião, uma enorme dívida com a entidade.

O discurso defendido pelo Banco Mundial alinhava-se especificamente com determinada posição racionalizadora que permeava os debates legislativos, sobretudo a partir da relatoria do então deputado Nelson Jobim (SADEK; ARANTES, 2010, pp. 3-4). Segundo Sinhoretto e Almeida, esta posição era “resultado da incorporação local de debates globais influenciados pela produção acadêmica norte-americana sobre direito e economia e por organismos como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento” (2013, p. 204).

As principais mudanças do sistema de justiça brasileiro introduzidas pela EC n. 45/04 incluíam medidas de racionalização e centralização da atividade judicial voltadas para a padronização da jurisprudência, reforço do controle abstrato de constitucionalidade e coordenação política, administrativa e disciplinar dos diversos braços do sistema judicial por meio do Conselho Nacional de Justiça (CUNHA; ALMEIDA, 2012, p. 364).

---

<sup>446</sup> Como bem pontuado por Nagle, as ajudas da American Bar Association, da Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID), do Banco Mundial, da Organização das Nações Unidas para o Fundo Interamericano de Desenvolvimento e do Banco Interamericano de Desenvolvimento não se basearam unicamente em altruísmo; ao contrário, representaram, no jogo de consultoria, um ganho potencial para gerar lucros (2000, p. 374). Além disso, salienta criticamente a autora, tais projetos de reforma judicial acabaram endossando uma visão equivocada de transplante jurídico e sem a participação de base da sociedade (ibidem, p. 378).

Embora favorecer esta agenda racionalizadora e centralizadora não tenha sido o objetivo inicial da reforma, verificou-se uma transformação da organização da justiça que atribuiu mais poderes aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), o que será discutido na sequência.<sup>447</sup>

### **10.1 Poder do STF após a Emenda Constitucional n. 45/04**

Diante da tipologia apresentada, é possível observar a atual atuação do STF a partir de uma leitura que observe simultaneamente uma Constituição orientada para a política e um forte mecanismo de controle de revisão judicial.

Após a EC n. 45/04, ao tribunal foi outorgado bastante poder pela CF/88, e a constitucionalização de diferentes áreas do direito,<sup>448</sup> garantiu-lhe o controle de quase qualquer tema jurídico na jurisdição brasileira, tanto no exercício da sua competência constitucional quanto na recursal.

Para alguns estudiosos, este perfil constitucional restringiu a agenda governamental e obrigou governantes a formar alianças parlamentares amplas a fim de mudar as "políticas constitucionalizadas", além de, em muitos casos, ser preciso negociar com ministros da Corte.<sup>449</sup>

Indubitavelmente, o fato de um terço da constituição dispor sobre políticas impacta fortemente as agendas presidenciais, obrigando os governos a alterar o quadro constitucional por meio de emendas ou por mecanismos de revisão judicial – é bastante elevado o número de emendas constitucionais no Brasil, quando comparadas a outros países. Neste cenário, esta constituição politicamente orientada também representou poderoso incentivo de fortalecimento do poder judicial na última década, porque questões de cunho político passou a ficar sob escrutínio durante uma revisão judicial.

Ademais, a reforma criou mecanismos com o propósito de reforçar e valorizar as decisões do STF no âmbito dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, dentre os quais se destacam a súmula vinculante e a repercussão geral como filtros de admissibilidade do Recurso Extraordinário, os quais, na prática, atribuíram mais poder à

---

<sup>447</sup> Seguindo a tipologia apresentada, é possível compreender a reforma como uma tentativa de reforçar o modelo de tribunal originário, mas que na prática se desdobrou e ampliou para os outros modelos não previstos pela reforma (deferente, consequencial e catalítica).

<sup>448</sup> Cf. BARROSO, 2010.

<sup>449</sup> Cf. COUTO; ARANTES, 2006.

Corte e também maior abrangência de suas decisões, reforçando o caráter político desta organização.

Os novos mecanismos foram questionados, em sede doutrinária, quanto à sua capacidade de atingir o objetivo declarado, *i.e.*, racionalizar o sistema judicial – notadamente o recursal – garantindo: (i) segurança jurídica (unificando soluções a fim de evitar “contradições” nos múltiplos tribunais e instâncias)<sup>450</sup> e (ii) maior celeridade ao processo.<sup>451</sup>

Ressalta-se, também, mudanças legislativas e institucionais que buscaram racionalizar as atividades de juízes e tribunais, criando novos filtros para evitar decisões repetidas e a valorizar decisões anteriores, mas não objetivaram colocar o precedente como elemento central de organização do sistema jurídico no país.

Ademais, criou-se a reclamação, mecanismo de proteção ao descumprimento de súmulas; contudo, o desestímulo à litigância não se verificou – pelo contrário, houve um aumento na propositura desta ação: segundo os bancos de dados da Corte, entre janeiro de

---

<sup>450</sup> Em relação à produção de segurança jurídica, teses firmadas em recurso extraordinário ou em outros processos de controle concreto passaram a ser enunciadas em súmulas vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário. O instituto atribuiu uma função quase legislativa à Corte, pois conferiu-lhe a capacidade de cristalizar determinado entendimento por um verbete que vincula todo o Poder Judiciário e a Administração Pública, exceto a própria Corte e o Poder Legislativo, com o intuito de evitar a interposição de recursos fundamentados em teses vencidas no STF, além de impedir decisões díspares para situações similares. A formulação e a aplicação de súmulas não representaram uma transformação na cultura jurídica acerca do respeito aos precedentes no país. Similarmente ao instituto da repercussão geral, que em tese fortaleceria o sistema de precedentes judiciais no Brasil, as súmulas não padronizaram decisões sobre um mesmo tema porque a vinculação dos tribunais inferiores só é obrigatória no caso de súmula vinculante, e não do reconhecimento da repercussão geral. Cf. uma discussão mais detalhada a partir de VOJVODIC et al., 2009. Para alguns autores, prevalece uma incapacidade endógena da Corte de lidar com o complexo sistema recursal do país, o que justificaria o estoque reprimido (acúmulo) de recursos. Atualmente, 330 repercussões gerais aguardam julgamento, sendo que o STF julga, em média, por ano somente 27 destes processos. Não surpreende a proposta do Ministro Roberto Barroso (2016) de limitar o reconhecimento do instituto: “Enquanto os processos com repercussão geral não forem julgados, os processos atinentes aquelas matérias ficam sobrestados. Portanto, precisamos ter mecanismo célere de julgamento de repercussões gerais e não podemos dar mais repercussões gerais do que podemos julgar em um ano” (SCOCUGLIA, 2014). Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>>. Acessado em 16 dez 2015.

<sup>451</sup> No que se refere à celeridade processual, pode-se efetivamente questionar se ocorreu o esperado descongestionamento do STF. A reforma buscou, de fato, garantir a celeridade ao criar filtros, para diminuir o fluxo de demandas encaminhadas às Cortes superiores e evitar nova decisão sobre matéria idêntica. Para tanto, criou o instituto da repercussão geral, que estabelece um filtro para o conhecimento de recursos extraordinários, sendo inspirado na experiência norte-americana do *writ of certiorari*. A repercussão geral reduziu drasticamente o número de recursos extraordinários efetivamente levados a julgamento pelo STF; conforme o “Anuário da Justiça de 2016” (2016, p. 33), em 2007 foram protocolados 100 mil casos, quantidade maior que a observada nos anos seguintes, ainda que a queda não tenha sido tão significativa quanto se esperava no momento da reforma.

2008 e agosto de 2016 foram protocoladas quase 20 mil reclamações, mais de 2 mil por ano, em média.<sup>452</sup>

Resta evidente o protagonismo assumido pela Corte, que agora atua diretamente como organização que sobrepõe comunicação jurídica, política e econômica, sobretudo porque lhe foram assegurados mecanismos para tanto. Atualmente existem cinquenta e três vias processuais de acesso à Corte, de ações originárias àquelas de grau recursal, todas amplamente exploradas, principalmente por meio do recurso extraordinário, do agravo em recurso extraordinário, e do agravo de instrumento.<sup>453</sup>

Na sequência, discutir-se-á o perfil da Corte e seu enfrentamento perante os litígios apresentados. Será possível problematizar, oportunamente, como o argumento consequencialista é mobilizado na prática pelo STF e sua observação como corte catalisadora em alguns casos.

## **10.2 Supremo: labirinto recursal, monocrático e corporativista**

O fenômeno de expansão do Poder Judiciário na sociedade brasileira deve ser compreendido em seus vários aspectos, seja o aumento da sua influência, seja sua operação em outros sistemas sociais além do direito.

Constata-se que, quantitativamente, o STF atua como tribunal recursal. O relatório “Supremo em Números”,<sup>454</sup> que analisou mais de 1,2 milhão de casos da Corte de 1988 até 2009, indicou que quase 99% das ações consubstanciam-se em recursos, e menos de 1% refere-se ao controle abstrato de constitucionalidade.

É oportuno lembrar aqui que tribunais constitucionais são muitas vezes identificados com certos tribunais europeus do início do século XX, que possuíam completa autonomia; e uma desvinculação do Poder Judiciário ordinário – permanecendo “puros”, por serem os únicos a tratar de questões constitucionais. Contudo, o STF destoa profundamente deste modelo: suas decisões ultrapassam modelo clássico de revisão judicial, bem como a Corte

---

<sup>452</sup> Este dado também permite concluir que a reclamação adquire papel fundamental no contexto da última reforma do Código de Processo Civil e ganhou ainda mais força nesse novo sistema. Tem se revelado uma nova forma de congestionamento da Corte, a qual, muitas vezes, acaba se valendo de julgamentos monocráticos para tentar conter o avanço do instituto.

<sup>453</sup> Cf. FALCÃO et al., 2011.

<sup>454</sup> *Ibidem*.

participa e depende de uma estrutura comum a todo o sistema jurídico.<sup>455</sup> Ao mesmo tempo, o STF desfruta de poderes amplos e de mecanismos de acesso diversos, superando a centralidade típica de uma corte constitucional. Assim, cabe destacar sua atuação mais como um tribunal catalisador, caracterizado no capítulo anterior.

Nesse cenário, o STF apresenta-se como um “labirinto”, nas palavras do jurista brasileiro Joaquim Falcão, uma vez que a Corte acaba encurralada por decisões inconclusas devido à quantidade de recursos processuais. Para o jurista, “esse crescimento recursal resulta das escolhas que o Supremo fez estimulado por uma cultura de processualismos. A tentativa do Congresso de diminuir as demandas com a Emenda 45, em 2004 – com a repercussão geral e a súmula vinculante – não foi suficiente para reverter esta cultura” (2016, p. 87).

É relevante observar que, na prática, o STF, em razão de sua estrutura e da quantidade de processos a ser julgados, atua constantemente de maneira monocrática, *i.e.*, comporta-se cada vez menos como um colegiado ou tribunal e mais como um agregado de onze ministros – as “onze ilhas”<sup>456</sup> – que decidem monocraticamente os assuntos ou, ainda, como um colegiado que, ao se deparar com alguma questão levada à turma ou ao plenário, revela seu enorme déficit deliberativo.

Nesse diapasão, em alguns casos as decisões do STF podem ser consideradas “cheques em branco”, preenchidos a qualquer momento conforme a vontade do portador. Mesmo que ministros decidam o litígio, os modos de como decidem não estão claros para esta Corte. Vale lembrar que, na prática, o “cheque em branco” é associado a um saque fraudulento por terceiros, seja pelo depósito de um cheque sem provisão de fundos, seja pela falsificação de informações – assinatura do emitente, valor, data, entre outras.<sup>457</sup> Assim, considerando-se a metáfora, o que o STF estaria ocultando?

A ilustração sugere, na verdade, que muitas vezes os ministros definem as regras processuais de cabimento e dos efeitos do instrumento durante um julgamento, sem se aterem a definições preestabelecidas. A fraude, aqui, estaria representada pelo uso

---

<sup>455</sup> Comella (2004) argumenta ser possível classificar cortes constitucionais a partir de uma estrutura dual que permita variabilidade institucional. Nesse sentido, o STF é uma corte impura, pois decide casos alheios à jurisdição constitucional, e não autônoma, pois depende do sistema político.

<sup>456</sup> Cf. MENDES, 2010.

<sup>457</sup> No jargão popular, um “cheque em branco” remete à ideia que o emitente não indica valor a pagar, data ou destinatário, de modo que se faculta ao portador definir a quantia que deseja retirar ao banco. Todavia, por se tratar de um tipo de cheque ao portador incompleto, é muito suscetível a fraudes.

estratégico do sistema jurídico pelos ministros, revelando o enorme poder da Corte para criar e definir os limites de sua atuação, inclusive por motivos não evidentes e contrários à CF/88.

O uso estratégico em questão pode ser compreendido a partir do uso ideológico do direito, no sentido de valoração ideológica. Como já visto na parte II desta tese, muitos teóricos afirmam que o direito é marcado por um discurso persuasivo, sobretudo pelo fato de depender de interações e de repousar sobre valores inseridos pelos programas, cuja força está na objetividade que pretendem manifestar (FERRAZ JR., 2015, p. 182). Todavia, o problema denunciado sobre o uso estratégico dos ministros é outro. Isto porque, nesses casos, os valores em jogo são expressões de preferências e desejos de autoridades decisórias, e não os valores da comunidade que estão sempre em disputas semânticas dentro do direito.<sup>458</sup>

Este diagnóstico de “cheque em branco” não é original, pois ministros ampliam e flexibilizam a interpretação de outros instrumentos com o intuito de controlar o poder da Corte. Arguelhes e Ribeiro (2016) postulam que o STF “cria” ao expandir os efeitos da decisão de um mandado de injunção, ou ao ampliar competências no caso de controle prévio de constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição, situações em que ministros elaboram interpretações sobre seus próprios poderes. Dimoulis (2017) sublinha casos em que a Corte seletivamente atribuiu a si competência para alterar *ipsis litteris* a CF/88 – emblematicamente, em 2016, o Ministro Ricardo Lewandowski violou o parágrafo único do art. 52 da constituição ao determinar o fatiamento da votação sobre as sanções durante o julgamento do processo de *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff.

Por fim, para além desta pormenorização do STF como corte recursal e monocrática, que recorre, em alguns casos, a “cheques em branco”, importa analisar quais interesses são por ele arbitrados enquanto corte constitucional. O foco reside em saber o que o STF decide em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis e qual o alcance de suas decisões, que, como citado anteriormente, representam menos de 1% da sua agenda.

Diversos estudos já abordaram o controle de constitucionalidade, destacando-se as pesquisas de Werneck Vianna et al. (2007) e a de Oliveira (2016), que buscaram mapear e

---

<sup>458</sup> O uso estratégico dos valores, em tese, é aberto e debatido por todo e qualquer interessado a partir de regras preestabelecidas pelo direito. A estratégia não deveria ocultar e fechar o debate para determinados indivíduos, em especial para não comprometer o processo de justificação. Ferraz Jr. é bem preciso acerca do ponto, diz “o discurso persuasivo é sujeito a estratégias que visam à credibilidade, isto é, a estratégia pode esconder a real função do valor, dando, por exemplo, a impressão de que estamos modificando quando, na verdade, estamos justificando” (2015, p. 180).

detalhar de maneira sistemática os temas e os atores envolvidos, constatando a predominância de casos que envolvem a Administração Pública, especificamente agentes públicos.

Segundo o critério de Oliveira, o termo “agentes públicos” relaciona-se a assuntos do funcionalismo público, dentre os quais a criação e a organização de carreiras, a regulamentação de concursos públicos, a remuneração e demais prerrogativas dos cargos públicos, além de incorporar aspectos ligados a crimes de responsabilidade de servidores e à discussão da isonomia entre as carreiras. A autora aponta que a temática do funcionalismo público domina 40% da pauta do STF sobre controle concentrado de constitucionalidade, diz:

[o STF] tem sido palco de disputas envolvendo benefícios e prerrogativas da burocracia estatal, com ênfase nas carreiras do sistema de justiça, nas quais se inclui o próprio Supremo. Ou seja, o tribunal dedica boa parte do seu tempo atuando como um setor de recursos humanos, ao arbitrar interesses de agentes públicos em conflito e colocar-se na posição de decidir pela ampliação ou redução de benefícios aos servidores (2016, p. 113).

Quando analisados concretamente, os julgados do STF em sede de controle abstrato revelam uma grande deferência do tribunal para as posições do governo, uma vez que a maioria dos casos relaciona-se à burocracia estatal – confirmando a hipótese de que, na verdade, o tribunal decide mais sobre direitos fundamentais constitucionais negativos do que sobre direitos constitucionais positivos e direitos coletivos.<sup>459</sup>

---

<sup>459</sup> Nesse sentido, afirma Oliveira (2017): “É preciso considerar, também, que a capacidade que um tribunal como o Supremo tem de garantir direitos positivos e coletivos (direitos ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia, etc.) é pouco efetiva. Sua capacidade é maior em fazer avançar direitos negativos (impondo restrições à ação estatal e protegendo direitos e liberdades individuais, como a privacidade, o devido processo legal, a igualdade formal em matéria de preferência sexual, etc.)” (op. cit., p. 143).

Vale lembrar que os diferentes tipos de direitos fundamentais foram historicamente conquistados e, por isso, para fins didáticos, estudam-se as características de cada momento. Prevalece uma consagrada classificação apresentada pelo jurista Karel Vasak, desdobrada também por Norberto Bobbio. De modo geral, classificam-se como direitos negativos aqueles que surgiram a partir da segunda metade do século XVIII, em especial com as Declarações de Direitos (Bill of Rights de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Tratam-se dos direitos civis que defendiam às liberdades individuais em face dos abusos do poder estatal, é por isso que são conhecidos como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, cf BOBBIO, 2004.

Em contrapartida, classificam-se como direitos positivos aqueles afirmados a partir do final do século XIX, em grande medida decorrente dos graves problemas provocados pela Revolução Industrial e pelas conquistas das lutas dos trabalhadores. Tratam-se dos direitos sociais, culturais e econômicos que buscavam promover a igualdade real na sociedade e dependiam de prestações materiais do Estado. Alguns exemplos famosos são o



Além disso, é importante ressaltar que a maioria dos pedidos em controle abstrato são geralmente negados seguimentos – até 2015, segundo dados do próprio tribunal, 77% dos julgamentos STF em controle forma monocraticamente negados ou decididos prejudicados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).<sup>460</sup>

Este contexto permite deduzir que a corte vem se alinhando, com certa regularidade, como um tribunal deferencial, ainda que haja julgados efetivos que consideram questões redistributivas em casos de controle abstrato de constitucionalidade. Todavia, estes posicionamentos devem ser relativizados, pois representam um pequeno percentual da totalidade de decisões proferidas anualmente pela corte.

Para esta tese, por razões institucionais já expostas, o STF cumula funções de corte original e peremptória, deferencial, consequencial e catalisadora, pois escolhe *quem, quando e como* julgar.

Para além de suas inúmeras garantias funcionais e administrativas,<sup>461</sup> prevalece um adicional reforço de irrestrita independência, sendo possível à Corte determinar suas próprias competências e, inclusive, seu modo de operar e vinculando a qualquer sistema social.<sup>462</sup>

Ainda que se questione o presente diagnóstico do aumento de poder do STF, não são desprezíveis os casos relativos aos direitos econômicos decididos pelo tribunal, sobretudo ao se considerar que a Corte representa verdadeiro exemplo de atuação contramajoritária, incorporando vozes minoritárias ao processo político.

Portanto, adota-se, nesta tese, um recorte específico a fim de detalhar e verificar como o STF decide com base nos argumentos consequencialistas e avançar na discussão da ideia do déficit de filtragem apresentado nesta tese.

---

texto da Constituição do México de 1917, da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição brasileira de 1934. Cabe ressaltar que esta classificação opera uma simplificação, pois alguns direitos positivos não dependem de uma prestação por parte do Estado (*e.g.*, direito de greve) e, igualmente, alguns direitos negativos dependem da prestação estatal (*e.g.*, direito de petição e obtenção de certidões).

<sup>460</sup> Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC\\_Geral](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC_Geral)>. Acessado em 18 out 2017.

<sup>461</sup> Vale lembrar que as garantias são proteções aos juízes e tribunais para exercem com segurança a função jurisdicional. Tais garantias asseguram a independência do Judiciário, que poderá decidir livremente, sem se abalar com qualquer tipo de pressão que venha dos outros Poderes. Historicamente as garantias se dividem em dois tipos: administrativas (ou institucionais), que protegem o Judiciário como um todo, atribuindo autonomia administrativa (*e.g.*, art. 96, CF) e financeira (*e.g.*, art. 99, CF); e funcionais (ou de órgão), que protegem os juízes (*e.g.*, art. 95, CF).

<sup>462</sup> Destarte, questiona-se o real interesse do tribunal de levar adiante pautas cujo intuito seja descongestionar sua agenda, deslocar para tribunais inferiores certas competências e fixar mecanismos de controle do comportamento dos ministros – *e.g.*, que visem coibir pedidos desnecessários ou demasiadamente prolongados de vista ou evitem a elaboração da agenda temática do tribunal com base em critérios pessoais dos presidentes da Corte (FALCÃO; OLIVEIRA, 2012) —, afinal, tais medidas poderão reduzir o poder do STF na sociedade.

No entanto, é importante discutir e apresentar previamente um panorama sobre o julgamento de direitos sociais e econômicos no Brasil, em especial pelo STF, e como esta situação relaciona-se ao tema dos argumentos consequencialistas, para então discutir alguns casos.

## **CAPÍTULO 11 – DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS, ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O debate sobre a expansão do argumento consequencialista nos tribunais brasileiros pode também ser relacionado, historicamente, aos temas da constitucionalização e da aplicação dos direitos sociais e econômicos no país, que representaram uma transformação operacional do sistema jurídico.

Em diversas oportunidades, juízes, em casos que envolviam direito a saúde, moradia, reajustes econômicos, entre outros, consideraram as consequências extrajurídicas na tomada de sua decisão – não se nega que consequências também foram discutidas em casos de adjudicação de direitos individuais e coletivos, porém, o ineditismo reside no fato de esta argumentação ter sido incentivada no contexto de aplicação de direitos sociais e econômicos. Quais teriam sido os motivos históricos que levaram a este comportamento e sua influência no tema dos argumentos consequencialistas via judicialização?

Como já visto no capítulo 6, a passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social no século XX marcou a introdução da questão social nos diferentes subsistemas. No econômico, o tema acarretou debates sobre redistribuição das riquezas em muitos países socialistas; no político, resultou na aposta em novas políticas econômicas que formatavam a planificação das atividades por meio da atuação direta do Estado; no jurídico, refletiu na constitucionalização de um espectro de direitos – tradicionalmente conhecidos como direitos fundamentais da segunda geração.

Todavia, é muito importante destacar que esta constitucionalização ocorreu de diferentes maneiras. De modo geral, os países da América Latina foram os primeiros a iniciar este movimento, popularizado e replicado em outras nações ao final da Segunda Guerra Mundial. Ainda hoje, constata-se que constituições latinas possuem mais dispositivos correlatos a esses direitos do que as de países europeus e da América do Norte. Ademais, esta constitucionalização também afirmou, em muitos países, uma nova categoria de direitos fundamentais.<sup>463</sup>

---

<sup>463</sup> Em alguns países, como na Irlanda ou na Índia, estes direitos estão constitucionalizados, porém representam apenas princípios diretivos ao Estado e não gozam de proteção judicial. Predomina uma variação sobre a eficácia e o papel destes direitos, para uma visão comparada cf. JUNG et al., 2014.

Segundo dados de Jung et al. (2014), na América Latina quase 80% das constituições preveem direitos trabalhistas, muitas referem-se a moradia, seguridade social, alimentação e água e todas dispõem sobre educação e saúde, direitos judicialmente assegurados por ações específicas ou garantias constitucionais. Este registro é relevante e digno de observação, pois muitas constituições sequer incorporaram previsões de direitos sociais e econômicos, *e.g.*, Estados Unidos, Austrália, Canadá e vários países do Sudoeste Asiático.<sup>464</sup>

A Constituição mexicana de 1916 foi o primeiro texto constitucional a estabelecer em seu bojo a previsão de direitos sociais e econômicos – tendo sido referência para a Constituição brasileira de 1930, que introduziu esses direitos no país.

No entanto, no Brasil e em outros países da América Latina a afirmação desses direitos não significou uma conquista imediata e direta dos movimentos da sociedade civil em sua luta por reconhecimento de direitos; sua efetivação só veio a acontecer, em alguma medida, após o equacionamento dos problemas de acesso à justiça e da proteção dos direitos civis e políticos.

A afirmação dos direitos sociais e econômicos resultou em parte de uma expansão de políticas populistas cujo objetivo era reforçar a dependência da população relacionada às atividades do Estado e manter um governo autoritário. Como pontuado na leitura Carvalho sobre cidadania e inversão de direitos no país<sup>465</sup>, o populismo no Brasil traduzia-se numa relação ambígua entre cidadãos e governo: de um lado, as massas passaram a participar mais da política, do outro, cidadãos tornaram-se dependentes do governo em razão dos benefícios sociais recebidos.<sup>466</sup>

---

<sup>464</sup> No plano internacional, países não ratificaram o protocolo de direitos sociais e econômicos da ONU. Cf., nesse sentido, a crítica de Fischer-Lescano e Möller: “O diferente grau de institucionalização é visível: enquanto os direitos humanos liberais são concebidos como *hard-law*, judicializáveis, os direitos humanos sociais são menosprezados como um não direito inexecutável, o que os priva de força normativa” (2017, p. 61).

<sup>465</sup> Em uma breve síntese sobre a inversão dos direitos, Carvalho afirma que, “[a]qui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.” (2002, p. 220).

<sup>466</sup> Neste sentido, Carvalho sustenta que “[a] antecipação dos direitos sociais fazia com que os direitos não fossem vistos como tais, como independentes da ação do governo, mas como um favor em troca do qual se deviam gratidão e lealdade. A cidadania que daí resultava era passiva e receptora antes que ativa e reivindicadora” (*ibidem*, p. 126). De maneira similar, o cooperativismo da década de 1930 refletia essa postura, sobretudo durante o Estado Novo, quando relações entre patrões e operários foram organizadas por meio de

Fatos históricos indicam que direitos sociais foram implementados na América Latina durante períodos ditatoriais, ocasião em que o Poder Legislativo havia sido fechado ou funcionava apenas decorativamente, reforçando-se, para a população, a centralidade do Poder Executivo. No entanto, o Poder Judiciário também contribuiu decisivamente para a proteção desses direitos e para a manutenção da longa tradição de um estatismo “paternalista” e “corporativista”, sobretudo após a CF/88, que implementou mecanismos em tese facilitadores do acesso à justiça.<sup>467</sup>

Vale destacar, ainda, que segundo a visão sistêmica, o *welfarismo* sustentava e justificava os direitos sociais e econômicos, e, a despeito do populismo na América Latina, validou ingerência do Poder Executivo em diversas atividades na sociedade.<sup>468</sup> Entretanto, no novo modelo de Estado – seja ele caracterizado como neoliberal ou eficientista/regulador – observa-se que quem assumiu o protagonismo na proteção e na promoção desses direitos foi o Poder Judiciário.

Diante deste cenário, e considerando o aumento do argumento consequencialista nos tribunais brasileiros, questiona-se: (i) O que autoriza juízes (não eleitos) a implementar políticas sociais e econômicas que são necessariamente premissas para um efetivo gozo dos direitos a saúde, educação, habitação etc.?; (ii) Afinal, na prática, tribunais são institucionalmente capazes de lidar com as complexas questões técnicas e políticas que permeiam este tema?

Na primeira indagação, discute-se a legitimidade dos juízes; na segunda, são trazidas a lume questões internas sobre a estrutura e a operação dos tribunais. Vejamo-las na sequência.

---

sindicatos controlados pelo governo. O discurso cooperativista buscava, assim, evitar o conflito social forjando uma cooperação forçada entre Estado e trabalhadores.

<sup>467</sup> Em muitos casos de aplicação de direitos sociais e econômicos, juízes brasileiros podem ser considerados meros substitutos – *longa manus* – de agências públicas, pois simplesmente implementam ordens legais não cumpridas pelo Poder Executivo – *e.g.*, quando determinam a distribuição de um medicamento ou o oferecimento de determinado tratamento incluído na lista do SUS, mas ao qual os pacientes não têm acesso sem intervenção judicial. Tal perspectiva pode justificar em alguma medida o traço deferencial do STF já apontado anteriormente no capítulo 9. Para um debate, nesse sentido, cf. OLIVEIRA, 2016; TAYLOR, 2008.

