

A ANÁLISE ECONÔMICA DE POSNER E A IDEIA DE ESTADO DE DIREITO EM LUHMANN: BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

POSNER'S ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND THE CONCEPT OF THE 'RULE OF LAW' IN LUHMANN: SOME CRITICAL CONSIDERATIONS

MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI*
THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE**

INTRODUÇÃO

Movimentos como a denominada “análise econômica do direito”, preconizada, entre outros, por Richard Posner, não cansam de ocupar lugar de destaque na academia jurídica e nos votos de alguns dos juízes de maior prestígio no Brasil e no Mundo. A ideia de que a valoração do direito deve substituir a referência a conceitos morais ou valores ético-jurídico por uma racionalidade econômica em sentido estrito, nesse sentido, nunca esteve tão em voga no discurso jurídico contemporâneo.

Os escritos do Professor Washington Peluso Albino de Souza, no entanto, sempre caminharam na direção contrária a este movimento, buscando uma reivindicação normativa dos

* Professora Titular de Direito Tributário da Faculdade Direito da UFMG; Professora Titular de Direito Tributário das Faculdades Milton Campos; Presidente da Associação Brasileira de Direito Tributário –ABRADT; Membro da Fondation de Finances Publiques – Paris; Advogada e Consultora
E-mail: misabel@sachacalmon.com.br

** Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais. Honorary Lecturer da Universidade de Aberdeen, Reino Unido.
E-mail: thomas_bustamante@yahoo.com.br

princípios *da Constituição*, que são vistos como ocupando um lugar privilegiado na argumentação jurídica.

Neste trabalho, adotar-se-á uma perspectiva bem próxima à do Professor Washington, buscando se demonstrar que a denominada “análise econômica do direito” contradiz tanto os escritos mais recentes do juiz Richard Posner, que é o seu principal, quando a ideia de Estado de Direito, que pressupõe um processo de autonomização e diferenciação do sistema jurídico, que pode ser ilustrado com uma alusão à teoria de Niklas Luhmann.

1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PRAGMATISMO

Talvez a maior dificuldade que o leitor de Posner enfrente ao se debruçar sobre os seus escritos seja a de encontrar um fio condutor coerente entre os seus escritos da juventude, sobre a análise econômica do direito, e os seus escritos de maturidade sobre o que denominou de “pragmatismo jurídico”.

Nos seus primeiros escritos, a ideia central do autor é a de construir uma teoria ao mesmo tempo descritiva e prescritiva do direito e de sua interpretação, submetendo-os a uma racionalidade econômica que deveria substituir a valoração moral do direito. A noção central dessa teoria – tanto nos seus aspectos prescritivos como normativos – é a de *maximização da riqueza*. Como explica Dworkin, em um de seus primeiros ensaios críticos à teoria da análise econômica do direito de Posner,

A maximização da riqueza, assim definida, é alcançada quando os bens e outros recursos se encontram nas mãos daqueles que lhes atribuem maior valor, e alguém atribui mais valor a um bem somente se ele ao mesmo tempo está disposto a pagar e é capaz de pagar um valor pecuniário maior (ou em valor equivalente a dinheiro) para tê-lo. Um indivíduo maximiza a sua própria riqueza quando ele aumenta o valor dos recursos que ele possui; sempre que ele é capaz, por exemplo, de comprar algo que ele considera valioso por uma soma menor do que ele estaria disposto a pagar por isso. O seu valor para ele é medido pelo dinheiro que ele estaria disposto

a pagar pelo bem; se ele é capaz de pagar, por exemplo, \$ 4 por aquilo que ele pagaria \$5 se fosse necessário, então sua riqueza foi aumentada em \$1. *A sociedade maximiza a sua riqueza quando todos os recursos de tal sociedade estão distribuídos de modo que a soma de todas as valorações individuais é tão alta quanto possível*¹.

Deixando de lado os problemas ligados à justiça e à conveniência deste critério de distribuição dos bens sociais e de interpretação das normas jurídicas e solução de casos concretos, que não serão abordados nesta seção, cabe frisar que Posner possui, aqui, uma teoria genuinamente normativa do Direito. Como explica o Professor Washington Peluso Albino de Souza, em uma lúcida análise crítica do método de construção do direito proposto por Posner, “a ‘eficiência’ corresponde à maximização da riqueza e tem, para o autor, a força de um ‘valor em si’, do valor social máximo cuja realização assegura a eficiência da sociedade e de suas instituições, entre elas o Judiciário”².

Com isso Posner propõe desenvolver, como explica Brian Bix, uma versão mais “prática” do utilitarismo, capacitando os juízes para eleger a decisão mais adequada com base em um critério mensurável e objetivo:

O bem-estar e a felicidade (duas aproximações do que se entende por ‘utilidade’) são difíceis de se descobrir ou mensurar, de sorte que decisões judiciais e legislativas não serão guiadas claramente por uma instrução para se ‘maximizar a utilidade’. Em contraste, maximizar a riqueza é algo que juízes podem fazer de forma efetiva no âmbito de suas tarefas limitadas³.

A pauta geral a indicar a postura interpretativa ou a teoria da decisão de Posner, portanto, deve ser justamente o ideal de enriquecer a sociedade como um todo, diminuindo-se o custo social e maximizando a riqueza geral.

1 Dworkin, 1985, p. 237.

2 Souza, 2002, p. 290.

3 Bix, 2009, p. 215.

Esse método, por ser pautado em uma racionalidade exclusivamente econômica, é absolutamente indiferente em relação à justiça da forma como se fará a considerações morais ou igualitárias como fatores de valoração do direito ou como parâmetros para os discursos de aplicação do direito válido.

Posner constrói, portanto, uma teoria que é rigorosamente indiferente ao valor da igualdade ou da justiça (*fairness*), que são vistos como irrelevantes para a interpretação do direito. Ao tratar das desigualdades de renda e da distribuição de justiça, por exemplo, o autor não descarta redistribuir a riqueza em favor dos mais ricos, caso essa medida se revele apta a maximizar a riqueza global da sociedade.

