

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO: ENTRE HADES E HERMES *

Wálber Araujo Carneiro¹

walber.carneiro@ufba.br

RESUMO – O presente texto reconstrói uma tipologia fenomenológica dos princípios jurídicos a partir das funções que eles cumprem na comunicação autopoietica do direito e das relações ecológicas observadas nas prestações produzidas no ambiente desse sistema. Uma análise eco-lógica dos diferentes tipos de princípio *no* ou *do* direito dificulta o mal uso de teorias interpenetradas com a operação desse sistema e estabelece parâmetros de análise crítica dos déficits prestacionais do sistema, permitindo a observação de pontos até então cegos à operação jurídica. Sustentando a existência de três tipos de princípio (o funcional, o pragmático e o epistemológico), esclarece as possibilidades que cada tipo assume diante do fechamento ou abertura no sistema jurídico, evitando o uso abusivo de suas respectivas semânticas e corroborando para uma operação consistente, isonômica e íntegra do direito em face às demandas ambientais de segurança, inclusão e sustentabilidade.

PALAVRAS-CHAVE – Análise Ecológica do Direito. Princípios. Sistema Jurídico. Função do Direito.

ABSTRACT - The present text reconstructs a phenomenological typology of legal principles from the functions they fulfill in the autopoietic communication of law and the ecological relationships observed in the services produced in the environment of this system. An eco-logical analysis of the different types of principle *in the* or *of the* law makes it difficult to misuse theories interpenetrated with the operation of this system and establishes parameters for the critical analysis of the performance deficits of the system, allowing the observation of blind points for the legal operation. Supporting the existence of three types of principle (functional, pragmatic and epistemological), it clarifies the possibilities that each type assumes in the face of closing or opening in the legal system,

¹ Doutor em Direito pela UNISINOS em sanduíche com a Universidade de Coimbra, com estágios de pós-doutoramento nas Universidades de Brasília – UNB, J. Goethe de Frankfurt e UNISINOS. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professor Associado da Universidade Federal da Bahia – UFBA junto ao Departamento de Estudos Jurídicos Fundamentais. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, sentido e complexidade social – DSComplex e do OBAEDi – Observatório de Análise Eco-lógica do Direito, ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Integrante das Redes de Pesquisa Estado e Constituição – REPEC, *Law & Social Systems* – LSD e *Red Latinoamericana de Sistemas Sociales y Complejidad*.

*Texto originalmente publicado em João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). *Direito e sociedade*, v. 4, 2020, coletânea em homenagem ao Prof. Marcelo Neves. A versão aqui apresentada foi objeto de revisão.

avoiding the abusive use of their respective semantics and corroborating for a consistent operation, isonomic and integral of the law in face of the environmental demands of security, inclusion and sustainability.

KEY WORDS - Ecological Analysis of Law. Principles. Juridical system. Function of Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. OS DIFERENTES TIPOS DE PRINCÍPIO JURÍDICO

3. PRINCÍPIOS NA PERSPECTIVA DE MARCELO NEVES

4. DINÂMICA EVOLUTIVA DO SISTEMA JURÍDICO DA SOCIEDADE MUNDIAL

5. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DA MODERNIDADE E OS REFLEXOS EM SUA FUNÇÃO

6. OS TRÊS PRINCÍPIOS DO DIREITO

6.1 A consistência do sistema jurídico e a segurança do Ambiente

6.2 A Igualdade complexa do sistema jurídico e a inclusão generalizada às prestações do Direito

6.3 A integridade do Direito e a sustentabilidade do Ambiente

7. POR UMA NOVA TIPOLOGIA PRINCIPIOLÓGICA

8. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO: ENTRE HADES E HERMES

1. INTRODUÇÃO

O tema dos princípios jurídicos tem sido de extrema relevância para a teoria jurídica. Princípios vêm cumprindo uma importante função desde que as teorias jusnaturalistas perderam espaço para concepções positivas que, incomodadas com a suposta rigidez e formalidade das regras, buscaram fórmulas de contingência para variar o sistema e fazer “justiça”. O uso e defesa de princípios no direito têm, portanto, uma relação direta com a variação temporal, com a busca do justo e, portanto, com a adequação e ajustes de um sistema baseado em regras.

Entretanto, a relevância tem sido diretamente proporcional a usos equivocados de diferentes perspectivas de princípio. De fato, diferentes modelos teóricos oferecem diferentes visões de princípio, que tanto reflete como é refletido nas operações do próprio sistema jurídico, dificultando o uso consistente desses elementos. Mas, independentemente da pluralidade de concepções teóricas e da impossibilidade de consensos sobre qual seria o modelo mais adequado ao sistema jurídico, o que há de mais prejudicial nesse debate é a falta de cuidado – imperdoável quando se trata da doutrina – em se manter a integridade do modelo que se utiliza. Princípios são tragados por um uso estratégico e alegórico que tudo justifica tudo e, portanto, nada resolve. Não à toa, tomando esse fenômeno em perspectiva, os princípios não passarão de um “décimo segundo camelo” de Malba Tahan. No direito, são muitos os “Beremiz Samir” que, em gestos “nobres”, lançam mão de seu “camelo” para solucionar problemas já resolvidos (LUHMANN, 2004, p.33-34). O princípio chega tarde. Mas, o que é pior, chega a tempo de mascarar relações diabólicas do direito com o seu ambiente; de encobrir efeitos latentes em relações que não estão sendo observadas; de justificar de modo corrompido as modificações nos padrões de julgamento sobre determinado caso; de soltar quem deveria estar preso, e de prender quem deveria estar solto.

Nem sempre o uso indiscriminado dos princípios é consciente. As intenções são, muitas das vezes, as melhores possíveis. Até mesmo muitos dos críticos, que teriam todos os motivos para duvidar da justiça burguesa, viram nos princípios o caminho da “revolução” que transformava o direito em instrumento emancipatório.

Princípios são “valores da sociedade”; “verdades ou juízos fundamentais”; “mandados de otimização”; “normas fundantes e nucleares de um sistema”; “normas síntese”; “normas gerais que têm aplicação genérica”, dentre muitas outras descrições.

Mas, o problema não é ser os princípios uma de tantas coisas, mas ser, ao mesmo tempo, tudo isso e, portanto, não ser nada. Princípios estão no texto, no sistema, na argumentação, na interpretação. Princípios determinam os textos, fazem o sistema, viabilizam a argumentação e “produzem” a interpretação. O “princípio da felicidade” é pouco quando temos o “princípio da máxima felicidade”. Se for muita pretensão, melhor apostar no da “felicidade básica”. Se for princípio “da”, temos o da fundamentalidade; da contenção, da continência, da legalidade, da consunção, da isonomia, da insignificância, da anterioridade, da eficiência e, claro, da proporcionalidade. Tem até o da “moralidade”.

Se for princípio “do”, não nos faltarão o do contraditório, do efeito integrador do não confisco. Tem princípio que conta em dias, como o da noventena. Tem princípio que prefere não contar, como o da duração razoável. Tem princípio de princípio. Tem princípio que é fim. Tem princípio que é meio. Tem princípio que controla o fim dos meios. E o mais importante, tudo isso teria “princípio” em Dworkin e Alexy, unidos na “estrutura lógica” pelo sincretismo metodológico do “senso comum teórico” brasileiro.

Se no princípio era o verbo, o “princípio” desse artigo é organizar essa *babel* e, a partir de uma perspectiva sistêmica, explorar as possibilidades normativas dos princípios.

Faremos isso com especial atenção ao trabalho do nosso homenageado Marcelo Neves, tendo em vista que, em muitos casos, estaremos, com outro olhar, seguindo os caminhos de sua exploração pós-luhmanniana. Sob o ponto de vista metodológico, a investigação se desenvolve a partir de “pesquisa básica” viabilizada por uma “revisão bibliográfica” de modelos teóricos já existentes. Todavia, um suposto acanhamento metodológico é ressaltado pela consideração de que o “método” proporciona apenas um auxílio estratégico, já que o seu objetivo “é ajudar a pensar por si mesmo para responder ao desafio da complexidade dos problemas” (MORIN, 2008).

A qualidade da exploração depende da imersão no horizonte linguístico e da inclusão no sistema científico, o que significa dizer que o “pensar” não será nem dedutivo nem indutivo, mas dialógico-circular, pois projeta as possibilidades que já estão presentes no horizonte dessa linguagem aqui explorada nas margens de nossas possibilidades de análise (CABRERA, 2003) hermenêutica e sistêmica.

Essa exploração seguirá o seguinte itinerário. Primeiro, tomaremos como ponto de partida uma tipologia abrangente dos diferentes tipos de princípio. Na sequência, recorreremos à crítica e reconstrução sistêmica dos princípios jurídicos proposta por Marcelo Neves, cujo alerta sinaliza para uma reconstrução sistêmica da noção de princípio a partir da dinâmica evolutiva dos sistemas sociais e, por conseguinte, do sistema jurídico da sociedade moderna mundial.

No estudo sobre a evolução do sistema jurídico, observaremos uma série de aquisições evolutivas e mutações nas bases funcionais do direito, concluindo pela ampliação da percepção luhmaniana clássica de que essas operações estariam limitadas à base temporal. Essas modificações estruturais sugerem a existência daquilo que chamaremos de “princípios funcionais”, ligados diretamente às diferentes dimensões temporal, objetiva e social da variação de sentidos da comunicação da sociedade. A partir da conclusão pela existência de tais princípios, retomaremos a tipologia de partida a fim de avaliar equivalências funcionais e promover os ajustes necessários à base paradigmática aqui defendida.

2. OS DIFERENTES TIPOS DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Teorias sobre o direito e a própria comunicação autorreferenciada desse sistema fazem diferentes usos do termo “princípios jurídicos”. Aliadas às dificuldades conceituais e a elas diretamente relacionadas, as diferentes funções que esse tipo de estrutura cumpre na comunicação do direito acabam por produzir uma série de consequências disfuncionalizantes.

Alguns autores tentam, todavia, esclarecer as diferenças entre os variados fenômenos comumente tratados como princípios jurídicos. Rafael Oliveira (2007)², de quem tomaremos emprestado o ponto de partida para a nossa análise, identifica, a partir de uma abordagem fenomenológica, três diferentes tipos de “princípio jurídico”. Seriam eles os a) “princípios gerais do direito”; os b) “princípios jurídico-epistemológicos” e os c) “princípios pragmáticos-problemáticos”.

Os “princípios gerais do direito” estariam diretamente relacionados às reminiscências do jusracionalismo moderno no então nascente positivismo oitocentista, e seriam “figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo

² Em razão das dificuldades impostas pela pandemia, não foi possível acessar e fazer referência à versão desta obra publicada pelo autor em 2008, mas tão somente da versão anterior, disponível no repositório de teses da Unisinos.

do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistemática *conquistada racionalmente*” (OLIVEIRA, 2007, p. 33).

Os “princípios jurídico-epistemológicos”, por sua vez, “pretendem ser os elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada, diferenciando-se dos ‘princípios gerais do direito’ por já estarem ‘dados de antemão’ no sistema de direito positivo” (OLIVEIRA, 2007, p. 36).

Seriam princípios “jurídicos-epistemológicos”, por exemplo, o do contraditório, o da ampla defesa, o da economia processual, dentre outros normalmente aplicáveis aos ramos específicos do direito (OLIVEIRA, 2007, p. 36).

Haveria, ainda, uma versão neopositivista de “princípios jurídico-epistemológicos” associada ao modelo normativo de Kelsen, a exemplo do princípio da imputação, que difere do princípio de causalidade atinente às leis naturais (OLIVEIRA, 2007, p. 38). Por fim, os “princípios pragmático-problemáticos” são fundamentos materiais da juridicidade e estariam diretamente relacionados aos sistemas abertos (OLIVEIRA, 2007, 39-40).

Considerando o momento em que surgem tais teorias e os caminhos por elas percorridos, é “natural” que princípios como o da “dignidade humana”, da “proteção ao consumidor” ou da “defesa ao meio ambiente” tenham se tornado o centro do debate constitucional em razão das relações com os direitos fundamentais e relevância para a jurisdição constitucional.

No entanto, como pressupõe a tipologia apresentada por Rafael Oliveira (2007), a justificação de um princípio depende, necessariamente, dos pressupostos epistêmicos considerados pelas diferentes teorias que o propõe, o que leva determinados autores a chamar, por exemplo, de “princípios gerais do direito” elementos que não se enquadrariam no conceito exposto acima.

Nesse sentido, na tentativa de fornecer uma explicação que justificasse ou estimulasse determinadas opções e, ao mesmo tempo, facilitar as aproximações que faremos ao final, a tipologia proposta ganha contornos ainda mais nítidos se a associarmos ao modo como Mario Losano (2010) observa as diferentes noções de sistema jurídico.

A hipótese é a de que há uma relação direta entre a noção de princípio presente em cada tipo e a concepção de sistema jurídico defendida ou pressuposta pelos modelos teóricos que a sustenta.

Seguindo essa linha, os chamados “princípios gerais do direito” estariam, em sua versão original, associados a uma visão “externa” de sistema jurídico. Um “sistema externo” é uma construção cognitiva feita a partir da disposição caótica dos objetos do conhecimento. Pressupõe, portanto, “a caoticidade do material dado”, uma “referência à ciência que estuda determinado objeto” e o “caráter lógico do nexo que une cada elemento de um sistema” (LOSANO, 2008, p. 215).

Por essa razão, é possível observar a relação direta entre a noção originária de “princípios gerais do direito” e o “jusracionalismo”, pois eles são responsáveis por constituir, desde fora, a logicidade e a sistematicidade de um conjunto de normas que, em si mesmas, não se constituiria como um “sistema”.

Todavia, o desgaste do jusnaturalismo *vetero* europeu fez com que concepções positivistas surgidas na segunda metade do séc. XIX e versões jusnaturalistas neokantianas passassem a defender a ideia de um sistema inerente ao objeto da ciência (interno). Losano atribui a Wetzell e a Stammler, respectivamente, o ponto de partida para essa nova concepção de sistema e, diríamos nós, conseqüentemente, de princípios. Essa equação pode ser observada, por exemplo, na teoria jurídica proposta por Bierling.