<sup>468</sup> Cf. LUHMANN, 2007b.

## 11.1 Legitimidade dos juízes

Do ponto de vista sistêmico, não faz sentido discutir legitimidade de juízes em aplicar direitos sociais e econômicos diante da constitucionalização destes direitos, que representou uma transformação de diferentes programas de políticas públicas em obrigações constitucionais. Não há nem mesmo que se debater a existência – ou não – de eleição de juízes para seus cargos, pois direitos econômicos e sociais são programas jurídicos, autorizando, portanto, intervenção judicial.

A efetivação destes direitos compreende uma nítida passagem do sistema político para o jurídico e, evidentemente, que sua centralidade não reside apenas no Executivo, por meio de suas agências públicas, mas também nos juízes, figuras nucleares para a aplicação desses direitos.

Em uma sociedade funcionalmente diferenciada e fragmentada, problemas sociais não são resolvidos somente pelo primado sistema político; tribunais possuem significativa importância na imposição desses direitos e, em alguma medida, juízes assumem uma posição de poder dentro do sistema político, sobretudo diante do enfraquecimento do Estado nacional e da “libertação” do direito na sociedade mundial – tal perspectiva foi apresentada no capítulo 6.

Vale também destacar a posição e a importância desses direitos na sociedade. Dentro do sistema político, a constitucionalização desses direitos conferiu-lhes *status* prioritário diante de propostas não constitucionalizadas. A principal evidência disso talvez seja o princípio da não regressão – controlado no plano internacional pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –, que impede, no plano doméstico, a redução de benefícios sociais existentes e estipula, ao menos em tese, que restrições sujeitem-se a um exame mais rigoroso, a fim de determinar sua adequação.

O argumento da não regressão baseia-se no fato de que a implementação de direitos sociais e econômicos é progressiva, dada a escassez de recursos e o pouco acesso a saberes científicos enfrentado por muitos países. Estados devem abster-se de cortar subsídios de bens essenciais, como alimentos, água e energia, a fim de evitar causar sofrimento indevido às pessoas. Reduzir gastos com educação, cuidados de saúde ou outros serviços sociais constitui flagrante violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, a menos que o Estado prove que não dispõe dos recursos necessários. Note-se que, como regra geral, a não

regressão afirma que em qualquer nível de disponibilidade de recursos deve-se priorizar estes direitos, de modo que haja progresso contínuo em seu gozo pelos povos.

Tal perspectiva ganha relevância quando se compreende que direitos sociais e econômicos possuem um potencial democratizante, na medida em que colocam a ordem socioeconômica à disposição da sociedade. Fischer-Lescano e Möller (2017), inclusive, avançam no tema, sustentando que esses direitos são uma condição necessária para a radicalização do princípio da democracia, pois voltam-se contra todas as relações de dominação que se oponham à autonomia e à autodeterminação da sociedade (op. cit., pp. 77-84).

Violações a estes direitos representam rupturas significativas no sistema político. É dizer, veda-se à Administração Pública a edição de normas ou regulamentos que prejudiquem o acesso aos direitos sociais e econômicos, sendo que esta deve assumir uma postura protetiva e assecuratória desses direitos – muitas vezes vinculados a um padrão mínimo de fruição (*minimum core*) –, respaldando-se em acordos e tratados internacionais.

Desta forma, sobreleva-se a questão do acesso à justiça.<sup>469</sup> A tese dos sobreintegrados de Neves (2006) ganha relevância neste ponto, como já pontuado no capítulo 8. Não surpreende que os litigantes pertençam, em sua maioria, a órgãos do governo ou às classes média e alta, que podem arcar com os altos custos judiciais.<sup>470</sup> Como resultado, o Judiciário tende a ser uma arena exclusiva para soluções internas de problemas políticos – com a menção ao STF como “órgão de deliberação corporativa do Estado”<sup>471</sup> – ou para requerentes privilegiados, deixando pouco espaço para uma transformação no que tange à adjudicação de direitos sociais e econômicos ou à justiça social.<sup>472</sup>

---

<sup>469</sup> Cf. LOPES, 2006.

<sup>470</sup> Nesse sentido, sustenta Oliveira (2017): “Ainda temos justiça demais para poucos e justiça de menos para a grande maioria da população brasileira. Basta olhar a pauta temática do Supremo para ver os interesses que a dominam, destacando-se o grande tempo que o tribunal dispende decidindo sobre aumento ou contenção de privilégios de carreiras públicas do Estado, e sobre o destino de atores políticos que contam com foro privilegiado” (op. cit., p. 145). Sobre a discussão dos perfis dos litigantes e dos custos envolvidos na adjudicação do direito à saúde no Brasil, Cf. FERRAZ, 2014 e WANG, 2015.

<sup>471</sup> Cf. OLIVEIRA, 2016.

<sup>472</sup> Isto ficou evidenciado no julgamento conjunto - ainda em andamento - dos recursos extraordinários 566471 e 657718, que discutem o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O Ministro Luís Roberto Barroso defendeu como regra geral o não fornecimento de medicamentos não listados pelo Sistema Único de Saúde. A liberação por decisão judicial só seria admitida numa situação excepcional e propôs uma série de requisitos a serem observados pelo juiz para obrigar o governo a fornecer o remédio, dentre o qual se destacava a incapacidade financeira do paciente, diz o Ministro: “A vida e a saúde de quem tem condições de

Além disso, ainda que tribunais determinem a governos que direcionem recursos para educação e cuidados de saúde, nada garante que essas decisões sejam efetivamente aplicadas. Direitos sociais e econômicos acabam, portanto, em alguns casos, sendo confirmado mais como expectativas normativas frustradas do que protegidas.

Não se nega, contudo, a contrapartida da adjudicação desses direitos, como um certo controle do governo: passa-se a exigir que decisões políticas futuras sejam direcionadas àqueles mais necessitados e subintegrados nos sistemas sociais, sobretudo se a maioria dos beneficiários destas decisões já está sobreintegrada.<sup>473</sup>

Diante destas considerações, é relevante entender como a adjudicação desses direitos ocorre. Tradicionalmente, tribunais têm sido refratários a procedimentos que visam à implementação de direitos sociais, ou a mecanismos alternativos que lidam com problemas distributivos. Talvez isto ocorra no Brasil, pois as principais operações decorrem de demandas individuais (e não coletivas), exigindo, portanto, soluções mais criativas para problemas redistributivos. Neste sentido, o problema encaminha-se para uma discussão sobre a capacidade institucional.

## 11.2 Capacidade institucional

Debater sobre capacidade institucional significa discutir como direitos econômicos e sociais são adjudicados. De modo geral, é possível fazer duas distinções principais: *decisões de deferência* e *decisões de não deferência*. No primeiro caso, tribunais abstêm-se de decidir alegando que se trata de uma atribuição do sistema político que depende exclusivamente da atuação do Poder Executivo. Nesta posição, sustenta-se que alguns países sequer preveem constitucionalmente estes direitos, o que, portanto, inviabilizaria sua adjudicação.

Todavia, este argumento não subsiste, pois mesmo nestes países que não dispõem sobre direitos econômicos e sociais na constituição há sua concretização pelos tribunais. Neste sentido, ilustrativamente, observa-se a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Dandridge v. Williams*, que discutiu se uma lei de Maryland que fixou um padrão para determinar a necessidade de benefício para famílias com crianças dependentes violava a cláusula de proteção à igualdade (*equal protection clause*).

---

ir a juízo não tem mais valor do que as dos muitos que são invisíveis para o sistema de Justiça”.

<sup>473</sup> A distinção entre subintegrados e sobreintegrados está em Neves (2006), que discute a aplicação da teoria dos sistemas no caso brasileiro. Para retomar o ponto, veja a parte II desta tese.



Mesmo sem uma previsão na constituição estadunidense sobre benefícios ou programas de assistência social, o tribunal concluiu que não houve violação à cláusula de proteção à igualdade. A decisão baseou-se em precedentes para indicar que o programa era “um esquema de federalismo cooperativo” e deu ao Estado “poder indiscutível” para calcular o padrão de necessidade. O tribunal argumentou, ainda, que “o estatuto federal não proíbe um Estado de equilibrar os estresses que a ausência de pagamentos impõe as famílias hipossuficientes diante da maior capacidade financeira das famílias numerosas para acomodar suas necessidades” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1970).

No caso de *decisões de não deferência*, admite-se a adjudicação pelos tribunais. No entanto, o grau de interferência judicial varia, oscilando entre orientações moderadas, recomendações ou mesmo determinações concretas e ordens de implementação, criando novas obrigações e direitos.

Ilustrando uma ação intervencionista moderada, retome-se o famoso *Governo da República da África do Sul v. Grootboom e outros*, decisão da Corte Constitucional da África do Sul que, diante do despejo de inúmeras famílias alojadas em propriedade privada de terceiro, reconheceu a obrigação do Estado de fornecer-lhes abrigo adequado, independentemente da disponibilidade de recursos. Especificamente, a corte não impôs condições de execução da obrigação, apenas exigiu que o Estado adotasse medidas razoáveis para cumprir o dever de fornecer abrigo a famílias desamparadas.<sup>474</sup>

Há, evidentemente, soluções mais intervencionistas, como a da Corte Constitucional da Colômbia, que inaugurou a tese de “estado de coisas inconstitucional”. Este argumento depende, primordialmente, da avaliação dos seguintes critérios: (i) violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afete um número significativo de pessoas; (ii) descumprimentos sucessivos por parte das autoridades de suas obrigações de garantia dos direitos; (iii) uso reiterado de práticas inconstitucionais, demandando uma ação de tutela (*acción de tutela*) para garantir o(s) direito(s) violado(s); (iv) a ausência de medidas

---

<sup>474</sup> Destaca-se seguinte passagem do voto: “Estou consciente de que é uma tarefa extremamente difícil para o Estado cumprir essas obrigações dadas as condições que prevalecem em nosso país. Isto é reconhecido pela Constituição, que prevê expressamente que o Estado não é obrigado a ir além dos recursos disponíveis ou a realizar esses direitos imediatamente. Afirmando, no entanto, que, apesar de todas essas qualificações, estes são direitos, e a Constituição obriga o Estado a dar-lhes efeito. Esta é uma obrigação que os tribunais podem em circunstâncias apropriadas imporem” (*Governo da República da África do Sul v. Grootboom e outros*, 2000, p. 94, tradução livre).

legislativas, administrativas ou orçamentárias que evitem a violação de direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução exija a intervenção de várias entidades – *e.g.*, mobilização de um conjunto complexo e coordenado de ações e uma quantidade de recursos que requer um esforço orçamentário adicional importante; (vi) inviabilidade de proteção individual.

No caso concreto, a corte colombiana reconheceu este estado de coisas inconstitucional devido à inação – ou omissão – das autoridades de prover cuidados a milhares de pessoas sem moradia que sofriam múltiplas violações a seus direitos humanos. Em contraste à demanda sul-africana, reconheceu-se que as violações aos direitos eram falhas estruturais profundas do Estado colombiano, posicionamento que resultou numa série de ordens concretas com o intuito de remediar as insuficiências orçamentária e administrativa, além de tentar estabelecer níveis mínimos de proteção dos direitos dessas pessoas em tempo razoável.

No Brasil, mesmo sem previsão expressa na Constituição ou em qualquer texto legal, o STF reconheceu, no julgamento parcial da ADPF 347, a tese que “confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes”, entendendo “que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado”.<sup>475</sup>

Nesta ADPF, debate-se a situação atual do sistema penitenciário brasileiro, que viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos. Ainda sem solução definitiva, o plenário já se manifestou preliminarmente no sentido de reconhecer o cabimento da ação diante do quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Neste sentido, o STF determinou a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e tornou mandatória a realização de audiências de custódia por tribunais e juízes inferiores.

Subjaz a estas análises a compreensão de como o tribunal pode adjudicar esses direitos. Como apontado por Campilongo, De Giorgi e Faria: “[m]as até que ponto a Justiça

---

<sup>475</sup> ADPF 347, Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acessado em: 13 jan de 2017.

pode atender às expectativas de quem vê seus direitos negados por falta de políticas públicas?”. Ainda prosseguem os autores, afirmando que “[n]o plano dos ideais, estamos diante de valores políticos fundamentais para a coesão social, é certo. Mas o Direito opera no plano das realidades sociais e econômicas que é capaz de construir e controlar. Assim, invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina” (2015).

Retomando-se o caso colombiano, a situação das pessoas vulneráveis tem se agravado a despeito dos esforços daquela corte. Deve-se lembrar, inclusive, que na parte II desta tese sustentou-se que tribunais desdobram os riscos que não podem assumir em seu ambiente. As estruturas que operam para reduzir os riscos tornam-se um perigo para as partes afetadas em seu ambiente.

É ilusão acreditar que a afirmação de que o “estado de coisas inconstitucional” é capaz de resolver todos os problemas sociais pela judicialização. Novamente, concorda-se com Campilongo, De Giorgi e Faria que afirmam que “[n]um país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais” (ibidem).

Ninguém nega as dificuldades estruturais enfrentadas pelos tribunais ao apreciar estas demandas, especialmente proferir uma sentença que consiga avaliar consequências extrajudiciais. Em termos sistêmicos, é preciso reconhecer os déficits de filtragem e de formalização envolvidos na passagem entre periferia e centro – que representam óbices à atuação dos tribunais<sup>476</sup> –, bem como afirmar as mudanças na semântica da teoria do direito sobre como lidar com estes casos a fim de não incorrer em consequencialismos e arbitrariedades.

Entretanto, deve-se considerar, também, que estas ações excepcionais impõem e demandam outra postura do sistema político, ou, nos dizeres de Rodriguez, pretendem “constranger e manter alertas os donos do poder para evitar o arbítrio. A separação dos poderes nunca foi pensada como regra administrativa a impor uma divisão estanque de funções entre dois, três, quatro, ou entre quantos forem os poderes do Estado” (2015).

---

<sup>476</sup> Cf. VILLAS BÔAS FILHO, 2009; CAMPILONGO, 2002.

Trata-se de reconhecer a atuação de uma corte catalisadora e a pergunta é saber se estratégias e interesses fora do direito estão sendo ocultados? Talvez, mas, como já mencionado, direitos sociais e econômicos representam uma forma de controle do governo, são uma condição necessária para a radicalização do princípio democrático.<sup>477</sup> É forçoso reconhecer o caráter político desses direitos e, portanto, a existência de múltiplas arenas de discussão dessas demandas e a competência dos tribunais para adjudicá-los. Caso contrário – sem as reivindicações – não seria possível realizar expectativas normativas já asseguradas pelo direito, que são rotineiramente frustradas, ou produzir novas expectativas.

Não é o caso, porém, de admitir falsas críticas de que estes direitos são demasiadamente vagos e dependentes de recursos,<sup>478</sup> revelando-se, destarte, inexigíveis. Vale lembrar que todo e qualquer direito é determinado por meio de uma decisão e que muitos direitos individuais dependem de recursos – *e.g.*, a implementação de um sistema de proteção de patentes –, ao passo que diversos conflitos de direitos sociais e econômicos não demandam investimentos vultosos – evitar a poluição do rio, reconhecer direitos indígenas, não ordenar o despejo de famílias, entre outras, são ações de baixo custo.

Da mesma forma, é possível observar a atuação dos tribunais às margens de outros sistemas sociais, pois, no fundo, eles se revelam, enquanto organizações sociais, uma arena de disputas políticas, participando do jogo entre governo/oposição. Pontue-se, contudo, que isto não ocorre apenas nos casos de adjudicação de direitos sociais e econômicos, mas também naqueles que não implicam necessariamente garantias da sociedade, que servem de barganha para outros interesses da organização.

Sublinhe-se, por ser relevante, que casos de direitos econômicos e sociais exigem uma reflexão sobre como a observação dos tribunais na sociedade ocorre, bem como uma consideração a respeito de outras estruturas de tribunais e novos desenhos institucionais.<sup>479</sup>

---

<sup>477</sup> Cf. Fischer-Loscano; Möller, 2017, pp. 59-84.

<sup>478</sup> O argumento da dependência de recursos foi popularizado no Brasil a partir da doutrina produzida pelo Ministro Gilmar Mendes ao glosar decisões da Corte Constitucional alemã que recorriam à teoria da reserva do possível. Para uma crítica da incorporação desta teoria no Brasil, cf. CORREIA, 2014, pp. 132-142.

<sup>479</sup> Reitera-se a opinião de Amato de que não há muitas opções de abertura à competição privada nem adequada regulação que favoreça parcerias e cooperações para a implementação de programas sociais. O modelo das políticas públicas precisa superar técnicas rudimentares e centralizadas de prestação dos serviços para “incorporar em seu desenho institucional, de um lado, formas de descentralização capazes de manter mecanismos de redistribuição, de propagação das experiências de sucesso e de mensuração de desempenho e, de outro lado, procedimentos para a audiência das partes interessadas” (2017, p. 294).

O STF, segundo os apontamentos já feitos, na prática, a proteger esses direitos propondo soluções “menos” intervencionistas ou por meios “negativos” – *e.g.*, declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato administrativo –, ou, ainda, buscando uma resposta individual. Estes são desfechos “tradicionais” aos quais tribunais judiciais originais recorrem com frequência, sobretudo ao se deparar com problemas retributivos que dependem quase exclusivamente da provisão estatal.

No entanto, é possível observar novos arranjos de controle e adjudicação judicial, tais como as formas fracas de controle de constitucionalidade,<sup>480</sup> que exigem uma visão mais colaborativa e dialógica entre os poderes do Estado e oferecem potencialmente benefícios para reduzir as pressões depositadas por decisões judiciais sobre organizações políticas, pois admitem a necessidade de interação e deliberação legislativa.

Não há dúvidas também de que tribunais arbitrais ou administrativos resolvem mais facilmente problemas referentes à determinação de gastos relacionados a serviços e bens sociais, que geralmente devem ser apreciados por grande parte da sociedade, nem que organizações paraestatais e privadas podem contribuir enormemente propondo soluções inovadoras para as deficiências estatais diante de sua incompetência econômica.<sup>481</sup>

Em alguns casos de adjudicação, os conflitos distributivos ultrapassam o raciocínio retributivo (jogos de soma zero) ou soluções ganha-perde das ações judiciais tradicionais (escolher quem está certo ou errado na lide). Neste sentido, a arbitragem de direitos sociais e econômicos consegue produzir decisões negociadas sobre a utilização de recursos materiais ou equacionar, a partir dos interesses das partes, questões orçamentárias e regulatórias. Estas decisões exigem mediação, negociação, construção de critérios para avaliação e incentivos para soluções de construção conjunta – e não como resultado de uma

---

<sup>480</sup> Segundo a caracterização de Gardbaum (2013), o modelo fraco, desenvolvido e praticado em países da *commonwealth*, possui três características essenciais: (1) a existência de uma declaração de direitos; (2) a conferência de alguma forma de poder superior judicial para fazer valer esses direitos através da avaliação da consistência da legislação e de outros atos governamentais com esses direitos fundamentais, que devem ir além da presunção tradicional e dos modos comuns de interpretação normativa; e, mais claramente, (3) a existência de uma legislatura que tenha a palavra final sobre a constitucionalidade das leis no país, por maioria simples. Para uma discussão da aplicação do controle de constitucionalidade fraco no Brasil, cf. BARROS, 2017 e em outros países após processos de democratização, cf. GARDBAUM, 2015.

<sup>481</sup> Assim, destaca-se a importância da família na educação, do empreendedorismo e da universidade no desenvolvimento de políticas industriais e comerciais, das parcerias público-privadas na gestão de áreas da saúde e habitação. Estas organizações, diferentemente do Estado, decidem a partir de um raciocínio distributivo e proporcional capaz de mediar o acesso simultâneo de indivíduos e grupos distintos a estes serviços para além da disponibilização estatal.

subsunção a regras ou a construções adversativas –, cabendo somente aos tribunais judiciais sua homologação e sua execução.

Do ponto de vista sistêmico, não se pode considerar a adjudicação de direitos sociais e econômicos apenas como uma técnica de compensação, porque a autoridade é compelida a compreender os riscos e os perigos da decisão quando estes direitos estão em juízo. Uma vez que decisões podem produzir exclusão diante de potenciais beneficiários, não é possível pensar em organizações insensíveis às consequências da decisão, ainda que não consigam antecipar seus perigos ambientais.

Em suma, não há um tribunal mais adequado, ou mais desejável. Aponta-se, aqui, que a adjudicação de direitos econômicos e sociais funciona com paradoxos que devem ser observados e desdobrados pela autoridade decisória a partir de estruturas sensíveis ao ambiente. Muitas vezes, é possível controlar os riscos e minimizar as exclusões da decisão quando estas são limitadas temporalmente – *i.e.*, assegurando-se de que as exclusões não se tornem permanentes, ou de que os paradoxos não se desdobrem e acarretem problemas mais severos para a sociedade.

Nestas situações de decisão, há riscos de arbitrariedade – *i.e.*, aqueles que não se relacionam com a própria atividade decisória, não atendem aos interesses negociados ou a descumprimentos no momento da execução. É relevante, nestas hipóteses, retomar os problemas do consequencialismo – apresentado na parte I –, agora, a partir do contexto da adjudicação brasileira, o que é detalhado na sequência.

### **11.3 Problemas do consequencialismo na adjudicação**

Após tematizar as questões e apresentar alguns problemas relacionados à adjudicação de direitos sociais e econômicos, em especial os atinentes à filtragem e à formalização das demandas na passagem da comunicação entre periferia e centro, é possível refletir sobre os ajustes estruturais necessários para lidar com esses direitos.

Mencionou-se, anteriormente, o enfrentamento da adjudicação de direitos sociais e econômicos, sustentando-se que há formas de confrontar o argumento consequencialista

alheias à via tradicional judicial, o que pode sugerir a existência de uma argumentação consequencialista forte ou fraca.<sup>482</sup>

Argumentação consequencialista forte segue um sentido consistente de elaboração de critérios, seleção e avaliação das consequências, permitindo no caso concreto um sentido unívoco de orientação. A orientação fraca, ao contrário, possui uma maior imprecisão e vagueza – não se saber ao certo quais os critérios e as formas de seleções e avaliação das consequências.

Argumentação forte, neste sentido, está em conexão com uma dogmática jurídica atenta as consistências das decisões. No entanto, no caso da orientação fraca, é possível relacionar com a ausência de uma dogmática jurídica de qualidade, capaz de orientar a aplicação destes argumentos. Assim, como já visto na parte I, a expansão desta orientação fraca acarreta em alguns casos, uma descaracterização do próprio argumento consequencialista.

De modo geral, não se observa uma preocupação nos votos dos juízes uma preocupação em construir técnicas e critérios para lidar com as consequências, sob o risco de, em não o fazendo, provocar inconsistências na argumentação e afetar a decisão final.

É possível lembrar os apontamentos do capítulo 7, quando se sustentou que um dos principais motivos que contribuem para esta ampliação de argumentos fracos é o déficit informacional envolvido na tomada de decisão – seja diante da incapacidade dos tribunais de coletar informações, indícios e provas, seja pela complexidade do problema desafiado, que escapa ao conhecimento do juiz mesmo com o auxílio dos peritos.

Vislumbra-se, na prática, portanto, um grande risco de confusão do argumento consequencialista com situações não autorizadas ou não motivadas que não se relacionam diretamente com o direito. Em verdade, trata-se de uma fuga do centro do direito, já que uma

---

<sup>482</sup> Aproxima-se, aqui, com a perspectiva pragmática de Ferraz Jr. e Maranhão, que abordam a ideia de códigos forte e fraco no direito, sustentam: “Na racionalização dos conflitos, os critérios formais da justiça representam, em oposição aos critérios materiais, um código forte: isto é, se considerarmos um código, genericamente, como um sistema articulado de símbolos, as ideias do *suum cuique tribuere*, da proporcionalidade aritmética e geométrica, do tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, constituem articulações relativamente unívocas, com um só sentido para as suas prescrições. Ao contrário, os critérios materiais da justiça representam um código fraco; isto é, ideias como o justo é o que serve à vida, justiça é o amor caridoso pelos que nada têm, justiça é o respeito à ordem social criada por Deus, justiça é o que satisfaz aos interesses da classe proletária, constituem articulações vagas e ambíguas, com dubiedade para as suas determinações” (2007, p. 31).

argumentação consequencialista forte exige domínio do material e de metodologias específicas do direito, bem como filtragem e isolamento cognitivo.

O que se debate, aqui, não é propriamente o argumento consequencialista, mas as estruturas, a possibilidade de conhecimento e a condição de avaliação do tribunal relativa ao argumento. Nesta situação de incerteza, o risco de sabotagem na argumentação é alto – como já sublinhado anteriormente.<sup>483</sup>

A sabotagem refere-se à decisão com base em critérios extrajurídicos não filtrados pelo direito. Evidentemente, um juiz não pode abster-se de decidir, em atenção ao princípio do *non liquet*, mas o que acontece quando o tribunal é chamado a decidir sobre determinado litígio, mas não tem, de fato, capacidade estrutural e cognitiva para tanto?

Não à toa, tribunais judiciais revelaram-se uma opção tortuosa, menos segura e repleta de riscos para agentes econômicos, em comparação com tribunais arbitrais ou administrativos, sobretudo porque as possibilidades de fuga das decisões judiciais são elevadas, diante de certo consequencialismo passível de se concretizar no país.

Neste sentido, é interessante resgatar o jurista brasileiro Luis Fernando Schuartz (2011), que apresenta uma tipologia acerca do fenômeno do consequencialismo jurídico no Brasil, explicitando os riscos envolvidos quando o direito confunde e não filtra argumento consequencialista jurídico e extrajurídico, além de não ser capaz de construir critérios para a seleção e avaliação.

O autor indica três tipos ideais de consequencialismo: festivo; militante e malandro,<sup>484</sup> sendo este último o prevalente. Para Schuartz, este tipo pauta-se em “truques

---

<sup>483</sup> Segue-se os apontamentos de Schuartz, que explica: “A realidade que sabota sistematicamente a implementação de um objetivo nominalmente previsto em uma norma geral sabota simultaneamente a implementação das decisões individuais que a invocam nominalmente enquanto fundamento para a solução de litígios particulares. A impotência da norma em face da realidade comunica-se às decisões que almejam aplicá-la, as quais serão ineficazes no sentido da concretização da norma e nos seus próprios termos, mas eficazes na produção de um estado de coisas não expressamente autorizado e eventualmente ilegítimo” (2011, p. 400).

<sup>484</sup> O consequencialismo festivo é caracterizado como uma apropriação superficial e seletiva da literatura estadunidense sobre análise econômica do direito em detrimento da discussão dogmática, servindo como mera importação elitista para uso ornamental. O consequencialismo militante refere-se à ideia de “simpatia por uma determinada causa” (ibidem, p. 412) sem qualquer referencial teórico que o habilite (em oposição ao festivo, que recorre, ainda que superficialmente, à análise econômica do direito). O autor ilustra este tipo sugerindo situações em que se demonstra um encantamento com a aplicação direta de princípios constitucionais em detrimento da produção da dogmática jurídica: “Não só florescem descontroladamente as decisões baseadas diretamente em princípios constitucionais e em atribuições opacas de pesos a valores e interesses supostamente em conflito. Além disso, não é visível uma reação proporcional dos juristas no sentido da contenção, pela dogmática jurídica, desse movimento expansionista (...) O juiz que faz uso do poder que lhe confere o direito



retóricos que não [são] tornados explícitos a algum dos participantes da situação de decisão” (ibidem, p. 409). A estratégia argumentativa da malandragem é implementada por meio da dogmática e a partir da destreza de alguns advogados que conseguem operar com fluidez a argumentação, possibilitando uma reordenação intelectual quando persuadem as autoridades para que a solução seja a desejada.

Não se trata de oportunismo, de arbitrariedade nem de acomodar posições tradicionais, como o fazem os demais consequencialismos. O tipo malandro cria e redesenha a dogmática do país para colocá-la a seu serviço quando o direito positivo não o permite e, sobretudo, quando as discussões desafiadas deparam-se com entraves institucionais do Judiciário.