Nesse sentido, argumenta

Tendo em vista que o formato e a altura das curvas de utilidade marginal das pessoas é desconhecida e provavelmente não conhecível, a possibilidade de que as curvas de utilidade marginal das pessoas mais ricas sejam mais elevadas do que as curvas de utilidade marginal das pessoas mais pobres não pode ser negada. A menos que nós assumamos que a utilidade marginal da renda é a mesma independentemente do nível de renda, nós não podemos provar que obter a linha da igualdade irá elevar o bem estar econômico. Conversamente, a não ser que nós assumamos que a utilidade marginal da renda está positivamente correlacionada com o total da renda (isto é, que as curvas de utilidade marginal das pessoas ricas são geralmente mais elevadas do que a das pessoas pobres), nós não podemos concluir que equalizar rendas reduziria a utilidade total. Toda a discussão ignorou o fato crucial de que a redistribuição da renda não é um processo livre de custos, como veremos em breve. Mesmo se fosse possível demonstrar que a redistribuição aumentaria a utilidade total se os custos envolvidos fossem zero, seria necessário pesar esses custos, que são positivos, em face dos ganhos⁴.

Decisões sobre a redistribuição, portanto, são tomadas não em função de um critério moral ou um princípio de justiça, mas com base apenas em uma análise econômica de custos

4 Posner, 1972, p. 217-218.

sociais que podem ser expressos (ou pelo menos convertidos) em dinheiro.

Uma das dificuldades normalmente apontada contra esse *approach* é que ele parece confundir os sentidos descritivos e normativos da análise econômica do direito⁵. Ainda que os métodos de análise econômica de Posner fossem eficientes para, do ponto de vista descritivo, determinar a configuração das normas jurídicas ou a interpretação do direito que maximize da melhor forma a riqueza da sociedade, faltaria à teoria uma justificação normativa do valor da própria maximização da riqueza. É dizer: Posner parece pressupor, sem qualquer justificação político-moral, um valor absoluto para a maximização da riqueza, ainda que o preço dessa maximização seja uma política jurídica e uma teoria da interpretação que acentuem a desigualdade das pessoas e a concentração de riquezas.

Nesse sentido, questiona Dworkin

A análise econômica sustenta, no seu aspecto normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo valioso, de modo que as decisões judiciais devem tentar maximizar a riqueza da sociedade, por exemplo, atribuindo direitos àqueles que iriam adquiri-los por seus custos de transação. Mas não está claro *porque* a riqueza social é um objetivo valioso. Quem pensaria que uma sociedade que tem mais riqueza, assim definida, é melhor ou está em melhores condições com mais riqueza tal como qualquer indivíduo está? Por que deveria alguém que não cometeu esse erro pensar que a maximização da riqueza social é um objetivo valioso?⁶

A análise econômica do direito enfrenta, portanto, uma séria dificuldade para se legitimar, na medida em que ela pressupõe, implicitamente, uma *justificação moral* da tese de que a maximização da riqueza da sociedade, independentemente de como essa riqueza está concentrada ou distribuída, é um valor político com prioridade sobre os demais.

5 Nesse sentido, Souza, 2009, p. 292.

6 Dworkin, 1985, p. 240.

O problema da análise econômica do direito, portanto, não está em uma suposta arbitrariedade, pois ela contém um critério objetivo para a interpretação do direito, mas na justificação desse próprio critério.

A maximização da riqueza, no pensamento de Posner, é portanto um imperativo moral, um *valor* tido como fundamental para o raciocínio jurídico. Posner está longe, portanto, do ceticismo moral que ele defende com unhas e dentes em seus escritos mais recentes sobre a teoria moral e a teoria do direito. Seus argumentos anti-teóricos, mais recentes, contradizem os seus próprios escritos.

O ponto central dos escritos mais recentes de Posner sobre os problemas da filosofia do direito é a rejeição de toda e qualquer utilidade da reflexão filosófico-jurídica sobre a moral no âmbito do direito, por meio das seguintes teses: 1) a teoria moral não possui qualquer utilidade e é incapaz de prover uma “base sólida” para juízos morais (tese forte); e 2) ainda que ela pudesse constituir uma base adequada para alguns juízos morais, “ela não deve ser utilizada como fundamento para juízos *jurídicos*”⁷.

Entre essas duas teses, destaca-se a primeira, que é defendida com mais veemência pelo autor, que acredita que “não há respostas convincentes” para quaisquer questões morais interessantes⁸.

Por outro lado, enquanto teorias morais são não só absolutamente inúteis e desnecessárias, como também perigosas, na medida em que funcionam como carapuças para “vestir as nossas preferências e intuições em uma linguagem universal”⁹, as doutrinas ou perspectivas morais *de facto* existentes nas diferentes sociedades *não podem ser julgadas como corretas, mas meramente adaptáveis ou não adaptáveis*.

7 Posner, 1998, p. 1639.

8 Posner, 1998, p. 1644.

9 Posner, 1998, p. 1653.

Uma razão para a vasta condenação dos genocídios nazistas e cambojanos é que podemos ver em retrospecto que eles não foram adaptativos a quaisquer necessidades plausíveis ou amplamente aceitas das sociedades em questão. As políticas gerais genocidas que os Estados Unidos adotaram contra os índios americanos foram adaptativas e portanto recebem menos críticas, especialmente porque nós somos os beneficiados por essas políticas. Deploramos o sacrifício humano em parte porque nós temos mais náuseas do que os povos pré-modernos (...), mas também em parte porque nós sabemos que o sacrifício humano não afasta secas, inundações e outros desastres, e portanto é um meio ineficiente para os fins da sociedade¹⁰.