Se foi um erro das teorias do direito natural assumir um determinado conteúdo jurídico - por mínimo que seja - como sendo definitivo, segue-se que os fundamentos e conceitos que, em nossa opinião, devem formar o objeto da doutrina jurídica dos princípios, só podem ser essencialmente formais. (...) A doutrina dos princípios jurídicos não deve mais representar a vida jurídica plena em si, mas apenas as condições gerais a partir das quais o comum a todos os lugares e todos os tempos partem e, conseqüentemente, imprimem a todos os seus fenômenos um caráter peculiar mais ou menos regular. (BIERLING, 1894, p. 5-6 - tradução livre)³.

Aqueles princípios chamados de jurídico-epistemológicos “surgem”, portanto, no momento em que a orientação epistemológica busca revelar uma sistematicidade interna ao próprio objeto, o que abre espaço para princípios localizados em determinados ramos. Nas primeiras versões, um método indutivo era lançado sobre o objeto investigado e, como resultado, obtinha-se os princípios inerentes àquele sistema.

³ “Wenn es ein Irrtum der Naturrechtstheorien war, einen gewissen - wenn auch noch so minimalen - Rechtsinhalt als ein- für allemal gegeben anzunehmen, so folgt daraus von selbst, dass die Grundsätze und Begriffe, welche nach unserer Ansicht den Gegenstand der juristischen Prinzipienlehre bilden sollen, nur wesentlich formale sein können. (...) Die juristische Prinzipienlehre soll nimmer mehr das volle Rechtsleben selbst darstellen, sondern vielmehr nur die allgemeinen Bedingungen, von denen dasselbe aller Orten und aller Zeiten abhängig ist und welche demgemäss allen seinen Erscheinungen ein eigentümliches mehr oder minder gleichmässiges Gepräge aufdrücken.” (BIERLING, 1894, p. 5-6).

En el último tercio del pasado siglo diversos escritores, influidos por la ideología positivista y deslumbrados por los progresos de la ciencia natural, sostuvieron que la filosofía del derecho debía ser reemplazada por una disciplina de tipo científico, cuyos métodos coincidieran con de la investigación naturalista. De acuerdo con tal idea, varios autores alemanes, entre los que hay que citar, en primer término, a Bergbohm, Merkel y Bierling, trazaron el programa de una teoría general del derecho, concebida como conjunto de generalizaciones relativas a los fenómenos jurídicos. Toda consideración de índole filosófica y, sobre todo, de carácter metafísico, debe ser repudiada por la ciencia del derecho. Para establecer la definición de lo jurídico, pensaban los citados autores, hay que poner en práctica los procedimientos de que se sirven, por ejemplo, el astrónomo y el físico. Su método, estrictamente experimental, llamase inducción, y es una forma de inferencia que consiste en pasar del análisis de una serie de hechos o casos, al establecimiento de un principio general que expresa sus atributos comunes y puede aplicarse también a los hechos semejantes no investigados. (MAYNEZ, 1974, p. 120)

Conforme visto acima, os modelos indutivos mantiveram em aberto, até o final do século XIX, o problema do fundamento dessa ordem jurídica. Kelsen, por sua vez, segue em busca de uma sólida base epistemológica, aprimorando seu modelo desde o *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (KELSEN, 1911) até a *Reine Rechtslehre* (KELSEN, 1960), o que explicaria as mudanças essenciais nos princípios jurídico-epistemológicos⁴. No *Allgemeine Staatslehre*, Kelsen (1995, prólogo) ainda concebe a TGD como o resultado de uma análise comparativa de distintos ordenamentos jurídicos positivos que oferece conceitos fundamentais que permitiriam descrever o direito positivo de comunidades determinadas. Todavia, na *Reine Rechtslehre* (KELSEN, 1960; KELSEN, 1998), sua Teoria Pura do Direito funda uma TGD pautada em bases epistêmicas mais rigorosas, especialmente se considerarmos os ajustes posteriores à primeira edição⁵.

⁴ Segundo o próprio Kelsen (1998, p. X), “é evidente que uma teoria cujo primeiro esboço se encontra no meu livro *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*, aparecido em 1911, não poderia ficar sem alteração durante tão longo período de tempo. Muitas alterações são já visíveis na minha *General Theory of Law and State* (Cambridge, Mass., 1945) e na minha *Théorie Pure du Droit* (tradução francesa da *Reine Rechtslehre* elaborada pelo Prof. Henri Thévenaz, Neuchâtel, 1953). (...) Trata-se [as alterações] quase sempre do desenvolvimento mais conseqüente de princípios; no conjunto - assim o espero -, dos frutos de uma explicitação ou desimplicação que deflui de tendências que são imanentes à própria teoria, a qual permanece inalterada quanto ao seu núcleo essencial”.

⁵ Dirá Kelsen (1998, p. XX) no prefácio dessa segunda edição de sua Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*): “A segunda edição da minha Teoria Pura do Direito, aparecida pela primeira vez há mais de um quarto de século, representa uma completa reelaboração dos assuntos versados na primeira edição e um substancial alargamento das matérias tratadas. Ao passo que, então, me contentei com formular os resultados particularmente característicos de uma teoria pura do Direito, agora procuro resolver os problemas mais importantes de uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza

A construção do objeto científico não mais obedece a um movimento indutivo ou comparado, mas é pré-determinada por estruturas da consciência transcendental que se lançam para a confirmação frente ao seu objeto.

(...) no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. Esta “produção”, porém, tem um puro caráter teórico ou gnosiológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica. (KELSEN, 1998, p. 52)

Ademais, será igualmente diferente da construção “externa” do sistema, pois nesta não seria necessário, como fez Kelsen, colocar o seu *produto* “entre aspas”. A mais evidente expressão do caráter teórico e gnosiológico dessa “produção” é a consideração da *Grundnorm* como norma “pensada” e como condição lógico-transcendental (KELSEN, 1998, p. 141) para a justificação do ordenamento jurídico. Com a sua teoria da norma fundamental, dirá Kelsen (1998, p. 143), a Teoria Pura do Direito não está inaugurando “um novo método do conhecimento jurídico” responsável por elaborar transcendentalmente aquilo que os juristas já fazem inconscientemente.

Assim, uma vez solucionado o problema do fundamento, a Teoria Pura do Direito se legitima como uma “teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial”, sendo, para tanto, uma “teoria geral do Direito, [e] não [a] interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais” (KELSEN, 1998, p. 143). Nesse sentido, a norma fundamental é, por razões transcendentais, a condição de possibilidade para a unidade, razão pela qual torna-se possível falar em um “princípio da unidade”.

Todavia, considerando o caráter teórico ou gnosiológico já referido, trata-se de um princípio da “unidade” que não “legisla” um sistema, muito pelo contrário. Ele só permite observar sistemas positivos que já se revelam, empiricamente, como unitários.

metodológica do conhecimento científico-jurídico e, ao mesmo tempo, precisar, ainda melhor do que antes havia feito, a posição da ciência jurídica no sistema das ciências.”

Enquanto a dinâmica produtiva de um determinado “conjunto” de normas não passar a se fundamentar em uma mesma norma concreta, ainda não haverá sistema. O sistema, portanto, é, “internamente”, auto-suficiente⁶.

Quem depende da justificação transcendental é o conhecimento puro sobre ele. Como no modelo kantiano, a “ideia” de síntese a priori possui um primado tão somente epistemológico, pois o primado temporal pertence à experiência. No direito, as bases lógicas explicam a norma fundamental, mas não a constitui materialmente, tampouco produz a eficácia necessária para que uma determinada norma positiva se constitua na realidade tempo-espaço como “uma” norma fundamental de “um” determinado sistema jurídico. Portanto, são as profundas diferenças epistêmicas observadas entre os modelos indutivos de autores como Bergbohm, Merkel e Bierling (MAYNEZ, 1974, p. 120) e o modelo neopositivista kelseniano que explicam o respectivo caráter material e formal dos tipos de princípio jurídicos-epistemológicos propostos.

Os princípios “pragmáticos-problemáticos” também estão relacionados a sistemas internos. Todavia, não mais a sistemas fechados, e sim a sistemas materialmente abertos.

O modo de abertura é variado, pois alguns modelos sustentam uma abertura axiológica, enquanto outros reduzem a abertura para a comunicação com princípios éticos ou morais de caráter deontológicos. De qualquer sorte, trata-se de princípios materiais que orientam, por diferentes razões, um “sistema” normativo e que se realizam diante do problema concreto. As dificuldades de manutenção de uma perspectiva valorativa se revelam de modo mais evidente com a ascensão do pluralismo de valores observado nas democracias liberais a partir do final dos anos 1960.

A abertura axiológica vai sendo substituída por análises funcionais (BOBBIO, 2007) de caráter teleológicos, de modo que os princípios materiais, uma vez sendo uma orientação finalística, poderiam participar do controle dos meios que o direito prescreve para a conduta humana. Para citar os mais influentes no Brasil, o modelo de Dworkin passa a exigir um relação da regra com um princípio (de moralidade política assimilado pelo direito), enquanto o de Alexy propõe uma exigência de proporcionalidade da relação

⁶ Losano (2010, p. 46) destaca, em Kelsen, o seguinte trecho para justificar a caracterização de sistema interno: “Um ordenamento é um sistema de normas cuja unidade se funda sobre o fato de que todas as normas têm o mesmo fundamento para as respectivas validades; e o fundamento da validade, num ordenamento normativo [...], é uma norma fundamental, da qual se deduz a validade de todas as normas do ordenamento. Cada uma das normas é uma norma jurídica enquanto pertence a um certo ordenamento jurídico; e pertence a um certo ordenamento se sua validade repousa na norma fundamental desse ordenamento.”

entre os meios (prescritos por regras) e sua finalidade, o que significa sopesar os diferentes princípios jurídicos afetados e otimizados.

A teoria jurídica tende a se afastar dos debates sobre os valores universais ou histórico-condicionados, e passa a se orientar por referências valorativas assimiladas pelo sistema constitucional denominadas de princípios.

Com isso, o debate teórico-acadêmico, especialmente no Brasil, se desloca para o critério de identificação dos princípios presentes no sistema constitucional e para as soluções metodológicas relacionadas à sua “aplicação”, com especial atenção para o problema das colisões. No plano da identificação dos princípios, dá-se continuidade a um antigo debate sobre a sua condição de norma.

No Brasil, até a Constituição de 1988, não estávamos alinhados com o debate teórico germânico, que viria a ser decisivo para as concepções teóricas que se tornariam dominantes a partir da segunda metade dos anos 1990. O positivismo jurídico tinha como contraponto concepções culturalistas de autores como Miguel Reale (1940), que negava a condição normativa desses princípios materiais em face à função axiológica cumprida por valores historicamente objetivados e teleologicamente articulados com a dimensão normativa em uma estrutura tridimensional. No âmbito da teoria constitucional, tínhamos como dominante até meados dos anos 1990 a teoria das normas constitucionais programáticas de Vezio Crisafulli (1985, p. 56), aqui difundida por José Afonso da Silva (2003)⁷.

Nela, embora princípios fossem “norma”, não os eram porque “valores” valem no sistema, mas porque atendiam os mesmos requisitos estruturais das “regras” hipotético-condicionais, diferenciando-se em razão da abstração semântica. Isso caracterizava a condição programática de tais normas e, por conseguinte, as limitavam no âmbito eficaz.

Quando o debate germânico rompe a hegemonia da matriz luso-italiano que configurava o constitucionalismo brasileiro, ignoramos uma série de questões que haviam sido enfrentados no horizonte histórico desses debates, especialmente entre os anos 1950 e 1980. Assim, no horizonte do problema lógico que caracterizava a condição normativa,

⁷ O próprio José Afonso da Silva (2003, p. 13-14) assume essa função, muito embora ressalte que foi José Horácio Meirelles Teixeira que, em sala de aula, trouxe a doutrina de Crisafulli.

tomamos uma acidental similitude entre as teses de Dworkin e Alexy como a lente que passaria a orientar a “aplicação” de princípios constitucionais.

Em Dworkin (2007), ignorou-se que a diferença lógica entre princípio e regra dizia respeito às respostas ao positivismo de Hart e, portanto, precisaria ser lida à luz de inúmeras outras contribuições posteriores que foram em direção oposta ao pensamento de Alexy (2008). Quanto a Alexy, assimila-se o conceito de “mandado de otimização”, os pressupostos da ponderação como “concordância prática” e a descrição da proporcionalidade, mas se ignora o controle argumentativo-procedimental proposto por Alexy (CARNEIRO, 2011). Em suma, o debate no Brasil revela um forte *déficit* teórico-social, na medida em que se ignora uma realidade complexa e plural, pressupondo-se um ambiente consensual e um controle trivial do futuro.

Nesse ambiente teórico já desconstruído, prevalece no “senso comum teórico dos juristas” (WARAT, 1982) a perspectiva de que o direito seja algo referido ao seu texto, em um dado sistema e sob orientação teleológica de princípios constitucionais. Mantém-se vivo o uso dos diferentes tipos de princípio, todos sob o mesmo rótulo semântico, criando uma verdadeira “Torre de Babel”. Os velhos princípios gerais do direito se desligaram de sua justificação jusnaturalista a partir de sua assimilação nos códigos e na Lei de Introdução (hoje, ao “direito brasileiro”), passando a compor métodos de interpretação, formas de argumentação ou versões específicas dos “novos” princípios “gerais” localizados em diferentes “ramos” jurídicos.

Mistura-se princípios gerais que reproduzem um determinado paradigma epistêmico ou *ethos* com princípios que decorrem de uma consideração indutiva de escolhas do legislador (jurídico-epistemológicos) e com princípios constitucionais que assimilam, deontologicamente, uma determinada orientação prática.

Junta-se a esse rol, igualmente sob a denominação de “princípios”, cânones de interpretação constitucional e *standards* de racionalidade operativa (ÁVILA, 2013), a exemplo da proporcionalidade e de seus corolários. Essa “babel” estaria orientada, em regra, para a revelação semântica de um sistema ainda observado como uma unidade lógico-ontológica e, portanto, capacitado a legitimar a criatividade ativista dos postulantes e julgadores. A essas práticas epistemologicamente caóticas e sistemicamente disfuncionais, Lenio Streck (2013) deu o nome de “pan-principiologismo” e, Marcelo Neves (2013), pouco depois, de “principialismo”.