Haveria, portanto, uma efetiva tensão - ou até mesmo quebra - do primado da diferenciação funcional. Schuartz aduz que “o consequencialismo malandro funciona legalizando um estado de exceção à ordem estabelecida, seja para o bem e para o mal” (ibidem, p. 415), aproximando-se da questão já trazida a lume relativa aos sobreintegrados, que gozam de privilégios e de facilidades de acesso ao sistema jurídico.

Estas molduras propostas pelo autor contrariam a ideia e apresentada de um argumento consequencialista forte, uma vez que rompem com as exigências de utilização criteriosa de metodologia em situações previstas em lei. No limite, para Schuartz elas funcionam justamente graças a certo esgarçamento da dogmática jurídica brasileira – o que reforça o ponto de se levar a sério a dogmática jurídica no país, como sugerido no capítulo 5 desta tese.

Como visto, argumentar com base nas consequências pode ser uma maneira específica de aplicar e concretizar normas jurídicas, o desafio é saber como isto ocorre na prática. O prejuízo gerado por consequencialismos distorcidos é enorme, incluindo desde o aumento da desconfiança dos jurisdicionados sobre o direito, sobretudo em razão do

---

para ponderar interesses na defesa de uma determinada causa da qual se apresenta como simpatizante, desatento aos mecanismos de autocontrole que só a dogmática jurídica poderia disponibilizar, lança-se longe demais e põe seriamente em risco justamente o único valor que lhe cabia defender intransigentemente no Estado Democrático de Direito” (ibidem, pp. 413-414). Por fim, o consequencialismo malandro “é um tipo de estratégia que recorre à ordem para promover a desordem e apresentar a desordem como proposta de nova ordem (...) Rigorosamente falando, portanto, as construções de consequencialismo malandra são sempre juridicamente inválidas ex ante. A sua legitimação se obtém apenas ex post, se e somente se elas são bem-sucedidas, se persuadem as pessoas que deveriam persuadir para que a solução do caso seja a desejada. Nesse sentido, pode-se dizer, da malandragem de sucesso, que é a legalização silenciosa de um estado de exceção” (ibidem, p. 415).

comprometimento da imparcialidade e da indelegabilidade, até o questionamento da produção de segurança jurídica no país.

Em poucos casos, observa-se uma tímida prestação de contas dos tribunais no sentido de justificar suas decisões, empregando uma argumentação inconsistente para justificar suas decisões. É dizer, sem metodologia clara, argumentos consequencialistas podem transformar-se numa aplicação contingente de normas conforme o capricho da autoridade – ponto já ilustrado com a descrição do “cheque em branco”.

Como já observado na parte I desta tese, são muitas as exigências para se recorrer a um argumento consequencialista no direito. É preciso deixar claro os critérios de seleção e avaliação das consequências. É o caso de admitir o sentido forte da decisão com base nas consequências, que se refere à utilização de uma metodologia adequada ao caso a fim de estabelecer critérios objetivos para as previsões, e por isso a aplicação deste argumento pelo Judiciário se torna mais difícil, encontrando maior flexibilidade em outros tipos de tribunais, como os arbitrais e administrativos – admite-se que a filtragem nestes tribunais é facilitada por operarem na periferia com outros programas e com outros vínculos com o ambiente.

No próximo capítulo, esta questão é debatida a partir de dados concretos, de um diagnóstico e da avaliação da adjudicação dos direitos econômicos pelo STF, via controle concentrado de constitucionalidade.

## **CAPÍTULO 12 – DECISÃO SOBRE O FUTURO: CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS (1988-2017)<sup>485</sup>**

Este capítulo apresenta uma pesquisa empírica como complemento das ideias desenvolvidas nas partes precedentes. Diante do recorte, os dados coletados e sistematizados são uma forma de exemplificação dos problemas discutidos nesta tese. Todavia, não se nega a possibilidade de ampliação desta pesquisa para outros domínios.

Desde a promulgação da CF/88, o Poder Judiciário vem assumindo posição de destaque na adjudicação dos direitos econômicos e sociais no Brasil, dado confirmado pelos resultados recentes de índices como “Latinobarómetro” e “ICJ Brasil”, que apontam para o aumento da confiança da população na atuação dos juízes.

Esta irrupção aconteceu, em primeiro lugar, por razões normativas. A CF/88 apostou de maneira arrojada na constitucionalização de diversos direitos, bem como de políticas públicas,<sup>486</sup> e atribuiu formal e materialmente mais garantias para a atuação dos juízes – sobretudo autonomia judicial, em qualquer grau de jurisdição – a fim de assegurar uma ampla proteção desses direitos constitucionais.<sup>487</sup>

O movimento de ampliação do prestígio do Poder Judiciário continuou nos anos subsequentes, principalmente em razão das reformas da década de 1990 e depois, mais diretamente, da Reforma do Judiciário dos anos 2000. Aliada aos fatores normativos, a conjuntura política marcada pela atuação de diferentes instituições também contribuiu decisivamente para o desenvolvimento da cultura de judicialização no país – como discutido no capítulo 6.

Todavia, certas expectativas e apostas constitucionalizadas não foram devidamente atendidas nas décadas seguintes, sobretudo no campo dos direitos econômicos e sociais. Brevemente, na década de 1990 baixos índices de crescimento econômico estavam

---

<sup>485</sup> Alguns resultados preliminares deste capítulo foram debatidos no “Encontro Regional de Pesquisa Empírica em Direito”, realizado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP) nos dias 27 e 28 de abril de 2017, bem como no “VIII Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito”, realizado na Unisinos Porto Alegre, nos dias 08 a 10 de novembro de 2017.

<sup>486</sup> Cf. diagnóstico de COUTO; ARANTES (2006)

<sup>487</sup> Além das razões normativas fixadas nos textos legais, a construção jurisprudencial também contribuiu para a expansão dos poderes do STF — como indicam Arguelhes e Ribeiro (2016) —, bem como as preferências dos ministros da Corte — fator pontuado por Arguelhes (2014).

acompanhados pela manutenção de índices de pobreza e desigualdade social. Nos anos 2000, por sua vez, a aplicação de uma política focada no crescimento econômico e no combate à pobreza permitiu a geração de empregos, a valorização do salário mínimo e a distribuição de renda, transformações que não foram, contudo, suficientes a ponto de modificar a cultura de judicialização e confirmar as apostas.

As atuações da Defensoria Pública e do Ministério Público, além do grande descrédito da sociedade brasileira no que tange às instituições políticas, permitiram que a via judicial fosse definida como um verdadeiro centro de disputa política e econômica no país,<sup>488</sup> mais é acentuado o aumento de demandas judiciais em áreas como saúde, educação, proteção social, consumerista, concorrencial, entre tantos outros direitos constitucionais não implementados de maneira satisfatória por políticas públicas.

Em síntese, as medidas políticas adotadas nas últimas décadas não atenderam de forma suficiente às expectativas normativas produzidas pela Constituição e nem às demandas da sociedade, frustradas, em grande medida, por graves problemas de operação institucional do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Nesse cenário, o STF notabilizou-se por proferir algumas decisões de grande impacto na sociedade<sup>489</sup> tentando, em alguma medida, responder às expectativas frustradas. Todavia, ainda que seja evidente o protagonismo judicial, em especial o da Corte constitucional, não é possível esmiuçar com clareza como a adjudicação dos direitos econômicos e sociais efetivamente ocorre no Brasil.<sup>490</sup>

Compreende-se a dificuldade de adjudicação judicial desses direitos ao se considerar que a medida envolve temas complexos (*e.g.*, distribuição de recursos, produção de prognósticos e avaliação de custos) não devidamente filtrados pelo direito, em tese, o que dificulta o processo de tomada de decisão judicial, afinal, juízes não podem simplesmente transpor para estas demandas o raciocínio aplicado a direitos individuais tradicionais.

Isto posto, é apresentada a pesquisa empírica desenvolvida para discutir a aplicação dos argumentos consequencialistas pelo STF. Serão explicitados a delimitação e o recorte

---

<sup>488</sup> Cf. ARGUELHES, RIBEIRO, 2016; TAYLOR, 2008; OLIVEIRA, 2004.

<sup>489</sup> Nesse sentido, destaca-se o diagnóstico de Barroso (2010).

<sup>490</sup> A situação revela-se ainda mais problemática quando é acrescentado o fator regionalismo — que implica demandas distintas no país, inclusive sobre os mesmos direitos —, bem como se forem consideradas as especificidades culturais e de ordem práticas de cada órgão e instância jurisdicional, ou mesmo as posições e trajetórias individuais de cada ministro, cf. ALMEIDA, 2016.

dos casos, bem como a construção dos critérios, a codificação dos casos e a produção do banco de dados, a fim de problematizar alguns resultados quantitativos ao final.

## 12.1 Recortes, métricas e composição da amostra

Esta parte da tese, em conexão com o modelo multinível trabalhado ao longo dos capítulos precedentes, adotou como objeto de estudo a atuação do STF no controle concentrado de constitucionalidade, em matérias de regulação econômica, com o intuito de compreender a crescente utilização de argumentos consequencialistas – *i.e.*, considerações sobre o futuro da sociedade – no direito brasileiro, contribuindo a precisar o fenômeno da expansão da Corte e o aumento de sua operação em outros sistemas, notadamente o econômico e o político.

Ao mesmo tempo, por recorrer as análises quantitativa e qualitativa da argumentação, são descritos, também, os limites operativos sob influência de uma visão sistêmica.<sup>491</sup> Destaca-se, outrossim, uma base que combina os dois métodos em acréscimo a uma busca de jurisprudência relacionada ao tema nos bancos de julgados do STF.

Esta descrição permite indicar se prevalece uma preocupação em relação à construção de critérios de seleção e avaliação das consequências nos votos dos Ministros, logo pretendeu perquirir se essas autoridades buscaram diferenciar consequencialismo e argumento consequencialista, bem como observar a consistência e o encadeamentos das razões apresentadas.

A amostra é composta por julgados extraídos do STF. A opção por este tribunal justifica-se por três motivos: sua posição como órgão de sobreposição responsável por assentar o entendimento e a interpretação do direito brasileiro, proferindo a última decisão nas matérias de sua competência; sua interface como uma corte constitucional, o que possibilita compreender melhor a relação entre direito e política numa leitura sistêmica; e o ajusta à tipologia apresentada no capítulo 9.<sup>492</sup>

---

<sup>491</sup> Como pontuado nas notas metodológicas, adota-se, aqui, a ideia sistêmica de que a observação sociológica da interpretação jurídica deve integrar uma teoria da interpretação que englobe, ao mesmo tempo, a autodescrição do direito e a da sociedade.

<sup>492</sup> Diante do volume de demandas que o STF recebe, a discussão da tipologia nesta Corte se mostra relevante. Por se tratar da principal Corte do país, acumulando competências recursal e constitucional, acredita-se que o STF oferece material suficiente para se vislumbrar uma atuação original, deferencial, consequencial ou catalítica.

Diante deste recorte institucional, optou-se por trabalhar com a adjudicação de julgados referentes à aplicação de direitos econômicos constitucionalizados que são entendidos como temas relativos às normas de regulamentação da economia afetas às políticas cambial, monetária, salarial e de preços fixadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Estes temas foram selecionados em razão da grande quantidade de normas constitucionais programáticas que fixam objetivos e regras a estes direitos.

Procedeu-se, ainda, a um recorte processual, selecionando-se apenas casos de controle concentrado de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI –, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADI por omissão –, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC – e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF) e com decisão já transitada em julgado, incluindo julgamentos monocráticos. Esta limitação é necessária em decorrência da quantidade de casos disponíveis, embora se admita a possibilidade de recortes por outros estudos, sobretudo o recurso extraordinário<sup>493</sup> ou o estudo comparado com outros tipos de tribunais. O respeito pelo trânsito em julgado é importante para que sejam analisados os argumentos vencedores e a consistência das decisões da Corte diante de situações anteriores similares.

Cumprir lembrar que não se pretende, aqui, esgotar e codificar todos os casos possíveis, nem apresentar uma palavra final sobre a adjudicação de direitos econômicos pelo STF. A pesquisa possui um caráter exploratório e o interesse reside em verificar como os argumentos consequencialistas são mobilizados em algumas situações, de modo que a opção pelo controle concentrado demonstra-se suficiente em conexão com o restante da tese. Destaca-se, também, o caráter exploratório desta pesquisa uma vez que possibilita a ampliação para outros estudos relacionados ao exame das argumentações nos tribunais.

Destarte, a amostra abrange jurisprudência do STF sobre controle concentrado de constitucionalidade relativo a direitos econômicos com decisão transitada em julgado, incluindo julgamentos monocráticos, no período de 1988 a 2017. A partir desta delimitação, a busca realizou-se pela inclusão de palavras-chave no *link* “Pesquisa de Jurisprudência” do *site* do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>).

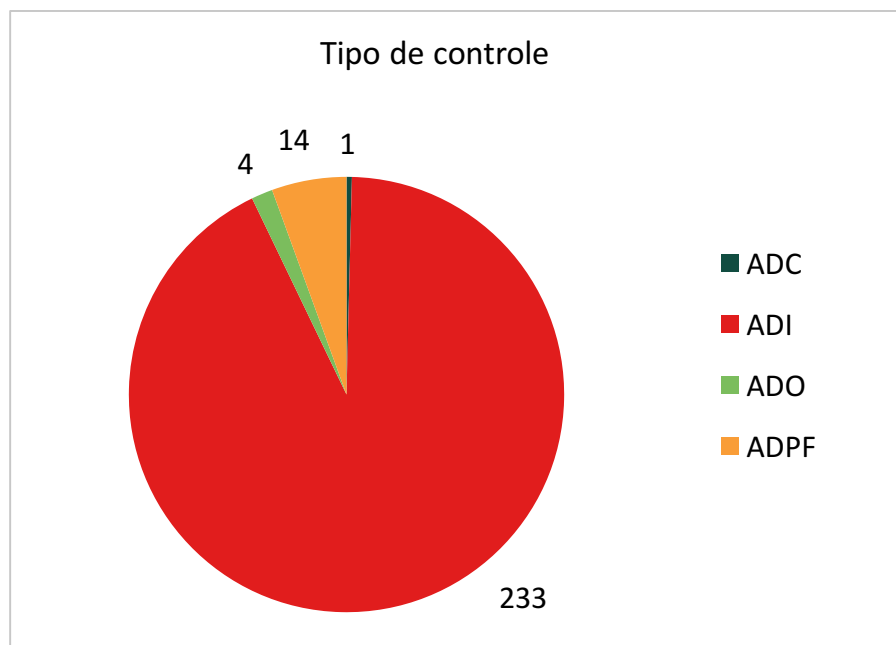
---

<sup>493</sup> Sublinhe-se, inclusive, que muitos casos de controle de constitucionalidade acontecem de forma concreta e difusa pelos recursos extraordinários, o que não se discute na tese.

especificamente os termos “política cambial”, “monetária”, “salarial” e de “preços”. Após a filtragem, a amostra foi comparada e ajustada com duas contraprovas.<sup>494</sup>

Os resultados de controle concentrado com decisão final totalizam 3.045 casos, dos quais 252 formam a amostra da pesquisa:

**Figura 12.1** – Casos analisados por tipo de controle



Fonte: Barros (2018).

É possível compreender o elevado número de ADIs em relação aos demais controles pelo fato que estes só foram regulamentados tardiamente,<sup>495</sup> tanto que na amostra da pesquisa todos esses casos foram propostos somente a partir dos anos 2000.

A amostra foi tabulada segundo os códigos construídos para extração do resultado, elaborados para responder às perguntas da pesquisa e atingir o objetivo desta tese. Os campos foram preenchidos com leitura do inteiro teor de todas as decisões finais (a última decisão de mérito), fossem elas acórdãos ou decisões monocráticas.

---

<sup>494</sup> As contraprovas utilizadas foram o banco de dados do STF na área “Estatística do STF/Controle concentrado” (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>) e o banco de dados da pesquisa de OLIVEIRA (2016) – disponibilizada pela autora. Agradeço a colaboração da prof. Oliveira neste ponto.

<sup>495</sup> O texto legal que disciplina a ação declaratória de constitucionalidade é a Lei n. 9.868/99, no caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental é a Lei n. 9.882/99 e a ação direta de inconstitucional por omissão é a Lei n. 12.063/09.

Além dos dispositivos, foram considerados na leitura todos os votos disponibilizados por cada Ministro. Não se pode perder de vista que ações de controle de constitucionalidade comportam medidas cautelares, decisões finais (monocráticas ou colegiadas), embargos declaratórios e decisões em agravo regimental; por isso, houve o cuidado de observar se em tais atos existia algum argumento importante a ser analisado.

Ademais, foi criada uma planilha para adição de informações objetivas cujas colunas indicam pontos importantes a serem preenchidos a fim de se extrair adequadamente um resultado.

Os principais pontos são:

- (i) *Tipo de controle* – identifica o controle constitucional utilizado para discutir a questão;
- (ii) *Ano de ingresso e Ano da decisão final* – intervalo de tempo até a tomada de decisão;
- (iii) *Colegiado* – indica se foi decisão colegiada (se sim, mencionar se foi unânime ou majoritária) ou monocrática;
- (iv) *Tema* – identifica o assunto (direitos econômicos ou sociais);
- (v) *Origem* – rastreia a origem da questão (estadual ou federal);
- (vi) *Autor* – especifica quem propôs a ação, conforme o rol dos legitimados do art. 103 da CF/88 e do art. 2º da Lei n. 9.882/99;
- (vii) *Requerido* – aponta qual autoridade está sendo questionada;
- (viii) *Relator* – identifica o Ministro responsável pela condução do julgamento;
- (ix) *Assunto da controvérsia* – elenca as alegações do autor;
- (x) *Decisão final* – menciona o resultado, dentre os possíveis: procedente; parcialmente procedente; improcedente; negado seguimento;
- (xi) *Bloco de fundamentos* – colunas que identificam (a) fundamentos para decisão; (b) referência aos debates técnicos; (c) deferência aos debates técnicos; (d) uso do argumento consequencialista (se sim; qual o tipo; se foi preponderante para resolver o caso; qual Ministro o utilizou); (e) fontes utilizadas (legislação; doutrina; jurisprudência); (f) ampliação ou restrição da interpretação do diploma em questão; (g) aumento ou limitação do poder regulatório;
- (xii) *Observações* – destaca pontos controversos a serem retomados pelo pesquisador.



Abaixo, detalhes da tabela utilizada:

**Tabela 12.1 – Métricas para análise**

Tipo de controle	Fundamentos									
Link										
Ano ingresso										
Ano decisão final										
Decisão final										
Colegiado										
Tema										
Origem										
Autor										
Requerido										
Relator										
Assunto da controvérsia (x)										
Fundamentos da decisão										
Referência aos debates técnicos?										
Deferência aos debates técnicos?										
Sim ou não?										
Indicar o tipo: econômico, político ou social										
Foi preponderante para resolver o caso? Sim ou não (o argumento aparece na ementa ou no dispositivo final)?										
Legislação										
Doutrina										
Precedente										
Uso dos argumentos consequentialistas?										
Quais fontes (toda e qualquer) o Ministro cita NO VOTO e não no relatório?										
A decisão interpretou ampla ou restritamente o diploma em questão?										
A decisão restringiu ou ampliou o poder regulatório do requerido?										
Qual(is) Ministro(s) utilizou(aram) o argumento consequentialista?										
Observações										

Fonte: Barros (2018).

O detalhamento sobre a planilha e a tabulação dos casos estão anexados na parte final desta tese. Adiante, são descritos os principais resultados da codificação realizada.

## 12.2 Análise quantitativa

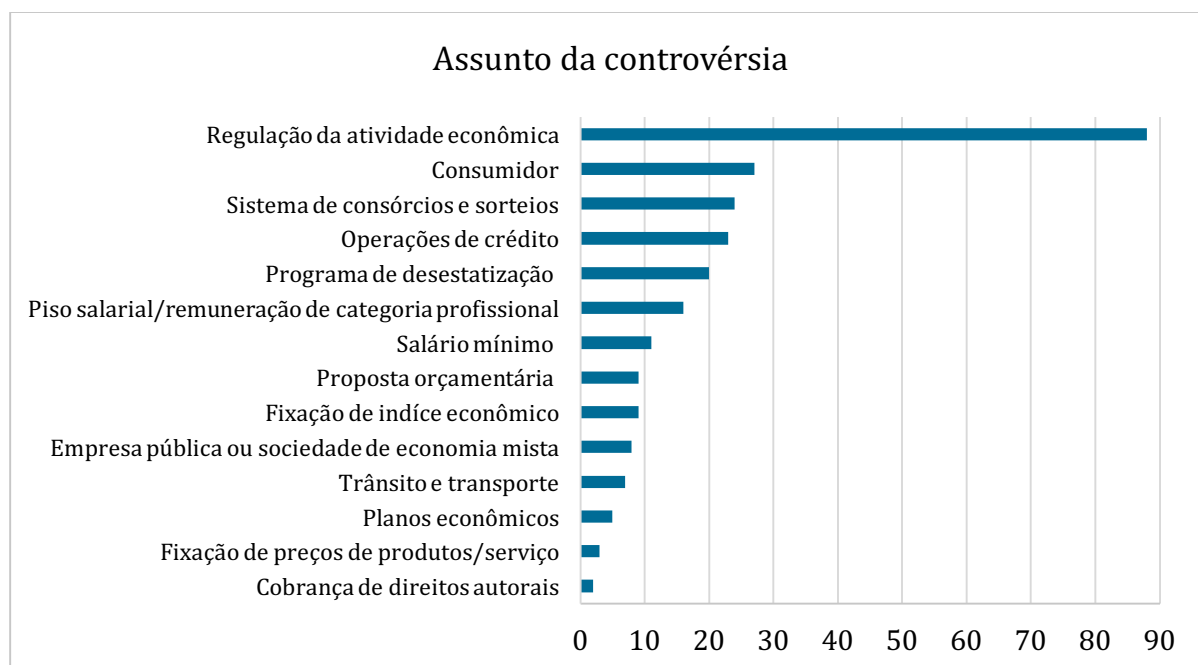
A busca resultou em 252 casos de direito econômico, sendo que a maioria foi proposta por meio de ADI – o que em parte se justifica em razão do não disciplinamento dos demais tipos até o início dos anos 2000.

Vale registrar que a única ADC foi a 9, ação que pretendia a declaração de constitucionalidade de artigos de medida provisória que fixou metas de consumo e instituiu regime especial de tarifação do consumo de energia elétrica diante da crise energética que o país atravessava na época. Tal ação foi julgada procedente e a relatora Ministra Ellen Gracie se baseou em argumentos preocupados com as consequências da decisão para autorizar o regime especial.

Em contrapartida, as 4 ADOs que foram negadas seguimento tratavam de casos sobre proposta orçamentária que tiveram a perda do objeto ou a declarada a inépcia da peça inicial. Da mesma forma as 14 ADPFs foram negadas seguimento, ainda que por motivos diversos foi possível observar que a propositura deste instrumento acontecia de forma subsidiária – quando não era cabível ADI – e muitas foram negadas, justamente, por inadequação da via eleita.

Numa subdivisão, as principais controvérsias no campo econômico versavam sobre regulação da atividade econômica, consumidor e sistema de consórcios e sorteios e consumo (Figura 12.2).

**Figura 12.2** – Assunto da controvérsia.



Fonte: Barros (2018).

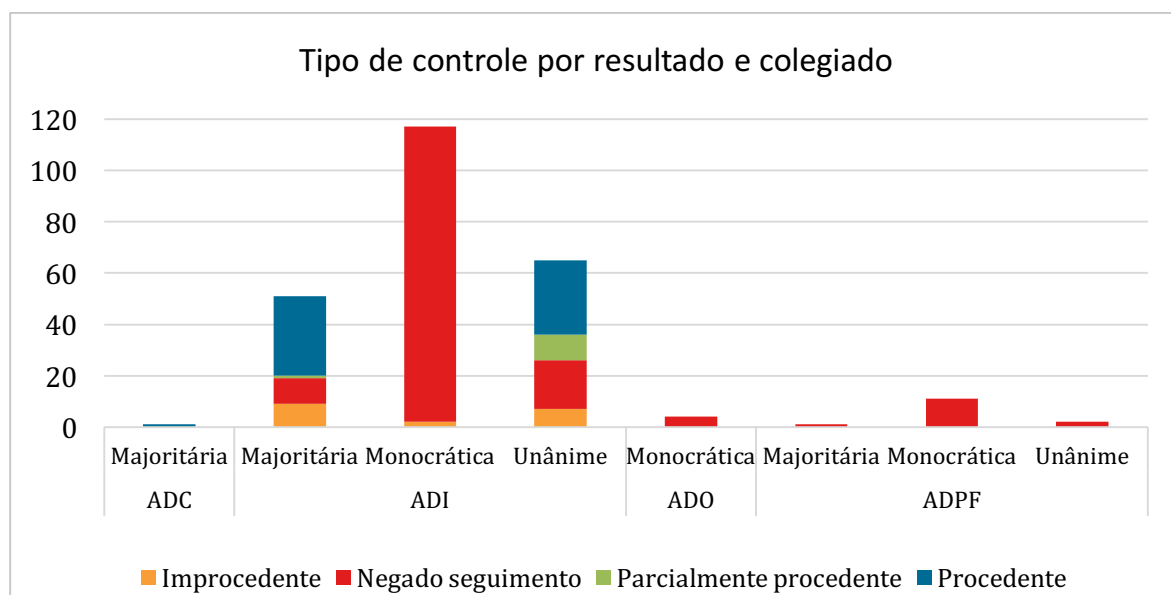
Dos 14 assuntos classificados, a maioria foi referente à regulação da atividade econômica (35% do total de 252 casos). Nestes casos discutiam-se a constitucionalidade de

regras que incidem no controle de diferentes mercados: atividade bancária e instituições financeiras; exploração de recursos naturais (*e.g.*, soja e sal marinho); horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais etc.

Em relação aos 27 casos de consumidor, destacam-se assuntos relacionados a cobrança pelo fornecimento de serviço de água, gás, energia elétrica ou telefonia fixa, ou ainda, questões referentes aos planos de saúde. Nos 24 casos de sistemas de consórcios e sorteios, na sua grande maioria versavam sobre a competência legislativa para dispor sobre a implementação desses sistemas nas unidades federativas, incluindo loterias.

É importante, também, compreender os resultados e como foi tomada a decisão nestes casos. Confirmou-se uma hipótese demonstrada por outras análises de que predominam no STF atuações monocráticas, em detrimento da forma colegiada, provocando um esvaziamento do plenário em casos de controle concentrado de constitucionalidade.<sup>496</sup>

**Figura 12.3** – Tipo de controle (ADC, ADI, ADO, ADPF) por resultado e colegiado (majoritária, monocrática ou unânime).

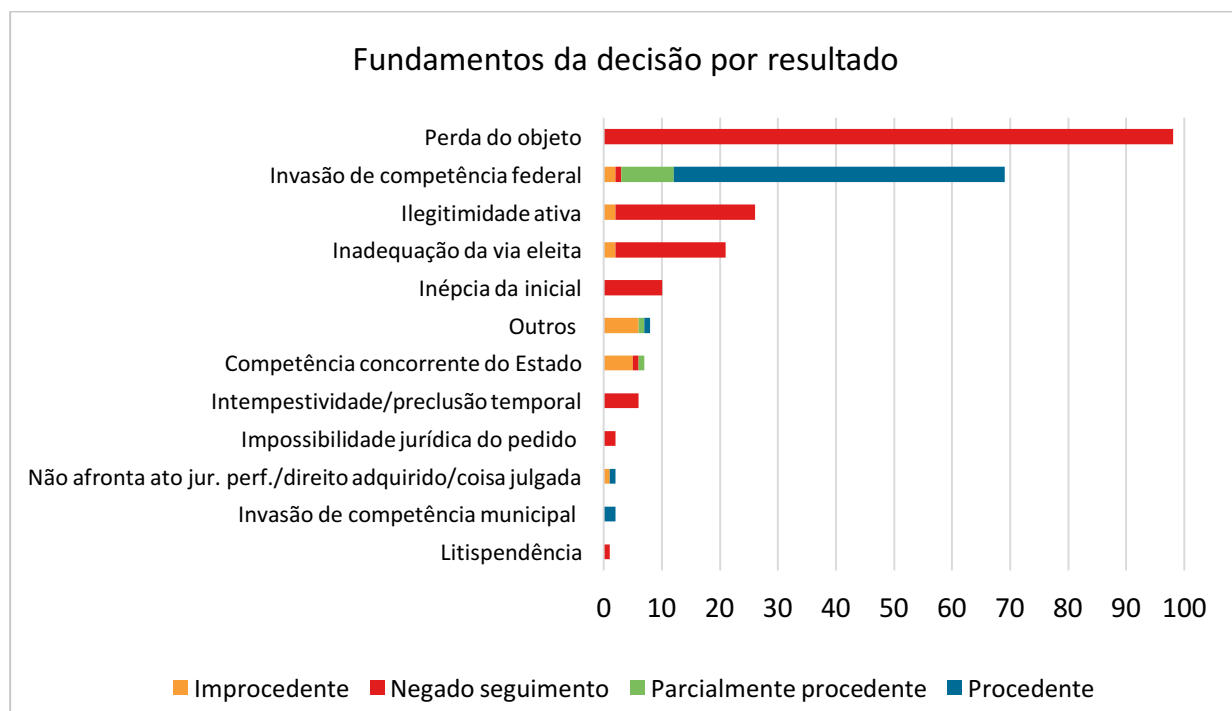


Fonte: Barros (2018).