Como se nota, as críticas anti-teóricas de Posner aos denominados “moralistas” não são uma teoria *sobre* a moral (*about morality*), como ele afirma em seus escritos¹¹, mas uma teoria moral (*of morality*) no sentido mais ordinário do termo. Essa teoria, segundo Dworkin, é uma espécie de niilismo moral, segundo o qual “nenhum argumento teórico pode oferecer uma boa razão para se pensar que um ato é correto ou errado”¹². Esta tese, como explica o crítico, “é em si, obviamente, um juízo moral de um tipo teórico e global, pois saber se qualquer tipo de pretensão moral provê uma ‘base sólida’ para outro é em si uma questão moral”¹³.

Vemos em Posner, portanto, duas teorias morais implícitas, que são contraditórias entre si: de um lado, num primeiro momento, a tese de que uma decisão está (moralmente) correta quando maximizar a riqueza geral da sociedade (ainda que isso represente um enriquecimento dos mais ricos e um empobrecimento dos mais pobres); e, de outro lado, num segundo momento, a tese moral de que nenhum argumento moral pode fundamentar um juízo sobre a correção ou incorreção de uma decisão.

10 Posner, 1998, p. 1652.

11 Posner, 1998, p. 1647.

12 Dworkin, 2006, p. 82.

13 Dworkin, 2006, p. 81-82.

2. O FATO ECONÔMICO E O FATO JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Posner sustenta, guiado pelo princípio econômico da maximização da riqueza, que o intérprete e aplicador do Direito, em especial nos casos difíceis, deve pautar o seu raciocínio pela análise do fato econômico e dos interesses em jogo, relação custo-benefício, enfim, pela eficiência racional. Pondo em segundo plano a forma jurídica, supõe correto o juiz fazer aflorar o fato econômico puro, que ditará o comando a nortear a decisão do caso.¹⁴

A grande questão da chamada teoria “econômica” do direito é que ela nega o direito, ela o destrói, porque ela o reduz ao fato econômico. Com isso, ela arbitrariamente rejeita o Estado de Direito.

A ideia de Estado de Direito implica o que Niklas Luhmann, em sua teoria dos sistemas, define como a autonomia funcional do sistema jurídico em face tanto do sistema econômico como do político, pois sem ela fica difícil reconstruir, contemporaneamente, as bases de um Estado de Direito.

Tradicionalmente, a palavra sistema é empregada como um conjunto em que os elementos integrantes se ordenam por princípios ou se codificam. Descobrir quais são os seus elementos, a estrutura, os princípios que os ordenam, suas funções e comportamento provoca o nascimento de uma série diversificada de teorias.

Num certo aspecto, o material (considerando-se os materiais integrantes, seu sentido e interpretação), todos os sistemas que se vinculam às ciências da compreensão, inclusive o jurídico, seriam abertos. O sistema transaciona matéria ou informação com seu meio ambiente, seja através daquilo que entra, o *input*, seja por meio de seu produto, o *output*. Portanto, mesmo nos

14 Posner, 1972.

modelos de sistemas chamados “fechados”, de Hans Kelsen, Max Weber ou Niklas Luhmann, continuamente, solicitações, informações, elementos normativos – por meio das leis, e de outras fontes de produção, cada vez mais numerosas, por exemplo – entram para o sistema jurídico (*input*) e dele saem como produtos e decisões para o ambiente (*output*). É verdade que, para isso, há seleção e transformação da matéria, convertida e deformada em conceitos e classificações internas. Sob tal aspecto, não há discussão. Somente os sistemas mecânico-físicos, como as máquinas, são fechados do ponto de vista material e de sentido.

Esses são os motivos pelos quais as teorias sistêmicas gerais contemporâneas não examinam o conteúdo material dos elementos que integram o sistema¹⁵. Não se propôs a compreender a sociedade, altamente complexa, como um todo. Interessa-nos, antes, a estrutura de sua organização, os tipos estruturais. Alguns teóricos, como Bertalanffy, desenvolveram, paralelamente, os mecanismos de controle e de processamento de informação¹⁶.

Luhmann vale-se das fontes riquíssimas de Parsons, mas não dá primazia às estruturas e sim às prestações funcionais do sistema. E nisso reside a maior peculiaridade de sua teoria.

Partindo dos dados antropológicos de Gehlen, segundo os quais os seres orgânicos têm reduzida capacidade de “*recepção e processamento*” em face da extrema complexidade do mundo, como acontecimentos possíveis, Luhmann pensa os sistemas como construções de sentido, que têm como função reduzir tal complexidade, permitindo que a vida e a ação humana possam se orientar. Seleção e definição rígida de limites entre o interior do sistema e o seu exterior (ou ambiente) que, por sua vez, se divide em outros sistemas. Para Alfred Büllesbach,

15 Canaris, por exemplo, propôs um sistema aberto, do ponto de vista apenas do Direito privado e do ponto de vista cognocitivo-interpretativo. Mesmo com todas essas restrições, o jurista preocupa-se em identificar as partes imóveis ou rígidas do sistema aberto, sem as quais ele se perderia nos dados múltiplos do ambiente.

16 Büllesbach, 2002, p. 414.

Com o progresso da complexidade surgem duas transformações: ao nível da expectativa do comportamento, modifica-se a forma jurídica; e, mediante a instituição de processos visando a elaboração de decisões coletivamente obrigatórias, o direito torna-se um programa de decisão¹⁷.

Luhmann transpôs, para as ciências sociais, o conceito de *autopoiesis* - do grego *autós*, por si mesmo ou próprio, e *poiesis*, criação, produção - com que Maturana e Varela designaram os organismos biológicos que constroem, a partir de si mesmos, os elementos em que consistem. Na teoria dos sistemas de Luhmann, elaborada como reação ao “*vale tudo*” e ao extremo relativismo pós-moderno, o fechamento é mais radical, pois o sistema somente opera “*porque não há nenhum acesso à realidade que lhe é exterior*”¹⁸. Não se trata, pois, como ocorre no idealismo, de explicar como, apesar da diferenciação entre conhecimento e objeto, o conhecimento poderia atingir um objeto exterior a ele mesmo, mas de assentar sobre tal diferenciação a própria possibilidade. Isso significa que o sistema atua somente na medida em que se fecha, produzindo a partir dele mesmo as operações próprias e reproduzindo em rede seus avanços e recuos discursivos. E a teorização que se faz do sistema jurídico depende da diferenciação entre o próprio sistema e o ambiente e de seu fechamento. “*Maturana chamou isso de autopoiesis mas Lyotard chega também ao mesmo resultado a partir da lingüística com conceitos como ‘phrase’, ‘enchaînement’, ‘différend’*”¹⁹.