De qualquer sorte, esse cenário revela alguns padrões que poderemos, mais a diante, resgatar. O “como” dos princípios jurídicos continua diretamente ligado à relação estrutura-função em diferentes concepções de sistema, reproduzindo tanto a relação entre os elementos que compõem o sistema quanto a relação desse sistema com seu exterior. O “porquê” está ligado à tentativa de estabilizar o sistema diante de expectativas presentes no seu ambiente, seja introduzindo na operação do sistema variações, seja validando-as mediante relações internas.

Nesse sentido, sob uma perspectiva funcional, princípios são fórmulas de contingência observáveis pelas diferenças variação/seleção e seleção/estabilização. Varia-se para permitir novas seleções e, conseqüentemente, seleciona-se na tentativa de se re-estabilizar diante do ambiente.

Todavia, a complexidade do ambiente e a conseqüente pluralidade das expectativas respondem à estabilidade com novas formas de variação. Princípios operam, portanto, no fluxo contínuo dessa circularidade. Isso não é um problema, muito pelo contrário. Todavia, o relevante é impedir que, ao observarmos a variação e a re-estabilização não ignoremos, como costumam fazer as teorias que não assimilam essa dinâmica evolutiva, o estágio intermediário de seleção, ligada diretamente à relação que princípios terão com as estruturas da reflexividade interna do sistema e à própria função do sistema. Antes, todavia, de avançarmos na tentativa de reconstruir as noções de princípio, é necessário seguir os avanços já obtidos por nosso homenageado, Marcelo Neves.

3. PRINCÍPIOS NA PERSPECTIVA DE MARCELO NEVES

Dialogando com a tradição teórica dominante, Marcelo Neves toma a observação dos princípios jurídicos a partir da diferença interna frente a regras (NEVES, 2013, p. 112). Neves ressalva, todavia, não se tratar de uma diferença nos termos do modelo luhmanniano, mas de algo semelhante aos tipos ideais weberianos (NEVES, 2013, p. 101-103). Alerta-nos que essa distinção “não pode ser definida de maneira ingênua a partir das formulações da norma nas disposições constitucionais” (NEVES, 2013, p. 89), nem no plano lógico das classificações fortes (qualitativas) e fracas (quantitativas) (NEVES, 2013, p. 101).

Para Marcelo Neves, somente “quando surgem controvérsias sobre as normas a aplicar, uma vez estando no plano da argumentação, descortina-se a diferença jurídico-

sistêmica entre princípios e regras”, o que já implica uma “observação de segunda ordem” dirigida aos elementos do sistema jurídico (NEVES, 2013, p. 98-99). Ou seja, a caracterização de uma regra ou de um princípio dependerá “do modo mediante o qual a norma será incorporada do ponto de vista funcional-estrutural no processo argumentativo” (NEVES, 2013, p. 103).

Ademais, quando observados no plano estável das estruturas – e não das variações proporcionadas pelo uso da argumentação –, princípios e regras também revelam diferenças. Quando considerado o “caso” – ou, poderíamos dizer, no plano em que se observa a variedade/redundância da informação (LUHMANN, 2005, p. 438) – as regras se mostram em um primeiro plano de observação, enquanto os princípios surgem no segundo (NEVES, 2013, p. 120-123). No plano estrutural, regra e princípio são estruturas que possibilitam a comunicação recursiva do sistema jurídico e que se diferenciam pelo modo como se relacionam com os fatos sobre os quais o sistema deve empregar o sentido de seu código (lícito/ilícito).

Essas duas formas de observação de segunda ordem, respectivamente relacionadas aos elementos e à estrutura, estão entrelaçadas. Na verdade, se considerarmos que o sistema jurídico “estrutura ao funcionar” (LUHMANN, 2005, p. 271), a diferença equivale a momentos de uma dinâmica evolutiva-circular do sistema e, portanto, à variação (elementos) e à seleção (estrutura). No primeiro momento, a argumentação se desenvolve estruturando elementos que poderão ser ou não selecionados. Mas, mesmo no plano da seleção (ou das estruturas), os princípios terão com as informações uma relação de segundo plano. Com isso, princípios mantêm uma primazia quanto à heterorreferência do sistema, ao tempo em que as regras permanecem com a primazia na orientação de autorreferência.

No que se refere aos princípios e regras constitucionais no âmbito do sistema jurídico do Estado democrático de direito, a complexidade desestruturada do ambiente, que implica uma pluralidade de valores, interesses e expectativas normativas contraditórias, passaria por um crivo seletivo dos princípios, tornando-se complexidade estruturável. Porém, só com a determinação da regra a aplicar ao caso a complexidade passa a ser estruturada, tornando-se possível a subsunção mediante uma norma de decisão. (NEVES, 2013, p. 119)

A passagem da heterorreflexão para a autorreferência gera uma relação reflexiva entre princípios e regras, na medida em que se produz processos de espelhamento e recursividade comunicacional envolvendo duas estruturas pertencentes ao mesmo sistema (NEVES, 2013, p. 129). Em sendo assim, Marcelo Neves (2013, p. 140) sustenta, a partir

de uma observação do plano estrutural do sistema, uma relação circular e reflexiva entre regras e princípios.

(...) os princípios constitucionais como normas no plano da observação de segunda ordem de casos a decidir e normas de decisão são estruturas reflexivas em relação às regras; a relação entre princípios e regras implica uma relação circular reflexiva na dimensão da estática jurídica; a concretização constitucional exige uma regra completa (“norma geral”) como critério imediato para a solução do caso mediante a norma de decisão; já uma impossibilidade prática de aplicação imediata de princípios sem intermediação de regras, sejam estas (atribuídas diretamente a dispositivos) legais ou constitucionais ou construídas (atribuídas indiretamente ao texto constitucional) jurisprudencialmente; a argumentação focada excessivamente em princípios constitucionais é sobremaneira falível, deixando amplo espaço para que superem as próprias regras constitucionais desenvolvidas a partir dela. (NEVES, 2013, p. 140-141)

Vê-se, portanto, que, embora Marcelo Neves retome a observação da diferença regra/princípio a partir de uma perspectiva clássica (que equivale à observação no plano da argumentação), conclui que essa diferença só se “esgota” quando observada nas relações reflexivas de estruturas. Somente uma observação de segunda ordem sobre o modo como as estruturas do sistema jurídico refletem a si mesmas (reflexividade) permite observar que há, internamente, uma diferença funcional, cabendo aos princípios a estruturação das expectativas e às regras as tecnologias que funcionarão no fechamento operativo do sistema. Se a abertura cognitiva está muito relacionada à capacidade de princípios estruturarem variações no sistema, o fechamento operativo depende, necessariamente, das regras. Essa diferença é relevante, pois permite observar as (im)possibilidades seletivas dos princípios e as dificuldades reflexivas das regras, qualidades que não são nítidas em um plano argumentativo.

Desse modo, a abordagem de Marcelo Neves nos leva, justamente, ao modo como o sistema evolui e, neste âmbito, desperta questões sobre eventuais aquisições evolutivas e, a partir delas, repercussões no plano funcional. Em outras palavras, a estrutura dos princípios e sua semântica aberta teriam, na dinâmica evolutiva do direito da sociedade mundial, produzido modificações no âmbito funcional? Seria possível falar em princípios funcionais e, mais ainda, em funções normativas desses princípios? Parece-nos, ademais, que outros trabalhos de Marcelo Neves são bastante relevantes para essa exploração.

4. DINÂMICA EVOLUTIVA DO SISTEMA JURÍDICO DA SOCIEDADE MUNDIAL

Um sistema social funcionalmente diferenciado pode ter sua evolução observada a partir dos fenômenos da variação, seleção e re-estabilização. De fato, em sistemas que se valem do *medium* do sentido para se reproduzir, a diferença entre esses fenômenos não se mostra tão clara quanto em sistemas biológicos. Nos seres vivos, a variação decorre de alterações em células geneticamente programadas, a seleção se dá pela sobrevivência desses indivíduos e a estabilização é, por sua vez, percebida nas populações ecologicamente equilibradas (MANSILLA; NAFARRATE, 2008, p. 326-327). Nos sistemas sociais, os três fenômenos dizem respeito à comunicação marcada pelo código conforme/não-conforme ao direito.

De qualquer modo, é possível observar que, em sistemas sociais, a variação diz respeito a elementos do sistema; a seleção é concernente às estruturas do sistema e a re-estabilização, é ligada, por sua vez, à unidade do sistema em relação ao seu ambiente (LUHMANN, 2002, p. 304). Por essa razão, já seria possível observar no referido plano da argumentação a variação do sistema mediante o uso dos princípios, pois esse primeiro estágio de “ensaios evolutivos” não depende de uma observação das diferenças no nível estrutural. Basta que a argumentação assuma uma forma negativa, não sendo necessário que essa variação esteja comunicada em decisões de seu âmbito organizacional (LUHMANN, 2005, 110).

Assim, por exemplo, bastaria a pretensão de que a norma aplicável ao “caso P” em análise *não* seja a “regra X”, mas, em razão do “princípio N”, deveria ser a “regra Y”. Ou, simplesmente, que a “regra Y” *não* seja aplicada ao “caso P” por força do “princípio Z”. Mas, para que o sistema evolua, seja qual for a direção, essa variação precisa ser selecionada, o que pressupõe alguma estabilidade temporal. Ou seja, dependerá de estruturas voltadas para essa estabilização e, conseqüentemente, de uma observação de segunda ordem que seja capaz de diferenciar tais estruturas.

Em outras palavras, será necessário observar, por exemplo, a diferença entre normas constitucionais e legais; ou entre normas legislativas e precedentes jurisprudenciais; ou, ainda, por exemplo, entre jurisprudência e súmulas vinculantes. Nem mesmo a decisão judicial seria capaz de, isoladamente, produzir uma seleção, tendo em vista a sua instabilidade temporal. A decisão, na maior parte das vezes, sequer encerra o processo, pois estará sempre condicionada ao trânsito em julgado. Somente quando a observação de segunda ordem observa a relativa estabilidade temporal da realização de elementos do sistema em estruturas estáveis é que seria possível falar em seleção.

De qualquer forma, a relativa duração de determinadas variações selecionadas no âmbito dessas estruturas não garante a re-estabilização do sistema. A igualmente relativa e momentânea estabilidade se dá a partir da unidade do sistema em face de seu ambiente. A unidade, neste contexto, não está referida a imperativos lógicos ou ontológicos, mas ao uso recursivo do código conforme/não-conforme ao direito e, portanto, à diferenciação em face de seu ambiente social. Todavia, a seleção de uma variação não garante estabilidade. Mesmo que esse movimento seja visto como uma irritação interna provocada por alguma variável ambiental, o novo “estado” evolutivo produzirá outras consequências ambientais que estimulará novas variações, eventuais seleções e, portanto, outras tentativas re-estabilizantes. *“La evolución opera circularmente ante los impulsos externos: en parte, responde con variación; en parte, reacciona con estabilidad para volver a impulsar las innovaciones”* (LUHMANN, 2002, p. 339).

Princípios e regras são, portanto, determinantes para a variação, seleção e re-estabilização. A variação depende da semântica aberta dos princípios, que cumprem a função de meios de comunicação simbolicamente generalizados. A seleção depende da forma condicional das regras, e a re-estabilização de sua unidade reflexiva. Esse “jogo” de estruturas reflexivas permite ao direito cumprir uma função sustentável em relação ao seu ambiente.

A estabilidade relativa de suas estruturas consolida programas condicionais (regras) que orientam expectativas congruentes. Por outro lado, essas expectativas só se mostram sustentáveis porque a experimentação de semânticas abertas em programas condicionais e o uso adaptado de princípios em funções constitucionais permitiram a estruturação de expectativas de variação do sistema. Com isso, a consistência do sistema pôde ser temperada com “fórmulas de contingências”, permitindo, sobre bases de variação temporal do sentido, um direito “justo”.

Todavia, a questão que ora se coloca é: a aquisição evolutiva dos princípios e as possibilidades funcionais que essas estruturas passaram a representar provocaram alterações funcionais no sistema jurídico? Algo é somado à segurança entregue pelo sistema ao ambiente através de operações internas consistentes? Eventuais alterações representariam uma nova forma de estrutura principiológica com funções normativas que, ao contrário dos princípios inclinados à heterorreferência, orientariam o fechamento operacional do sistema?

5. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DA MODERNIDADE E OS REFLEXOS EM SUA FUNÇÃO

O direito da sociedade moderna se autonomiza a partir do momento em que o poder político centralizado se distribui em agentes delegados descentralizados (LUHMANN, 2005, p.475-476), proporcionando a profissionalização de autoridades que dependiam da referência jurídico-normativa para se legitimar⁸. Esse sistema, possibilitado por estruturas normativas, impulsionado pela formação de uma burocracia profissional e refletido em uma nova ciência jurídica, mostra-se apto para, em um ambiente de elevada complexidade, cumprir a função de generalização congruente de expectativas normativas (LUHMANN, 2005, p, 182).

O direito da sociedade moderna diferenciada inclina suas estruturas para o exercício de uma função que, outrora, foi cumprida por diferentes equivalentes funcionais. A rigor, o direito moderno reduz, a um problema temporal, (LUHMANN, 2005, p. 182) a “coordenação das seleções, imprevisíveis e contingentes, de um *ego* e de um *alter* que se observam reciprocamente” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 68). Essa dupla contingência, todavia, não é gerada, apenas, pelas variações de sentido em uma dimensão temporal (do antes/depois).

O sentido também varia em uma dimensão social (do consenso/dissenso) e em uma dimensão objetiva (do dentro/fora, aqui/acolá). O próprio Luhmann (2005, p. 188) chega a afirmar que, a função do direito, desde uma perspectiva concreta, “*trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social*”. Todavia, ao se auto-observar como instituição estatal, “acreditou” que as variações sociais e objetivas estariam resolvidas em limites territoriais e semânticos evidentes⁹.