Vislumbra-se, portanto, que à maioria dos casos analisados foi negado seguimento, de forma monocrática, sobretudo em ADIs e ADPFs. Na totalidade dos casos de procedência ou parcial procedência respeitou-se a colegialidade, principalmente nas ADIs.

<sup>496</sup> Nesse sentido, cf. FALCÃO et al, 2011 e FALCÃO et al., 2017.

**Figura 12.4** – Fundamentos da decisão por resultado.



Fonte: Barros (2018).

Verificou-se 12 fundamentos, com predominância da perda do objeto da ação para demandas que foram negadas (39% do total de casos). Em relação aos casos procedentes e parcialmente procedentes, 54 casos alegavam desrespeito e invasão da competência privativa da União provocada pelo legislador estadual ou pelo governador. Estes fundamentos confirmam que muitas vezes o controle objetivo prescinde da discussão sobre circunstâncias fáticas.

Cumprir observar que, de fato, poucas decisões de mérito fundamentaram-se predominantemente nos princípios que justificam a ordem econômica e social e, ainda que estes princípios fossem mencionados nos votos, não se encontravam reproduzidos nas ementas da decisão. Tais casos entraram na categoria “Outros” (8 casos) e envolveram princípios como isonomia, liberdade de associação e proporcionalidade e razoabilidade.

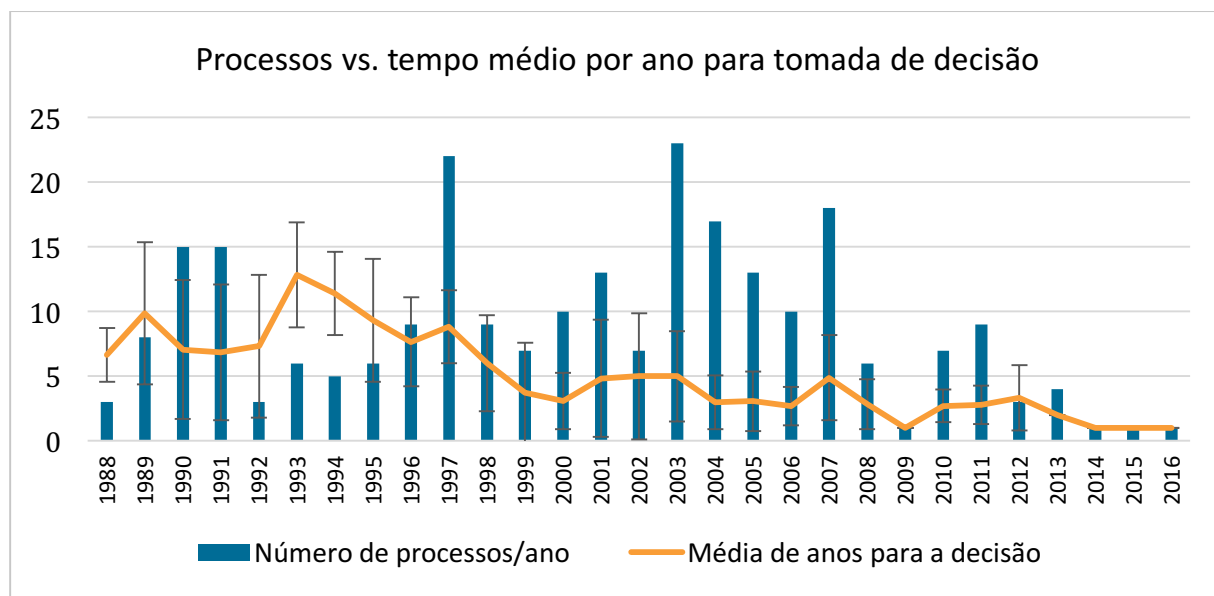
A série temporal de propositura de processos novos e o tempo de demora para a tomada de decisão revela dados importantes para a análise. Os anos em que se observou a maior ocorrência de propositura de ações de controle concentrado em direitos econômicos e sociais foram 1997 (presidência do Ministro Celso de Mello) e 2003 (presidência do Ministro Maurício Corrêa), sendo que a partir de 1998 a corte reduziu o tempo médio de demora para a tomada de decisão final para cinco anos ou menos, e em 2012 para dois anos

ou menos (figura 12.5). Em média, pode-se considerar que houve uma diminuição no tempo médio de demora para a tomada de decisão final. Faz-se a ressalva da existência de casos, anteriores a 2017, que ainda não foram decididos, portanto, a tendência de queda de anos para decisão com amostras posteriores poderia apresentar uma diminuição da correlação negativa.

Esta ressalva é corroborada por meio de outras pesquisas que ainda apontam a demora para a decisão. Segundo a pesquisa de OLIVEIRA (2017), “Em média, uma decisão em controle de constitucionalidade levou 4,7 anos entre 1988-2014, sendo que algumas ações tiveram decisão em menos de um ano e outras levaram até 25 anos para serem concluídas” (op. cit., p. 139). Prevalece, ainda, uma grande incerteza em relação ao tempo da decisão do STF diante da variância observada.

A título de exemplo em 1997, o caso com menor demora completou 3 anos para tomada de decisão em oposição ao maior com 16 anos, cuja decisão foi improcedente e que discutia a inconstitucionalidade da lei n. 9.495, do Estado de São Paulo sobre cobertura do Código Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde pelos planos de saúde.

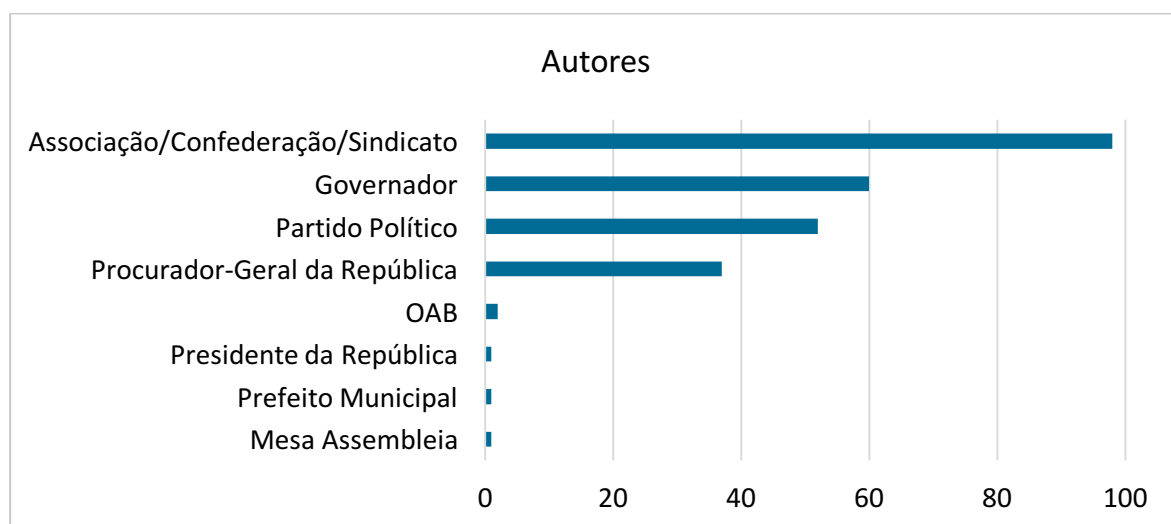
**Figura 12.5** – Processos protocolados por ano versus média anual para tomada de decisão e desvio padrão.



Fonte: Barros (2018).

A relação dos autores, por sua vez, é apresentada no Figura 12.6.

**Figura 12.6** – Autores dos processos.



Fonte: Barros (2018).

Os órgãos da Associação/Confederação/Sindicato foram autores de 98 casos (39% do total), seguidos por Governadores (24%) e Partidos Políticos (21%). Esta prevalência pode ser explicada ao se considerar a legitimidade e o interesse especial da Associação/Confederação/Sindicato conforme os temas e assuntos mobilizados.

O achado é corroborado por pesquisas que apontam a frequente atuação estratégica de Partidos Políticos e de certos atores do Poder Executivo com o intuito de modificar decisões majoritárias nas quais foram derrotados por via legislativa<sup>497</sup> e fica mais evidente com o dado de que a maioria das ações propostas por Governadores eram requeridas em face do Legislativo Estadual equivalente.

Se filtramos por resultado, é possível verificar o êxito político dessas demandas: dos 60 casos propostos por Governadores, 24 foram julgados parcialmente procedentes ou procedentes; dos 52 casos propostos por Partidos Políticos, apenas 1 foi julgado procedente;<sup>498</sup> e das 98 proposituras por Associação/Confederação/Sindicato, 23 foram julgadas parcialmente procedentes ou procedentes.

Percebe-se, assim, que o uso político do STF nos casos econômicos se confirma

<sup>497</sup> Cf., neste sentido, TAYLOR, 2008.

<sup>498</sup> Trata-se da ADI 3035, que discutia a inconstitucionalidade de lei estadual paranaense que estabelecia vedação ao cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados. O STF, por unanimidade, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da lei por ofensa à competência privativa da União.

como um caminho tortuoso, seja pela demora da decisão – como apontado na figura 12.5 – ou pelo baixo êxito das demandas, se filtramos os dados por autor.<sup>499</sup>

Considerando as razões apresentadas nos votos, foi possível constatar a fonte dos fundamentos, conforme segue tabela.

**Tabela 12.2** – Fontes dos fundamentos da decisão (252 casos).

<b>Legislação</b>	95%
<b>Doutrina</b>	17%
<b>Jurisprudência</b>	71%

Fonte: Barros (2018).

A tabela acima ilustra as fontes utilizadas nos julgados para fundamentar as decisões. Para esta categoria, a resposta para cada tipo de fonte foi “sim” ou “não”, de modo que, do total, 95% recorreram à legislação e 71%, à jurisprudência. Para essas categorias, consideraram-se apenas as ocorrências originais no texto dos votos, e não aquelas contidas em citações de julgados anteriores ou do dispositivo – desconsiderou-se o uso de citações em bloco.

Somente em poucos casos não houve referência à legislação – precipuamente, nas decisões monocráticas por perda de objeto, talvez pela exigência mais branda quanto aos fundamentos de uma decisão desta natureza. Observou-se, ainda, um cuidado da Corte em citar e respeitar decisões passadas, demonstrando, na grande maioria dos casos, que ministros se preocupavam com as consequências das decisões no ordenamento jurídico – mormente tratadas nesta tese como consequências jurídicas.

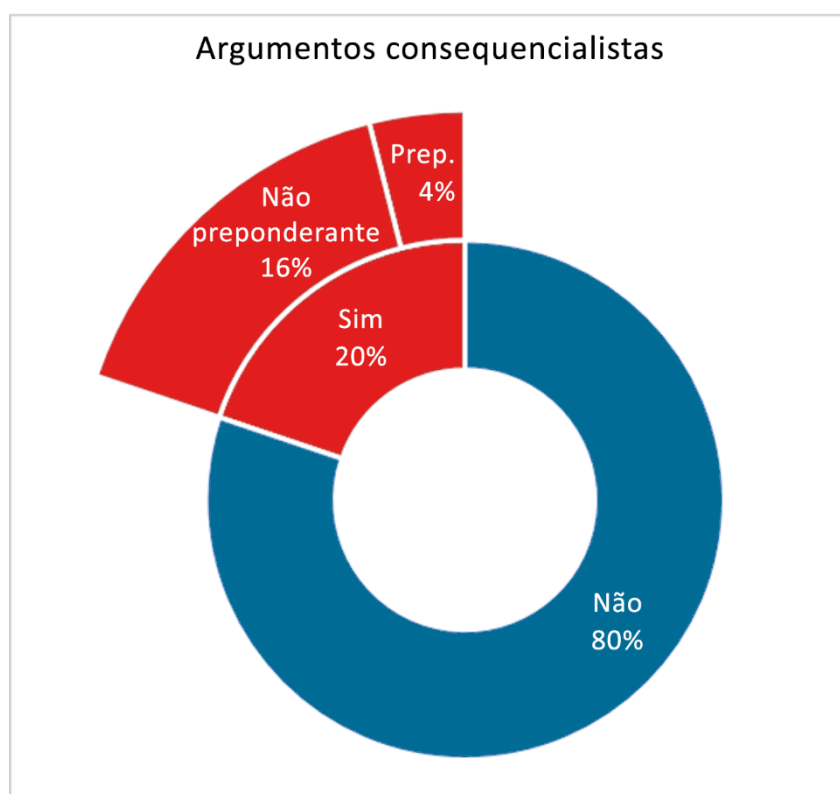
Do ponto de vista sistêmico em relação à mobilização de argumentos consequencialistas, que foram verificados como observações dos ministros a partir das fontes, estes foram utilizados em 50 casos (20% do total da amostra). Todavia, em apenas 10 julgados o argumento foi predominante para a tomada de decisão vencedora, sendo

---

<sup>499</sup> É possível ampliar esta perspectiva, seguindo análises individuais por ministros – acredita-se que também importa para a qualidade das decisões saber quem são as autoridades (origem social, perfil demográfico e trajetória profissional), cf. pesquisa conduzida por OLIVEIRA (2017) “Concluimos não haver evidências robustas de que o STF esteja extrapolando suas funções, embora haja indicativo do uso demasiado do poder individual de cada ministro no processo decisório” (op. cit., p. 125). Para uma discussão sobre a elite dos juristas e o impacto disso no sistema de justiça, cf. ALMEIDA (2014).

reproduzido na ementa e como elemento que permitiu chegar à conclusão da decisão (figura 12.7). Nos outros 40 casos, estes argumentos foram afastados ou apareceram como razão secundária (*obiter dictum*), não sendo relevantes para a decisão – o que poderia justificar certa força retórica ou ainda velada do uso destes argumentos, tal como apontado no diagnóstico do consequencialismo no capítulo 11.3.

**Figura 12.7** – Uso dos argumentos consequencialistas e preponderância.



Fonte: Barros (2018).

Os dados reforçam a hipótese de que ministros consideram com muitas ressalvas as consequências extrajudiciais nos seus votos, estabelecendo maiores exigências para mobilizar e avaliar esses argumentos como razões para decidir (*ratio decidendi*) ou mesmo para dar credibilidade dos prognósticos apresentados nas peças e pareceres.

Reforça-se a posição que estas ações enquanto instrumentos de controle objetivo de textos legais possuem dificuldade para examinar as circunstâncias fáticas dos casos envolvidos, ainda que se admita a possibilidade dos ministros requisitarem informações adicionais, designar peritos ou convocar audiências públicas com base no artigo 9º da Lei n. 9.868/99. O interesse imediato dos ministros é proceder com o contraste entre o texto legal



impugnado e o parâmetro constitucional de controle, ainda que circunstâncias fáticas possam ser incluídas.

Além disso, as informações da figura 12.7 também permitem formular e confirmar uma descrição do STF como corte formalista – no que tange à escolha dos argumentos para fundamentar e tomar sua decisão – diante de casos de direitos econômicos em sede de controle concentrado. Depreende-se, ainda, que mesmo em temas que *em tese* envolvam princípios e normas programáticas – exigindo a consideração das consequências sociais para a tomada de decisão –, a corte tende, quase que exclusivamente, a decidir com base em argumentos devidamente filtrados pelo direito, *i.e.*, que sigam o conteúdo do programa condicionado, fixado por um sentido específico, e recebido em sua totalidade como uma razão decisória vinculante. Ao invés de se indagarem sobre “como seria se”, nestes casos os ministros operam, na maioria das vezes, com modelos “se X, então Y”.

Nesse sentido, via argumentação apresentada nos votos examinados, é possível sugerir que o déficit de filtragem adotado como premissa nesta tese é desdobrado por meio de um comportamento mais deferente – e menos consequencialista – da corte. Uma possível justificativa subjacente a essa descrição decorre do fato de que o impacto das decisões em sede de controle concentrado é maior do que em outras ações e recursos, muitas vezes adstritas somente às partes litigantes – o que justificaria a cautela adicional dos ministros em considerar outras consequências não jurídicas como razões de decisão, sobretudo porque afetam outras autoridades.

Os 50 casos exemplificam esse processo decisório em que razões condicionadas dos programas prevalecem em relação aos argumentos consequencialistas. Ao diferenciar uma posição judicial original de outra consequencial, constata-se que ministros tangenciam uma avaliação mais ampla já que os dados técnicos escampam do conhecimento da Corte.

Isto ocorre mesmo quando o STF acredita que a posição consequencial levaria a um resultado mais desejável diante das circunstâncias fáticas, que o da posição formalista. Este comportamento reforça o isolamento sistêmico da Corte, e não há garantias de que todas as expectativas da sociedade estejam sendo atendidas nos casos da ordem econômica diante da falta de programas adequados para viabilizar essas expectativas.<sup>500</sup> Prevalece, aqui, uma

---

<sup>500</sup> O ponto pode ser relacionado com a caracterização de Barbosa (2013) do texto constitucional pela indeterminação (institucional e normativa) social do direito. O jurista brasileiro destaca que as regras são um objeto de luta de justificação, diz “o espaço da luta está demarcado, mas não está preenchido” (op. cit., p. 36).. Veja também RODRIGUEZ, 2009.

preocupação maior com as operações internas do sistema jurídico e um fortalecimento da atuação subótima da corte, que segue um tipo judicial original.

Nos casos de controle concentrado de constitucionalidade de direitos econômicos – que, pela matéria, já poderiam sugerir uma atuação catalisadora – dos últimos 30 anos, a incorporação de razões condicionadas e a jurisprudência limitaram os ministros, os quais deixaram de considerar fatores que não estejam presentes ou que não tenham sido filtrados pelo sistema jurídico, justificando, talvez, o elevado número sentenças improcedentes ou que negam seguimento.

Os 40 casos nos quais o argumento consequencialista não foi preponderante indicam que um tribunal judicial original não é sinônimo de corte formalista nem de dedutibilidade mecânica,<sup>501</sup> sobretudo porque as consequências foram consideradas em 20% do total de casos, tendo sido, contudo rejeitadas na sequência como razões para decidir.

Por outro lado, essa subotimização e inflexibilidade diante das consequências podem prejudicar a estabilização do sistema jurídico a longo prazo e propiciar o surgimento de outros centros de tomada de decisão – como ocorreu com a expansão de tribunais arbitrais e de tribunais administrativos, além da “fuga do direito” dos tribunais para outras estruturas decisórias.<sup>502</sup>

Todavia, a amostra aponta para um recente aumento do uso deste argumento no STF, sobretudo a partir de 2010 (figuras 12.8 e 12.9), sugerindo uma tímida abertura da Corte para este tipo de argumento como razão para decidir em sede de controle concentrado nos últimos anos. Com a ressalva de que, em 2017, o valor de 100% reflete apenas a presença do argumento consequencialista em uma única decisão considerada (figura 12.8), desta forma, para aumentar a precisão da inferência de uma tendência positiva, foi feita uma análise pautada no número de decisões que utilizaram o argumento consequencialista, total (50) e por ano (figura 12.9).

---

<sup>501</sup> Os problemas residiriam na ideia de que tribunais judiciais originais estão obrigados a aceitar e a seguir cegamente as regras, ou de que o formalismo caracteriza-se como uma forma apolítica, mecânica e não responsiva de tomada de decisão. Na verdade, a observação indica o contrário: que mesmo uma corte prioritariamente formalista pode considerar argumentos extrajurídicos ao decidir. Trata-se, antes, de uma análise do tipo de comunicação produzida nos tribunais, do que propriamente do comportamento dos juízes. Se assim não o fosse, seria possível aproximar o comportamento de obediência cega às regras da visão do “juiz-computador”, definição de SCHAFER, BAŃKOWSKI (2007).

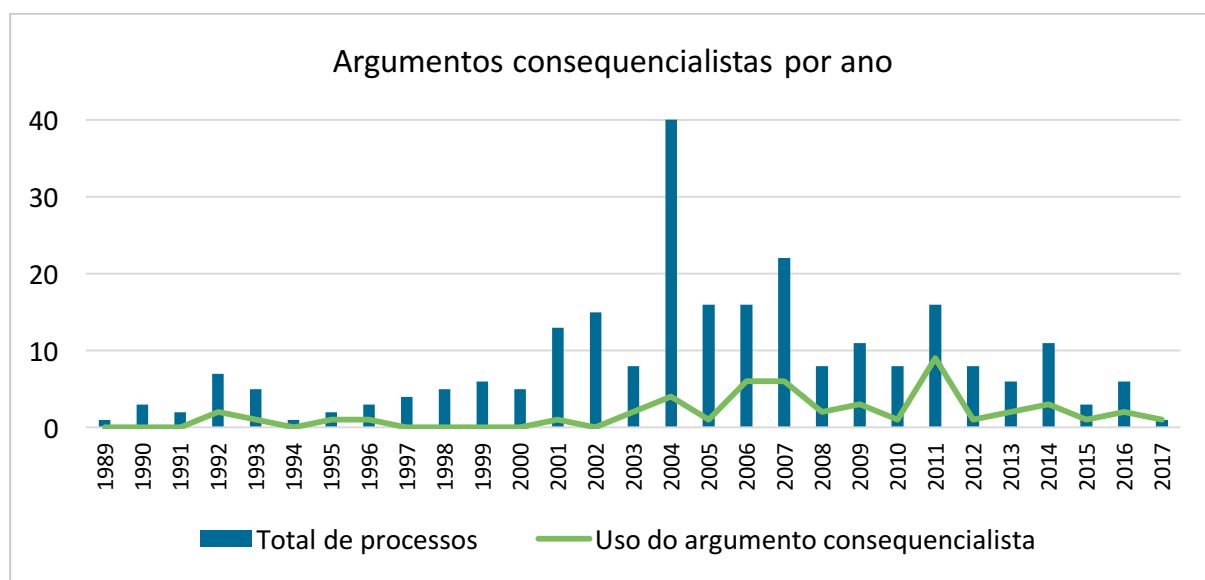
<sup>502</sup> Em vista disso, paradoxalmente, o protagonismo do STF também favoreceu o desenvolvimento e fortalecimento de organizações extrajudiciais e concorrentes para a tomada de decisão, como o caso do tribunal do CADE, cf., neste sentido, BARROS, 2014b.

**Figura 12.8** – Uso dos argumentos consequencialistas por ano.



Fonte: Barros (2018).

**Figura 12.9** – Total de processos e uso dos argumentos consequencialistas a cada ano.



Fonte: Barros (2018).

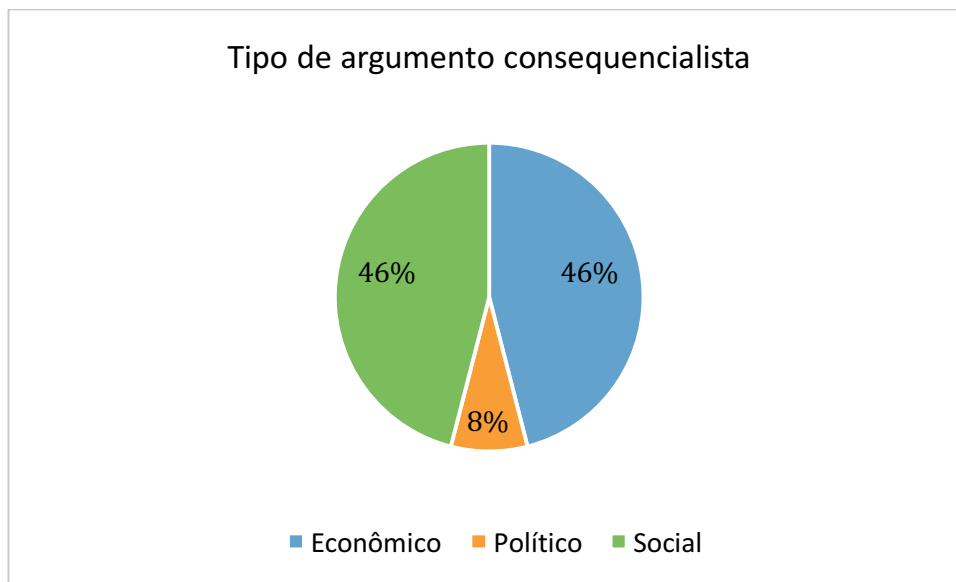
**Tabela 12.3** – Tendência de aumento do uso do argumento consequencialista por período.

Período	Sim	Total	Porcentagem do período
1989-93	3	18	<b>17%</b>
1994-98	2	15	<b>13%</b>
1999-2003	3	47	<b>6%</b>
2004-08	19	102	<b>19%</b>
2009-13	16	49	<b>33%</b>
2014-17	7	21	<b>33%</b>
TOTAL	50	252	

Fonte: Barros (2018).

Por fim, sopesando-se que a amostra incluiu apenas casos de direitos econômicos, era esperado um resultado que indicasse maior ocorrência de consequências econômicas em detrimento das demais, o que não se verificou (figura 12.10).

**Figura 12.10** – Tipo de argumento consequencialista (econômico, político e social).



Fonte: Barros (2018).

Este mapeamento foi realizado a partir da reconstituição do argumento e do contexto empregado no voto do ministro – *e.g.*, se discutiam a conjuntura econômica do país, se aventavam os efeitos da decisão nos órgãos do sistema político ou se enfrentavam de as implicações para a sociedade.

É relevante ponderar este achado com a tipologia apresentada no capítulo 9, isto porque poderia sugerir que cortes consequencialistas se preocupariam com as consequências econômicas, o mesmo poderia se sustentar em relação às cortes deferenciais e as consequências políticas e as cortes catalíticas e as consequências sociais. No entanto, a tese sugere que o tipo de consequência não possui correlação imediata com a tipologia das cortes. Nos casos observados constatou-se uma posição de deferência predominante pelo STF em relação aos programas do Estado, independente do tipo de consequência mobilizada.

Na verdade, a correlação extraída foi que considerando o fraco desenvolvimento de critérios para a seleção e avaliação pelos ministros nos seus votos, a Corte incluía a maioria das consequências como razões secundárias sobre os efeitos da decisão na sociedade – o que foi classificado como consequências sociais e que também justificaria o idêntico percentual

encontrado junto com as consequências econômicas.

Estas últimas observações são desdobradas na sequência, ao apresentar um exame qualitativo de alguns julgados da amostra.

### 12.3 Análise qualitativa

Dos 252 casos analisados, em 10 o argumento consequencialista foi preponderante para a tomada da decisão.

Destarte, é preciso avançar para uma descrição qualitativa, em especial para detalhar como ocorreram a avaliação e a aplicação do argumento para a tomada de decisão.

Esta subamostra segue colacionada abaixo:

**Tabela 12.4** – Casos de análise qualitativa.

<b>Tipo de Controle</b>	<b>Número do Processo</b>	<b>Assunto da controvérsia</b>
ADI	4432	Piso salarial
ADI	493	Fixação de índice econômico
ADI	1439	Salário mínimo
ADI	4568	Salário mínimo
ADI	2591	Consumidor
ADI	4	Regulação da atividade econômica
ADC	9	Regulação da atividade econômica
ADI	1348	Programa de desestatização
ADI	4040	Programa de desestatização
ADI	234	Programa de desestatização

Fonte: Barros (2018).