Na teoria dos sistemas, o sistema jurídico somente pode usar o seu próprio código binário direito/não direito, com que se fecha, fechamento esse que é condição para a interação entre sistema e ambiente, operando com inclusão ou exclusão de elementos, acoplados ou desacoplados estruturalmente ou opera-

17 Büllesbach, 2002, p. 425.

18 Luhmann, 1977, p. 93.

19 Luhmann, 1977, p. 95.

cionalmente, por meio de equivalentes *funcionais e seletividade*. Avanços e recuos somente são produzidos no interior do próprio sistema, de tal sorte que os dados de referência são introjetados, transformados e tornados operáveis intra-sistematicamente. Mesmo as irritações, que podem promover mudanças a partir da comunicação com outros sistemas, agem sobre a consciência social, mas tornam-se eficazes se são transformados em *irritações no interior do sistema*. Luhmann conclui

Uma tal mudança tem largas conseqüências, ainda não totalmente visíveis atualmente. Ela leva a teoria do conhecimento à tese construtivista radical, segundo a qual o conhecimento só é possível se e porque os sistemas se fecham operacionalmente ao nível de sua diferença e designação, tornando-se assim indiferentes em face daquilo que, por isso mesmo, é excluído como ambiente. O conceito segundo o qual o conhecimento somente se atinge através da ruptura das relações operacionais com o mundo exterior não significa entretanto que o conhecimento não seja qualquer coisa de real; ele indica apenas que, para as relações das quais um sistema de conhecimento se diferencia, não pode existir no ambiente nenhum equivalente, porque se não fosse assim, o sistema se dissolveria continuamente em seu ambiente, tornando assim o conhecimento impossível.²⁰

Qual o papel, a função do Direito nas sociedades contemporâneas? Do Direito se exige, sem dúvida, o desenvolvimento compreensivo da generalização e da estabilização das expectativas de comportamento. Dentro das mudanças contínuas da realidade e de sua alta complexidade, os riscos são tão elevados que o papel do Direito é insubstituível e funcionalmente destinado, como ensina Luhmann, a generalizar para estabilizar “*as expectativas normativas de comportamento*”²¹. E pondera: “*essas funções vêm colhidas e isoladas sob um ponto de vista específico, em particular sob o ponto de vista da regulação dos conflitos, que*

20 Luhmann, 1977, p. 109-110.

21 Luhmann, 1978, p. 59.

vem cumprida mediante um sistema para a decisão dos conflitos mesmo inserida a posteriori”.

Relacionando a Dogmática jurídica com o sistema, esclarece Luhmann que a Dogmática não é o próprio sistema, apenas sua metalinguagem. Em relação à complexidade cada vez maior da sociedade, o sistema jurídico e a Dogmática representam uma redução daquela complexidade da realidade social. A Dogmática jurídica exerce assim uma espécie de controle sobre a aplicação do Direito e é norte para as decisões a tomar. Para ele, “*os conceitos, a teoria, o conhecimento da dogmática não são o sistema do direito, mas guiam tal sistema*”²². Portanto, o sistema é uma construção que se destina a possibilitar a vida, por meio da redução da complexidade do mundo. Um dos apoios de que se vale o sistema está na Dogmática jurídica.

Assim estão postas as diferenças essenciais. O legislador traça os *programas-metas*, com objetivos a alcançar, pensando nas conseqüências de suas decisões até o fim. Ele decide entre os interesses postos em questão. Já o operador do Direito, como o juiz, é posto em face dessa seleção prévia, olhando para o *input* do sistema, onde se situam as fontes de produção legais. Ele não trabalha diretamente com interesses (políticos, econômicos, sociais, morais, etc.) mas com *conceitos, ordenações e classificações* em que se converteram aqueles interesses, fechando-se operacionalmente o sistema às intervenções diretas do ambiente externo.

O fato de Luhmann não ter diferenciado o sistema jurídico por meio de considerações ontológicas e metodológicas (ao contrário do ponto de vista adotado por Kelsen ou por Weber), mas, antes, por razões funcionais, relativiza a própria diferença com que separa o Direito do meio ambiente. A realidade, para ele, está dividida em partes (aqui sistema, ali ambiente) de forma sistematicamente relativa, mas objetiva²³. Com razão

22 Luhmann, 1978, p. 59.

23 Büllesbach, 2002, p.427.

Büllesbach, quando esclarece que Luhmann propõe que aquilo que o observador não pode ver seja introduzido de novo pela observação, isto é, pela observação do observador. Büllesbach esclarece que “a observação não se torna, por isso, na teoria sistêmica de Luhmann, num produto da consciência, mas antes num conceito fundamental da teoria do sistema. A perspectiva sistêmica, que resulta da sempre mutável diferença entre sistema e meio ambiente, produz, assim, um meio ambiente próprio, uma sua observação e uma descrição próprias da realidade; e, deste modo, também realidade própria”.²⁴

No sistema funcional e autopoietico de Luhmann, impermeável às determinações externas do ambiente, um programa auto-referencial de solução de conflitos, o papel desempenhado pelo juiz é decisivo e centralizado. Habermas aproveita a idéia de Luhmann, que concebe o Direito como um sistema autopoietico, mas refuta-lhe a tese do funcionalismo como único caminho admissível da racionalidade da decisão²⁵. Habermas entende que a teoria sistêmica de Luhmann representa a forma suprema de uma consciência tecnocrática, que permite definir questões políticas como questões técnicas e, assim, privá-las de “uma discussão política natural. Já o seu conceito de discurso é – ao contrário do conceito de sistema – construído sobre a intersubjetividade e o consenso. A teoria sistêmica de Luhmann ofereceria ao observador apenas um esquema, ou seja, a distinção entre sistema e meio ambiente.”²⁶

24 Büllesbach, 2002, p.428. Conexões podem ser feitas entre a diferença mutável entre sistema e ambiente a partir de um observador, e depois da observação do observador, proposta por Luhmann e o teorema de Goedel, relativo ao ponto fora do sistema matemático. Também a misteriosa norma fundamental de Hans Kelsen, ao mesmo tempo dentro e fora do sistema, pode ser lembrada. Essas questões veremos posteriormente.