⁸ "In the late eleventh, the twelfth, and the early thirteenth centuries a fundamental change took place in western Europe in the very nature of law both as a political institution and as an intellectual concept. Law became disembedded. Politically, there emerged for the first time strong central authorities, both ecclesiastical and secular, whose control reached down, through delegated officials, from the center to the localities. Partly in connection with that, there emerged a class of professional jurists, including professional judges and practicing lawyers. Intellectually, western Europe experienced at the same time the creation of its first law schools, the writing of its first legal treatises, the conscious ordering of the huge mass of inherited legal materials, and the development of the concept of law as an autonomous, integrated, developing body of legal principles and procedures." (BERMAN, 1983, p. 85)

⁹ Diferentes formas de observação teórica denunciam os impactos no direito em razão da dissolução dos elementos que caracterizam as “fronteiras” do Estado moderno (OLIVEIRA; BOZAN DE MORAIS, 2012, SALDANHA, 2017, CAMPUZANO, 2009, TONET, 2019, CANOTILHO, 2012).

Assim, a questão social restaria implodida na legitimidade da política – que foi, paulatinamente, ampliando a inclusão dos indivíduos –, ao tempo em que a questão objetiva estaria resolvida na pluralidade de subsistemas jurídicos de Estados nacionais. Restaria ao direito a modulação temporal desses limites, alterando o conteúdo do consenso simbólico (social) vigente em um determinado Estado nacional (objetivo).

Nesse sentido, não obstante às tensões em três diferentes âmbitos, Luhmann parte da ideia de que o direito se encarrega de uma função que opera, unicamente, na dimensão temporal. “*Al resaltar la dimensión temporal como base de la función del derecho, nos encontramos en oposición a la doctrina antigua de la sociología jurídica que acentuó la función social del derecho recurriendo a conceptos como los de ‘control social’ o ‘integración’*” (LUHMANN, 2005, p. 182).

A base temporal permite uma relação direta entre o “*entramado de expectativas simbolicamente generalizadas*” (LUHMANN, 2005, p. 186) e a segurança prestada ao seu entorno. O sistema jurídico pressupõe que, em um determinado lugar (dimensão objetiva), é consenso (dimensão social) que, dentre diversas possibilidades (complexidade), *ego* e *alter* (dupla contingência) devem considerar uma determinada seleção (generalização das expectativas) dentre outras hipotecamente possíveis (eliminação da contingência por um *alter-ego*). Mas, em um ambiente sistêmico e complexo, a positivação do direito por uma política localizada não será capaz de eliminar as pressões pela variação social e objetiva do sentido. Isso demandará aquilo que Teubner (1989, p. 68) chama de “produção (circular e recursiva) de novos elementos a partir de seus próprios elementos”.

O sistema continuará sendo irritado em razão das variáveis sociais e objetivas de sentido e a seleção temporal dessa variação, que se dará em hiperciclos reflexivos, não será capaz de produzir estados relativamente estáveis, na medida em que qualquer versão de re-estabilização encontrará simultâneas possibilidades de reabertura das variações e aceleração do círculo variação > seleção > re-estabilização > variação.

Em outras palavras, a semântica aberta das próprias regras produz, ao mesmo tempo, diferentes expectativas e diferentes seleções. Tanto a dogmática jurídica quanto a jurisprudência, estruturas que selecionam variações semânticas da programação política, nem sempre “funcionam” explicitamente na dimensão temporal. É comum que a mudança de uma jurisprudência seja observada como um erro sobre a semântica consensual (dimensão social), por vezes relacionada à aplicação de uma regra a um determinado

grupo de indivíduos (dimensão objetiva). É o que acontece quando se “descobre”, 30 anos depois, que um determinado programa condicional não fora recepcionado pela Constituição¹⁰.

Nesse contexto, o uso de estruturas principiológicas – que, outrora, possuíam uma relação com as bases jusracionalistas do direito moderno (princípios gerais do direito) ou com produtos indutivos de uma trama normativa (princípios jurídico-epistemológicos) – permite que a semântica aberta dos textos constitucionais, das regras carregadas de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais sejam experimentados como princípios (princípios pragmáticos).

As dificuldades metodológicas geradas por essas aquisições evolutivas demandam o empréstimo de programas metodológicos voltados para o controle da relação conflituosa dos princípios entre si e em suas relações recursivas – nem sempre assim observada – com as regras, produzindo os chamados “postulados” (ÁVILA, 2013, p. 158).

Essas alterações estruturais, normalmente auto-observadas como diferentes espécies normativas em razão de sua fonte, ou, em segunda ordem, devido às diferenças quanto ao grau de abstração semântico; ou, ainda, quanto ao padrão analítico de suas estruturas, produziram alterações perceptíveis no âmbito funcional. E, ao contrário do que sustenta o próprio Luhmann, tais diferenças não estariam restritas a teorias normativas que reduzem o problema à teleologia do sistema jurídico. Essas alterações estão associadas às demais dimensões de variação de sentido e podem ser observadas em uma perspectiva evolutiva.

Com isso, não sustentamos que o direito tenha assumido novas funções, o que seria, de fato, problemático para a sua unidade. Embora uma duplicidade de funções esteja no horizonte de muitas das observações científicas sobre o direito, reconhecemos que a observação sociológica nas condições pós-metafísicas nos revela um direito que, ao se

¹⁰ Em 2009, mais de 20 anos depois de promulgada a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou, por maioria, “que a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988). Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130. Os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência”.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=107402>

fechar operacionalmente, mantém a generalização de expectativas congruentes como sua única função.

Mas, sugere que mecanismos complexos de reflexividade (interna) produzem estruturas que passam a fornecer ao ambiente diferentes prestações, de modo que a expectativa temporalmente consolidada no fechamento passa a considerar tanto limites semânticos fundamentais diretamente relacionados à dimensão social (consenso/dissenso) quanto possibilidades transnacionais que quebram a redução do direito a um pluralismo de ordens nacionais (dentro/fora).

Creemos, também, que o trabalho de nosso homenageado esteja diretamente ligado a tais transformações, na medida em que sempre esteve preocupado tanto com o modo que o direito processa *déficits* da cidadania política (NEVES, 2018, 2012, 2011) quanto com a conversação transnacional (NEVES, 2009), fundindo essas frentes nas suas últimas reflexões sobre transdemocracia (NEVES, 2017).

Mas, quais são e como as aquisições evolutivas ocorreram?

6. OS TRÊS PRINCÍPIOS DO DIREITO

6.1. A consistência do sistema jurídico e a segurança do Ambiente

Se considerarmos o direito codificado do séc. XIX como um modelo de sistema que controla a sustentabilidade de seus impactos ambientais apenas na dimensão temporal, uma observação ecológica de sua relação com o ambiente estaria marcada pela diferença *consistência/segurança*. Ou seja, a segurança para o ambiente é reproduzida, internamente, como consistência. Uma versão muito pobre de consistência, a bem da verdade, pois sobre ela era lançada uma observação de segunda ordem que tomava emprestada uma concepção de sistema logicamente estruturada.

As tensões provocadas na dimensão social e objetiva eram estabilizadas na *atualidade* de um sistema logicamente consistente que garantiria ao juiz aplicar, em um presente-futuro, o direito que o legislador fez em um presente-passado. Um direito consistente que não se arrisca e não produz perigos.

As revoluções liberais-burguesas demandavam o respeito ao primado da liberdade/igualdade formal dos indivíduos. O sistema observava o seu ambiente como um grupo de indivíduos livres, enquanto os indivíduos e sistemas presentes no ambiente esperavam do direito uma distribuição formal e isonômica da usurpação dessa liberdade.

Nesses limites, as bases temporais de uma função realizada como operação consistente era sustentável, já que as variações provocadas pela internalização da liberdade não eram estruturadas sob diferenças internas relativas a grupos de indivíduos ligados a um mesmo Estado nacional. Ou seja, igualdade formal não estrutura variações de sentido no âmbito objetivo. Sem estruturas, não haveria problemas.

Nesse contexto, o problema gerado pelas estruturas normativas se limitava à prestação da segurança. Nesse sentido, teorias da primeira metade do século XIX estavam, como vimos, inclinadas para a produção de sistemas externos (LOSANO, 2008) e, de modo semelhante, que a atividade legislativa entre o séc. XIX e início do séc. XX buscava a codificação sistematizada do direito.

Teorias tentavam organizar o direito de modo claro e coerente em sistemas externos a partir de uma legislação histórica (a exemplo da Jurisprudência de Conceitos na Alemanha), enquanto os Códigos buscariam se mostrar claros e coerentes, embora logo tenha ficado claro que suas pretensões de coerência e completude dependeriam do auxílio da ciência para suprir suas eventuais insuficiências, omissões e obscuridades (a exemplo da Escola de Exegese na França). No *Common Law*, os intentos de codificação não foram adiante, não obstante propostas como a de Bentham, sobre a produção de um “*Pannomium*” (BENTHAM, 1995).

Todavia, esse mesmo *Common Law* antecipa a fórmula viável para a prestação da segurança, que corresponderá à consistência interna do direito, modelo ao qual o *Civil Law* acabaria aderindo a partir do momento em que “percebeu” que a reflexividade científica utilizada *ad hoc* nas decisões individuais não seria suficiente. Se a prestação da segurança já não poderia ser garantida por auto-referências imediatas a um direito positivo claro (ou cientificamente clarificado), em ambas as tradições do direito ocidental, esse controle é, internamente, delegado a Tribunais que unificam a jurisprudência a fim de que casos iguais sejam julgados de maneira igual (Cf. LUHMANN, 2005, 168). Nesse sentido, a consistência representa a “justiça do direito”, ou, pelo menos, a sua primeira expressão autônoma¹¹.

¹¹ “El principio de consistencia en la toma de decisión que separado de otros juicios de valor que circulan en la sociedad; por ejemplo, de la cuestión de si los afectados son ricos o pobres, si llevan una conducta moral intachable, si requieren urgentemente ayuda. Tales puntos de vista cuentan tan sólo cuando quedan registrados en la estructura programática del derecho positivo, i.e., cuando hay que considerarlos como “causales del delito”. (LUHMANN, 2005, p. 289-290)

A igualdade interna no direito, enquanto consistência do sistema, produz consequências práticas, uma vez que essa forma pode ser convertida no esquema regra/exceção (LUHMANN, 2005, p. 168). No processo linear de construção das decisões, o “princípio da consistência” cumpre uma função de “fechamento”. Aqui, embora estejamos assumindo uma visão mais estreita de princípio do que aquela que Lenio Streck associa a “existenciais”, seria possível dizer que este tipo de princípio “fecha a interpretação” (STRECK, 2012). O próprio Luhmann reconhece, por exemplo, que “*permitir el aborto limita los argumentos que pueden esgrimirse en la discusión acerca de los experimentos con material genético humano; en tal caso, la limitación no es necesariamente política, aunque sí jurídica.*” (LUHMANN, 2005, p. 565).

Todavia, uma decisão inconsistente – até mesmo com seu trânsito em julgado – não seria capaz de desqualificar nem a expectativa normativa da consistência (pois, enquanto normativa, resiste contrafaticamente às desilusões) nem a consistência da unidade operativa do sistema. É por essa razão que teorias da argumentação, que dão conta de uma dinâmica dialógica entre sujeitos presentes na construção de uma decisão, não serão capazes de observar o problema da consistência para além da decisão do caso posto.

Também não são capazes de avaliar até que ponto decisões inconsistentes estariam, ao mesmo tempo, fora da consistência de um *distinguishing* e livres de um *overruling* cínico. Somente uma observação de segunda ordem de tipo ecológico seria capaz de observar o “estado da arte” a partir da diferença segurança(externa) /consistência(interna).

6.2. A Igualdade complexa do sistema jurídico e a inclusão generalizada às prestações do Direito

No centro da perspectiva liberal que irrita um direito que evolui para o “princípio da consistência” estava, na verdade, a liberdade de agentes econômicos e, por conseguinte, a não-igualdade econômica de indivíduos não proprietários. Igualmente escamoteada no plano objetivo, estavam a desigualdade de gênero, de raça e de nacionalidade.

Assim, com as modificações da semântica da cidadania (MARSHALL, 1967), a igualdade política passa a implicar liberdades civis, igual participação nos direitos políticos e, no âmbito de um Estado social democrático, alcança as prestações materiais

vinculadas aos direitos sociais e as políticas afirmativas voltadas para a redução de assimetrias estruturais (NEVES, 2006, 179-180). As condições materiais do exercício da liberdade forçam uma modificação na semântica da igualdade, de modo que ela passa a consistir, tal qual a antiga descrição de Aristóteles (2007), em tratamentos desiguais na proporção em que os iguais se desigalam mediante diferentes “fórmulas de justiça”.

A igualdade passa a implicar tratamento jurídico desigual (LUHMANN, 2005, p. 167). Essa “nova” semântica será selecionada nas estruturas internas do direito, especialmente nas constituições sociais que surgirão a partir da segunda década do séc. XX. Com isso, torna-se possível estruturar variações objetivas de sentido relativas ao tratamento jurídico de diferentes grupos de indivíduos.

Essas variações passam a disputar a mesma temporalidade, e as operações nesse âmbito não darão conta da contingência quanto à realização da cidadania e incerteza do futuro. Desde então, cremos que não será mais possível reduzir a seleção de expectativas a operações sobre bases temporais.

Embora a perspectiva luhmanniana mantenha a função e o símbolo de validade do direito sob bases temporais (LUHMANN, 2005, p. 166), as transformações do “princípio da igualdade” não foram ignoradas. Ao tratar da validade do direito como um símbolo decorrente de uma integração recursiva de sua rede operativa (LUHMANN, 2005, p. 166), Luhmann (2005, p. 167) admite que a unidade integrativa do direito pode ser também expressada sob a forma do “princípio da igualdade”.