#### *a) Piso salarial e salário mínimo (ADIs 4432/PR, 4568/DF, 1439/DF)*

Em casos que discutem a fixação de piso salarial e o salário mínimo, incluídos na CF/88 tanto como direitos econômicos e sociais, a mobilização de argumentos sociais e econômicos é recorrente. Seguem alguns para análise.

A ADI 4432/PR foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo contra a Lei n. 16.470/10, do Estado do Paraná, que fixava uma série de

valores de piso salarial para diferentes profissões cujo piso não está definido em outro texto legal e que também não substituíam o salário mínimo, com base no inciso V, do artigo 7º, da Constituição Federal e na Lei Complementar Federal n. 103, de 14 de julho de 2000.

A Confederação argumentava que “a fixação de um mesmo piso salarial para todo o Estado do Paraná, diante da diversidade de realidades econômicas e demográficas dos diversos municípios, violaria o princípio constitucional do pleno emprego, consubstanciado no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal”,<sup>503</sup> e aduzia que as categorias criadas não respeitavam o próprio inciso V, do artigo 7º da Lei, que determina que o piso salarial deve ser proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, bem como ofendiam o princípio da autonomia sindical, disposto no artigo 8º da CF, justamente por interferir nas negociações coletivas.

A Corte conheceu da ação e, por maioria, julgou-a improcedente. No voto, o relator, Ministro Dias Toffoli, sustentou, primeiramente, que desde 2006 o estado vem reajustando os pisos salariais de seus empregados, prática recorrente em outros estados e constitucional, de maneira conforme à estipulada pelo constituinte na proteção salarial. Em segundo lugar, destacou que a competência legislativa para dispor sobre direito do trabalho é privativa da União, que, por sua vez, delegou mediante lei complementar esta competência para os estados, os quais estariam, portanto, autorizados a legislar sobre questões específicas das categorias relacionadas à matéria, de modo que não seria o caso de questionar a invasão da competência legislativa nem as especificações da lei, com base em critérios oficiais.

O ponto mais relevante do mérito foi o enfrentamento da alegação da Confederação de que a fixação não se atentava às diferentes realidades econômicas e demográficas dos diversos municípios do estado, violando o princípio constitucional do pleno emprego. Neste momento específico o Ministro Dias Toffoli incorporou em seu voto argumentos extrajudiciais, indicando, fundamentado na manifestação da Advocacia-Geral da União, que o piso salarial possibilita a valorização do trabalho como principal fator de produção e sustentando, inclusive, que a lei estadual questionada estava em consonância com os objetivos esperados, a saber, assegurar às classes de trabalhadores menos mobilizadas – e, portanto, com menor capacidade de organização sindical – um patamar salarial mínimo.

O relator desdobrou o ponto no voto, afirmando que a lei estadual reduz as desigualdades sociais, conferindo maior proteção aos trabalhadores menos organizados no

---

<sup>503</sup>Cf. BRASIL – STF. ADI 4432/PR. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.04.2011, p. 2.

plano sindical e assegurando melhor condição salarial, o que exige uma postura mais ativa do estado. Em seu voto, postulou que “(...) a fixação de piso salarial pela via legislativa se dá exatamente como uma forma de tutela estatal àquela parcela de trabalhadores que não tem força sindical suficiente para negociar melhores salários”.<sup>504</sup> Em acréscimo, asseverou que a fixação do piso não desconsidera nem desprestigia a atividade sindical; ao contrário, reforça a importância da negociação e não inviabiliza convenções ou acordos coletivos de trabalho.

Tal argumento foi aceito e acompanhado pela maioria dos ministros e incorporado na ementa da decisão.<sup>505</sup> No entanto, o relator não avançou no debate sobre como a fixação de piso salarial melhora a condição salarial e reduz a desigualdade, deixando de indicar dados concretos e suficientes que comprovassem suas afirmações.

Diferentemente dos outros litígios envolvendo piso salarial nos quais a lei estadual impugnada foi julgada inconstitucional – *e.g.*, ADI 2358 –, neste o relator explicitou que não havia generalidade do piso salarial em questão, o que não lhe conferia natureza típica de salário mínimo regional. Portanto, se a lei especificar categorias profissionais, não é possível questionar a delegação de competência para que estados regulem o piso.<sup>506</sup>

Outra mobilização de argumentos consequentialistas ocorreu na ADI 4568/DF, proposta conjuntamente pelo Partido Populista Socialista, Partido da Social Democracia Brasileira e Democratas questionando a constitucionalidade do artigo 3º da Lei n. 12.382/2011, que determinava o reajuste do salário mínimo via decreto presidencial, afrontando o inciso IV do artigo 7º da CF/88, que menciona lei em sentido formal.<sup>507</sup>

A Corte, por maioria e nos termos do voto da relatora, julgou improcedente a ação

---

<sup>504</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>505</sup> O voto dissidente foi do Ministro Marco Aurélio, que sustentou que ao fixar pisos salariais os estados estavam esvaziando a Constituição Federal, tanto diante da exigência constitucional de um salário mínimo como da normatização, como questionando a delegação desta competência privativa pela União aos estados. Este Ministro destacou as consequências jurídicas da decisão, deixando de avaliar, contudo, as consequências sociais. Nos autos da ADI 4375, ação com objeto similar em que se discutiu a fixação de piso salarial no estado do Rio de Janeiro e na qual também foi voto vencido, asseverou que “o Estado do Rio tem salário mínimo, muito embora rotulado como piso salarial – é um eufemismo, é um drible, é o jeitinho brasileiro –, para diversos segmentos e o trato linear, pois não seria capaz de dizer um segmento não contemplado pela lei, e o fez estipulando valores diversificados. Em última análise, o salário mínimo nacional não é observável, prevalecente essa lei do Estado do Rio de Janeiro, na região geográfica dessa unidade da Federação. Como dizer, sob pena de a Carta da República ser um documento lírico, que essa lei não transgride, não conflita com o artigo 22, I, e com o inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal? Não sei, Presidente” (*ibidem*, p. 42). Neste voto, restou esclarecido que piso material seria tema do direito do trabalho, não se admitindo a edição de leis estatais sobre tais relações sob o risco de prejuízo às relações jurídicas privadas.

<sup>506</sup> Cf. BRASIL – STF. ADI 2358/RJ. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.02.2001.

<sup>507</sup> Cf. BRASIL – STF. ADI 4568/DF. Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29.03.2012.

direta. A relatora, ministra Cármen Lúcia, pontuou que a discussão residia em saber se a lei continha delegação disfarçada para que o Presidente da República fixasse o valor do salário mínimo. Restou esclarecido que o dispositivo legal em questão não violava comando constitucional, pois caberia ao Presidente da República exclusivamente aplicar aritmeticamente os índices definidos pelo Congresso Nacional para reajustar e aumentar o salário mínimo por meio de decreto. Não haveria, portanto, delegação indireta, nem inovação da ordem jurídica ou nova fixação de valor.

A relatora explicou, ainda, a importância desta lei diante de surpresas; advogados dos autores, da tribuna, haviam levantado a hipótese de que a lei poderia justificar mudanças abruptas do salário mínimo em face de questões políticas e econômicas, recorrendo à visão consequencialista a fim de defender a inconstitucionalidade. Todavia, a Ministra argumentou que justamente pela impossibilidade de se determinar consequências futuras é que se pode aceitar a constitucionalidade da lei, e “este caso apenas reforça[ria] a posição contrária dos próprios autores, porque essas condições, guardada a norma que garante ao trabalhador brasileiro previsibilidade do que vem a ser o salário mínimo, ficam resguardadas de injunções e de situações críticas momentâneas, não o contrário”.<sup>508</sup>

O argumento consequencialista também foi mobilizado pelo Ministro Luiz Fux, que acompanhou a relatora, para justificar certa tendência de que a lei formal não esgota o conteúdo dos comandos normativos, chancelando a validade de atos infralegais que desenvolvam esses conteúdos – situação da lei que permite a atualização aritmética do salário mínimo via decreto presidencial. Neste sentido, o argumento consequencialista legitima a flexibilização da relação entre os poderes; “a crise da lei tem conduzido ao reconhecimento de um espaço normativo virtuoso do Poder Executivo, que passa a dialogar com o Poder Legislativo no desenvolvimento das políticas públicas setoriais”.<sup>509</sup>

O Ministro retomou a noção de diálogo institucional para afirmar que não houve renúncia do Poder Legislativo quanto à sua competência normativa, mas uma combinação entre a competência legislativa, capaz de delinear as diretrizes da política pública no setor,

---

<sup>508</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>509</sup> Ibidem, p. 17. Vale ressaltar que o Ministro Luiz Fux apresenta as seguintes razões para esta flexibilização: (i) conhecimento técnico, inerente à burocracia administrativa; (ii) possibilidade de resposta imediata a desafios não previstos. Ele aborda, também, a ideia de deslegalização, compreendida como a retirada, pelo legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao âmbito da regulação. O Ministro afirma que “se a habilitação do Poder Executivo para estabelecer o valor do salário mínimo encontra sede na lei, como é próprio do fenômeno da deslegalização, simplesmente não há nada que impeça ou obstaculize que o próprio Poder Legislativo, se assim o desejar, revogue in totum essa sistemática que ele próprio instituiu” (ibidem, p. 20).



e a regulação executiva, baseada em conhecimento técnico e dinamismo, que implementa e concretiza as diretrizes da lei. Para o Ministro, é preciso compreender que o art. 7º, IV, da CF/88 prevê um nítido programa social a ser desenvolvido pelo Estado destinado a assegurar, efetivamente, necessidades vitais básicas individuais e familiares e com garantia de revisão periódica do valor salarial mínimo com o intuito de preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. O perigo deste programa é justamente evitar a determinação de um valor insuficiente – *i.e.*, incapaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família –, o que daria ensejo à inconstitucionalidade por omissão parcial, confirmando-se, por conseguinte, a atualização via decreto presidencial.

O Ministro Gilmar Mendes, dissidente, entendeu tratar-se de matéria de reservas legal e parlamentar, advertindo sobre os efeitos da extensão da delegação da matéria no tempo. Assim, ponderou: “[E]u tenho medo que amanhã se espelhe no texto constitucional, com a maioria que se tem, e daqui a pouco se crie um outro tipo de bloqueio; quer dizer, que o Congresso passe a aprovar esse tipo de delegação para 2020, com dificuldades enormes”.<sup>510</sup>

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski contra-argumentou indicando que a delegação deve ser compreendida à luz dos efeitos do tempo do sistema econômico, que exige planejamento a médio e longo prazos. Assim, este Ministro mencionou o ingresso dos países na zona do euro, decisão que exigiu o comprometimento dos membros em relação a políticas econômicas de médio e de longos prazos. Para ele, “parece-me que essa é uma concepção, *data venia*, moderna, atual, em que as alterações que foram feitas na Europa não foram apenas em termos de legislação ordinária comum, mas em termos constitucionais. Então, creio que é uma ideia consentânea com os novos rumos da economia mundial esse planejamento, esse comprometimento de médio e longo prazos”.<sup>511</sup>

Ainda no âmbito desta matéria, vale mencionar a ADI 1439/DF, proposta em conjunto pelo Partido Democrático Trabalhista, Partido dos Trabalhadores e Partido Comunista do Brasil a fim de discutir a insuficiência do valor fixado por medida provisória em 1996, infringindo a garantia constitucional de preservação do poder aquisitivo do salário mínimo.<sup>512</sup>

---

<sup>510</sup> Ibidem, p. 48

<sup>511</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>512</sup> Cf. BRASIL – STF. ADI 1439/DF. Plenário. Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.05.2003.

A Corte, por maioria, não conheceu da ação. Todavia, ainda que tenha sustentado a inadequação da via eleita – ponto acompanhado pela maioria –, o voto do relator avançou na análise do mérito, destacando que o valor fixado era aviltante e humilhante. Neste momento, foram mobilizados argumentos consequencialistas.

O relator, Ministro Celso de Mello, reconheceu a obrigação do Poder Público de preservar o poder aquisitivo do salário mínimo, conservando seu valor real, e, para tanto, discutiu a tese dos autores sobre a insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo.

Esta tese centrava-se nos efeitos do valor, questionando índices de reajustes para calcular e fixar o salário. O relator argumentou que o salário mínimo “é, sobretudo, um problema de natureza social, com graves implicações de caráter político, pois revela, na exata definição do seu valor, o real compromisso do programa governamental com a justa remuneração do trabalho e com a pela emancipação da classe operária”,<sup>513</sup> sustentando que isto deveria ser considerado no momento da tomada da decisão. Discorreu, também, sobre pesquisa que abrangia índices não considerados pelo governo, confirmando, assim, que o valor fixado não satisfazia às exigências sociais.

Novamente, nestes casos, ainda que se tenha observado uma preocupação com as consequências das decisões, não se observou uma meticulosidade em relação à construção de critérios para avaliar essas alegações fáticas, inclusive, em poucos momentos foram correlacionados estudos ou pareceres técnicos que justificavam essas posições.

#### *b) Programas de desestatização (ADIs 234/RJ e 1348/RJ)*

Nas demandas sobre programas de desestatização, os ministros discutem o contexto econômico-financeiro a fim de compreender e analisar a concreta atuação do Estado na economia. Observa-se, também, a mobilização de argumentos consequencialistas.

Na ADI 234, proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, questionava-se a constitucionalidade de uma série de dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro relacionados com a participação estadual nas atividades econômicas por meio das sociedades de economia mista e empresas públicas.<sup>514</sup>

O texto em questão determinava em seu artigo 99, inciso XXXIII, ser de competência privativa da Assembleia Legislativa a autorização para criação, fusão ou extinção das

---

<sup>513</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>514</sup> Cf. BRASIL – STF. ADI 234/RJ. Plenário. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 09.05.1997.

empresas públicas ou de sociedades de economia mista, bem como para regular o controle acionário das empresas particulares pelo estado. Além disso, o artigo 69, parágrafo único, vedava a alienação de ações com direito a voto, a menos que mantido o controle acionário pelo estado. Destarte, o argumento do autor era de que a lei atacada impedia a desestatização de empresas à luz da CF/88.

A Corte, por maioria, julgou o pedido parcialmente procedente, dando interpretação conforme a Constituição ao artigo 99, inciso XXXIII, *i.e.*, determinando que a autorização legislativa exigida pelo texto constitucional estadual seja efetuada por lei formal e somente em caso de alienação do controle acionário da sociedade de economia mista, e julgando inconstitucional o artigo 69, parágrafo único.

O relator, Ministro Néri da Silveira, argumentou, em relação a este último dispositivo, que é preciso interpretar o direito à luz da natureza das atividades econômicas, considerando o dinamismo que lhes é inerente e a possibilidade de intervenção do Estado. Segundo ele, “[o] juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e à vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional”.<sup>515</sup> Neste sentido, confirmou a impossibilidade de o texto constitucional estadual proibir expressamente a transferência de determinadas atividades econômicas exploradas pelo setor público à iniciativa privada.

Vale destacar o voto dissidente do Ministro Maurício Corrêa, que questionou os possíveis efeitos desta decisão na economia. Este Ministro, receoso em relação aos programas de desestatização que já estavam acontecendo nos anos 1990, mencionou a quebra do monopólio das telecomunicações, bem como o caso da privatização da Embraer.<sup>516</sup> Com base neste argumento, sustentou a constitucionalidade do dispositivo que impossibilitava a desestatização, afirmando sua consonância com a autonomia dos estados e sua conformidade com a conjuntura da ordem econômica mundial da época.

---

<sup>515</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>516</sup> Sobre este último, destaca que o programa resultou num aprofundamento das dívidas da empresa, o que, em contrapartida, facilitou a tomada de novos subsídios fornecidos pelo governo. Nas palavras do Ministro, “[c]om isso o processo de privatização da Embraer, pela demora da tramitação do referendun, provocou acentuadamente o aprofundamento das dívidas da empresa, e o governo, por causa desse retardamento, já analisava a hipótese de injetar, através de compromissos de avais do Tesouro, mais um montante de certa de 200 milhões de dólares americanos” (*ibidem*, p. 47).

Discussão similar pode ser verificada na ADI 1348/RJ, que versava sobre a constitucionalidade do artigo 364 da mesma Constituição estadual, o qual impossibilitava a alienação do controle acionário do Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. A Corte, por unanimidade, julgou procedente a ação, declarando inconstitucional o dispositivo.<sup>517</sup>

Novamente, a relatora, Ministra Cármen Lúcia sustentou com base no julgado da ADI 234 que os artigos 173 e 174 da CF/88 autorizam os estados a decidir sobre a melhor maneira de explorar suas atividades econômicas, incluindo a possibilidade de transferir à iniciativa privada atividades não essenciais. Neste sentido, defendeu que não cabe ao direito criar empecilhos à reestruturação do estado diante de uma nova realidade econômica.

*c) Fixação de índices e tarifas (ADI 493/DF e ADC 9/DF)*

Ações em que se discutem atualização de índices de operação de financiamento, como as do Sistema Financeiro de Habitação, ou manutenção de tarifas diante de crises também incorrem em argumentos consequentialistas. Em muitos casos, o foco reside na variação dos valores, eventualmente refletida como um problema de depreciação.

A Corte já havia firmado entendimento de que inexistia direito adquirido a um determinado padrão monetário,<sup>518</sup> é, portanto, plenamente admissível a superveniência de lei que substitua um índice, e esta deve ser imediatamente aplicada aos contratos pendentes. Isto posto, na ADI 493/DF a Corte concluiu que a lei criava novo critério de cálculo de juros dos contratos imobiliários, produzindo um desequilíbrio muito grande entre as partes, de modo que não se tratava de mero índice de atualização monetária,<sup>519</sup> “mas sim da adoção de critérios de reajustamento e de cálculo de juros que modificam o valor real das prestações”.<sup>520</sup>

Na ADC 9 debateu-se a constitucionalidade da tarifa especial (sobretarifa) imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas fixadas pelo Poder Público via medida provisória e no âmbito do programa emergencial de redução do consumo diante da crise energética.<sup>521</sup>

---

<sup>517</sup> Cf. BRASIL – STF. ADI 1348/RJ. Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 06.03.2008.

<sup>518</sup> Trata-se de uma posição consagrada na jurisprudência do STF, para uma reconstituição desta posição do STF cf. BRASIL – STF. RE 141190/RJ. Plenário. Rel. para acórdão Min. Nelson Jobim, j. 26.05.2006.

<sup>519</sup> A discussão referia-se à taxa referencial, não admitida como índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que representa a variação do poder aquisitivo da moeda.

<sup>520</sup> Cf. BRASIL – STF. ADI 493/DF. Plenário. Rel. Min. Moreira Alves, j. 04.09.1992, p. 228.

<sup>521</sup> Cf. BRASIL – STF. ADC 9/DF. Plenário. Rel. para acórdão Min. Ellen Gracie, j. 23.04.2001.

Diferente dos outros casos, houve uma efetiva avaliação consequencialista neste caso, pois existia uma preocupação real da medida de evitar o possível colapso da distribuição de energia elétrica no país. Aqui, a relatora para o acórdão, Ministra Ellen Gracie se preocupou em seguir os pareceres técnicos que justificavam a adoção de um regime especial de tarifas do consumo de energia elétrica.

De uma outra perspectiva, discutiu-se neste julgamento a atuação no futuro do direito. Ao invés de assumir os perigos ambientais, o direito antecipou os riscos e repassou-os aos consumidores. Neste sentido, o relator, Ministro Néri da Silveira, postulou que “é melhor que se estabeleçam metas, que se institua a tarifa adicional, que se proceda à suspensão temporária do fornecimento de energia elétrica do que se sujeite a sociedade brasileira ao risco do colapso não controlado”.<sup>522</sup> Em síntese, a Corte analisou quais seriam os efeitos menos gravosos dentre as medidas possíveis, além de debater a caracterização da tarifa como preço público (e não tributo), uma vez que remunera concessionárias e permissionárias que exploram os serviços de energia elétrica.

Em acréscimo, foi argumento recorrente no voto dos Ministros o exame do próprio papel e do compromisso do Judiciário perante os problemas sociais. Na ADC 9, o relator declarou que “o Poder Judiciário e esta Corte, em especial, não hão de ser insensíveis aos problemas administrativos do País, e às providencias e medidas que, nesse âmbito da ação de governo, são adotadas para enfrentar crises”.<sup>523</sup>

Resta evidente, assim, a mobilização de argumentos que apontam para a necessidade de a Corte estar mais atenta a sociedade e operacionalizar argumentativa formas que articulem e confrontem os perigos ambientais.

No entanto, não se observou uma atenção em relação à diferenciação entre consequencialismo e argumento consequencialista – como apresentado na parte I -; sobretudo diante do fato que poucos ministros se preocuparam em apresentar nos seus votos critérios para seleção e avaliação das consequências.

Aliás, também foram poucos os votos que enfrentaram estes argumentos e se basearam em pareceres e estudos, com a ressalva da ADC 9 os outros pareceres utilizados

---

<sup>522</sup> Ibidem, p 27.

<sup>523</sup> Ibidem, p. 32.

serviram de base para afastar e evitar a avaliação das consequências<sup>524</sup> – o que reforça a tendência de uma posição deferencial em relação às questões técnicas, que escapam do conhecimento dos ministros - como discutido na parte II.

---

<sup>524</sup> Tal posição ficou evidenciado na ADI 2396/MS, que discutia a inconstitucionalidade da Lei n. 9.055/95, que dispôs sobre regras de produção, comercialização e aproveitamento industrial de amianto crisotila, quando a relatora, Ministra Ellen Gracie, sustentou que “não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias”, cf. BRASIL – STF. ADI 2396/MS. Plenário. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01.08.2001. p. 7223.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

Discutiu-se, nesta tese, a partir do referencial teórico de Luhmann o argumento consequencialista do direito na sociedade brasileira, enquanto especificação do sistema social global. Antes de apresentar soluções, modelos e propostas, o processo consistiu em distinguir e compreender como estes argumentos operam no direito e na sociedade, indicando as tensões e as exigências da argumentação diante do primado da diferenciação funcional. Simultaneamente, observou-se como estes argumentos também são parte e produto das operações das organizações, o que possibilita variação no interior dos sistemas.

Para tanto, recorreu-se ao modelo multinível de observação, que permitiu a articulação de três posições complementares de observação distintas e, inclusive, a redução de abstração do referencial. O percurso incluiu, nesta ordem, uma observação do nível teórico para o nível da sociedade e, depois, para o nível organizacional. Nestas considerações finais será reconstituído este caminho, sublinhando-se as ideias mais importantes alcançadas em cada etapa.

Na parte I, foram esmiuçadas as transformações internas da teoria do direito nas últimas décadas, destacando-se como ponto central a diferenciação entre uma teoria do direito e uma teoria da argumentação jurídica, que marcou uma distinção semântica entre o tratamento do consequencialismo e o do argumento consequencialista pelo direito. Esta distinção marca uma forma de variação interna pelo sistema. Notou-se, então, que o consequencialismo está mais próximo de teorias fisicalistas do direito, sobretudo daquelas da primeira metade do século XX, e também das teorias externas do direito, em especial o movimento da AED.

Nesta ocasião, o consequencialismo foi caracterizado como uma aplicação direta de razões extrajurídicas para a tomada de decisão que não se atenta às formas de adequação, de programação e, sobretudo, de codificação do direito. Afirmou-se que, em grande medida, isto ocorre pela insuficiência de programas no nível operacional e pela ausência das teorias da argumentação jurídica no nível reflexivo do direito.

A passagem e a diferenciação dos argumentos consequencialistas foram abordadas, posteriormente, a partir de teorias da argumentação – ponto enaltecido pelas escolas realistas do direito, que marcaram, aliás, um movimento de transição, pois, de um lado, sustentavam a superação das teorias fisicalistas ao indicarem a incompletude ou o esvaziamento do papel

do argumento do direito, mas, por outro, não foram capazes de particularizar internamente o consequencialismo.

Foram retomados importantes teóricos da argumentação jurídica, em especial MacCormick, Bańkowski e Feteris, responsáveis por efetivamente distinguir o consequencialismo do argumento consequencialista e levar adiante modelos de argumentação consistentes pelo direito. Em oposição a uma visão hartiana, nestes modelos as decisões difíceis, *i.e.*, que estabelecem um sentido não evidente à regra, não determinam uma atuação *fora* do direito; ao contrário, a argumentação jurídica oferece uma variedade de informações para fundamentar as decisões.

Assim, nesta tese, o argumento consequencialista do direito significa a possibilidade de se considerar possíveis consequências de uma decisão jurídica como razão para decidir. Não se nega, ademais, que a incorporação dessas consequências na comunicação jurídica provocou, de um lado, uma grande incerteza programatória, e, do outro, a dependência de uma visão substancialista no direito, uma vez que a mobilização destes argumentos implica, muitas vezes, o uso de ferramentas empíricas para avaliação.

Defendeu-se, ainda, que Luhmann oferece uma maneira privilegiada de verificar esta diferenciação e estes desdobramentos, sobretudo ao se esclarecer o tratamento dispensado ao tema da argumentação jurídica antes e depois do giro autopoietico no interior da sua obra. Sublinhou-se também que, ao recorrer a paradoxos, a visão sistêmica evita a polarização e descrições simplistas e, ao mesmo tempo, admite a necessidade de se produzir observações de segunda ordem, *i.e.*, análises sobre como a observação do observador acontece.

Num primeiro momento, especialmente preocupado em observar a dogmática jurídica, o sociólogo alertou para os problemas do consequencialismo diante da crescente exigência temporal orientada para o futuro sofrida pelo direito. Depois do giro autopoietico na sua obra, quando consegue definir com clareza a distinção e a relação entre sistema/ambiente, Luhmann passa a dedicar especial atenção aos argumentos jurídicos.

Argumentos são apresentados como formas com duas faces: de um lado, confirmam a redundância; do outro, possibilitam a variedade de informação. Entre redundância e variedade, a argumentação sempre se vê numa situação de observação de segunda ordem, que reflete as oportunidades de aplicação e justificação dos programas à luz do caso concreto, permitindo, inclusive, que sejam reverberadas possibilidades que ali não estão cristalizadas ou enfrentadas as justificativas subjacentes aos argumentos – *i.e.*, observações de terceira ordem.



As consequências passam, portanto, a ser consideradas pelo direito como argumentos jurídicos, mas simultaneamente permitem a reflexão sobre como o direito relaciona-se com o ambiente, mormente a partir de metacódigos da sociedade, como sugerido nesta tese com as formas “risco/perigo”, “inclusão/exclusão” e “crise/estabilização”.

Na segunda fase luhmanniana (pós-giro autopoietico), por assim dizer, depreende-se que o direito oferece múltiplas instâncias de reflexão sobre seus limites e possibilidades. Neste sentido, destacou-se e defendeu-se a importância do desdobramento de um campo de pesquisa específico, como a sociologia da argumentação jurídica. Nesta perspectiva, programas jurídicos são constituídos em condições plurais, envolvendo tanto mecanismos centrais – como as cortes e o exercício dos poderes políticos – quanto instrumentos que extrapolam as fronteiras dos Estados – como organizações não estatais, corporações e movimentos sociais. Ademais, não se pode perder de vista a operação de um ambiente interno do direito, que é altamente complexo – tal como o externo – que possibilita novas comunicações.

Na parte II, analisou-se como a atual sociedade mundial opera a partir de conceitos que repercutem a dificuldade de lidar com o futuro, observando-se, por relevante, que o aumento do argumento consequencialista no direito também reflete esta dificuldade quando verificadas transformações na sociedade enquanto ambiente. Na chave sistêmica, a sociedade depende cada vez mais de decisões sobre o futuro e das atuações dos *experts* para lidar com as consequências – *i.e.*, sugeriu-se a ideia de controle pelas consequências.

Reforçam esta transformação o avanço da tecnologia e as modificações na comunicação, presentes na sociedade mundial. Em acréscimo, foram introduzidos e explicados os conceitos sistêmicos de “risco/perigo”, de “inclusão/exclusão” e de “crise/estabilização” com o intuito de debater e contextualizar a aplicação dos argumentos consequencialistas do direito na sociedade brasileira, caracterizada como uma especificação da sociedade mundial.