25 Habermas, 1992.

26 Büllesbach, 2002, p. 439.

Não obstante, a legitimidade da norma encontrada, quer na lei, quer na decisão judicial, por meio de intersubjetividade e consenso do discurso de Habermas, como resultado de um procedimento, não é incompatível com a teoria sistêmica do Direito de Luhmann. Mas ela está, em Luhmann, assim, na periferia do sistema ou no processamento das informações, ou nos procedimentos seletores consensuais que introjetam a matéria para o interior do sistema, por meio de fontes de produção. Não é nada claro o “diálogo social livre de domínio” de Habermas, para garantir a autonomia do Direito, no que tange às decisões judiciais. Estarão, as decisões judiciais, prevalentemente determinadas por interesses econômicos ou políticos advindos do ambiente? Essa é exatamente a questão. Pensando nessa conciliação e complementariedade entre o modelo teórico de Habermas e o modelo de Luhmann, assim se manifesta Marcelo Neves:

Nos modelos de Habermas e Luhmann, o conceito de legitimação procedimental vincula-se mais especificamente à própria compreensão da sociedade moderna. Embora partam de pressupostos teóricos diversos, ambos associam a positividade do direito na modernidade à realização do Estado Democrático de Direito (...). A teoria luhmaniana dos sistemas nega radicalmente que o consenso possa ser condição de validade jurídica. Isso impossibilitaria a própria evolução do direito. Tal negação refere-se ao consenso como aceitação de todas as normas por todos, em qualquer tempo, o qual não se encontra em nenhuma sociedade, ou simplesmente ao consenso fático como legitimador dos procedimentos em uma sociedade supercomplexa. Mas se afirma que o procedimento desempenha uma função legitimadora enquanto conduz ao consenso suposto.²⁷

Portanto Luhmann pressupõe o procedimento do consenso como instrumento de legitimação próprio do Estado Democrático de Direito. Mas, uma vez concluído (obtido o resultado), forma-se um “consenso suposto”. Dá-se, na democracia, uma

27 Neves, 2006, p. 142 e 147.

“legitimação pelo procedimento”, ou seja, uma legitimação mediante participação no procedimento.

Não obstante, sem se desconsiderar as críticas de Häberle que destacam o ativismo ínsito à democracia plural²⁸, devemos ponderar que a visão de Luhmann não é singela, pois o “aprendizado” dos participantes no processo, em relação à aceitação da decisão da maioria e preparação para recuperação de eventuais decepções é passo essencial ao amadurecimento da legitimação pelo procedimento. Em especial, o “aprendizado” corresponde a uma visão funcional do sistema jurídico, próprio das sociedades altamente complexas, que viabiliza as expectativas normativas e as decisões para solucionar conflitos.

Após dissertar sobre os dois modelos de Estado Democrático de Direito expostos por Habermas e por Luhmann, conclui, Marcelo Neves que “o *Estado Democrático de Direito legitima-se enquanto os seus procedimentos absorvem sistematicamente o dissenso e, ao mesmo tempo, possibilitam, intermedeiam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública.*”²⁹

A positividade de Luhmann não é decisionista, como entendeu Habermas, pelo menos a partir da fase em que o autor aperfeiçoa o conceito. Segundo Neves,

a positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico. Nessa perspectiva, a noção de autopoiese (auto-referência, autonomia, ou fechamento operacional, “autodeterminidade”) do direito passa a constituir o cerne do conceito de positividade.³⁰

28 Häberle, 1997, p. 31, nota 48.

29 Neves, 2006, p. 149. A obra de Neves faz um profundo exame das teorias de Habermas e Luhmann, para criativamente, demonstrar-lhes a complementariedade possível. A rigor, acrescenta importantes considerações aos dois modelos de Estado Democrático de Direito.

30 Neves, 2006, p.80.

E conclui, de modo esclarecedor, que, nesse sentido, a positividade pode ser conceituada como “autodeterminidade” (*selbstbestimmtheit*) ou fechamento operacional do Direito, e que o fato de o sistema jurídico dispor, com exclusividade, do código de diferença daquilo que é lícito/ilícito (fechamento operacional), não conduz a uma escolha entre lícito e ilícito absolutamente estranha ao ambiente³¹.

Enfim, em Luhmann, as normas, como expectativas, por meio dos conceitos, levam à autopoiese, ao fechamento operacional do sistema, essência do Estado de Direito, mas a sua referência cognitiva e de sentido está aberta ao ambiente. E citando o próprio Luhmann, escreve Marcelo Neves:

... sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao ambiente. O direito constitui, em outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. A qualidade normativa serve à autopoiese, a cognitiva serve à concordância desse processo entre o ambiente e o sistema.³²

Daí resulta uma “*conexão entre conceito e interesse na reprodução do direito positivo, que se manifesta no fato de que o sistema jurídico fatorializa a auto-referência por meio de conceitos; a heterorreferência, ao contrário, mediante interesses*”³³. O juiz atua com fatores jurídicos autoreferenciais, transformados em conceitos e classificações, extraídos da Dogmática e das fontes de produção, dentre as quais se destacam as leis. Já o legislador sofre heterorreferência, enformando as leis e conciliando interesses.