A igualdade, na medida em que serve para descobrir as desigualdades, assume um significado prático para o direito e permite a sua conversão de princípio (que estrutura pretensões de tratamento desigual) em regra. É bem verdade que Luhmann (2005, p. 169), embora reconhecesse que o tratamento igualitário para a condição humana ser um princípio político, reduzia o tratamento jurídico-igualitário entre os iguais que se desigalam à fórmula de consistência segundo a qual casos iguais devem receber um tratamento igualitário (LUHMANN, 2005, p. 168-169).

Todavia, como vimos, novas bases objetivas de variação de sentido produziram variações no sistema que, uma vez selecionadas a partir das possibilidades estruturais do próprio “princípio da igualdade”, se consolidam como uma aquisição evolutiva.

Em outras palavras, é condição para generalização de expectativas, um tratamento não apenas consistente, que implica tratar casos iguais de modo igual, mas que também

respeite a igualdade entre os desiguais. Aqui ocorreu uma *re-entry* do lado externo da forma igualdade/desigualdade no lado interno da forma. Reduzir essa igualdade de tratamento a destinatários do direito à condição do caso ignora diferentes variáveis igualmente objetivas do sentido. O que, em alguma medida, permanece aberto para a política diz respeito aos critérios utilizados para o tratamento desigual.

A dificuldade em observar essas modificações estruturais podem estar associadas a uma observação da igualdade frente a prestações materiais do Estado social, fato que atrai críticas relacionadas tanto à centralidade pretendida pela organização estatal (LUHMANN, 1994) quanto à colonização do mundo da vida (HABERMAS, 2001).

Entretanto, no atual estágio evolutivo do sistema jurídico da sociedade mundial, a igualdade não se impõe como regra a partir de uma relação de causalidade com as necessidades dos indivíduos frente às prestações do Estado social. Independentemente do conjunto de prestações devidas por um determinado Estado, a igualdade representa a unidade operativa do sistema sob bases objetivas.

Nesse sentido, Marcelo Neves (2006, p. 170) também considera que o princípio da igualdade ultrapassa a “integração igualitária no sistema”. Defende que, “do ponto de vista sistêmico, a questão refere-se à neutralização de desigualdades fáticas na consideração jurídico-política de pessoas e grupos” (NEVES, 2006, p. 170).

O princípio da igualdade, portanto, quando observado na perspectiva sistêmica, “envolve a neutralização das desigualdades presentes no ambiente” (NEVES, 2006, p. 171). Justamente por isso, Neves (2006, p. 172-174) sustentará que a igualdade como norma pode ser compatível com discriminações positivas (*affirmative action*), constituindo-se o “núcleo da cidadania” (NEVES, 2006, p. 175).

Por um lado, a cidadania pode ser interpretada como mecanismo político-jurídico de ‘inclusão de toda população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade. Nesse sentido, os direitos humanos que lhe constituem o conteúdo serviriam para deixar o futuro aberto à reprodução autopoietica do respectivo sistema social ao qual se relacionam. Por outro, pode ser compreendida enquanto instituição da conexão entre ‘autonomia privada e autonomia pública’, ou seja, como ‘direitos humanos’ e ‘soberania do povo’, pressupondo-se reciprocamente uma relação de tensão permanente. (...) Na perspectiva interna e sistêmica, a cidadania afirma-se enquanto há a inclusão jurídico-política generalizada, sem privilégios ou classificações negativamente discriminantes, nos diversos sistemas sociais. (...) De outro ângulo, a cidadania é construída a partir da esfera pública pluralista, tanto como exigência decorrente da semântica social dos direitos humanos, que, em princípio, não está vinculada a qualquer subsistema da sociedade, quanto nas diversas formas de luta pela concretização dos direitos fundamentais. (...) Assim sendo, de um lado, a pluralidade que constitui a cidadania relaciona-

se com a diferenciação sistêmico-funcional da sociedade; de outro, com a heterogeneidade de expectativas, valores e interesses que circulam por diversas formas discursivas da esfera pública e exigem tratamento equânime nos procedimentos constitucionais. (NEVES, 2006, p. 175)

Embora o tratamento conferido à igualdade jurídica em Marcelo Neves esteja, externamente, relacionado à cidadania no sistema político, sua internalização jurídica pressupõe a fórmula da “inclusão generalizada” e, não apenas, uma fórmula de consistência.

Para além das exigências de igualdade jurídica frente à política, que acompanhamos sob o crivo da cidadania, a igualdade foi experimentada e selecionada em face de outros âmbitos sociais. Não necessariamente associada, externamente, às prestações do Estado social, as dimensões funcional e transubjetiva permitem projetar a forma da igualdade para outras espécies de assimetria social, o que já é possível observar sob o signo da “horizontalidade” (TEUBNER, 2012, p. 82).

Neste âmbito, as dificuldades de observação decorrem do fato de tais logros evolutivos terem sido lidos por boa parte das teorias normativas como uma evolução dimensional de uma unidade onto-teleológica da Constituição (CARNEIRO, 2018a).

Abandona-se uma visão temporal-cronológica linear orientada ao “progresso”¹² que falava em “gerações de direitos” e se assume uma perspectiva “hermenêutica” que traduz a variação objetiva das esferas de isonomia em acúmulo de “dimensões de direitos”. Em verdade, tal leitura desloca, antecipadamente, o problema para a dimensão social do consenso institucional e sobrecarrega dependência metodológica, pois a “unidade dimensional” precisa ser racionalmente construída.

As chamadas “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais são, todavia, melhor observadas sob a perspectiva da variação objetiva de sentido. O direito passa a refletir, internamente, a diferenciação funcional que observa em seu ambiente e, por essa razão, se estrutura de modo a refletir (reflexão) não apenas o ambiente individual, típico de sua perspectiva liberal, mas também agrupamentos de sujeitos que precisam ser tratados de modo desigual, âmbitos desorganizados de sistemas funcionais, ecossistemas, animais e entes da natureza (CARNEIRO, 2020a).

Ao invés de dimensões ou gerações, a dinâmica evolutiva e circular do direito responde ao seu ambiente mediante a formação de “esferas de fundamentalidade”

¹² Não confundir com o modelo evolutivo proposto por Luhmann e a concepção de historicidade que está nele pressuposta, conforme alerta Vladimir Luz (2017, p. 199).

(CARNEIRO, 2018a, p. 152) e não em uma unidade dimensional onto-teleológicas. A observação dessas “esferas de fundamentalidade” revela que a unidade se dá, como já dizia Luhmann, por uma rede de operações recursivas ou, como afirma Vesting (2011) como uma unidade simbólica de “constituições parciais”.

Em contrapartida, reconhecer a fragmentação permite uma melhor observação da estruturação interna das expectativas normativas, a possibilidade de “diálogos” transversais no âmbito dos acoplamentos estruturais (NEVES, 2009), o empréstimo de racionalidades e, no que toca aos nossos objetivos neste texto, o controle da especificidade isonômica das esferas. Cada esfera opera um determinado conteúdo da forma igual/desigual que pode, por conseguinte, se desdobrar em efeitos prático-normativos.

De modo semelhante ao que propõe Michael Walzer (1983), a justiça como “igualdade” é complexa, obedece a diferentes formas, sendo que o mais relevante, à semelhança de Marcelo Neves (2007, 2018), é que uma determinada lógica isonômica não invada e corrompa as demais. A igualdade utilitária da economia, que permite tratamentos desiguais na proporção em que cada empregado contribui para os lucros de uma empresa, não pode operar na esfera familiar, onde não é o lucro que decidirá aquele que terá o direito-dever de guarda dos filhos.

Para sociedades convencionais, o reconhecimento da desigualdade. Para as empresas, a igualdade formal de uma concorrência leal. Para grupos e indivíduos vulneráveis, a discriminação positiva. O direito não precisa abrir mão dessas diferentes formas de igualdade/desigualdade, sendo sempre possível convertê-las na forma regra/exceção. Não se trata de teleologias, tampouco de colonização do mundo da vida ou de desdiferenciação decorrente de tentativas de assumir a centralidade da sociedade complexa. Trata-se, apenas, de cumprir a função que justifica observarmos o direito da sociedade ao invés de, simplesmente, o nada.

O “princípio da igualdade” possui, portanto, uma relação direta com a função do direito e, de modo sacralizado e latente, confere sentido e força a esse sistema em face de seu ambiente. Não faz “sentido” um direito não isonômico, do mesmo modo que não faz sentido um direito inconsistente. Não faz “sentido” um direito que julga de modo diferente casos iguais, do mesmo modo que não faz “sentido” um direito que desiguala iguais já desiguados (pela política) ou que não protege as diferentes fórmulas de desigualdade presentes em diferentes esferas. Ocorrendo tais hipóteses, as expectativas

jamais serão congruentes e a função, que opera de modo latente, poderá ser convocada e convertida mediante o “truque lógico” na forma regra/exceção.

A observação da função do direito em operações não apenas temporalizadas reduz a complexidade e orienta as seleções de expectativas em face do problema da dupla contingência. Assim, do mesmo modo que podemos observar a unidade funcional do direito a partir da diferença segurança/consistência, a internalização do princípio da igualdade e suas aquisições evolutivas representam uma segunda possibilidade, que é viabilizada a partir da diferença inclusão(externa)/isonomia complexa(interna).

6.3. A integridade do Direito e a sustentabilidade do Ambiente

Com as modificações na semântica da igualdade, estruturas ligadas a programas condicionais isonômicos e a meios de comunicação simbolicamente generalizados presentes em inúmeras Constituições do século XX possibilitaram uma variação na dimensão objetiva do dentro/fora dos direitos individuais/sociais, ligados à inclusão generalizada frente às prestações do Estado social; da proteção vertical/horizontal, que passava a abarcar âmbitos desorganizados de sistemas funcionais da sociedade mundial (horizontalização dos direitos fundamentais); do universal/nacional, que produzia um diálogo entre ordens transnacionais e, dentre outras possibilidades, dos incluídos/excluídos frente à discriminação positiva voltada para a compensação histórica e estrutural das desigualdades.

Todavia, a definição dessas fronteiras (critérios de desigualdade) provoca inevitáveis colisões entre os princípios que orientam, recursivamente, a formulação e a interpretação da regra/exceção que prevalecerá no fechamento operativo do sistema. Um sistema que se auto-observa como uma unidade onto-teleológica precisará resolver tais colisões mediante “implosivos” de concordância prática que, uma vez incapazes de garantir a consistência, permitirão que diferentes pressupostos consensuais da variação social do sentido do direito ocupem a mesma temporalidade. Em outras palavras, diferentes “consensos pressupostos” são combinados a diferentes “divisões objetivas” disputando um mesmo “tempo”, o que significa uma perda de sustentação (*stall*) funcional do direito potencializada ao cubo.

Nesse contexto disfuncional, onde o sistema jurídico “entra em parafuso”, serão frequentes os diagnósticos de juridicização da política ou de politização do direito (OLIVEIRA JÚNIOR, 1996; CUNHA JÚNIOR, 2016); pretensões ou críticas ao

ativismo (STRECK, 2013); uso simbólico-diabólico da Constituição (NEVES, 2011; CARNEIRO, 2015) ou, até mesmo, a instrumentalização do direito (NEVES, 2011).

Todavia, uma observação ecológica que separe o discurso de fundamentação presente nas decisões judiciais – que dizem assumir o compromisso com o “social” (qual?) – das funções diabólicas latentes tanto no “compromisso irresponsável” quanto no ceticismo cínico e descompromissado, será capaz de explorar possibilidades do sistema, inclusive quanto ao âmbito social de variação de sentido (consenso/dissenso).

Se o símbolo institucional de um direito que opera controlando a variação de sentido em bases temporais não se mostrou capaz de estabilizar, mediante seleções estatais de programas normativos, as variações objetivas e sociais de seu sentido, a resposta para as possibilidades seletivas internas começa pelo modo como a própria variação se dá. Enquanto teorias onto-teleológicas imaginam (desejam) que a variação social de sentido está sendo selecionada e estabilizada no nível dos princípios pragmáticos, não é novidade para a teoria sociológica que tais princípios cumprem, na verdade, uma função de abertura (LUHMANN, 1965).

O recurso a *standards* de racionalidade como mecanismo de solução dos problemas que essa suposta orientação onto-teleológica provoca, além de tentar resolver o problema errado (colisão entre critérios que fecham e não entre expectativas que abrem), não entrega a “concordância prática” que promete, o que impede que tomemos o modo como esses modelos se auto-observam como uma solução. Mas, em meio à cegueira quanto a uma “constituição viva” (SCHWARTZ, 2018) e às seleções que estabilizam apenas o processo onde se dão, é possível observar que, paradoxalmente, esse padrão seletivo *ad hoc* tem servido a um propósito referido à unidade da comunicação.

Quando essas colisões são julgadas em nome de *standards* como o da proporcionalidade em sentido estrito, necessidade, adequação, princípio da concordância prática, máxima efetividade constitucional, dentre outros, a re-estabilização se dá, em verdade, em nome da sustentabilidade do ambiente.

O princípio da justiça, sobre o qual se encontram tais normas constitucionais descentralizadamente geradas, deveria ser uma espécie de princípio de sustentabilidade, que originalmente foi desenvolvido como uma limitação do crescimento econômico para a proteção do ambiente natural, tendo em vista as condições futuras de vida. O desafio atual é, no entanto, que o princípio da sustentabilidade deva ser generalizado de duas maneiras. Sustentabilidade não pode mais se limitar à relação da economia com a natureza, ou seja, à relação

apenas de um sistema social com um de seus ambientes. O princípio da sustentabilidade deve ser repensado para além da economia, levando-se em conta todos os regimes funcionais. Ao mesmo tempo, deve incorporar, para além de apenas o ambiente natural, todos os ambientes relevantes dos regimes. Ambiente deve ser pensado aqui no sentido mais amplo possível, como ambiente natural, social e humano dos regimes transnacionais (TEUBNER, 2016, p. 292).

A sustentabilidade seria, nesse sentido, a única forma possível de racionalidade intersistêmica, equidistante a concorrentes como a *rational choice*, a razão discursiva (TEUBNER, 2016, p. 293). No direito, os candidatos à internalização das expectativas de sustentabilidade presentes no ambiente como limite dos limites são muitos. O primeiro e mais óbvio seria o próprio princípio da sustentabilidade ambiental, que serve para que entidades que representam os (ou a defesa dos) animais e entes naturais possam levar ao direito pleitos de sustentabilidade de ecossistemas.