Esta perspectiva da sociedade mundial foi relacionada à ideia de economização. Não se compartilha, aqui, da leitura de que há uma colonização do código econômico sobre os demais – em verdade, o interesse reside em entender como o risco econômico repercute em outros sistemas sociais, sobretudo como perigo ambiental e irritação, quando se observam estruturas de acoplamento ou atuação das organizações sociais. A economização, nestes termos, ligada à dupla circulação (*i.e.*, capacidade/incapacidade de pagar), é um alto influxo comunicacional da economia que produz efeitos colaterais, uma vez que riscos econômicos

não são desdobrados somente em operações centrais do sistema econômico, mas também pelo direito ou por políticas econômicas. Estes desdobramentos são observados por cada sistema, de modo geral, como uma comunicação global e de forma comparada.

Neste diapasão, questionou-se também o incremento da demanda pela atuação de *experts fora* do sistema científico, porque estes, em tese, saberiam lidar melhor com as consequências. Ainda que se tenha observado a valorização destes profissionais da ciência, percebeu-se que sua atuação no interior do sistema jurídico ou do político revelou lacunas das respostas científicas para fornecer soluções para a tomada de decisão de outros sistemas sociais. A ciência possui uma temporalidade própria, específica, relacionada ao processo de investigação, bem como função e código distintos que precisam ser observados à luz do primado da diferenciação funcional.

No Brasil, estas mudanças ficaram mais evidentes durante o final do século XX e início do XXI, em conexão com um período que marcou o fim de um ciclo da redemocratização. A tese observou os seguintes condicionamentos locais: no plano econômico, destacou-se o Plano Real; no jurídico, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a Reforma do Judiciário; no âmbito político, a reforma gerencial da Administração Pública e a ausência de uma reforma eleitoral.

Neste contexto, os direitos sociais e econômicos ganharam destaque no país, já que passaram a desempenhar um importante papel dentro do sistema jurídico, *i.e.*, permitiram à sociedade exigir que a ordem econômica fosse colocada à sua disposição a fim de cumprir as mais diversas realizações sociais e, ao mesmo tempo, revelou-se uma intersecção entre direito e as pressões ambientais advindas da economização e do conhecimento científico.

Na parte III, enfatizou-se o debate sobre direitos sociais e econômicos a partir das operações dos tribunais enquanto organizações sociais e não vinculados exclusivamente a um sistema de função. Para tanto, procedeu-se à investigação de como acontece a adjudicação desses direitos, o que exigiu compreender a diferença das atuações dos tribunais dentro e fora do direito.

Sustentou-se, aqui, que cortes têm chamado para si a tarefa de se relacionar com organizações externas ao sistema jurídico, fazendo uso, para tanto, da diversidade da comunicação organizacional muitas vezes baseada em técnicas e critérios não jurídicos.

Tribunais podem ser observados como centros do sistema jurídico ou como organizações periféricas de outros sistemas sociais. Devem atentar-se aos limites de cada subsistema e ao desdobramento dos paradoxos das suas comunicações organizacionais, para

evitar um bloqueio estrutural das suas atuações na sociedade, sobretudo quando argumentos consequencialistas estão em juízo.

Nesta parte da tese foi estabelecida uma tipologia para análise dos tribunais na sociedade a partir da comunicação produzida por suas operações, a saber: tribunal judicial original; tribunal administrativo deferencial; tribunal arbitral consequencial e tribunal constitucional catalisador. Não se sustentou, contudo, um padrão normativo adequado entre os tipos; as ilustrações pretenderam traçar e marcar observações, destacando o aspecto funcional de tribunais diferentes na sociedade complexa.

A partir destes pressupostos sociológicos e desta tipologia examinou-se, na parte final da tese, a atuação do STF após a promulgação da CF/88 num recorte material de adjudicação de direitos econômicos em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Isto porque em alguns casos desta matéria, esta Corte vinha considerando argumentos consequencialistas para a tomada de decisão.

Enquanto Corte constitucional, o STF consolidou-se como instância legítima para arbitrar interesses de minorias e para decidir conflitos institucionais e políticos no país. Não há dúvidas de que no atual desenho institucional, a Corte desempenha um papel relevante no delineamento e no controle das políticas públicas e contribui para a criação de incentivos e desincentivos para as mais variadas atividades.

Sustentou-se, portanto, que este tribunal apresenta-se como um *locus* privilegiado de captação das sensibilidades advindas do ambiente do direito brasileiro. Notadamente o político – ao debater a Constituição – e o econômico – ao interpretar contratos e formas societárias. Por isso, a análise das decisões deste tribunal que opera seletivamente de maneira autorreferente (consistente juridicamente) e também heterorreferente (por reduzir e tratar a complexidade do ambiente) indicou como argumentos consequencialistas estão sendo mobilizados pelos ministros ao julgarem casos concretos.

Produziu-se, nesta tese, banco de dados, incluído como anexo. Foram coletadas, sistematizadas e analisadas 252 decisões, cujos dados revelaram que o impacto das decisões em sede de controle concentrado é considerado pelos ministros. Justifica-se a cautela adicional dos ministros neste controle, pois sabem que, ao considerarem consequências não jurídicas como razões para decidir, os efeitos de suas escolhas podem reverberar em outras autoridades.

Assim, observou-se que ministros preferem evitar avaliações amplas e técnicas, que extrapolem o conhecimento da Corte. Todavia, isto não significa que o tribunal não o faça:

dentro do recorte, verificou-se que nos casos de controle concentrado, ministros tenderam a considerar, ainda que com dificuldade em relação aos métodos, consequências extrajurídicas em seus votos.

Do ponto de vista sistêmico, tal achado reitera as ideias da parte I da tese que indicaram a necessidade do direito brasileiro produzir uma distinção entre consequencialismo e argumento consequencialista, além do desafio de consolidar uma dogmática jurídica forte no sentido de ser capaz, simultaneamente, de selecionar e enfrentar este tipo de argumento e de controlar as consistências das decisões.

Do lado não marcado desta observação – seguindo o referencial sistêmico –, vale destacar que a descrição da prática adjudicatória pode, em algumas circunstâncias, ser admitida como um “cheque em branco”. É o caso de observar os perigos do consequencialismo no direito, em especial quando determinados litigantes ou autoridades se aproveitam de certo esgarçamento da dogmática jurídica brasileira para fazer valer expectativas não preestabelecidas pelo direito – o que a tese relaciona com a ideia do déficit de filtragem.

Na prática, nos casos examinados, como desdobramento da ideia do déficit de filtragem, os textos legais e a jurisprudência acabaram limitando os ministros, que deixaram de considerar fatores que não fossem filtrados pelo sistema jurídico – o que também justificou o elevado número obtido de julgados improcedentes e negado seguimento. Corrobora-se, a partir destas informações, uma atuação subótima do STF, porque mesmo quando a Corte acredita que uma posição consequencial pode gerar um resultado melhor, ou socialmente mais desejado, prevalece uma preocupação maior com as operações internas do sistema jurídico.

Em contrapartida, esta subotimização da atuação do STF sugere e explica o surgimento e a ampliação de outros centros de tomada de decisão no Brasil, notadamente a partir da década de 1990. Trata-se, aqui, de correlacionar sua atuação com a expansão dos tribunais arbitrais e dos tribunais administrativos e de insinuar, em alguma medida, uma “fuga do direito” dos tribunais originais para outros tipos de tribunais – reflexo de uma evolução do direito, associada às transformações globais explicitadas na parte II.

Não se sustentou também que a ampliação da atuação desta Corte para outros sistemas sociais implicou a substituição às demais organizações político-representativas, nem às econômicas ou, ainda, como forma de correção de qualquer problema social. Ao contrário, observou-se os limites do direito e a preocupação com tais limites nos votos dos

ministros, mesmo diante do déficit de filtragem e da variedade produzida via argumentação em juízo.

O que se enfatizou ao longo da tese, em diferentes posições de observação, foi que a comunicação produzida pelo STF (e por qualquer outro tribunal) pode tanto gerar novo valor informativo dentro do sistema jurídico, como também pode circular para além dele. Portanto, o papel desempenhado pelo tribunal deve ser compreendido à luz da complexidade dos processos da sociedade mundial e a partir de uma constelação de outros tribunais que o circunda.

Por fim, retoma-se, agora, um ponto subjacente às três posições de observação apresentadas na tese, o problema dos futuros contingentes, sobretudo em relação à operação do direito. Do ponto de vista sistêmico e como visto nesta tese, a referência ao tempo é uma maneira que multiplica todos os problemas.<sup>525</sup>

Considerando-se a dimensão temporal dos sistemas, a contingência apresenta-se como a dificuldade de antecipação do futuro diante do presente – isto não significa, porém, que o direito não possa desfuturizar e operar com o futuro *hoje*, imaginando e produzindo prognósticos. Restou evidenciado, nesta tese, que a argumentação consequencialista do direito é, na verdade, uma operação sobre o *presente futuro*, ainda que ocorra de forma utópica e problemática diante da falta de programas e das limitações operacionais.

A operação sobre o *presente futuro* é compreendida a partir da dificuldade de se observar simultaneamente o factual e o contrafactual.<sup>526</sup> Este é o questionamento de fundo, *e.g.*, acerca da alegação de que uma decisão em favor de poupadores em ações, que discutem a correção de índices econômicos em face dos bancos, provocaria uma quebra do sistema financeiro. Qual seria o real motivo desta quebra, o não provisionamento de recursos por parte das instituições? Da mesma forma, invoca-se um crescimento da taxa de judicialização no Brasil após a promulgação da CF/88. Teria sido porque a CF/88 facilitou o acesso à justiça?

---

<sup>525</sup> Cf LUHMANN, 1995a, pp. 41-52.

<sup>526</sup> A observação simultânea do factual e do contrafactual permite distinguir causalidade de correlação, porque dois fenômenos correlacionados não necessariamente implicam uma relação de causalidade. Assim, explicar por que algo aconteceu gera forçosamente uma explicação de por que outra coisa não aconteceu. Weber (2001) já tinha indicado que declarações causais envolvem obrigatoriamente proposições contrafactuais, geralmente implícitas. É nesse sentido que o pensamento contrafactual tornou-se objeto relevante para as ciências sociais, para além de suas aplicações em áreas biológicas e exatas.

É impossível ter certeza dessas afirmações. Em verdade, uma declaração de verdade só poderia ser dada se tivesse sido possível também observar a taxa de judicialização caso a CF/88 não tivesse sido promulgada, ou qual teria sido o resultado para os poupadores se a Corte tivesse decidido em favor dos bancos. Percebe-se, portanto, que no sistema jurídico é difícil observar o futuro e, inclusive, para a tomada de decisão é laborioso lidar com o contrafactual.<sup>527</sup>

Em suma, as consequências tratadas ao longo desta tese reforçam uma atenção diferente. Ao contrário, da perspectiva do controle pelas consequências, adotou-se uma posição mais cautelosa em relação às consequências e mais respeitosa em relação ao futuro do direito. Evitou-se afirmar que o futuro é previsível e controlável pelas tecnologias, aí incluída a dogmática jurídica.

A história das sociedades, e a do direito inclusa, está repleta de exemplos que contrariam acontecimentos passados e que não foram previstos. Os apontamentos desdobrados nesta tese reforçam o tratamento das consequências de forma diferenciada, pois o direito, agora, corresponde às alterações da comunicação social, mas é produto também de sua história.

Para a sociologia jurídica, então, o interesse reside em observar *quais e como* as consequências – *e.g.*, o futuro – são tratadas pelo direito. Conforme demonstrou esta tese, baseada no pensamento de Luhmann, o principal papel do sociólogo do direito é observar as operações, programações e relações estabelecidas pelo sistema jurídico e suas organizações, distinguindo-se da sociedade. Simultaneamente, o sociólogo também observa aquilo que o direito não consegue descrever, ou como De Giorgi afirma “nomeia o que não pode ser nominado” (2016, p. 116), revelando os paradoxos constitutivos do direito.

---

<sup>527</sup> A contrafactualidade é importante para a pesquisa em direito porque permite conjecturar sobre as possibilidades elucidativas e testar as hipóteses. Sua consideração na formulação de hipóteses permite melhor compreender e controlar a contingência pela pesquisa — não só as possibilidades tornam-se visíveis como as explicações causais de como e por que o direito tomou sua forma atual fortalecem-se. A fim de evitar o viés de retrospectiva, respostas simplistas e trabalhar com cenários contrafactuais, muitas pesquisas empíricas recorrem a instrumentais estatísticos (amostragem, correlação, regressão, entre outros). Um dos principais desafios no manejo da estatística em direito é a necessidade de produzir aproximações críveis — vale lembrar que a regra de ouro para o pesquisador, familiarizado a procedimentos científicos, é justamente inferir a causalidade comparando conjuntos de unidades que recebem tratamentos diferentes por meio de experimentos controlados. Citem-se, como exemplos, os tantos experimentos químicos que alteram a composição de determinada solução, procedendo-se à comparação entre a solubilidade em água de ácidos e a não solubilidade das bases, além de muitos outros experimentos da física, da biologia, da medicina etc. Para uma discussão deste ponto, veja capítulo 7 da tese.

Retoma-se, finalmente, o mito grego de Cassandra e Heleno narrada por Homero em *Iliada* (2005), poema supostamente escrito em 700 a.C. que aborda o desfecho da Guerra de Troia, para iluminar os paradoxos do direito e da sociedade em relação ao futuro discutidos nesta tese.

Estes personagens simbolizam, ao mesmo tempo, a sedução pela capacidade reflexiva de antecipar situações – próprio dos heróis homéricos – e a aversão pela incapacidade prática de lidar com essas situações antecipadas – traço que também reflete as debilidades desta sociedade à qual pertencem estes heróis.

Trata-se de marcar um paradoxo, que simboliza a oscilação entre divindade e humanidade<sup>528</sup> e que, também, está presente em outras distinções desdobradas e exploradas nesta tese: presente futuro/futuro presente; utopia/tecnologia; perigo/risco; consequencialismo/argumento consequencialista; sociedade/direito etc.

O mito aborda a trajetória da heroína Cassandra, filha dos reis de Troia, Príamo e Hécuba. Cassandra é uma profetisa, possui a capacidade de antecipar e prever o futuro – dom que também compartilha com seu irmão gêmeo Heleno, já que ambos foram dotados desta capacidade pela divindade ainda quando crianças, após adormecerem no Templo de Apolo.

Diferente da trajetória de Heleno, Cassandra, jovem de grande beleza, foi condenada e amaldiçoada pelo deus Apolo, depois de negar-lhe seu amor. A maldição lançada foi que ninguém iria acreditar nas suas previsões, nem mesmo sua família.

É relevante perceber neste mito como o dom e a maldição carregam o destino da cidade e da família, sobretudo diante da descrença das previsões de Cassandra e das consequências indesejadas reveladas aos inimigos dos troianos por Heleno.

De um lado, não levando a sério as consequências pelos troianos, Cassandra já tinha alertado seus pais, reis de Troia, e seus demais irmãos guerreiros sobre os futuros ataques militares dos argivos (gregos), inclusive sobre o artifício do cavalo de madeira (cavalo de Troia) que permitiu a entrada dos inimigos e o ataque surpresa à noite.

---

<sup>528</sup> Este paradoxo está presente nas análises de Werner Jaeger sobre a formação do homem grego, quando analisa o poema: “Os heróis da *Iliada*, que se revelam no seu gosto pela guerra e na sua espiração à honra como autênticos representantes da sua classe, são, todavia, quanto ao resto da sua conduta, acima de tudo, grandes senhores, com todas as suas excelências, mas também como todas as suas imprescindíveis debilidades. É impossível imaginá-los vivendo em paz: pertencem ao campo de batalha. Fora dele só os vemos nas pausas do combate, nas suas refeições, nos seus sacrifícios, nos seus conselhos” (2003, p. 41).

Do outro, apostando nas consequências pelos argivos, Heleno – que tinha suas profecias confiadas – foi capturado pelas tropas inimigas e torturado a fim de que revelasse como os argivos poderiam atacar Troia. Segundo a história, o saldo foi a destruição da cidade, além da morte de parte da família de Cassandra e Heleno.

Para o testemunho de sua obra, Homero indicou as sutilezas de distinguir e operar com as consequências na sociedade antiga. Dentre as muitas interpretações do mito de Cassandra e Heleno, no contexto desta tese, a mais interessante é indicar como é difícil levar as consequências a sério, sobretudo quando se discute o futuro, pois, dependendo das especificações de cada sistema, pode-se tanto operar efeitos desejados como desdobrar no oposto, vinculado à descrença, mentira e destruição – posição que ficou consagrada na psicologia pela expressão “síndrome de Cassandra”.

Não tão distante do caráter simbólico deste mito, hoje, diversos cavalos de Troia, como *malware*, estão espalhados na comunicação digital. Para a construção de uma sociologia interessada em observar o futuro da sociedade mundial funcionalmente diferenciada, no caso desta tese relacionada às operações do direito, a síndrome deve ser relativizada – nem tanto à Cassandra, nem tanto ao Heleno.

O que importa é observar o modo como a sociedade e os subsistemas veem-se a partir dos seus respectivos entendimentos, compreendendo suas permanências e rupturas sem excluírem-se mutuamente.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

*A tese incluiu nestas referências bibliográficas o ano da edição utilizada e na sequência, quando possível, entre colchetes, o ano original da edição da obra ou da primeira publicação em periódico.*

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano**: Fundamentos do Direito Constitucional, trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 [1991].
- ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a política no Brasil: permanências, deslocamentos e reposicionamentos. **Lua Nova**, v. 1, 2016, pp. 213-250.
- AMATO, Lucas Fucci. **Imaginação constitucional**: direitos humanos, cultura e desenvolvimento em Luhmann e Unger. 2017. 419 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- AMSDEN, Alice. **The Rise of “The Rest”**: Challenges to the West from Late-Industrializing Economies. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- ANGELELLI, Gustavo. **História do direito**: tempos do sistema jurídico. Curitiba: Juruá, 2017.
- ARANTES, Otilia Beatriz Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. **Sentido da formação**: Três estudos sobre Antônio Cândido, Gilda de Mello e Souza e Lúcio Costa. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- ARANTES, Rogério. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré, 1997.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. O pragmatismo pode ser identificado com o utilitarismo? **12º Encontro Internacional sobre Pragmatismo**. São Paulo: Centro de Estudos do Pragmatismo, v. 1. 2009, pp. 34-35. Disponível em: <<http://www.gtpragmatismo.com.br/redescricoes/redescricoes/memoria/ines.pdf>>. Acesso em 12 jan. de 2016.
- ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil**: Uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Poder Não é Querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas/Jus**, v. 25, 2014, pp. 25-45.

- ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais consequencialistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais**. 2006. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- \_\_\_\_\_. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. **Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005, pp.01-20.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 2, 2016, pp. 405-440.
- ARIDA, Pérsio et al. Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: GIAVAZZI, F. et al. **Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003**. Cambridge, MA:MIT Press, 2005.
- ARISTÓTELES. **Da Interpretação**, trad. José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: Editora Unesp, 2013.
- ARRUDA, Thais Nunes. **Direito e objetividade: a viabilidade do projeto de naturalização da teoria do direito de Brian Leiter**. 2015. 391 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo 2015.
- ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões**. 2015. Disponível em: < <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2015/12/Pesquisa-PDF.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões**. 2005. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2016.
- AYER, Alfred Jules. **The origins of pragmatism**. Glasgow: Macmillan, 1968.
- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento**, trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2005 [1943].
- BACHUR, João Paulo; DUTRA, Roberto (Orgs.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: UFMG, 2013.
- BAECKER, Dirk. Prefácio a la edición española. In: LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedade**, trad. Aldo Mascareño. Mexico: Herder, 2017, pp. 55-69.

- BAECKER, Dirk. The Culture Form of Crisis. In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto; KJAER, Poul. **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp.173-180.
- \_\_\_\_\_. The Form of the Firm. **Organization: The Critical Journal on Organization, Theory and Society**, Vol. 13, 2006, pp. 109-142.
- BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007 [2001].
- \_\_\_\_\_. How Does It Feel To Be On Your Own? The Person in the Sight of Autopoiesis. **Ratio Juris**, 1994, pp 254-266.
- BARBOSA, Samuel Rodrigues. Constituição, democracia e indeterminação social do direito. **Novos Estudos Cebrap**, v. 96, 2013, pp. 33-46.
- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Constitutional design and the Brazilian judicial review: remarks about strong and weak-form review in the Brazilian Federal Supreme Court. **Revista Opinião Jurídica**, 2017, pp. 180-206.
- \_\_\_\_\_. Consequencialismo e o argumento econômico em juízo: estudo sobre a utilização do argumento do risco sistêmico dos planos econômicos na ADPF 165. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, v. 8, 2014a, pp. 1-24.
- \_\_\_\_\_. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação**. 2014. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo. 2014b.
- \_\_\_\_\_; BASTOS, Marina Montes. O discurso jurídico das cortes brasileiras e a preocupação com a clareza: um estudo acerca do uso dos termos jurídicos. **Direito e Democracia (ULBRA)**, v. 14, 2013, pp. 30-50.
- \_\_\_\_\_; LANGENEGGER, Natalia. Crítica à estrutura do Supremo Tribunal Federal por meio da teoria da agência: repensando a racionalidade da corte. **XXI Congresso Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito**. Niterói. Teoria e História do Direito Constitucional, 2012, pp. 396-420. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=322f62469c5e3c7d>>. Acesso em 17 nov. de 2016.

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, 2010, pp. 3-41.
- BENNETT MOSES, Lyria; CHAN, Janet. Using Big Data for Legal and Law Enforcement Decisions: Testing the New Tools. **University of New South Wales Law Journal**, Vol. 37, No. 2, 2014, pp. 643-678.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1979 [1789].
- BENGOETXEA, Joxerramon. Reasoning from Consequences from Luxembourg. KOCH, Henning et al. (eds.). **The New Legal Realism**, Djøf Publishing, Copenhagen, 2010, pp. 39-56.
- \_\_\_\_\_. Una defensa del consecuencialismo en el derecho. **Telos - Revista Iberoamericana de estudios utilitaristas**, vol. 2, pp. 31-68, 1993.
- BESIO, Cristina; MEYER, Uli. Heterogeneity in World Society: How Organizations Handle Contradicting Logics. In: HOLZER, Boris; WERRON, Tobias; KASTNER, Fatima. **From Globalization to World Society: Neo Institutional and Systems-Theoretical Perspectives**. New York: Routledge, 2015, pp. 237-257.
- BIAZEVIC, Juan Paulo Haye. **O raciocínio jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre Legal Reasoning and Legal Theory e Rhetoric and the Rule of Law**. 2016. 255f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: Edipro, 2005 [1958].
- \_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 [1992].
- BORA, Alfons. Capacidade de lidar com o futuro e responsabilidade por inovações – para o trato social com a temporalidade complexa. SCHWARTZ, Germano. **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 127-145.
- \_\_\_\_\_. Technoscientific Normativity and the “Iron Cage” of Law. **Science, Technology and Human Values**, vol. 35, n. 1, 2010, pp. 3-28.

- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 19.711, de 18 de fevereiro de 1931.** Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19711-18-fevereiro-1931-517595-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 17 jan. 2017.
- BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015.** Relator Antonio Anastasia. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664> >. Acesso em 07 jun. 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 19/DF.** Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012.
- \_\_\_\_\_. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 9/DF.** Plenário. Rel. para acórdão Min. Ellen Gracie, j. 23.04.2001.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF.** Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2015.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4568/DF.** Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29.03.2012.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4432/PR.** Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.04.2011.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF.** Plenário. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 29.05.2008.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1348/RJ.** Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 06.03.2008.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1439/DF.** Plenário. Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.05.2003.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2396/MS.** Plenário. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01.08.2001.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2358/RJ.** Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.02.2001.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 234/RJ.** Plenário. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 09.05.1997.

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 493/DF**. Plenário. Rel. Min. Moreira Alves, j. 04.09.1992.
- \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015.
- \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF**. Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.06.2009.
- \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 363889/DF**. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.06.2011.
- \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 141190/RJ**. Plenário. Rel. para acórdão Min. Nelson Jobim, j. 26.05.2006
- \_\_\_\_\_. **Suspensão de Tutela Antecipada 185/DF**. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.12.2007.
- BRAUDEL, Fernand. História e Ciências sociais: a longa duração. **Revista de História**, São Paulo, v. 30, n. 62, 1965 [1958], pp. 261-294.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial e legitimação do estado social. **Revista Brasileira de Administração Pública**, v. 51, 2017, pp. 147-156.
- \_\_\_\_\_. **Desenvolvimento e Crise no Brasil: História, Economia e Política de Getúlio Vargas a Lula**. São Paulo: Editora 34, 2003.
- BRINK, David O. Legal Interpretation, Objectivity and Morality. In: LEITER, Brian (Ed.). **Objectivity in Law and Morals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 12-65.
- BRINKLEY, Alan. **The Unfinished Nation: A concise history of the United States**, New York: McGraw Hill, 2004.
- BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, 2016, pp. 346-388.
- CABRAL, Patrícia; MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE. **Revista da Defesa da Concorrência**, v. 4, 2016, pp 57-94.
- CALABRESI, Guido. Il futuro dell'analisi econômica del diritto. **Sociologia del diritto**. n. 1-2, 1990.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Prefácio. In: ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: Uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 [2011].
- \_\_\_\_\_. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002 [2000].
- \_\_\_\_\_; DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo. Opinião. Estado de coisas inconstitucional. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 30 out. 2015.
- CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação, método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social** - Ensaios traduzidos. São Paulo: Saraiva, 2016.
- \_\_\_\_\_; LADEUR, Karl-Heinz. Entre teorias e espantalhos? Deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação, método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social** - Ensaios traduzidos. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97-122.
- CARBONELL, Flavia. Reasoning by consequences: applying different argumentation structures to the analysis of consequentialist reasoning in judicial decisions. In: DAHLMAN, Christian; FETERIS, Eveline (Eds.). **Legal argumentation theory: cross-disciplinary perspectives**. Berlin: Springer, 2013, pp. 1-19.
- CARIELLO, Rafael. À procura de Leff. **Revista Piauí**, 2016. Disponível em <<http://piaui.folha.uol.com.br/materia/a-procura-de-leff/>>. Acesso em 30 ago 2016.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- \_\_\_\_\_. Dreams come untrue. **Daedalus**, Cambridge, Mass, v. 129, n.2, 2000, pp. 57-82.
- CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. **Retórica e consistência no direito: Fundamentos para uma teoria do direito de inspiração luhmanniana**. 181 fls. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- CHASIN, Ana Carolina da Matta. **A assimilação da arbitragem no Brasil: disputas em torno da constituição de uma justiça extraestatal**. 198 f. Tese (Doutorado em

- Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação**. São Leopoldo: Unisinos, 2006 [2004].
- COASE, Ronald. O Problema do Custo Social. In: **Direito e Economia - Textos Escolhidos**, Bruno Meyerhof Salama (org.). São Paulo: Saraiva, 2010 [1960], pp. 59-112.
- COMELLA, Víctor. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism. **Texas Law Review**, v. 82, 2004, pp. 1705-1736.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/#/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 22 mar. 2015.
- CONSTABLE, Marianne. **Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law**. Princeton: University Press, 2008.
- CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana; Guadalajara: Iteso; Barcelona: Anthropos, 1996.
- COSTA, Emília Viotti da. **STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. Capacidades Estatais no Programa Bolsa Família: o desafio de consolidação do Sistema Único da Assistência Social. **Texto para Discussão IPEA**. Brasília, v. 1, 2013, pp. 1-50,  
\_\_\_\_\_; VOJVODIC, Adriana. (Coords.). **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros, 2009.
- COUTO, Cláudio; ARANTES, Rogério. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** (Impresso), v. 21, 2006, pp. 41-62.