O interessante é que Luhmann realça o paradoxo de um sistema auto-referencial, de modo que a abertura ao real – do ponto de vista tão-somente cognitivo – é condição do próprio

31 Neves, 2006, p.81.

32 Neves, 2006, p.81.

33 Neves, 2006, p.81.

fechamento e da viabilidade do sistema. A respeito desse ponto, observa Neves que “*o fechamento cognitivo do sistema jurídico proporcionaria um paradoxo insuperável da autopoiese; não permitiria, portanto, a interrupção da interdependência dos componentes internos através da referência ao ambiente*”.

Na verdade, a questão é inerente a toda idéia de sistema. Há sempre uma abertura do sistema, em direção ao real. A coisidade da coisa provavelmente é indizível e informalizável. Até mesmo a matemática parte de axiomas ou postulados indemonstráveis e extrai a sua consistência exatamente de sua incompletude. Karl Gödel fundou o enunciado matemático até o momento irrefutado: “**Se a aritmética é consistente, ela é incompleta.**”³⁴

Desde logo, convém esclarecer que o fenômeno não se dá apenas na matemática, mas todo sistema, pensado de forma autonômica, que opere independentemente, tem de ser aberto em seu sentido, ou cognitivamente, para superar o paradoxo tautológico, que comprometeria a sua função e a sua consistência. Também Hans Kelsen³⁵ previa dois pontos (injustamente criticados por muitos), como pontos de contato com a realidade:

34 Nagel; Newman, 1973, p.83. Esses autores explicam o teorema de Gödel para não especialistas. Também no mesmo sentido, ver Elmer, 1991. Esses são textos auxiliares para uma aproximação não técnica da difícil demonstração do teorema de Gödel, pois a sua compreensão exigiria a pré-compreensão de 46 outros postulados matemáticos. Karl Gödel, da Universidade de Viena, em 1931, publicou um artigo com o seguinte título: “Sobre as Proposições Indecidíveis dos Principia Mathematica e Sistemas Correlatos”, cujo conteúdo e até mesmo o seu título eram ininteligíveis aos matemáticos da época, em sua maioria. O artigo, não obstante, é considerado, hoje, pelos especialistas, um marco insuperável na história da lógica e da matemática. Em 1952, “*a Universidade de Harvard concedeu-lhe um título honorífico e descreveu o trabalho como um dos mais importantes progressos da lógica nos tempos modernos*”, dizem Nagel e Newman, 1973, p. 13.

35 Kelsen, 1976; Kelsen, 1958; Klug, 1984; Kelsen e Klug, 1984.

a norma fundamental, como pressuposto fundante do sistema, e a concepção de validade-eficácia social, pois a norma jurídica sem qualquer eficácia, ainda que mínima, medida por sua observância social, deixaria de ter validade. Ambos, em especial a norma fundamental, são furos do dever-ser para o mundo do ser. Acresça-se, ainda, que Kelsen pensou o ato normativo (a lei, a sentença, o ato administrativo), tanto como ato de aplicação da norma superior como ato normativo produtivo do Direito, dentro dos espaços de sentido possíveis deixados ao operador. Todos esses são pontos do real não recobertos pelo sistema da Ciência pura.

Igualmente, Luhmann identifica o fechamento operacional do sistema, o seu funcionar recursivo e circular de forma autopoietica, como condição de independência, essencial ao Estado de Direito, mas, simultaneamente, abre-o do ponto de vista cognitivo. Enfim, o ato legislativo, como ato político, vincula-se a fins, objetivos e programas condicionais. Por meio de procedimentos específicos, o ato configura a seleção e a escolha entre interesses e dissensos, projetados em normas (ainda não inteiramente prontas) para o interior do sistema. O ato jurisdicional, centrado no sistema, lê as normas a partir do *input* do sistema, orientando-se pelos programas finalísticos do legislador, mas selecionados e filtrados pelos conversores internos, em operações fechadas às heterodeterminações externas. Enfim, como esclarece Luhmann, o *direito constitui, em outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto*. A abertura para o real possibilita o aperfeiçoamento da ordem positiva, através das correções feitas pelo legislador nas leis que alimentam o sistema; igualmente, viabiliza as mudanças nos conceitos, substituídos que são, com o evoluir do Direito, por outros conceitos socialmente mais adequados e, com isso, alteram-se os resultados das operações internas, inclusive da atividade jurisdicional, que podem ser medidos, no *output* do sistema. E mais, a observação do observador – para identificar o que o observador não pode ver, pois estamos falando do real,

daquilo que é indizível, e indecidível - em outro momento revela certo aspecto relevante dos fatos sociais para o Direito, alterando o ambiente externo e o próprio sistema, ao selecioná-lo e projetá-lo para o interior. Repetindo Büllesbach, podemos novamente lembrar que a observação é um conceito fundamental da *teoria luhmaniana do sistema, de tal forma que a diferença entre sistema e meio ambiente é sempre mutável*.³⁶

Diferentes afirmações sobre o mesmo objeto, o sistema jurídico, podem assim variar, sem guardar nenhuma contradição. Tudo dependerá do plano em que o tema é tratado. Se isolamos o plano das operações internas, os fatos jurídicos somente são captáveis por meio dos conversores, equivalentes funcionais que são os conceitos legais-normativos, trabalhados pela Dogmática, e projetados desde o *input* para dentro; diremos então que o sistema funciona de forma operacionalmente fechada. Mas se consideramos a matéria que compõe a concreção do Direito, em cada decisão, dentro dos limites do aparato conceitual e de sua organização, é extraído o sentido possível mais adequado, criando-se a norma judicial, momento constituinte, pleno de valoração. Nessa acepção de encontro do Direito, de sentido e de interpretação, no plano semântico, o sistema é aberto (embora relativamente). Da mesma forma que ocorre na matemática, em que a consistência do sistema depende de sua incompletude, como demonstrou Gödel, a abertura cognitiva do sistema jurídico operacionalmente fechado, no modelo de Luhmann, é instrumento de sua própria viabilização, ou seja, configura a quebra do “*paradoxo da auto-referência*”.