Todavia, não devemos confundir o código da comunicação ecológica (sustentável/não-sustentável) com o código jurídico (conforme/não-conforme ao direito). O princípio da sustentabilidade ambiental é um meio de comunicação simbolicamente generalizado que tem por função estruturar demandas de proteção ambiental em face, preponderantemente, de operações do sistema econômico.

Como bem explica Rafael Simioni (2006, p. 72-73), o direito não será capaz de articular uma comunicação jus-econômica-ecológica e garantir, em diferentes contextos, um “lucro-sustentável-lícito”. A sustentabilidade ambiental, seja das diferentes formas de vida, seja da comunicação social, depende que o direito reproduza, internamente, limites de fundamentalidade, nada impedindo que uma crítica ecológica permaneça observando os impactos que esses limites provocam para a sustentabilidade/não-sustentabilidade do meio ambiente e, até mesmo, do lucro/não-lucro das organizações econômicas.

Assim, o lado interno da sustentabilidade se mostra visível no âmbito dos direitos fundamentais. Sobre ele, observações de segunda ordem falam, por exemplo, em “mínimo existencial”¹³ dos indivíduos em face de prestações de um Estado, por sua vez, “reservado ao possível” orçamentário (ARANGO; LEMAITRE, 2002, TORRES, 1999, SOARES, 2016, PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 174, RENSMANN, 2007, p. 300, BAHIA; SILVA, 2016). Ainda em relação aos direitos fundamentais, algumas teorias pressupõem que os direitos fundamentais abrangem, tão somente, os seus limites internos,

¹³ Ver Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

não admitindo relativizações (HÄBERLE, 2003, p. 52-56, MÜLLER, 2007), em contraposição àquelas que concebem direitos fundamentais dispostos, em termos abstratos, relativamente a outros direitos dessa mesma natureza, admitindo que sejam flexibilizados (ponderados) frente a questões externas à sua semântica (ALEXY, 2008).

As divergências entre as teorias “internas” e “externas” estariam diretamente relacionadas às características que cada teoria atribui ao “suporte fático” presente nos direitos fundamentais, podendo ser este restrito ou amplo (SILVA, 2017, p. 34)¹⁴. De uma forma ou de outra, como núcleo semântico original ou, diante do caso concreto, após solucionadas (implodidas!) as colisões, o debate dos direitos fundamentais traz a questão dos limites que o sistema jurídico deve considerar tanto para as possibilidades de programação introduzidas pelo sistema político quanto para o exercício da liberdade entre privados mediante sua eficácia horizontal.

O problema dos limites de fundamentalidade e de sua relação com a sustentabilidade das formas de vida e comunicação presentes no ambiente também se faz presente nos debates que giram em torno das questões metodológicas que envolvem a aplicação de regras e princípios.

Se considerarmos dois dos principais autores recepcionados no Brasil – e que representam, igualmente, os dois principais modelos de estruturação reflexiva do direito da sociedade mundial (*Civil Law* e *Common Law*) –, Alexy e Dworkin também deixam, cada um a seu modo, essa questão evidente. Alexy, embora adira ao que poderia ser considerado uma teoria externa dos direitos fundamentais, reserva às garantias constitucionais estabelecidas sob a forma da regra uma “primazia em relação a determinações alternativas com base em princípios” (ALEXY, 2008, p. 140).

Já em Dworkin, enquanto “os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido”, vinculando-os aos objetivos traçados no sistema, os “argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior” (DWORKIN, 2005, p. IX).

¹⁴ Um inventário dessas concepções teóricas e, inclusive, uma defesa do “máximo existencial” pode ser encontrado em Miguel Calmon Dantas (2019).

Essa diferença acompanha inúmeras meta-leituras presentes na doutrina estrangeira sobre o problema da ponderação como *balance* e como proporcionalidade, especialmente em autores como Dworkin e Alexy (HUSCROFT, MILLER, WEBBER, 2014)¹⁵.

No Brasil, todavia, ambos tendem a ser confundidos a partir de uma antiga consideração de Dworkin quanto à diferenciação lógico-estrutural entre regras e princípios. O *balance* de Dworkin diz respeito à correta ancoragem da interpretação das regras em princípios de moralidade política, o que permite ao intérprete fugir do agulhão semântico das teorias positivistas (DWORKIN, 2007, p. 55). Ou seja, pondera-se para variar o princípio que orienta a interpretação da regra e, assim, garantir a integridade da interpretação, sem com isso negar o princípio afastado. Essa “lógica” só se mantém sustentável para a política porque Dworkin não concebe *policies* (políticas públicas) como uma “questão de princípio” (DWORKIN, 2010), o que possibilita tanto o espaço para as ações estratégicas no âmbito da política quanto a proteção categórica de direitos fundamentais (DWORKIN, 2011, p. 329).

Em certo sentido, no plano da orientação hermenêutica e dos direitos fundamentais, princípios em Dworkin também são *all or nothing*. Já em Alexy, princípios como mandamentos de otimização demandam uma metodologia analítico-procedimental para controlar a proporcionalidade das normas de decisão.

Os meios de intervenção na esfera de liberdade dos destinatários precisam ser adequados, proporcionais (em sentido estrito) e necessários à consecução de determinados fins. Os princípios operam, dentro da proporcionalidade em sentido estrito, como um “banco utilitário de bens” no qual o saldo gerado pela intervenção deverá ser positivo.

Assim, considerando o conjunto dos aspectos estruturais e metodológicos, ambos consideram em suas teorias espaços para limites aos programas condicionais introduzidos pelo sistema político. Em Dworkin, essa proteção se dá como uma questão de integridade baseada em princípios. Em Alexy, tais limites dependem das regras constitucionais. De todo modo, o problema dos limites internos está presente.

Para além dos impactos já comentados nas teorias e na reflexividade dogmática de suas operações, há outros sinais notórios das operações que controlam o âmbito social

¹⁵ “There is a qualitative difference between the balancing approach and the proportionality test, one of which leads systematically to rational stalemate and the second of which leads systematically away from it, although both of them sometimes end at the same spot.” (LUTERAN, 2014, p. 38-41)

das variações de sentido. O mais relevante deles seria a existência de uma diferenciação interna no sistema jurídico (GUERRA FILHO, 2014, p. 15), mais perceptível no nível organizacional de sistemas que separam Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas.

A jurisdição constitucional abstrata ou, até mesmo, concreta – quando concentrada e incidental – mostra uma função diferente daquela que produz o fechamento operacional do sistema jurídico. A jurisdição constitucional, nesses limites, controla limites de fundamentalidade, sem a pretensão de estabelecer uma regra de solução do conflito entre partes específicas.

Nessas decisões, de caráter vinculante e determinantes para a generalização de expectativas congruentes, a exposição desses limites fica mais evidente, embora careçam de observações de segunda ordem que observem as estruturas seletivas.

Nesse sentido, os modelos teóricos que refletem e ofertam racionalidade ao direito, a exemplo do balance de Dworkin e a ponderação de Alexy (neste caso, mediante função da regra constitucional), bem como teorias dos direitos fundamentais, já sinalizam a internalização da prestação de sustentabilidade do ambiente. Mesmo quando ignoram a necessária aceleração dos níveis autopoieticos do sistema, dão margem à corrupção do código e produzem efeitos latentes que mascaram os reais vetores de equilíbrio osmótico do sistema jurídico, são decisões que, simbolicamente, se localizam na proteção categórica de extremos, proporcionando sustentabilidade às diversas formas de vida e comunicação presentes no seu entorno.

O modo como a comunicação jurídica reproduz internamente essa função não significa uma simples consistência, a partir da qual casos iguais devem ser julgados da mesma forma; também não pode ser reduzida ao respeito da isonomia complexa, a partir da qual se exige que, em uma mesma esfera de fundamentalidade, iguais devem ser igualmente desiguados.

Nas operações que controlam a contingência relacionada à dimensão social da variação de sentido, o respeito aos limites é reproduzido pela relação circular entre princípio e regra. Nesse sentido, tanto a similitude dos casos (consistência) quanto à igualdade das pessoas (isonomia complexa), pode ter suas fronteiras questionadas pelo vínculo recursivo entre o princípio e a regra.

Nas trilhas da ética categórica kantiana e no horizonte da teoria do direito, essa relação entre regra e princípio que demarca limites não consequencialistas é denominada

por Dworkin de integridade. Assim, não obstante às diferenças paradigmáticas e a necessidade de ajustes na equivalência, parece-nos mais adequado considerar o lado interno da sustentabilidade como integridade, o nosso terceiro princípio funcional.

Nesse sentido, uma análise ecológica do modo como o direito produz a generalização de expectativas congruentes em bases sociais de variação de sentido pode ser observada pela diferença sustentabilidade/integridade e, desse modo, contribuir criticamente para a relação sustentável entre sistema jurídico e suas diferentes formas de vida e comunicação presentes no ambiente.

| PRINCÍPIOS FUNCIONAIS DO DIREITO | | |
|---|--------------------------|-----------------------|
| VARIAÇÃO DE SENTIDO | PRESTAÇÃO EXTERNA | FUNÇÃO INTERNA |
| Temporal (antes/depois) | Segurança | Consistência |
| Objetiva (dentro/fora) | Inclusão | Isonomia (complexa) |
| Social (consenso/dissenso) | Sustentabilidade | Integridade |

Portanto, ao invés de buscarmos no sistema científico um programa racional capaz de domesticar a comunicação do poder que se reproduz no sistema jurídico, ignorando que o êxito dependeria de hipóteses improváveis – e não necessariamente desejáveis até mesmo por aqueles que buscam esse controle –, o mais adequado em um horizonte social complexo é buscar o padrão de racionalidade que o próprio direito experimenta – ainda que carregado de efeitos latentes e diabólicos – nas suas estratégias evolutivas para manter a diferenciação social. A ciência não controlará a operação do sistema jurídico.

Para tanto, além da desdiferenciação de um sistema secular, teria de ser capaz de ofertar programas capazes de fazer com que a “verdade” transitasse em julgado. Aceitar a facticidade da diferenciação funcional entre ciência e direito é o primeiro passo para que a ciência deixe de fazer o “trabalho sujo” do encobrimento, consolide sua interpenetração com o sistema jurídico (MIGUEL, 2016) e possa, de fato, estruturar de modo funcional suas observações críticas.

No entanto, no que toca à sustentabilidade/integridade, o grande desafio é estimular o sistema a desenvolver estruturas que selecionem de modo mais claro os limites produzidos pelo refluxo hipercíclico de sua reflexividade, pois os princípios que

cumprem a função de meios de comunicação simbolicamente generalizados continuarão servindo à heterorreferência e à variação.

É necessário que a seleção seja evidenciada no lado interno dos princípios, que memoriza limites de fundamentalidade, semânticas de identidade/autonomia da normatividade constitucional (NEVES, 2006, p. 100) e, com isso, reduza a improbabilidade na comunicação das expectativas quanto aos limites internos do direito.

7. POR UMA NOVA TIPOLOGIA PRINCIPIOLÓGICA

Diante do que foi dito, creio que poderíamos retornar à análise de partida e, a partir dela, propor uma reconstrução tipológica (como tal, sempre aproximativa) dos princípios jurídicos. Embora abordagem possa facilitar a compreensão da revisão sistêmica e, ao mesmo tempo, aproximá-la dos usos dogmáticos correntes.

Nesse sentido, os princípios gerais do direito, enquanto produtos de uma reflexão jursercionalista e externa ao direito positivo teria o seu lugar ocupado pelos três princípios funcionais acima retratados. Os sistemas externos só existem na consciência daqueles que efetuaram tais cálculos lógicos, não possuindo nenhuma dimensão histórica, tampouco empírica. Eles foram negados pela evolução da lógica, que, por um lado, se aproxima da matemática, e, por outro, distancia-se das bases metafísicas descritas por Aristóteles como identidade, diferença e terceiro excluído.

Ademais, mostraram-se incapazes de se fazer valer frente à organicidade do sistema, bem como interferir nos impactos do direito junto ao seu ambiente. Ao contrário do que pressupõe a estrutura lógica e clássica que constitui esse tipo sistema, o terceiro, ali excluído, torna-se fundamental para responder à complexidade presente no ambiente do direito.

As terceiras possibilidades são fruto de diferenciações e novas possibilidades de observação, embora tenda a ser “maltratado” quando reduzido às “teorias mistas” sustentadas por uma dogmática que trai os seus próprios pressupostos lógicos. As diversas teorias mistas não estão erradas quanto ao diagnóstico da complexidade dos fenômenos que tenta descrever, muito pelo contrário. Erram ao insistir em conceitos que pretendem ser “diferenças em uma unidade” e não uma “unidade da diferença”. Se podemos falar em lógica, seja por razões ligadas à impossibilidade da metafísica, seja pela ausência de unidade onto-teleológica do direito, precisamos falar em uma lógica da diferença (BROWN, 1969).

Conceitos são, portanto, unidades que não representam uma descrição necessária e suficiente da essência (ser) de um ente, mas unidades de diferenças. Algo só “é” algo porque se diferencia em relação ao que ele “não é”. Essa lógica da diferença é compatível tanto com a compreensão que ocorre, fenomenologicamente, nas consciências dos indivíduos (HEIDEGGER, 2004) quanto com a comunicação que constitui a sociedade (LUHMANN, 2006).

Os princípios funcionais do direito, que refletem, internamente, a diferença do direito em relação às formas de vida e comunicação presentes no ambiente são descrições mais adequadas de princípios gerais do direito. O direito mesmo possui, em termos operacionais, apenas os princípios da consistência, igualdade complexa e integridade. Refletem, na diferença, respectivamente, expectativas de segurança, inclusão generalizada e sustentabilidade das formas de vida e comunicação dispostos no ambiente do sistema.

Apenas os princípios funcionais podem ser submetidos ao “truque lógico” (LUHMANN, 2005, 168) que converte um pressuposto latente e sacralizado na operação do sistema em uma forma regra/exceção e, com isso, reduzir complexidades e condicionar determinadas decisões em detrimento de outras possibilidades. Ou seja, enquanto princípios propriamente ditos, somente esses três princípios “do” direito contribuem para o fechamento do sistema.