- CSERNE, Peter. Consequence-based arguments in legal reasoning: a jurisprudential preface to law and economics. In: MATHIS, Klaus. (Ed.). **Efficiency, sustainability and justice for future generations**, Berlin: Springer, pp. 31-54, 2012.
- CUNHA, Luciana; ALMEIDA, Frederico de. Justiça e desenvolvimento econômico na Reforma do Judiciário brasileiro. In: SHAPIRO, Mario; TRUBEK, David. **Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 361-386.
- DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do direito e legitimação**: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Tradução de Pedro Jimenez Cortisano. Curitiba: Juruá, 2017 [1979].
- \_\_\_\_\_. A investigação sociologia do direito na teoria dos sistemas. **Direito UnB**, v.02, n. 02, 2016, pp. 103-119.
- \_\_\_\_\_. O risco na sociedade contemporânea. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 9, n. 1, jun. 2008 [2006], p. 37-49.
- \_\_\_\_\_. Sobre o Direito Kafka, Dürremat e a idéia de Luhmann sobre o Camelo, tradução de Virgílio de Mattos. **Veredas do Direito**, n. 7, 2007, pp. 29-43.
- DEWEY, John. **Reconstruction in philosophy**. New York: Dover Publications, 2004 [1919].
- \_\_\_\_\_. Logical Method and Law. **Cornell Law Review**, vol. 10, 1924. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol10/iss1/2>>. Acesso em: 14 fev. de 2016.
- DIAS, Juliana Melo; HERDY, Rachel. Probabilismo jurídico: o fetiche pelos números no direito. In: VIEIRA, José Ribas; LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina; MARQUES, Gabriel Lima. (Orgs.). **Democracia e suas instituições**. Rio de Janeiro: Imo's, v. 1, 2014, pp. 23-36.
- DIMOULIS, Dmitri. A Constituição interpretada sem regras. In: FALCÃO, Joaquim et al. (Org.). **Onze Supremos**. O Supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento, v. 1, 2017, pp. 63-65.
- DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. Costs and Benefits of Neoliberalism: A Class Analysis. In: EPSTEIN, Gerald (ed.). **Financialization and the World Economy**. Aldershot: Edward Elgar, 2005. Disponível em: <[http://www.peri.umass.edu/fileadmin/pdf/financal/fin\\_dumenil.pdf](http://www.peri.umass.edu/fileadmin/pdf/financal/fin_dumenil.pdf)>. Acesso em 07 jun. de 2016.

- DUTRA, Roberto Torres. Diferenciação funcional e a sociologia da modernidade brasileira. **Política & Sociedade** (Online), v. 15, 2016, pp. 77-109.
- \_\_\_\_\_; CAMPOS, Mauro Macedo. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. **Conexão Política**, v. 2, 2014, pp. 11-47.
- DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2010 [2006].
- \_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999 [1986].
- EHRlich, Eugen. **Fundamental principles of the sociology of law**. New Jersey: New Brunswick, 2009 [1913].
- EINSENSTAD, Shmuel Noah. Multiples modernities. **Daedalus**, v. 129, n. 1, pp. 1-29, 2000. Disponível em: <[http://www.havenscenter.org/files/Eisenstadt2000\\_MultipleModernities.pdf](http://www.havenscenter.org/files/Eisenstadt2000_MultipleModernities.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- ELMAUER, Douglas. **O direito na teoria crítica dos sistemas**: da justiça autossubversiva à crítica imanente do direito. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- ELSTER, Jon. **Explaining Social Behavior**: More Nuts and Bolts for the Social Sciences. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. The Economic Analysis of Judicial Behavior. In: EPSTEIN, Lee; LINDQUIST, Stefanie (eds.). **The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior**. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 320-339. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/EconAnalysis.pdf>> Acesso em: 12 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_; MARTIN, Andrew. Quantitative Approaches to Empirical Legal Research. In: CANE, Peter; KRITZER, Hebert (eds.). **The Oxford Handbook on Empirical Legal Studies**. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 901-925.
- ESQUIROL, Jorge. The Failed Law of Latin America. **The American Journal of Comparative Law**, 2008, pp. 75-124.
- FARIA, José Eduardo. O Supremo e o ativismo. **O Estado de S. Paulo**. 11 março 2017. Disponível em: <<http://opiniaio.estadao.com.br/noticias/geral,o-supremo-e-o-ativismo-judicial,70001695353>>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. In CAMPILONGO, Celso. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. ix-xv.

- FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FALCÃO, Joaquim. Eike, Lava-Jato e Mercado. **Correio Braziliense**. 15 fevereiro 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ovgZ0kZ1--kJ:joaquimfalcao.com.br/2017/02/15/eike-lava-jato-e-mercado/+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 18 fev. de 2017.
- \_\_\_\_\_. O Supremo, a Incerteza Judicial e a Insegurança Jurídica. **Journal of Democracy**, N° 2, 2016, pp. 79-97.
- \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a Agenda Pública Nacional: de Outro Desconhecido a Supremo Protagonista? **Lua Nova**, v. 88, 2012, pp. 429-469.
- FALCÃO, Joaquim et al. **Onze Supremos: O Supremo em 2016**. 1. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- FALCÃO, Joaquim et al. **I Relatório supremo em números: o múltiplo supremo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011.
- FERRAZ, Octavio. Between Activism and Deference: Social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. In: GARCÍA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy (eds). **Social & Economic Rights in Theory and Practice: A Critical Assessment**. New York: Routledge, 2014, pp. 121-137.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. São Paulo: Editora Atlas, 2016.
- \_\_\_\_\_. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Argumentação jurídica**. Barueri, SP: Manole, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático** [sem data]. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>>. Acesso em 12 dez. de 2017.
- \_\_\_\_\_. Discussão. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (orgs.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr.** Cadernos de Direito FGV. São Paulo. v.7 n° 3, mai. 2010, pp. 13-22.
- \_\_\_\_\_. Hermenêutica constitucional: interpretação de bloqueio e de legitimação. In FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito constitucional: Liberdade de Fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e Outros Temas**. Barueri, SP: Manole, 2007, pp.3-17.

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. A filosofia do direito no Brasil. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, vol. XLV, Fasc. 197, 2000, pp. 12-30.
- \_\_\_\_\_; MARANHÃO, Juliano. Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, pp. 273-318, 2007.
- FERREIRA, Adriano de Assis. **Advocacia em ebulição**: A Ordem, o advogado e o profissionalismo [Kindle Edition], 2016.
- FETERIS, Eveline. The rational reconstruction of weighing and balancing on the basis of teleological-evaluative considerations in the justifications of judicial decisions. **Ratio Juris** 21(4), 2008, pp 481-495.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos de la argumentación jurídica**: revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales. trad. Alberto Supelano. Universidad Externado de Colombia, 2007 [1999].
- \_\_\_\_\_. The rational reconstruction of argumentation referring to consequences and purposes in the application of legal rules: a pragma-dialectical perspective. **Argumentation**, vol. 19, 2005, pp. 459-470.
- \_\_\_\_\_; KLOOSTERHUIS, Harm. The analysis and evaluation of legal argumentation: approaches from legal theory and argumentation theory. **Studies in Logic, Grammar and Rhetoric**, 16 (29), 2009, pp 307-33.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. **Força de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 [2013].
- \_\_\_\_\_. A teoria crítica dos sistemas da escola de Frankfurt. **Novos Estudos CEBRAP** [online]. 2010 [2009], pp. 163-177.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; MOLLER, Kolja. **Luta pelos Direitos Sociais Globais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 [2012].
- \_\_\_\_\_. (eds.) **Transnationalisation of Social Rights**. Cambridge: Intersentia, 2016.
- FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. Gloucester, Mass: Peter Smith, 1970 [1930].
- FRIZZO-BARKER, Julie et al. An empirical study of the rise of big data in business scholarship. **International Journal of Information Management**, pp. 403-413, 2016.

- FUCHS, Christian. **Internet and Society: Social Theory in the Information Age**. New York: Routledge, 2007.
- FONSECA, Gabriel Ferreira da. **A interpretação jurídica no Estado Regulador: da legislação racional à administração/jurisdição eficiente**. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS DE SÃO PAULO – FGV DIREITO SP. **Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil**, 2017. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/R elatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/R elatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 17 de nov. de 2017.
- GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo norte-americano no direito constitucional brasileiro**. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- GARDBAUM, Stephen. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies? **Columbia Journal of Transnational Law**, United States, v. 53, n. 2, 2015, pp. 285- 320.
- \_\_\_\_\_. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- GIANNOTTI, José Arthur. Habermas: mão e contramão. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 31, 1991, pp. 7-23.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. Pós-colonialismo e teoria dos sistemas: notas para uma agenda de pesquisa sobre o direito. In: BACHUR, João Paulo; DUTRA, Roberto (Orgs.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: UFMG, 2013a, p. 249-277.
- \_\_\_\_\_. **Direito entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.
- \_\_\_\_\_; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. **The Power of Judges: A comparative study of courts and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa: limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas. In: SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; MARQUES

- NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, pp. 205-237.
- HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015.
- HAACK, Susan. O crescimento do significado e os limites do formalismo: perspectivas pragmatistas na ciência e no direito. tradução Rachel Herdy. In RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pp. 117-140.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vols. I e II. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003 [1992].
- HART, Herbert L. A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (coord.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia: H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 [1977]. pp. 137-161.
- \_\_\_\_\_. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994 [1961].
- \_\_\_\_\_. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, 71 1958, pp. 593-629.
- HART, Herbert L. A; HONORÉ, Tony. **Causation in the Law**. Oxford: Oxford University Press, 1985 [1959].
- HARVARD LAW REVIEW. **Statutory interpretation: Republic of Argentina V. NML Capital**. Vol. 128: 381, 2014, pp 381-390. Disponível em:<[http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/11/Republic\\_of\\_argentina\\_v\\_NML\\_capital.pdf](http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/11/Republic_of_argentina_v_NML_capital.pdf)> Acesso em: 02 de fev. de 2016.
- HAYEK, Frederich. **Individualism and Economic Order**. Chicago: University of Chicago Press, 1958 [1948].
- HENSEL, Isabell; TEUBNER, Günther. **Horizontal Constitutional Rights as Conflict of Laws Rules: How Transnational Pharmagroups Manipulate Scientific Publications**, 2014. Disponível em:< <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2432632>> Acesso em: 02 de nov. de 2016.
- HERDY, Rachel. Quando a ciência está em jogo, a democracia não importa. In: FALCÃO, Joaquim et al. (org.). **Onze supremos: o supremo em 2016**. 1ed. Belo Horizonte: Letramento, 2017, v. 1, pp. 46-47.

- HERDY, Rachel. The Epistemic Dependence of Judicial Decision-Makers. In: TAEKEMA, Sanne; VAN KLINK, Bart; DE BEEN, Wouter. (orgs.). **Facts and Norms in Law: Interdisciplinary Reflections on Legal Method**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2016, pp. 82-99.
- HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Barnes and Nobel, 1881  
\_\_\_\_\_. The path of the Law. **Harvard Law Review**, v. 10, 1897, pp. 457-478.
- HOLZER, Boris; WERRON, Tobias; KASTNER, Fatima. **From Globalization to World Society: Neo Institutional and Systems-Theoretical Perspectives**. New York: Routledge, 2015.
- HOMERO. **Íliada**. Tradução de Frederico de Lourenço. Lisboa: Livros Cotovia. 2005 [700a.C.].
- HONNETH, Axel. **Pathologies of Reason: On the Legacy of Critical Theory**. New York: Columbia University Press, 2009.
- HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. São Paulo: Unesp, 2003 [1748].
- IANNI, Octavio. **Estado e Planejamento Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991.
- JAERGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. Tradução de Artur Perreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003 [1943].
- JAMES, William. **O pragmatismo: um nome novo para algumas formas antigas de pensar**. trad. Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1997 [1907].
- JUNG, Courtney et al. Economic and Social Rights in National Constitutions. **American Journal of Comparative Law**, 62:4, 2014, pp 1043-1098.
- KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Barbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. **Anuário Antropológico**, v. 39, 2014 pp. 9-37.
- KAPISZEWSKI, Diana et al. **Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective**. Cambridge : Cambridge University Press, 2013.
- KELLEY, Patrick. Holmes, Langdell and Formalism. **Ratio Juris**, vol. 15, 2002, pp. 26-51.

- KENNEDY, David. **A world of struggle**: how power, law and expertise shape global political economy. United Kingdom: Princeton University Press, 2016.
- KJAER, Poul. Systems in context: on the outcome of the Habermas/Luhmann- Debate. **Ancilla Iuris**, 2006, pp. 66-77.
- KORNHAUSER, Lewis. The Great Image of Authority. **Stanford Law Review**, v. 36, Critical Legal Studies Symposium, 1984, pp. 349-389.
- \_\_\_\_\_; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. **California Law Review**, n.91, 1993, pp. 1-51.
- KOCH, Martin. From International to World Organizarions. In: HOLZER, Boris; WERRON, Tobias; KASTNER, Fatima. **From Globalization to World Society: Neo Institutional and Systems-Theoretical Perspectives**. New York: Routledge, 2015, pp. 279-302.
- KOERNER, Andrei. O debate sobre a Reforma do Judiciário. **Novos Estudos Cebrap**, n. 54, São Paulo, jul. 1999, pp. 11-26.
- KRECKÉ, Elisabeth. Economic analysis and legal pragmatism. **International Review of Law and Economics**, vol. 23. 2004, pp 421-437.
- KURTZ, Paul. **Filosofia norteamericana en el siglo veinte**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1972.
- LADÉUR, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais – apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação, método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social** - Ensaios traduzidos. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 133-224.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos (org.). **Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.
- LEITER, Brian. Explaining Theoretical Disagreement. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 76, 2009, pp. 1215-1250.
- \_\_\_\_\_. **Naturalizing Jurisprudence: essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2007.



- LIMA, Fernando Rister de Souza. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.
- LIMA, Ticiania Nogueira. **O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira**. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009
- LLEWELLYN, Karl. **The theory of rules**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.
- \_\_\_\_\_. On the good, the true, the beautiful, in Law. **Jurisprudence**. 2 ed. Chicago; Londres: The University of Chicago Press, 1971.
- \_\_\_\_\_. **The Bramble Bush**: on our law and its study. Columbia, 1930.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito e economia: os caminhos do debate. In: LIMA, Maria Lúcia (Org.). **Agenda contemporânea: direito e economia - 30 anos de Brasil**. São Paulo, SP: Saraiva, 2012, v. 1, pp. 231-260.
- \_\_\_\_\_. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.
- LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução Aldo Mascareño. Mexico: Herder, 2017 [1988].
- \_\_\_\_\_. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016 [1993].
- \_\_\_\_\_. Communication about law in interaction systems. In KNORR-CETINA, K.; CICOUREL, A.V. **Advances in Social Theory and Methodology**: towards an integration of micro and macro sociologies. New York: Routledge, 2015 [1980], pp. 234-256.
- \_\_\_\_\_. **La moral de la sociedad**. Tradução de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2010 [1996].
- \_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007a [1997].
- \_\_\_\_\_. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 2007b [1987].
- \_\_\_\_\_. **Risk: a sociological theory**. Tradução de Rhodes Barrett. New York: Gruyter, 2006 [1991].
- \_\_\_\_\_. Iluminismo sociológico. Tradução de Artur Mourão. In: SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Corvilhã: Universidade da Beira Interior, 2005a [1967], pp.19-70.

- LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. In: LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. México: Athropos, 2005b [1978], pp. 01-98.
- \_\_\_\_\_. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. Tradução de Dalmir Lopes Junior. In: ARNAUD, André- Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004 [1984], pp. 37-107.
- \_\_\_\_\_. Causalidad nel Sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. **Ridescrevere la questione meridionale**. Lecce: Pensa Multimedia Editore, 1998 [1995], pp.91-121.
- \_\_\_\_\_. Globalization or world society: how to conceive of modern society? International Review of Sociology: Revue Internationale de Sociologie, Roma, vol. 7, n. 1, pp. 67-79, 1997a.
- \_\_\_\_\_. Entrevista realizada no dia 5.9.1994 em Foz do Iguaçu, PR. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997b, pp. 104-106.
- \_\_\_\_\_. **La ciencia de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Mexico D.F.: Athropos, 1996 [1990].
- \_\_\_\_\_. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Stanford : Stanford University Press, 1995a [1984].
- \_\_\_\_\_. Legal Argumentation: An Analysis of its Form. **The Modern Law Review**, vol. 58, 1995b.
- \_\_\_\_\_. What is the case? and What lies behind it? The two sociologies and the theory of society. Tradução de Stephen Fuchs. **Sociological Theory**, Vol. 12, nº. 2, 1994 [1993], pp 126-139.
- \_\_\_\_\_. The code of the moral. Tradução de Jonathan Feldstein, Arthur J. Jacobson e Gabriel Motzkin. **Cardozo Law Review**, New York, vol. 14, 1993c [1992], pp. 995-1009.
- \_\_\_\_\_. **Poder**. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: UNB, 1985 [1975].
- \_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito**. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983a [1972].

- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. v. II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b [1972].
- \_\_\_\_\_. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1983c [1974].
- \_\_\_\_\_. **Fin y racionalidad en los sistemas**: sobre la función de los fines em los sistemas sociales. Tradução de Jaime Nicolás Muñiz. Madrid. Editora Nacional, 1982 [1968].
- \_\_\_\_\_. The future cannot begin: temporal structures in modern society. **Social Research**, New York, vol. 43, n. 1, 1976, pp. 130-152.
- MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In MACEDO JR., Ronaldo Porto. (org). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 31-44.
- \_\_\_\_\_. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Institutions of law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1978].
- \_\_\_\_\_. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. **New York University Law Review**, vol. 58, n. 2, mai. 1983, pp. 239-58.
- MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e direito: uma relação entre iguais. In: LIMA, Maria Lucia. (org.). **Direito e economia 30 anos de Brasil - Tomo 1**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v. 1, pp. 213-229.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_; PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. Remarks on the Philosophy of Law in Brazil in the Twentieth Century. **Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, v. 8, 2014, pp. 179-224.
- \_\_\_\_\_; Posner e a Análise Econômica do Direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Maria Lucia. (org.). **Direito e economia 30 anos de Brasil - Tomo 1**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v. 1, pp. 260-281.

- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- MASCAREÑO, Aldo. La incompletitud de la autopoiesis. Irritación, codificación y crisis. **Metapolítica** 20, 2016, pp. 1-17.
- MASCAREÑO, Aldo; CARVAJAL, Fabiola. The different faces of inclusion and exclusion. **CEPAL Review**, Vol. 2015/116, 2016.
- MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo. (org.). **Epistemologias críticas do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. 1, p. 209-250.
- MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder**: when the rule of law is illegal. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.
- MENDES, Conrado Hübner. Onze Ilhas. **Folha de São Paulo**: Tendências e Debates, São Paulo, 01 fev. de 2010, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>> . Acesso em: 03 jun. 2015.
- MENDONÇA, Heloisa. Brasil vive entre a euforia do mercado e a realidade de milhões de desempregados. **El País Brasil**, 24 de fev. de 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/21/economia/1487704225\\_788947.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/21/economia/1487704225_788947.html)>. Acesso em 04 abr 2017.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law**: From Posner to Post-Modernism. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MINHOTO, Laurindo Dias; GONÇALVES, Guilherme Leite. Nova ideologia alemã? A teoria social envenenada de Niklas Luhmann. **Tempo Social**, v. 27, 2015, pp. 21-43.
- MIOLA, Iagê Zendron. Direito da concorrência e neoliberalismo: a regulação da concentração econômica no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, 2016, pp.643-689.

- MORAES, Ariane Cintra Lemos de. **A expectativa da norma programática**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MORAES, Lafayette; ALVES, Carlos Roberto Teixeira. A modalidade a respeito dos futuros contingentes em Aristóteles, De Interpretatione 9. **Cognitio (PUCSP)**, v. 10, 2009, pp. 243-266.
- MORAES, Maria Cecília Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado (São Paulo)**, v. 56, 2013, pp. 11-30.
- MUÑOZ, Alberto Alonso. **Transformações na Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- NAGLE, Luz Estella. The Cinderella of Government: Judicial Reform in Latin America. **California Western International Law Journal**, vol. 30, n. 2, 2000, pp. 345-37.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [2000].
- \_\_\_\_\_. Pesquisa Interdisciplinar no Brasil: O Paradoxo da Interdisciplinaridade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, 2005, pp. 207-214.
- \_\_\_\_\_. Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil. In: FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister; PUGLIESI, Márcio. (org.). **Sociologia do direito: teoria e práxis**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015, pp. 281-316.
- NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 82, 2008, pp. 97-106.
- \_\_\_\_\_; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos CEBRAP**, 2011, pp. 05-20.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci. O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo. **Cadernos Adenauer**, v. 1, 2017, pp. 125-148.
- \_\_\_\_\_. Agenda Suprema – interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Tempo Social**, Brasil, v. 28, n. 1, 2016, pp. 105-133.

- OLIVEIRA, Fabiana Luci. O Supremo Tribunal Federal no Processo de Transição Democrática: Uma Análise de Conteúdos dos Jornais Folha de S. Paulo e O Estado de S. Paulo. **Revista de Sociologia Política**, 22. Jun. 2004, pp. 101-117.
- PAIVA, Grazielle Alburquerque Moura. **A reforma do judiciário no Brasil**: o processo político de tramitação da emenda 45. 154 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) - Universidade Estadual do Ceará, Ceará 2012.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discrecionariiedade e apreciação técnica da administração. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, 2003, pp. 217-268.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996 [1952].
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998 [1976].
- PERROW, Charles. A society of organizations. **Theory & Society**, v. 20, 1991, pp. 725-762.
- PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.
- POGREBINSCHI, Thamy. A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 247, 2008, pp. 181-193.
- POSNER, Richard. **How Judges Think**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. **The problems of jurisprudence**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993 [1990].
- POUND, Roscoe. Introduction. In: EHRLICH, Eugen. **Fundamental principles of the sociology of law**. New Jersey: New Brunswick, 2009, pp. xi-xviii,
- \_\_\_\_\_. The scope and purpose of sociological jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. XXV, 191, pp. 140-168.
- PRADO, Mariana Mota; CHASIN, Ana Carolina da Matta. How Innovative was the Poupatempo Experience in Brazil? Institutional Bypass as a New Form of Institutional Change. **Brazilian political science review**, v. 5, 2011, pp. 11-34.

- PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. Using Institutional Multiplicity to Address Corruption as a Collective Action Problem: Lessons from the Brazilian Case. **Quarterly Review of Economics and Finance**, Vol. 62, 2016, pp. 56-65.
- PRADO JR., Caio Prado. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011[1942].
- RAMOS, Luiz Felipe Rosa. **Por trás dos casos difíceis: a dogmática jurídica e o paradoxo da decisão indecível**. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, 2017, pp. 213-238.
- RICUPERO, Bernardo. Da formação à forma: ainda as “ideias fora do lugar”. **Lua Nova**, n.73, 2008, pp.59-69.
- ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4, 2012, pp. 193-213.
- RODRIGUES, Henrique Estrada. Lévi-Strauss, Braudel e o tempo dos historiadores. **Revista Brasileira de História**. vol.29, 2009, pp.165-186.
- RODRIGUEZ, Caio Farah. **Juízo e imaginação: da indeterminação jurídica à inovação institucional**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de coisas surreal. **Jota**. 25 set de 2015. Disponível em:<<https://jota.info/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>>. Acessado em 12 dez. de 2015.
- \_\_\_\_\_. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Fuga do Direito**. Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. et al. **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica** (1ª ed). São Paulo: Saraiva, 2012.
- SADEK, Maria Tereza (coord). **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- \_\_\_\_\_. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista de Estudos Avançados**, v.18, n.51, São Paulo, maio/ago. 2004, pp. 79-101.

- SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério. Introdução. In: SADEK, Maria Tereza (org.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, pp.7-21.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lucia. (org.). **Direito e economia 30 anos de Brasil** - Tomo 1. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v. 1, pp. 284-321.
- \_\_\_\_\_. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Caderno Direito GV**, n. 22, 2008. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/interna.aspx?PagId=HTKCNKWI&IDCategory=4&IDSubCategory=139>>. Acesso em: 15 de março de 2015.
- \_\_\_\_\_; PARGENDLER, Mariana. Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, 2013, pp. 95-144.
- SCHAFER, Burkhard. A Logical Journey: The Anxiety of the Lesniewski Quantifiers. In: DEL MAR, Maksymilian; MICHELON JR., Cláudio (ed.) **The Anxiety of the Jurist**. Ashgate Publishing, 2013, pp. 277-298.
- \_\_\_\_\_; BAŃKOWSKI, Zenon Double-click Justice: Legalism in the Computer Age. **Legisprudence**, vol 1, 2007 p. 31-49
- SCHAPIRO, Mario; MARINHO, Sarah. Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência? **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, 2016, pp. 273-299.
- SCHAUER, Frederick. Formalismo. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 65-116
- \_\_\_\_\_. **Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. Introduction. In: LLEWELLYN, Karl. **The theory of rules**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, pp. 1-28
- SCHECAIRA, Fabio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. (org.). **Direito e**



- interpretação:** racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 383-418.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando. Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo. A Autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 1, 2007, pp. 96-127.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando et al. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 1, 2006, pp. 79-112.
- SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Traduzido por Ruy Jungmann). Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 2013.
- SCHWARZ, Roberto. **Sequências brasileiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SCOCUGLIA, Livia. Ministro Barroso propõe limitar reconhecimento de repercussão geral. **Consultor Jurídico**. 26 ago. de 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>>. Acessado em 16 dez 2015.
- SEPÚLVEDA, Antônio Guimarães; BARBOSA, Carolina Almeida. O falacioso monopólio da última palavra. **Quaestio Iuris**, vol. 10, n. 3, 2017, pp. 1349-1369.
- SINHORETTO, Jacqueline; ALMEIDA, Frederico de. Reforma do Judiciário: entre legitimidade e eficiência. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. (org.). **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, pp. 197-218.
- SMART, John Jamieson Carswell; BERNARD, Williams. **Utilitarianism: for and against**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- SOUZA, Jessé. Niklas Luhmann, Marcelo Neves e o “culturalismo cibernético” da moderna teoria sistêmica. In: BACHUR, J. P.; DUTRA, R. (org.). **Dossiê Niklas Luhmann**. 1ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, pp. 149-182.
- STICHWEH, Rudolf. Comparing Systems Theory and Sociological Neo-Institutionalism: Explaining Functional Differentiation. In: HOLZER, Boris; WERRON, Tobias; KASTNER, Fatima. **From Globalization to World Society: Neo Institutional and Systems-Theoretical Perspectives**. New York: Routledge, 2015, pp. 23-36
- \_\_\_\_\_. Towards a General Theory of Function System Crises. In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto; KJAER, Poul. **The financial crisis in constitutional**

- perspective**: the dark side of functional differentiation. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp.43-60.
- STRUCHINER, Noel. **Indeterminação e objetividade**. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (org.). **Direito e Interpretação**. Racionalidades e Instituições. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 119-152.
- \_\_\_\_\_; TAVARES, Rodrigo de Souza (org.). **Novas fronteiras da teoria do direito**: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: POD/ Editora PUC-Rio, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A função administrativa no controle dos atos de concentração. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 1, nº 2, p.145-162, 2003.
- SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Republic of Argentina v. NML**, 573 U. S. 2014. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-842\\_5hdk.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-842_5hdk.pdf)> . Acesso em: 27 de jan. de 2016.
- \_\_\_\_\_. **Lochner v. New York**, 198 U.S. 1905. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em: 11 mar. de 2016.
- \_\_\_\_\_. **Dandridge v. Williams**, 397 US 471. 1970. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/471/>>. Acesso em: 18 set. de 2016.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatísticas do STF – Controle Concentrado**, 2017. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC\\_Geral](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC_Geral)>. Acessado em 18 out 2017.
- TAYLOR, Matthew. **Judging Policy**: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados (Rio de Janeiro)**, v. 50, 2007, pp. 229-257.
- \_\_\_\_\_. The Riddle of High Impact, Low Functionality Courts in Brazil. **Revista de Economia Política**, v. 25, n. 4, 2005, pp. 418-438.
- TERRA, Ricardo; NOBRE, Marcos. (orgs.) **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas, São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

- TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. **Tempo Social**, v. 27, n. 2, dez. 2015, pp. 75-101.
- \_\_\_\_\_. Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Direito e Globalização**, 14, 2003, pp. 9-31.
- \_\_\_\_\_. Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg. **Law & Society Review**, vol. 18, n.2, 1984, pp. 291-301.
- TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto; KJAER, Poul. **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**. Oxford: Hart Publishing, 2011
- TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1958].
- TREBILCOCK, Michael; DANIELS, Ronard. **Rule of law reform and development: charting the fragile path of progress**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.
- TRIBE, Lawrence. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. **Harvard Law Review**, vol. 84, n. 6, 1971, pp. 1329-1393.
- TRUBEK, David. Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, jan. 2007 [1972], pp. 151-185
- TUSHNET, Mark. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**. 2006, pp. 1-22.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater task**. London: Verso, 2015.
- \_\_\_\_\_. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Márcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.
- VALLESPÍN, Fernando. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 2007, pp. 9-28.
- VAMPRÉ, Spencer. As leis fundamentais da evolução jurídica. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 34, n. 2, 1938, pp. 103-121.
- VANDERSTRAETEN, Raf. “Technical Knowledge and Instrumental Activism”. In: HOLZER, Boris; WERRON, Tobias; KASTNER, Fatima. **From Globalization to World Society: Neo Institutional and Systems-Theoretical Perspectives**. New York: Routledge, 2015, pp. 177-196

- VERMEULE, Adrian. Collective wisdom and institutional design. In: ELSTER, Jon; LANDEMORE, Hélène (eds.). **Collective wisdom: principles and mechanisms**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 338-367.
- \_\_\_\_\_. **Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- VESTING, Thomas. Vizinhança – Direitos fundamentais e sua teoria na cultura das redes. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação, método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social** - Ensaios traduzidos. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 225-270.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do direito: uma introdução**. Tradução de Gercélia Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, 2008, pp. 441-459.
- \_\_\_\_\_. Que Reforma? **Revista de Estudos Avançados**, v.18, n.51, São Paulo, maio/ago. 2004, pp. 195-207.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. In: FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister; PUGLIESI, Márcio. (org.). **Sociologia do direito: teoria e práxis**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015, pp. 337-366.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes et al. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**. 2009, vol.5, n.1, pp.21-44.
- WAISMANN, Friedrich. Symposium Verifiability. **Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes**, vol. 19, Analysis and Metaphysics, 1945.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, 2006, pp. 1346-1406.
- WANG, Daniel. Right To Health Litigation In Brazil: The Problem And The Institutional Responses. **Human Rights Law Review**, v. 15, 2015, pp. 617-641.