Essas as razões da complementariedade entre tais concepções. A funcional, de Luhmann, segundo a qual o juiz somente

36 Büllesbach, 2002, p. 428. Conexões podem ser feitas entre a diferença mutável entre sistema e ambiente a partir de um observador, e depois da observação do observador, proposta por Luhmann e o teorema de Gödel, relativo ao ponto fora do sistema matemático. Também a misteriosa norma fundamental de Kelsen, ao mesmo tempo dentro e fora do sistema, pode ser lembrada. Essas questões terão reflexos posteriores neste trabalho.

pode operar em obediência às determinações do próprio sistema (auto-referência). Mas, por meio de cognição volitiva, extrai conceitos socialmente adequados, axiologicamente montados e abertos à realidade. Está o juiz limitado pelas normas e pelas seleções pesadas e sopesadas pelo legislador, pelos precedentes judiciais, pelos costumes. Tanto o legislador altera a matéria selecionada como o juiz, dentro das fronteiras impostas pelas leis, e dentro da evolução do aparato conceitual formado, constitui o Direito, de tal modo que, lembra Büllesbach, “*a diferença entre sistema e meio ambiente é sempre mutável*”³⁷.

Disso resulta que, no modelo de Luhmann, as decisões tomadas interiormente no sistema jurídico, autônomo em sua natureza, voltem-se preferencialmente para o *input*, onde estão as fontes de produção do Direito, como as leis, enfim, para o passado. Nesse sentido, o modelo sistêmico de Luhmann, é conservador, voltando-se antes para o passado do que para o futuro (o *output*). Mas não estarão os juízes vinculados à lei?

A complexa teorização de Luhmann ganha alta relevância, na medida em que o fechamento do sistema ou dos sistemas (tanto do político, como do jurídico e do econômico) é historicamente identificado aos avanços trazidos pelo modernismo em relação ao princípio de estratificação social vertical anterior, “superior” e “inferior”. Dessa diferenciação, inerente às sociedades pré-modernas, resultava que o sistema político somente tinha autonomia auto-referencial para o grupo “mais alto”, e o direito continuava “*sobredeterminado pela política e por uma moral estática de legitimação política*”.³⁸ Assim, ao perseguir a evolução lingüística da palavra Constituição, sobretudo com a independência dos EUA e os eventos inerentes à história da França, Luhmann sustenta a tese de que o conceito de Constituição veio, na era moderna, como reação à diferenciação

37 Ver nota anterior.

38 Neves, 2001, p. 249.

entre Direito e política e à conseqüente necessidade de religação entre eles. Por exemplo, nos EUA, a Constituição transforma o direito de resistência do povo ao Parlamento (inglês) em um ordenamento jurídico, que exclui precisamente essa possibilidade para os casos futuros. Na França, a ruptura com o ordenamento jurídico, necessária ao ato constituinte, só pode ser realizada politicamente. Em ambos os casos, a Constituição é fundante de uma visão unitária, que serve tanto à autonomia do sistema jurídico como àquela do sistema político. A Constituição é assim a forma como o sistema se fecha em um âmbito em que ela própria reconhece a si mesma, dentro dele. A Constituição substitui, como um texto positivado autológico, quer o direito natural em sua visão cosmológica tradicional, quer o direito racional de uma teoria transcendental³⁹. A positivação do Direito é decisiva para o fechamento.

De acordo com o paradigma luhmanniano, essa nova posição do direito pressupõe superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, ou seja, conforme o princípio da estratificação. O direito permanecia sobredeterminado pela política e pelas representações morais estáticas, político legitimadoras, não dispondo exclusivamente de um código-diferença específico entre um sim e um não. A positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença “lícito/ilícito” exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira seu fechamento.

Legitimada pela forma política de cobertura, a Constituição, apesar de fundar tanto o sistema político como o jurídico, é o marco dos caminhos próprios de cada um. Ela normatiza a influência política, ora negando-a pela inconstitucionalidade, ora limitando a produção legislativa, inclusive a revisão constitucional. O sistema jurídico torna-se, assim, assimétrico em relação ao político. Ao mesmo tempo,

39 Luhmann, 1996, p. 83-128.

“esses respiradouros”, que são a regulação da produção do direito e sua abertura à influência política, interrompem o círculo do sistema jurídico, a auto-referenciabilidade, a tautologia paradoxal que lhe é inerente. Alcança-se, então, um acoplamento estrutural dos sistemas jurídico, político e econômico. Explica LUHMANN que a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, remetendo-se à política. Mas esses conceitos, como conceitos do texto constitucional, são conceitos jurídicos, que pressupõem o sistema, que, por sua vez, opera esse acoplamento na qualidade de operador. A Constituição cria, e, ao mesmo tempo, torna invisível o acoplamento entre Direito e política, que, não obstante, são sistemas diferentes, autopoieticos, e assim permanecem. E resume

O sistema jurídico, graças a esse acoplamento, tolera um sistema político que tende para o Estado regulador e que não deixa passar o que possa submeter a suas próprias operações. Também o sistema político, graças a esse acoplamento, tolera um sistema jurídico que dá curso continuamente a processos próprios, protegidos da interferência política logo que a questão direito/não direito, lícito, ilícito, se apresente. O que conduz definitivamente a uma teoria dos sistemas operativamente fechados, sensíveis apenas a perturbações e não a determinações recíprocas e obriga a que se recorra à respectiva linguagem sistêmica para poder reagir. A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com as das bolas de bilhar que, apesar da contínua freqüência com que se entrecrocaram, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente. Na concepção moderna, a base da realidade das Constituições consiste na diferenciação funcional do sistema social.⁴⁰

Enfim, existentes determinadas condições historicamente dadas, desenvolvem-se outros acoplamentos estruturais, entre direito, política e economia (o que não ocorrerá da mesma forma e com a mesma intensidade em todos os lugares). Por meio dos conceitos de propriedade, liberdade contratual e direito das

40 Luhmann, 1996, p. 113.

empresas, abrem-se para a economia possibilidades diretas de dispor do Direito e, com isso, mobilizar o poder político. *“Do que se pode antever o que a diferenciação funcional requer: separação e recíproca impermeabilização dos acoplamentos estruturais entre política, direito e economia.”*⁴¹ Enfim, a Constituição é uma aquisição evolutiva ao longo da história.