Eles podem substituir tanto as pretensões da “velha lógica” que estruturava sistemas externos quanto as pretensões de ancoragem do sistema em princípios de moralidade política, embora possam, dentro de limites fornecidos pelo próprio sistema, condicionar a interpretação. Como veremos, não são princípios “no” direito, nem princípios “para” o direito. São princípios “do” próprio direito.

Os princípios jurídico-epistemológicos, por sua vez, possuem uma outra dinâmica operacional. Não são pressupostos de uma operação na qual permanecem sacralizados no ponto cego da auto-observação, mas podem, quando necessários, produzir alertas quanto à trivialidade da reprodução jurídica e convocar a atuação de princípios funcionais. Os princípios jurídico epistemológicos espelham a orientação de políticas contingentes já presentes na programação do sistema e se dirigem, preponderantemente, para a organização didática da dogmática, reduzindo a complexidade do ensino do direito.

Não serão capazes de se converter em regra através do já referido “truque lógico” sem que sua atuação já não esteja sustentada em princípios funcionais. Em verdade, o “truque” ocorre quando um conjunto de regras sugerem esses princípios, não à toa terem nascido associados a um modelo indutivo e, na prática, assim permanecerem.

Portanto, princípios como o do contraditório, por exemplo, poderão servir como “elemento organizador do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada” (OLIVEIRA, 2007, 36), sendo útil nas aulas de teoria geral do processo, mas não serão capazes de se converter em uma regra que estabeleça quando um juiz deve ou não dar vistas de um documento a uma determinada parte.

Na verdade, quando um magistrado se vê compelido a dar vistas de um documento a uma parte não o faz pelo “princípio” do contraditório, mas pela regra do contraditório! Ou, talvez, pela necessidade de julgar um caso igual a outros onde a regra é a do contraditório, o que revela uma imposição do princípio funcional da consistência. A regra do contraditório integra, sim, um núcleo de proteção categórica de um direito fundamental à ampla defesa.

A ampla defesa é, em verdade, o princípio pragmático que exige o respeito, em determinadas situações, à regra do contraditório. Esse seria um exemplo ao qual Dworkin ou nós mesmos poderíamos recorrer para falar de interpretação íntegra de uma regra que, não obstante às possibilidades semânticas, precisaria estar orientada por um princípio. No inquérito policial, por exemplo, o princípio já será outro. E, se antes havíamos indicado uma relação dos princípios “jurídico-epistemológicos” com os princípios funcionais, aqui encontramos, justamente, sua relação com os “princípios pragmático-problemáticos”.

Os princípios pragmático-problemáticos estariam, conforme nos mostrou Rafael Oliveira, diretamente relacionados a sistemas materialmente abertos. Todavia, na perspectiva de sistema que assumimos, esses princípios não estariam presentes “em” sistemas abertos, mas em um sistema aberto/fechado, cumprindo, primeiramente, uma “função de abertura”.

Eles são decisivos, como vimos com Marcelo Neves, para estruturar as expectativas normativas de um ambiente complexo e plural. Formas de vida e de comunicação levam ao sistema suas demandas expansivas e expectativas protetivas em face de outras formas de vida e comunicação que, em razão de suas estruturas, possuem diferentes lógicas de orientação social. Assim, as estruturas que, em tese,

deontologizariam valores consensuais e orientariam teleologicamente o sistema são rapidamente experimentados em normas que estruturam as mais diferentes expectativas normativas.

Todavia, a relação que a generalização de expectativas possui com a variação social do sentido (consenso/dissenso) exige que o direito estabeleça quais os limites dos limites que o sistema estabelece contra a sua própria programação condicional, fato observável na experimentação de estruturas voltadas para a seleção desses limites.

Assim, retomando o exemplo que acabamos de utilizar, a ampla defesa estará disposta como um princípio capaz de estruturar as mais variadas expectativas de abertura dialógica nos mais diferentes processos existentes no direito. Toda e qualquer demanda pela participação ativa na construção de decisões poderá ser estruturada como um “direito à ampla defesa”, mas, a construção de limites e diferenças que demarcam essa proteção – que fazem com que determinadas regras se imponham em determinados casos – não decorrem de um pacto histórico celebrado por uma comunidade política hipotética, mas por uma construção do próprio sistema jurídico que precisa responder funcionalmente ao seu ambiente.

Se a tese de Dworkin possuísse respaldo empírico, seria improvável que as comunidades políticas que formaram Estados nacionais produzissem direitos com o grau de semelhança que produziram, dotados dos mesmos princípios e explicáveis por uma mesma teoria. Essa coincidência é muito mais que fortuita, pois decorre, na verdade, da condição mundial da sociedade moderna e da conseqüente mundialização de seu direito.

Os modelos normativos de sociedades não modernas presentes no mesmo espaço-tempo-cronológico da sociedade moderna não conseguem – nem devem! – ser explicados com o auxílio da observação de segunda ordem das estruturas auto-constituídas pelo direito dessa sociedade mundial moderna. Dworkin, portanto, não estaria errado por exigir uma relação de integridade entre princípio e regra, mas por conceber o princípio como uma questão de moralidade política de uma comunidade histórica e territorialmente situada, o que acaba por tornar nebulosa a relação com os princípios constitucionais (internos) e problemática a dinâmica evolutiva impulsionada pela heterorreferência.

Assim, no lugar de um princípio deontológico de moralidade comunitária, conexões transnacionais e seleções deônticas produzidas pelo próprio sistema sob o olhar crítico e interpenetrado da observação científica pautada nos princípios funcionais de um

único sistema jurídico da sociedade mundial. É nesse sentido que *due process of law*, especialmente na versão inglesa (CARNEIRO, 2018), se comunica com a nossa ampla defesa, produz uma série de enlaces hipercíclicos e, em uma estrutura hierárquica entrelaçada, acaba exigindo a aplicação da regra do contraditório.

Em movimento semelhante, a dignidade humana cultivada na Constituição de Bonn produz, na Constituição brasileira de 1988, enlaces específicos e se desdobra em garantias fundamentais, como a da proibição da tortura e tratamento humano degradante.

Essa relação de pertencimento entre sociedade mundial e seu direito ajuda a compreender melhor o momento constituinte dos princípios constitucionais. Uma observação sistêmica do direito não acreditará em “fadas ou gnomos”, o que significaria dizer que a semântica, enquanto “sentido de um texto constitucional”, não será capaz de estabelecer os limites normativos de uma Constituição, tampouco crê que métodos científicos são capazes de controlar as obscuridades e as colisões dessa semântica.

Todavia, uma sociologia sistêmica das constituições, a se perguntar sobre o “como ser possível uma ordem social constitucionalizada” não ignora que a organização constituinte jamais se estabelece em um “grau zero” comunicacional. A positivação da Constituição, ao se valer de diferentes tecnologias da ordem social, já está previamente determinada por, pelo menos, dois vetores semânticos decisivos para o “início” (que é continuidade) da circularidade entre regras e princípios.

O primeiro vetor está relacionado ao fato de que a Constituição representa um ato quase-revolucionário, que canaliza uma crise de dupla face que desconstitui uma ordem normativa e, com sinal trocado, constitui outra (TEUBNER, 2016). Quando isso ocorre, a pragmática do novo sistema rapidamente converte essa “identidade constitucional” de sua normatividade, para usar a expressão de Marcelo Neves (2006, p. 100), em limites condicionais do sistema.

Esse fenômeno fica mais evidente quando a própria Constituição produz esse primeiro estágio reflexivo mediante regras, sejam elas pétreas ou não. Um segundo vetor de pressurização semântica está diretamente ligado ao fato de que a “Constituição” é uma operação interna do sistema jurídico da sociedade mundial e, em sendo assim, já nasce transnacionalmente conectada¹⁶.

¹⁶ Thiago Borges (2019), considerando o caráter mundial da sociedade, defende o direito internacional como um canal de interação dos Estados com seu ambiente e demonstra como se deu e quais os efeitos da

Por outro lado, esses dois vetores de pressurização semântica (a crise revolucionária e a ordem jurídica transnacional) não são, por si só, nem determinantes, nem suficientes. Não são determinantes porque não é incompatível com opções constituintes particulares que marcam a autonomia/identidade normativa (NEVES, 2006, p. 100) de Constituições nacionais.

Não são suficientes porque as estruturas permanecerão abertas a mutações e impactos de novos momentos constituintes, ainda que informais, do mesmo modo que não elimina a possibilidade de que o novo texto constitucional seja explorado a partir do lado diabólico do símbolo e, conseqüentemente, passe a produzir efeitos dilatórios quanto a seus impactos ambientais (NEVES, 2017, 2011).

Nesse sentido, uma teoria constitucional sociológica não elimina abordagens de conseqüências normativas associadas a “sentidos constituintes”, mas exige que percamos a inocência tanto em relação à real presença de forças revolucionárias capazes de fornecer energia suficiente para a combustão interna desses enlaces reflexivos, quanto à impossibilidade de momentos tipicamente constituintes encontrarem caminhos de variação/seleção/re-estabilização de novas “identidades” constitucionais.

Essa “inocência” é um dos grandes problemas que atribuímos às teorias constitucionais normativo-dirigentes pós-1988 que, por um lado, sobrevaloriza(va) a força quase-revolucionária de 1988 – ignorando o que representava tanto a Lei de Anistia quanto a presença de Senadores Biônicos na Assembleia Constituinte – e que, por outro, promove(u) uma aposta kamikaze na semântica dos textos e no controle metodológico *ad hoc*, deixando em seu ponto cego o uso diabólico do símbolo e o controle de mutações constitucionais equivalentes a uma constituição originária dos sentidos. O lado bom de tudo isso é que não há guerra perdida, e o futuro ao tempo pertence. A reconstitucionalização desses sentidos perdidos será sempre uma possibilidade.

Considerando a tipologia proposta, temos, então, que princípios funcionais podem ocupar o lugar dos “princípios gerais do direito”, pois continuam baseados na relação estrutura-função do sistema jurídico.

Princípios jurídico-epistemológicos são generalizações que reduzem a complexidade do ensino do direito, mas não do direito mesmo, embora possam convocar

interação do sistema de direito internacional com a Assembleia Nacional Constituinte, ocorrida no Brasil, entre 1987-88.

princípios funcionais a atuarem sob a forma de regra/exceção e, com isso, contribuir para a consistência, igualdade complexa e integridade do sistema.

Já os princípios pragmáticos operam como princípios “no” direito. Estruturam diferentes expectativas de expansão e proteção das formas de vida e comunicação presentes no meio ambiente e, com isso, formam esferas de fundamentalidade, internalizam as colisões e permitem a comunicação entre diferentes formas de racionalidade.

Todavia, reagem com as semânticas presentes nos horizontes quase-revolucionário da crise constituinte e de uma ordem transnacional para, desde então, iniciar relações circulares e reflexivas com regras jurídicas. Operados sob a vigilância silenciosa dos princípios funcionais e “escandalosa” de uma ciência jurídica responsiva, o hiperciclo reflexivo do sistema selecionará os limites dos programas condicionais que entregarão ao ambiente garantias de sustentabilidade.

Em um estágio onde ainda há muitos candidatos disputando vantagens funcionais, a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais e a dogmática dos direitos fundamentais se mostram decisivas para a configuração (seleção) dos limites e re-estabilização do sistema.

Assim, parece-nos que faz sentido falar, tão somente, em “princípios funcionais”, “princípios jurídico-epistemológicos” e “princípios pragmáticos”. Os primeiros, todavia, seriam os únicos princípios “do” direito. Os princípios “jurídico-epistemológicos” constituem, por sua vez, reduções de complexidade do sistema científico que, dada à relevância no sistema educacional, penetra no sistema jurídico.

São princípios “sobre” o direito, especialmente sobre o padrão de suas regras, o que significa dizer que eles não são capazes de controlar as “exceções”. Eles podem, eventualmente, passar a integrar programas do próprio sistema, mas isso não modificará o modo como ele deverá operar.

Por último, os princípios pragmáticos são princípios “no” direito. Embora integrem os programas normativos do sistema, são vocacionados para a heterorreferência e capacidade de emulação da complexidade do ambiente dentro do sistema. Todavia, o hiperciclo reflexivo decorrente das relações circulares e recursivas entre esses princípios e as regras fluem e refluem no sistema, o que permite vínculos de integridade que (em)prestam ao ambiente expectativas de sustentabilidade.

É possível, ainda, traçar um paralelo entre as funções dos princípios e a preponderante localização estrutural nas zonas reflexivas do sistema. No centro do sistema, onde ocorre o fechamento operativo a partir de decisões de Juízes e Tribunais, localiza-se o princípio funcional da consistência.

Nas zonas intermediárias, onde estão localizados os programas normativos condicionais – tecnologias que, em condições normais, cumprem a função do direito como uma “máquina trivial” LUHMANN, 2005, p. 255) –, localiza-se o princípio de isonomia complexa. Aqui, o sistema se fragmenta na tentativa de refletir, internamente, a complexidade objetiva existente no ambiente. Essa mesma fragmentação é refletida na ciência dogmática do direito que identifica determinados padrões no lado interno da forma regra/exceção, razão pela qual é esse o local privilegiado da interpenetração entre ciência/educação/direito.

Se o respeito à inclusão/isonomia complexa das formas de vida e comunicação presentes no ambiente não se der no momento da programação política, princípios “jurídicos-epistemológicos” cruzam para o centro e convocam uma correção funcional.

Por fim, na periferia, os princípios pragmáticos recebem variadas demandas que, processadas, retornam e ganham, especialmente nas decisões de Tribunais Constitucionais, ajustes de integridade. A localização periférica tanto dos princípios pragmáticos quanto do princípio funcional da integridade reforça a tese de uma diferenciação funcional interna no sistema jurídico, com forte impacto em seu âmbito organizacional.