- WEBER, Max. **Economy and society**: an outline of interpretive sociology. Editado por Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978.
- \_\_\_\_\_. **Metodologias das ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2001.
- WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política . **Tempo Social**, v. 19, n. 2, nov. 2007, pp. 39-85,
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision. **Reschtstheorie**, 1974, pp 33-46.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Justification through principles and justification through consequences. In: C. Farrali, C; Pattaro, E. (eds.) **Reason in Law**, Milano: Giuffrè, 1984, pp 129-161.
- \_\_\_\_\_. **The judicial application of the law**. Dordrecht: Kluwer, 1992.
- YOUNG, Katharine G. **Constituting economic and social rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ZANATTA, Rafael. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no Brasil. **Revista dos estudantes de direito da Universidade de Brasília**, v. 10, 2012 pp. 25-53.

## ANEXOS

**Anexo 1** – Amostra da pesquisa (conjunto de ações de controle concentrado de constitucionalidade transitadas em julgado sobre direitos econômicos em 1988 a 2017).

Tipo	Proc.	Ano Ingresso	Ano final	Decisão	Colegiado	Origem	Autor	Requerido	Relator	Controvérsia
ADI	2	1988	1992	Negado seguimento	Majoritária	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Paulo Brossard	Fixação de preços de produtos/serviço
ADI	4	1988	1993	Improcedente	Majoritária	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Sydney Sanches	Regulação da atividade econômica
ADI	8	1988	1996	Negado seguimento	Unânime	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Carlos Velloso	Fixação de preços de produtos/serviço
ADC	9	2001	2001	Procedente	Majoritária	Federal	Presidente da República	Executivo Federal	Ellen Gracie	Regulação da atividade econômica
ADO	16	2011	2012	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Federal	Marco Aurélio	Sistema de consórcios e sorteios
ADO	17	2011	2012	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Federal	Marco Aurélio	Sistema de consórcios e sorteios
ADO	18	2011	2013	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Federal	Roberto Barroso	Proposta orçamentária
ADO	19	2011	2013	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Federal	Roberto Barroso	Proposta orçamentária
ADI	34	1989	1989	Negado seguimento	Unânime	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Octavio Gallotti	Programa de desestatização
ADPF	37	2002	2010	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Dias Toffoli	Proposta orçamentária
ADI	45	2003	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Celso de Mello	Proposta orçamentária
ADPF	45	2003	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Celso de Mello	Proposta orçamentária
ADI	49	1989	2001	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Maurício Correa	Fixação de índice econômico

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	50	1989	1992	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Octavio Gallotti	Programa de desestatização
ADPF	63	2005	2010	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Dias Toffoli	Proposta orçamentária
ADPF	64	2005	2005	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Carlos Velloso	Proposta orçamentária
ADPF	73	2005	2007	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Eros Grau	Proposta orçamentária
ADI	90	1989	1997	Improcedente	Unânime	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Octavio Gallotti	Fixação de preços de produtos/serviço
ADPF	91	2006	2006	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Prefeito Municipal	Legislativo Municipal	Celso de Mello	Proposta orçamentária
ADPF	93	2006	2009	Negado seguimento	Majoritária	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Ricardo Lewandowski	Regulação da atividade econômica
ADI	107	1989	2001	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Nelson Jobim	Regulação da atividade econômica
ADPF	113	2007	2015	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Poder Judiciário	Celso de Mello	Planos econômicos
ADPF	128	2008	2008	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Poder Judiciário	Cezar Peluso	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	133	1989	2006	Negado seguimento	Monocrática	Ministério Público	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Gilmar Mendes	Fixação de índice econômico
ADPF	147	2008	2011	Negado seguimento	Unânime	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Poder Judiciário	Carmen Lucia	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	156	1989	2001	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Néri da Silveira	Fixação de índice econômico
ADI	166	1989	1996	Negado seguimento	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Ilmar Galvão	Operações de crédito
ADI	195	1990	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Nelson Jobim	Regulação da atividade econômica
ADPF	210	2010	2013	Negado seguimento	Unânime	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Conselhos	Teori Zavascki	Regulação da atividade econômica
ADI	211	1990	1990	Negado seguimento	Unânime	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Moreira Alves	Programa de desestatização

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADPF	229	2011	2012	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Poder Judiciário	Ricardo Lewandowski	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	234	1990	1995	Parcialmente procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Néri da Silveira	Programa de desestatização
ADI	252	1990	1997	Negado seguimento	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Moreira Alves	Regulação da atividade econômica
ADI	280	1990	2007	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Francisco Rezek	Regulação da atividade econômica
ADI	287	2013	2014	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Executivo Federal	Dias Toffoli	Regulação da atividade econômica
ADPF	287	2013	2014	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Executivo Federal	Dias Toffoli	Regulação da atividade econômica
ADI	319	1990	1992	Parcialmente procedente	Unânime	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Moreira Alves	Regulação da atividade econômica
ADI	329	1990	2004	Procedente	Unânime	Estadual	Procurador-Geral da República	Legislativo Estadual	Ellen Gracie	Regulação da atividade econômica
ADPF	333	2015	2015	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Poder Judiciário	Carmen Lucia	Consumidor
ADI	334	1990	1993	Negado seguimento	Majoritária	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Moreira Alves	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	357	1990	1997	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Carlos Velloso	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	358	1990	1994	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Carlos Velloso	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	359	1990	1993	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Carlos Velloso	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	360	1990	1990	Negado seguimento	Unânime	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Moreira Alves	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	361	1990	1998	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Marco Aurélio	Regulação da atividade econômica
ADI	384	1990	1997	Negado seguimento	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Moreira Alves	Regulação da atividade econômica
ADI	418	1990	1990	Negado seguimento	Unânime	Federal	Procurador-Geral da República	Executivo Federal	Moreira Alves	Regulação da atividade econômica
ADI	427	1991	1993	Negado seguimento	Monocrática	Federal	OAB	Executivo Federal	Marco Aurélio	Piso salarial/remuneração de categoria profissional



<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	435	1991	1993	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Carlos Velloso	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	473	1991	1998	Negado seguimento	Unânime	Estadual	Procurador-Geral da República	Legislativo Estadual	Néri da Silveira	Programa de desestatização
ADI	477	1991	1999	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Carlos Velloso	Salário mínimo
ADI	485	1991	1991	Negado seguimento	Unânime	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Celio Borja	Programa de desestatização
ADI	493	1991	1992	Procedente	Majoritária	Federal	Procurador-Geral da República	Executivo Federal	Moreira Alves	Fixação de índice econômico
ADI	496	1991	1992	Negado seguimento	Unânime	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Moreira Alves	Fixação de índice econômico
ADI	504	1991	2001	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Procurador-Geral da República	Executivo Federal	Maurício Correa	Regulação da atividade econômica
ADI	534	1991	1992	Negado seguimento	Unânime	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Celso de Mello	Planos econômicos
ADI	562	1991	1998	Negado seguimento	Unânime	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Ilmar Galvão	Programa de desestatização
ADI	586	1991	2000	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Mesa Assembleia	Executivo Federal	Ilmar Galvão	Programa de desestatização
ADI	589	1991	1991	Negado seguimento	Unânime	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Carlos Velloso	Programa de desestatização
ADI	605	1991	2002	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Celso de Mello	Operações de crédito
ADI	608	1991	2007	Improcedente	Majoritária	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Carmen Lucia	Fixação de índice econômico
ADI	655	1991	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Procurador-Geral da República	Executivo Federal	Joaquim Barbosa	Regulação da atividade econômica
ADI	708	1992	1992	Negado seguimento	Unânime	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Federal	Moreira Alves	Regulação da atividade econômica
ADI	768	1992	2002	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Carlos Velloso	Fixação de índice econômico
ADI	783	1992	2001	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Procurador-Geral da República	Executivo Federal	Carlos Velloso	Regulação da atividade econômica
ADI	835	1993	2002	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Celso de Mello	Fixação de índice econômico

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	855	1993	2009	Procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Octavio Gallotti	Consumidor
ADI	886	1993	2002	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Carlos Velloso	Fixação de índice econômico
ADI	910	1993	2003	Procedente	Unânime	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Maurício Correa	Regulação da atividade econômica
ADI	924	1993	2011	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Executivo Federal	Carmen Lucia	Operações de crédito
ADI	931	1993	2002	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Nelson Jobim	Regulação da atividade econômica
ADI	1007	1994	2006	Procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Eros Grau	Regulação da atividade econômica
ADI	1042	1994	2009	Procedente	Unânime	Estadual	Procurador-Geral da República	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Regulação da atividade econômica
ADI	1081	1994	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Nelson Jobim	Regulação da atividade econômica
ADI	1131	1994	2002	Improcedente	Unânime	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Ilmar Galvão	Empresa pública ou sociedade de economia mista
ADI	1155	1994	2001	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Carlos Velloso	Regulação da atividade econômica
ADI	1245	1995	2005	Procedente	Majoritária	Federal	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Eros Grau	Regulação da atividade econômica
ADI	1263	1995	2001	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Néri da Silveira	Programa de desestatização
ADI	1278	1995	2007	Improcedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Ricardo Lewandowski	Regulação da atividade econômica
ADI	1312	1995	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Joaquim Barbosa	Regulação da atividade econômica
ADI	1348	1995	2008	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Carmen Lucia	Programa de desestatização
ADI	1376	1995	1995	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Ilmar Galvão	Planos econômicos
ADI	1439	1996	1996	Negado seguimento	Majoritária	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Celso de Mello	Salário mínimo
ADI	1442	1996	2004	Negado seguimento	Majoritária	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Celso de Mello	Salário mínimo
ADI	1447	1996	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Celso de Mello	Salário mínimo

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	1458	1996	2001	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Sepulveda Pertence	Salário mínimo
ADI	1468	1996	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Celso de Mello	Salário mínimo
ADI	1472	1996	2002	Procedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Ilmar Galvão	Regulação da atividade econômica
ADI	1495	1996	2009	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Ricardo Lewandowski	Regulação da atividade econômica
ADI	1549	1996	2002	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Carlos Velloso	Programa de desestatização
ADI	1564	1997	2002	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Partido Político	Executivo Estadual	Carlos Velloso	Programa de desestatização
ADI	1584	1997	1999	Negado seguimento	Monocrática	Federal	OAB	Executivo Federal	Ilmar Galvão	Programa de desestatização
ADI	1595	1997	2012	Improcedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Eros Grau	Consumidor
ADI	1597	1997	2006	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Gilmar Mendes	Programa de desestatização
ADI	1623	1997	2011	Procedente	Unânime	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Joaquim Barbosa	Regulação da atividade econômica
ADI	1646	1997	2009	Procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Consumidor
ADI	1650	1997	2007	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Sepulveda Pertence	Regulação da atividade econômica
ADI	1675	1997	2003	Negado seguimento	Unânime	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Sepulveda Pertence	Regulação da atividade econômica
ADI	1726	1997	2005	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Marco Aurélio	Regulação da atividade econômica
ADI	1733	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1734	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1735	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1736	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	1737	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1738	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1739	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1740	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1741	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1742	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1743	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1744	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1745	1997	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1761	1998	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1769	1998	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1796	1998	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Governador	Legislativo Federal	Ellen Gracie	Operações de crédito
ADI	1830	1998	2002	Negado seguimento	Unânime	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Moreira Alves	Salário mínimo
ADI	1860	1998	2009	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Menezes Direito	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	1863	1998	2007	Improcedente	Unânime	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Eros Grau	Programa de desestatização
ADI	1886	1998	1998	Improcedente	Monocrática	Municipal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Municipal	Néri da Silveira	Regulação da atividade econômica
ADI	1918	1998	2001	Procedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Maurício Correa	Regulação da atividade econômica
ADI	1929	1998	1998	Negado seguimento	Unânime	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Ilmar Galvão	Cobrança de direitos autorais por uma entidade central
ADI	1980	1999	2009	Improcedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Cezar Peluso	Consumidor
ADI	1996	1999	1999	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Ilmar Galvão	Salário mínimo
ADI	1997	1999	1999	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Marco Aurélio	Regulação da atividade econômica
ADI	1998	1999	2004	Improcedente	Majoritária	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Maurício Correa	Empresa pública ou sociedade de economia mista

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	2003	1999	1999	Negado seguimento	Majoritária	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Marco Aurélio	Planos econômicos
ADI	2038	1999	1999	Negado seguimento	Majoritária	Estadual	Partido Político	Executivo Estadual	Nelson Jobim	Programa de desestatização
ADI	2054	1999	2003	Improcedente	Majoritária	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Sepulveda Pertence	Cobrança de direitos autorais por uma entidade central
ADI	2162	2000	2000	Negado seguimento	Unânime	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Moreira Alves	Salário mínimo
ADI	2180	2000	2001	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Néri da Silveira	Regulação da atividade econômica
ADI	2223	2000	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Maurício Correa	Empresa pública ou sociedade de economia mista
ADI	2244	2000	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Maurício Correa	Empresa pública ou sociedade de economia mista
ADI	2252	2000	2000	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Sydney Sanches	Operações de crédito
ADI	2326	2000	2000	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Sydney Sanches	Planos econômicos
ADI	2327	2000	2003	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Regulação da atividade econômica
ADI	2334	2000	2003	Improcedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Gilmar Mendes	Regulação da atividade econômica
ADI	2358	2000	2000	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Marco Aurélio	Salário mínimo
ADI	2359	2000	2006	Improcedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Eros Grau	Regulação da atividade econômica
ADI	2396	2001	2003	Parcialmente procedente	Unânime	Estadual	Governador	Executivo Estadual	Ellen Gracie	Regulação da atividade econômica
ADI	2401	2001	2004	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Nelson Jobim	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	2403	2001	2004	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Eros Grau	Piso salarial/remuneração de categoria profissional

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	2438	2001	2001	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Néri da Silveira	Regulação da atividade econômica
ADI	2443	2001	2014	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Marco Aurélio	Consumidor
ADI	2448	2001	2003	Procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Sydney Sanches	Regulação da atividade econômica
ADI	2450	2001	2002	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Carlos Velloso	Regulação da atividade econômica
ADI	2463	2001	2007	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Maurício Correa	Regulação da atividade econômica
ADI	2470	2001	2014	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Roberto Barroso	Regulação da atividade econômica
ADI	2552	2001	2001	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Partido Político	Executivo Estadual	Maurício Correa	Programa de desestatização
ADI	2560	2001	2002	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Carlos Velloso	Regulação da atividade econômica
ADI	2591	2001	2007	Improcedente	Majoritária	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Eros Grau	Consumidor
ADI	2606	2002	2002	Procedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Maurício Correa	Trânsito e transporte
ADI	2615	2002	2015	Procedente	Majoritária	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Eros Grau	Consumidor
ADI	2623	2002	2002	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Maurício Correa	Regulação da atividade econômica
ADI	2656	2002	2003	Parcialmente procedente	Unânime	Estadual	Governador	Executivo Estadual	Maurício Correa	Regulação da atividade econômica
ADI	2690	2002	2006	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	2697	2002	2004	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Ellen Gracie	Regulação da atividade econômica
ADI	2800	2003	2011	Parcialmente procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Maurício Correa	Regulação da atividade econômica
ADI	2818	2003	2013	Improcedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Dias Toffoli	Regulação da atividade econômica

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	2832	2003	2008	Parcialmente procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Ricardo Lewandowski	Regulação da atividade econômica
ADI	2847	2003	2004	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Carlos Velloso	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	2848	2003	2016	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Teori Zavascki	Consumidor
ADI	2866	2003	2010	Parcialmente procedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Regulação da atividade econômica
ADI	2928	2003	2005	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Legislativo Estadual	Eros Grau	Trânsito e transporte
ADI	2948	2003	2005	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Eros Grau	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	2950	2003	2007	Procedente	Unânime	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Marco Aurélio	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	2995	2003	2006	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Celso de Mello	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	2996	2003	2006	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Sepulveda Pertence	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3001	2003	2010	Parcialmente procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Regulação da atividade econômica
ADI	3004	2003	2013	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Procurador-Geral da República	Legislativo Estadual	Joaquim Barbosa	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3011	2003	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Ellen Gracie	Regulação da atividade econômica
ADI	3014	2003	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Ellen Gracie	Regulação da atividade econômica
ADI	3017	2003	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Procurador-Geral da República	Executivo Federal	Ellen Gracie	Regulação da atividade econômica
ADI	3035	2003	2005	Procedente	Unânime	Estadual	Partido Político	Executivo Estadual	Gilmar Mendes	Regulação da atividade econômica
ADI	3036	2003	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Ellen Gracie	Regulação da atividade econômica

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	3054	2003	2005	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Executivo Estadual	Gilmar Mendes	Regulação da atividade econômica
ADI	3060	2003	2007	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Sepulveda Pertence	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3063	2003	2006	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Cezar Peluso	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3101	2004	2005	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Celso de Mello	Empresa pública ou sociedade de economia mista
ADI	3113	2004	2005	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Eros Grau	Regulação da atividade econômica
ADI	3139	2004	2006	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Ricardo Lewandowski	Regulação da atividade econômica
ADI	3147	2004	2006	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Ayres Britto	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3148	2004	2006	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Celso de Mello	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3153	2004	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Celso de Mello	Regulação da atividade econômica
ADI	3183	2004	2006	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Joaquim Barbosa	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3189	2004	2006	Procedente	Unânime	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Celso de Mello	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3241	2004	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Ayres Britto	Regulação da atividade econômica
ADI	3254	2004	2005	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Ellen Gracie	Trânsito e transporte
ADI	3259	2004	2005	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Eros Grau	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3277	2004	2007	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Sepulveda Pertence	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3293	2004	2006	Procedente	Majoritária	Estadual	Procurador-Geral da República	Legislativo Estadual	Celso de Mello	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3322	2004	2011	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Consumidor



<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	3328	2004	2004	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Celso de Mello	Regulação da atividade econômica
ADI	3343	2004	2011	Procedente	Majoritária	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Luiz Fux	Consumidor
ADI	3368	2004	2005	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Eros Grau	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3384	2005	2008	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Menezes Direito	Regulação da atividade econômica
ADI	3403	2005	2007	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Joaquim Barbosa	Consumidor
ADI	3457	2005	2005	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Cezar Peluso	Consumidor
ADI	3471	2005	2005	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Ellen Gracie	Empresa pública ou sociedade de economia mista
ADI	3511	2005	2005	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Ellen Gracie	Empresa pública ou sociedade de economia mista
ADI	3513	2005	2005	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Ellen Gracie	Regulação da atividade econômica
ADI	3515	2005	2011	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Cezar Peluso	Operações de crédito
ADI	3533	2005	2006	Procedente	Majoritária	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Eros Grau	Consumidor
ADI	3556	2005	2007	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Ayres Britto	Regulação da atividade econômica
ADI	3558	2005	2011	Procedente	Unânime	Estadual	Procurador-Geral da República	Legislativo Estadual	Carmen Lucia	Consumidor
ADI	3668	2006	2007	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Operações de crédito
ADI	3679	2006	2007	Procedente	Unânime	Estadual	Procurador-Geral da República	Legislativo Estadual	Sepulveda Pertence	Trânsito e transporte

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	3691	2006	2007	Procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Gilmar Mendes	Regulação da atividade econômica
ADI	3710	2006	2007	Procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Joaquim Barbosa	Regulação da atividade econômica
ADI	3729	2006	2007	Procedente	Majoritária	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Consumidor
ADI	3731	2006	2009	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Cezar Peluso	Regulação da atividade econômica
ADI	3732	2006	2007	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Conselhos	Joaquim Barbosa	Regulação da atividade econômica
ADI	3749	2006	2011	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Ayres Britto	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	3844	2007	2009	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Celso de Mello	Trânsito e transporte
ADI	3846	2007	2010	Parcialmente procedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Gilmar Mendes	Regulação da atividade econômica
ADI	3847	2007	2012	Procedente	Majoritária	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Consumidor
ADI	3850	2007	2007	Negado seguimento	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Sepulveda Pertence	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3852	2007	2016	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Dias Toffoli	Regulação da atividade econômica
ADI	3860	2007	2008	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Procurador-Geral da República	Legislativo Estadual	Ricardo Lewandowski	Trânsito e transporte
ADI	3895	2007	2008	Procedente	Majoritária	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Menezes Direito	Sistema de consórcios e sorteios
ADI	3900	2007	2010	Negado seguimento	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Carmen Lucia	Regulação da atividade econômica
ADI	3905	2007	2011	Procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Carmen Lucia	Consumidor
ADI	3906	2007	2007	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Sepulveda Pertence	Regulação da atividade econômica
ADI	3919	2007	2012	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Gilmar Mendes	Sistema de consórcios e sorteios

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	3933	2007	2007	Improcedente	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Cezar Peluso	Regulação da atividade econômica
ADI	3939	2007	2010	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Executivo Federal	Carmen Lucia	Regulação da atividade econômica
ADI	3947	2007	2016	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Conselhos	Carmen Lucia	Regulação da atividade econômica
ADI	3959	2007	2016	Procedente	Unânime	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Roberto Barroso	Consumidor
ADI	3960	2007	2014	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Legislativo Estadual	Carmen Lucia	Trânsito e transporte
ADI	3985	2007	2008	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Governador	Executivo Federal	Gilmar Mendes	Programa de desestatização
ADI	4005	2008	2010	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Carmen Lucia	Operações de crédito
ADI	4040	2008	2013	Negado seguimento	Unânime	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Carmen Lucia	Programa de desestatização
ADI	4090	2008	2009	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Luiz Fux	Regulação da atividade econômica
ADI	4095	2008	2008	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Ellen Gracie	Regulação da atividade econômica
ADI	4347	2009	2009	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Eros Grau	Regulação da atividade econômica
ADI	4364	2010	2011	Parcialmente procedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Dias Toffoli	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	4369	2010	2014	Procedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Marco Aurélio	Consumidor
ADI	4375	2010	2011	Parcialmente procedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Dias Toffoli	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	4391	2010	2011	Procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Dias Toffoli	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	4432	2010	2011	Improcedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Dias Toffoli	Piso salarial/remuneração de categoria profissional
ADI	4478	2010	2011	Procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Luiz Fux	Consumidor

<b>Tipo</b>	<b>Proc.</b>	<b>Ano Ingresso</b>	<b>Ano final</b>	<b>Decisão</b>	<b>Colegiado</b>	<b>Origem</b>	<b>Autor</b>	<b>Requerido</b>	<b>Relator</b>	<b>Controvérsia</b>
ADI	4568	2011	2011	Improcedente	Majoritária	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Carmen Lucia	Salário mínimo
ADI	4588	2011	2012	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Partido Político	Executivo Federal	Ricardo Lewandowski	Empresa pública ou sociedade de economia mista
ADI	4603	2011	2016	Procedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Dias Toffoli	Consumidor
ADI	4701	2011	2014	Procedente	Unânime	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Roberto Barroso	Consumidor
ADI	4862	2012	2017	Procedente	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Gilmar Mendes	Regulação da atividade econômica
ADI	4864	2012	2012	Negado seguimento	Monocrática	Municipal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Municipal	Marco Aurélio	Regulação da atividade econômica
ADI	4875	2012	2014	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Legislativo Estadual	Celso de Mello	Consumidor
ADI	4952	2013	2014	Negado seguimento	Monocrática	Estadual	Procurador-Geral da República	Executivo Estadual	Luiz Fux	Regulação da atividade econômica
ADI	5056	2013	2014	Negado seguimento	Majoritária	Estadual	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Estadual	Celso de Mello	Consumidor
ADI	5141	2014	2014	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Celso de Mello	Consumidor
ADI	5504	2016	2016	Negado seguimento	Monocrática	Federal	Associação/Confederação/Sindicato	Executivo Federal	Dias Toffoli	Consumidor

Fonte: Barros (2018).

## Anexo 2 – Guia de preenchimento da planilha no programa Excel.

**Passo 1:** Tipo de controle e processo nº.

*Escrever, na primeira linha da planilha, qual é tipo de controle e o número do processo analisado pelo pesquisador.*

**Passo 2:** Ano ingresso e ano da decisão final

*Escrever as datas de ingresso e da data final da decisão.*

**Passo 3:** Decisão final:

- Procedente;*
- Parcialmente procedente;*
- Negado seguimento;*
- Improcedente.*

**Passo 4:** Colegiado? Assinalar como foi decidido:

- votação unânime;*
- monocrática ,*
- majoritária.*

**Passo 5:** Especificar qual é a origem, autor, requerido e o relator (ou relator para o acórdão) do caso.

**Passo 6:** Especificar o objeto do julgado: Qual é tema tratado no julgado citado?

*Para responder essa pergunta, o pesquisador se limitará aos termos apresentados na ementa. Na maioria das vezes, o juiz resume qual é o problema que está em discussão no acórdão. Essa é a questão central do acórdão. Ao escrever isso na tabela, inserir a página da qual se extraiu a questão central.*

**Passo 7:** Especificar o fundamento jurídico indicado no acórdão? Para responder essa pergunta, o pesquisador deverá ler os votos dos ministros e sistematizar cada fundamento indicado e assinalar os seguintes campos:

- lei constitucional. Qual?*

*( ) lei infraconstitucional. Qual?*

*( ) ato infralegal. Qual?*

*( ) jurisprudência. Qual?*

*( ) doutrina. Qual?*

*( ) outro. Qual?*

**Passo 8:** Extrair dos votos a forma de interpretação do tema do central.

*( ) Literal: busca o sentido do textual de um diploma legal, com base nas regras comuns da língua, de modo a se extrair dos sentidos oferecidos pela linguagem ordinária os sentidos imediatos das palavras empregadas pelo legislador.*

*( ) Histórico: busca o contexto fático da norma, recorrendo aos métodos da historiografia para retomar o meio em que a norma foi editada, os significados e aspirações daquele período passado*

*( ) Sistemático: considera em qual sistema se insere esse direito (diálogo das fontes)*

*( ) Finalista: busca aos fins sociais e bens comuns do direito*

*( ) Sociológico: busca elementos extrajurídicos (políticos, econômicos, etc.), mas que não se relaciona com os fins*

**Passo 9:** Como o ministro se baseia em suas argumentações (quais avaliações são feitas nos votos). Trata-se de uma etapa descritiva e eventuais categorias poderão ser construídas.

**Passo 10:** Constata-se o uso de argumentos consequencialistas? Se sim:

*Qual tipo: ( ) político; ( ) econômico ( ) social*

*Como o ministro seleciona e avalia as consequências? Descrever.*

*Constata-se o uso de pareceres técnicos? Se sim, observar-se deferência?*

**Passo 11:** Outra observação que julgar pertinente.