Resulta daí um problema de eficácia ou de capacidade de realização da Constituição em uma dada sociedade, já que, antes de sua aplicação, é essencial que se garanta a separação e o fechamento operacional tanto do sistema jurídico, como do político. *“Somente desse modo pode se garantir que cada sistema, quase que automaticamente, por seu próprio código não reconheça como próprias as comunicações não produzidas em seu interior. Assim desenvolve-se uma indiferença suficiente em relação aos valores e interesses externos e também em relação às concepções do tempo e da velocidade ambientais. Esse efeito não pode ser conseguido através da imitação de textos ou de instituições constitucionais célebres e confirmadas em outros lugares, através de ‘legal transplants’.* Os seus pressupostos funcionais são por demais complexos.”⁴² E observa LUHMANN que determinados Estados, que se constituíram nos séculos XIX e XX, ou em territórios antes colonizados, em situação absolutamente diversa dos Estados europeus, como o Brasil, têm uma situação de desenvolvimento evolutivo deficitário, em que a imitação de modelos constitucionais alheios não garantiu sucesso algum. É possível, pois, uma corrupção do sistema se ele não completou o seu fechamento operacional, questão a que voltaremos em seguida.

Neves entende correta a visão luhmaniana segundo a qual, nos países que, evolutivamente, adquiriram uma constituição, o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com os seus próprios

41 Luhmann, 1996, p. 114.

42 Luhmann, 1996, p. 115.

critérios, os fatores do ambiente, não sendo diretamente influenciado por interesses. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, pois depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico. “A capacidade de aprendizagem (dimensão cognitivamente aberta) do direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e ‘veloz’ (...). A alterabilidade do direito é, desse modo, fortificada, não impedida, como seria de afirmar-se com respeito a um fechamento indiferente ao ambiente; mas ela ocorre conforme os critérios internos e específicos de um sistema capaz de aprender e reciclar-se, sensível ao seu ambiente.”⁴³

O sistema jurídico – em um Estado de Direito - não pode sofrer heterodeterminação, sendo diferenciado em relação aos demais sistemas do ambiente, político/econômico, etc.

Ora, o fechamento operacional do direito é essencial ao Estado de Direito e da Constituição, de modo que não é possível colher diretamente do ambiente exterior (o econômico ou político) os dados de determinação interna do sistema, como demonstrou Neves. Embora os fatores externos do ambiente sejam básicos para o sistema, que cognitiva e semanticamente para eles se abre, apenas através de seleção, acopladores estruturais e operacionais, pode o sistema convertê-los em dados próprios, geralmente adaptados e mesmo deformados e, a partir daí, atuar em processo contínuo. Exatamente por isso, é necessário identificar o que seria um certo “politicismo” das decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal, autorizado e, não raramente, querido pelo próprio sistema, inconfundível com a heterodeterminação intolerável das decisões judiciais, como corrupção do sistema. Certa margem de escolha política, entretanto, é um fato inerente às decisões judiciais, especialmente às sentenças de Cortes

43 Neves, 2006, p. 82.

Constitucionais, politicismo que não pode ser identificado como critério extrajurídico, estranho ao ambiente interno do próprio sistema jurídico.

Enfim, o juiz, ao operar o Direito, não pode lidar diretamente com interesses – econômicos ou políticos - e ser por eles determinado, como supõe Posner. O legislador lida, sim, diretamente com interesses e *lobbys* e faz as escolhas seletivas que supõe mais adequadas, para isso submetendo-se aos requisitos da representatividade e a um procedimento democrático de ampla discussão e consenso. No Estado de Direito, o juiz não está legitimado a, *diretamente*, reexaminar os interesses econômicos envolvidos, guiados pela maximização da riqueza e, monocraticamente, abandonar o filtro que o legislador já usou e, assim, afastar a sua escolha. Tal arbitrariedade não é suportável no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

Bix, Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*. 5. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2009.

Büllesbach, Alfred. *Princípios de teoria dos sistemas*. In Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Coordenação de A.Kaufmann e W. Hassemer, trad. de Manuel Seca de Oliveira. Lisboa. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*, Cambridge, MA: Belknap, 1985.

Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Belknap, 2006,

Elmer, Delia; *O Teorema de Gödel*. Seminário proferido na Letra Freudiana. Dezembro de 1991. Transcrição de Mônica Vasconcellos Soares de Souza.

Haberle. Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a Interpretação Pluralista

e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio A. Fabris Ed. Porto Alegre, 1997.

Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*. 2ª ed. 1992.

Kelsen, Hans e Klug. Normas Jurídicas e Análise Lógica. Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 9a. ed. Coimbra, Armenio Amado, 1976.

Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Trad. Eduardo Garcia Maynez. 2a. ed. México, Imprenta Universitária, 1958.

Luhmann, Niklas. “La Costituzione come acquisizione evolutiva”. em G. Zagrebelsky (org.), *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

Luhmann, Niklas. In: *A Nova Teoria dos Sistemas*. Coord. Neves, Clarissa Baeta e outra. E. UFRGS, Goethe Institut, 1977, p. 93.

Luhmann, Niklas. *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*: Trad. Alberto Febbrajo, Bologna, Ed. Il Mulino, 1978.

Nagel, Ernest; Newman, James R. *Prova de Gödel*. Trad. Gita K. Guinsburg. Ed. Perspectiva. Ed. da USP. Debates, 75, São Paulo, 1973.

Neves, Marcelo. “From Autopoiesis to the Allopoiesis of Law”. *Journal of Law and Society*, vol. 28, 2001, p. 243-64.

Neves, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã : uma relação difícil*. 1ª. Edição no Brasil. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown & Company, 1972.

Posner, Richard A. The Problematics of Moral and Legal Theory. *Harvard Law Review*, vol. 111, n. 7, 1998, p. 1637-1717.

Souza, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.