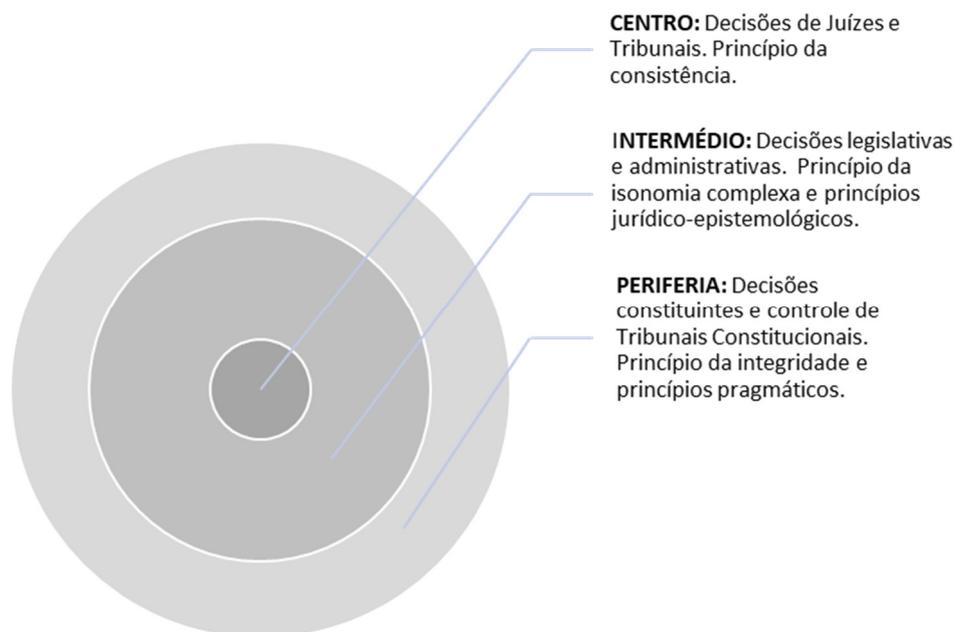
Diferencia-se as funções judiciárias de fechamento ordinário do sistema – mediante uma ordem hierárquica de Juízes, Tribunais Superiores e Cortes Supremas – com o “fechamento” periférico pelos Tribunais Constitucionais frente a questões de sustentabilidade/integridade¹⁷.

¹⁷ No Brasil, o desenho organizacional dificulta essa percepção, uma vez que uma mesma organização (o STF) cumpre as funções de Tribunal Constitucional e de Suprema Corte, e que possuímos um controle de constitucionalidade não apenas concentrado (no Tribunal Constitucional) mas também difuso (entre Juízes e outros Tribunais). Todavia, além de tais diferenças funcionais serem consagradas na observação do sistema jurídico da sociedade mundial, diferentes tipos de procedimento e padrões decisórios reforçam essa tendência de diferenciação interna entre centro e periferia. No controle difuso, observa-se que tribunais acabam desprezando o caso concreto para tratar dos problemas de constitucionalidade de forma “incidental” e prejudicial às decisões de “fechamento operativo”, o que sempre atraiu críticas hermenêuticas (STRECK, 2012). No próprio controle difuso-concreto, quando processado no âmbito do STF em razão de Recursos Extraordinários, há muito já se observava uma tendência de “abstrativização” dos efeitos dessas decisões (DIDIER, 2006), posteriormente consagrado pela técnica da Repercussão Geral.

Em sendo assim, usando a expressão de Lenio Streck (2012), no contexto das aproximações hermenêutico-filosófica da teoria de Dworkin, podemos ainda dizer que os “princípios funcionais” da consistência, igualdade complexa e sustentabilidade “fecham a interpretação”. Os princípios “jurídico-epistemológicos” podem contribuir para esse fechamento apenas se atuarem limitados à articulação entre regras e princípios, trazendo à tona uma questão funcional, não sendo capazes, por si só, de fecharem o sistema. Já os princípios pragmáticos abrem o sistema, de modo que a sua função redutora só ocorrerá se observados nas estruturas seletivas da reflexividade hipercíclica do sistema.

Uma ligação direta entre “princípios pragmáticos” e decisão e, pior ainda, a generalização dessa prática no sistema, será fatal para autonomia da unidade operativa. Apenas justificará o arbítrio e o uso diabólico da força simbólica do direito, impedindo as prestações de segurança, generalização da inclusão e sustentabilidade do ambiente.

No esquema abaixo, é possível observar as zonas reflexivas do sistema jurídico e suas relações com o nível organizacional e os princípios funcionais.



8. CONCLUSÃO

Uma avaliação crítica desse modelo descritivo com consequências normativas poderia concluir se tratar de uma proposta preciosista. Que, seja como princípio da ampla defesa ou como regra do contraditório; seja como princípio da noventena ou regra que exige um interstício de noventa dias para que um tributo possa incidir; seja como princípio

da dignidade humana ou como regra da proibição da tortura, tudo permanecerá como tal e qual.

De fato, em muitas situações, o resultado seria o mesmo. Todavia, em nenhuma dessas situações seria possível observar o correto ou equivocado uso desses princípios, retirando da observação científica as possibilidades de vigilância que ela precisa manter a fim de que sua crítica não passe de “uma ciência com a qual e sem a qual o mundo permanece tal e qual”. Mais ainda, reforçar a normatividade condicional de estruturas que não possuem essa finalidade, ou simplesmente reduzir a análise a uma descrição realista desses equívocos, provoca dois diferentes usos da ciência jurídica.

No primeiro caso, abusa-se de sua interpenetração no sistema para provocar variações corrompidas que não serão observadas em seus pontos cegos ou efeitos latentes, colapsando as seleções, inviabilizando a re-estabilização e dissolvendo o sistema em seu meio.

Na segunda hipótese, mantém-se a integridade da autonomia científica, mas, abre-se mão de uma necessária abordagem responsiva. Ao apresentar esse modelo, esperamos contribuir para que as autonomias funcionais da ciência e do direito sejam respeitadas, e que a crítica aos efeitos diabólicos e latentes do sistema jurídico possam ser nele reintroduzidos, surtindo efeitos igualmente sustentáveis, uma equação que marca, também, o trabalho teórico do nosso homenageado.

As possibilidades aqui abertas decorrem da exploração e interconexão de pontos cegos de duas grandes correntes teóricas, ambas vocacionadas para lidar com a linguagem e suas implicações sociais.

A fenomenologia, em suas versões tardias, abre-se à historicidade e ao modo constitutivo da linguagem. Ao observar como o indivíduo consciente é impactado pela linguagem, sinaliza para uma dimensão intersubjetiva, mas não desenvolve uma explicação sobre o social.

A teoria dos sistemas, em sua versão luhmanniana, foca o “social” e desenvolve uma explicação sobre “como” uma dimensão apofântica da linguagem é capaz de produzir uma espécie de “segunda natureza”. Mas, para isso, ignora (mantém pressuposto) que esse universo artificial e especializado da “comunicação dos ausentes” está em meio à linguagem; a semânticas inacessíveis e, todavia, incontornáveis.

A linguagem é a terceira margem desse rio, e suas possibilidades são os horizontes das demais. “Entre as escuras/ duas margens da palavra” (NASCIMENTO; VELOSO, 1992). Duas possibilidades de acesso e de encobrimento dos sentidos.

A de Hermes, o “Deus sonso e ladrão que fez das tripas a primeira lira e inventou todos os sons” (BUARQUE; BASTOS, 1999); que sabe da existência do não dito e de sua relação com a “verdade”. E a de Hades, recolhido ao submundo obscuro, onde já não há indivíduos vivos; onde o horizonte se confunde com a escuridão de sua própria casa.

Filhos do ser e do tempo, entre Hermes e Hades há a linguagem, o sentido e a poesia das diferenças reveladoras.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Estudios ocasionales CIJUS. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAHIA, Saulo José Casali; SILVA, Diogo Barbosa. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 2, n. 2 (2016).

BENTHAM, Jeremy. Colonies, Commerce, and Constitutional Law: Rid Yourselves of Ultramarina and other writings on Spain and Spanish America. Philip Schofield / Clarendon Press, Oxford, 1995.

BERMAN, Harold J. Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition HARVARD UNIVERSITY PRESS Cambridge, Massachusetts and London, 1983.

BIERLING, Ernst Rudolf. Juristische prinzipienlehre. [S.l.]. Freiburg i B. Leipzig, Mohr, 1894.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BORGES, Thiago Carvalho. As relações entre o Direito Internacional e a constitucionalização nos Estados da sociedade mundial: a experiência da Assembleia Constituinte no Brasil de 1987-1988. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia. 2019.

BROWN, Spencer, Laws of Form. London: Allen and Unwin, 1969.

BUARQUE, Chico; BASTOS, Cristóvão. Todo o sentimento [partitura]. In CHEDIAK, Almir. Songbook Chico Buarque. 3ed. Rio de Janeiro: Lumiar Editora, 1999. (Vol II). p.191-193.

CABRERA, Julio. Nas margens da Filosofia da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem, Brasília: Editora UnB, 2003.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. Constitucionalismo em tempos de globalização. Tradução José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Brancosos e Interconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Análise Ecológica do Direito e construção transubjetiva de direitos da natureza e dos animais: aspectos estruturais e metodológicos de uma epistemologia complexa. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 15, p. 17-46, 2020a.

_____. Democracia e Constituição: entre a nostalgia do antigo e os desafios da modernidade complexa. In José Luis Bolzan de Moraes (Org.). Estado & Constituição: o sequestro da democracia. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2020b.

_____. Os direitos fundamentais da constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. Revista Direito Mackenzie, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018.

_____. Crise e escassez no Estado Social: da constitucionalização à judicialização simbólicas. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; COPETTI NETO, Alfredo. (org.). Estado e Constituição: Estado Social e poder econômico face a crise global. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CRISAFULLI, Vezio. Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali. Milão: Giufre, 1985.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFB, v. 26, n. 28 (2016).

DANTAS, Miguel Calmon. Máximo Existencial como Direito Fundamental Internacional - Rejeitando a Tese do Mínimo Vital pelo Desenvolvimento de Referenciais mais Protetivos. Curitiba: Juruá, 2019.

DIDIER JR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: Processo e Constituição, Estudos e Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006.

DWORKIN, Ronald. Justice for Hedgehogs. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2011.

_____. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Levando os direitos a sério. Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A Crise Autoimunitária da Nova Ordem Internacional. *Polietica*. São Paulo, v. 2, n. 1, pp. 7-25, 2014.

HÄBERLE, Peter. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Madri: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tra-dução Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madri: Trotta, 2001.

HEIDEGGER, Martin. Lógica: la pregunta por la verdad. Trad. J. Alberto Ciria. Madrid: Alianza, 2004.

HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Gregoire. Proportionality and the Rule of Law Rights, Justification, Reasoning. New York: Cambridge, 2014.

KELSEN, Hans. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen: Editora J.C.B. Mohr, 1911.

_____. Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit. 2. ed. Wien: Editora F. Deuticke, 1960.

_____. Teoria General del Derecho y del Estado. 5. ed. Mexico D.F.: Editora UNAM, 1995.

_____. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito: das origens a escola histórica. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 1.

_____. Sistema e estrutura no direito: o século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010, v. 2.

LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. Cidade do México: Herder, 2006.

_____. El derecho de la sociedad. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero-Americana, 2005.

_____. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

_____. Teoría política en el estado de bienestar. Madrid: Alianza Universidad, 2002.

_____. Teoría política en el estado de bienestar. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 1994.

_____. Grundrechte als Institution: ein Beitrag zur politischen Soziologie. Berlin: Editora Duncker & Humblot, 1965.

LUTERAN, Martin. The Lost Meaning of Proportionality. In Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Gregoire Webber. Proportionality and the Rule of Law Rights, Justification, Reasoning. New York: Cambridge, 2014.

LUZ, Vladimir de Carvalho. O processo histórico de evolução do direito na sociologia de Niklas Luhmann. *Confluências*, v. 19, p. 1-200, 2017.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. A hermenêutica da esgrima e os direitos humanos: as aporias vinculação/discricionariiedade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranoia mútua entre autopoiese e desconstrução. 1. ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

MÜLLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturante do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.7

NASCIMENTO, Milton. VELOSO, Caetano. A terceira margem do rio. CD: Circuladô de Fulo. BMGAriola, 1992.

NEVES, Marcelo. Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica. e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. From transconstitutionalism to transdemocracy, Eur Law J. v. 23, 2017, p. 380–394.

_____. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. A constitucionalização simbólica. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. A constitucionalização simbólica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Entre Têmis e Leviatã - Uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Politização do Direito e juridicização da política. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 9-14, jan. 1996. ISSN 2177-7055.

Disponível

em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15749/14260>>. Acesso em: 28 jul. 2020. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

OLIVEIRA, Gustavo Vieira; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 175-184, 2012.

OLIVEIRA, Rafael. O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariiedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. 2007.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. Fundamentos do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

RENSMANN, Thilo. Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung. Mohr Siebeck, 2007.

SALDANHA, Jania Maria Lopes. Cosmopolitismo jurídico teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SCHWARTZ, Germano. As constituições estão mortas?: momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes de novos movimentos sociais do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto, Direito Ambiental e Sustentabilidade, Juruá Editora, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire; BASTOS, Samantha Mendonça Lins. A proteção à dignidade da pessoa humana e as Medidas Provisórias nº 664/2014 e 665/2014: uma análise à luz da vedação ao retrocesso social. Revista Jurídica, [S.l.], v. 3, n. 40, p. 149 - 172, jan. 2016. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1336/899>>. Acesso em: 10 ago. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v3i40.1336>.

STRECK, L. L. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. Verdade e consenso. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TONET, Fernando. RECONFIGURAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO: evolução e modelos sistêmicos na pós-modernidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VESTING, Thomas. Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne. In: Thomas Vesting e Stefan Koriath (orgs.) Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 71-94.

VESTING, Thomas. Vizinhança – direitos Fundamentais e sua teoria na cultura das redes. In: CAMPOS, R. (Org.). Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016.

WALZER, Michael. Spheres of justice: a defense of Pluralism and Equality. New York: Basic Books, 1983.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Revista Sequência, Florianópolis: UFSC, n. 5, p. 48-57, 1982.