

JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES

**O USO CRIATIVO DOS PARADOXOS DO DIREITO:
A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PELA
CORTE DE JUSTIÇA EUROPÉIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Prof. Orientador: DR. LEONEL SEVERO ROCHA. Prof. Co-orientador: DR. RAFFAELE DE GIORGI.

Florianópolis, 1994.

**O USO CRIATIVO DOS PARADOXOS DO DIREITO:
A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PELA CORTE
DE JUSTIÇA EUROPÉIA**

Juliana Neuenschwander Magalhães

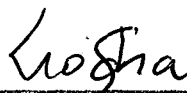
Dissertação apresentada e aprovada, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito, por todos os membros da Banca Examinadora composta pelos Professores Doutores:



LEONEL SEVERO ROCHA (Orientador) - Universidade Federal de Santa Catarina

RAFFAELE DE GIORGI (Prof. Co-Orientador) - Universidade de Lecce, Itália

JOÃO BAPTISTA VILLELA - Universidade Federal de Minas Gerais



Leonel Severo Rocha

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Para Haeckel, Ana Maria, Léo, Flávia e Dudú, pais e irmãos.

Agradeço a Leonel Severo Rocha, orientador e amigo. A Raffaele De Giorgi, pela infinita disponibilidade e ternura, essenciais para a conclusão deste trabalho. A Niklas Luhmann, por conceder-me a maravilhosa oportunidade de discutirmos os temas desta pesquisa e pelas preciosas indicações fornecidas. A João Baptista Villela, por estar ao meu lado, com paternal zelo, todos esses anos. Aos meus colegas do CPGD, companheiros de jornada, especialmente Daniela, Ricardo e Francisco.

**"Aquela travessia durou só um instantezinho enorme. Digo: o real não está nem na saída nem na chegada; ele se dispõe pra gente é no meio da travessia."
JOÃO GUIMARÃES ROSA**

SUMÁRIO

RESUMO	01
SOMMARIO	02
INTRODUÇÃO	03
CAPÍTULO I	
TEORIA DA SOCIEDADE E O PARADOXO DA AUTO-OBSERVAÇÃO	
I.1 - BREVE INTRODUÇÃO À TEORIA DA SOCIEDADE.....	13
I.2 - SISTEMA DA SOCIEDADE E SISTEMAS DE FUNÇÕES.....	17
I.3 - <i>AUTOPOIESIS</i> E AUTO-REFERÊNCIA DOS SISTEMAS SOCIAIS	31
I.4- SISTEMAS QUE SE OBSERVAM: O PARADOXO DA AUTO-OBSERVAÇÃO	37
I.5 - PARADOXOS E SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS	40
I.6 - <i>AUTOPOIESIS</i> E AS VIAS DA DESPARADOXIZAÇÃO	49
CAPÍTULO II	
A AUTO-OBSERVAÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO	
II.1 - A TEORIA DO DIREITO COMO AUTO-OBSERVAÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO	52
CAPÍTULO III	
OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO COMO UMA CONSTRUÇÃO	

PARADOXAL

III. 1 - A DOCTRINA DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO: RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA E SEMÂNTICA DE UM PARADOXO	66
III. 2 - TRÊS TESES SOBRE OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO: CANARIS, DWORKIN, ALEXY	90
III.2.1 - CANARIS E O SISTEMA DO DIREITO COMO UMA ORDEM DE PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	90
III.2.2 - RONALD DWORKIN E O DIREITO COMO UMA "QUESTÃO DE PRINCÍPIO"	96
III.2.3 - O MODELO DE SISTEMA RACIONAL DE ROBERT ALEXY: REGRAS, PRINCÍPIOS, PROCEDIMENTOS	100
III. 3 - A DIFERENÇA PRINCÍPIO CONSEQUÊNCIA COMO A REELABORAÇÃO DE UM PARADOXO	105

CAPÍTULO IV

A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PELA CORTE DE JUSTIÇA EUROPÉIA: UM USO CRIATIVO DOS PARADOXOS DO DIREITO	116
IV.1 - DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU?	125
IV. 2 -AS "FONTES" DO DIREITO COMUNITÁRIO	135
IV. 3 - A CORTE DE JUSTIÇA EUROPÉIA E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	145

ANEXO	159
--------------------	------------

CONSIDERAÇÕES FINAIS	166
-----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174
---	------------

RESUMO

O presente trabalho-dissertação pretende analisar o processo de aplicação dos princípios gerais do direito, especialmente no caso da prática jurisdicional da Corte de Justiça Européia. Realiza-se uma análise teórica relativa aos princípios do direito, seguida de uma valoração empírica de sentenças consideradas paradigmáticas diante das teses até então desenvolvidas. A análise teórica procura descrever os princípios gerais como *paradoxos* constitutivos do sistema do direito. A partir de categorias trazidas da Teoria da Sociedade elaborada por Niklas LUHMANN e Raffaele DE GIORGI, aborda-se os conceitos de paradoxo, de auto-observação e de unidade, fechamento e abertura do sistema jurídico. Tendo como pressuposto esta conceitualidade, segue uma reflexão sobre as aquisições contraditórias da teoria do direito em matéria de princípios gerais do direito. Através da introdução do conceito de paradoxo, procede-se a uma tentativa de descrição não paradoxal desta figura da dogmática jurídica, superando-se, assim, as dificuldades da teoria tradicional. Tal descrição assume os paradoxos como constitutivos do sistema jurídico e, mais, como altamente operativos para a produção e reprodução do direito pelo próprio direito. Uma análise do funcionamento do ordenamento jurídico da Comunidade Européia permite que isto seja observado, através de um exame de algumas sentenças da Corte Européia de Justiça.

SOMMARIO

Il presente lavoro intende analizzare il processo di applicazione dei principi generali del diritto nella attività della Corte di Giustizia Europea. Esso è costituito da una analisi teorica e da una valutazione empirica di sentenze considerate paradigmatiche. L'analisi teorica descrive i principi generali come *paradossi* costitutivi del sistema giuridico; si occupa del concetto di paradosso, di autoosservazione e di chiusura del sistema giuridico. I presupposti dell'analisi sono individuati nella costruzione della Teoria della Società elaborata da Niklas LUHMANN e Raffaele DE GIORGI. Segue una riflessione sulle acquisizioni contraddittorie della teoria del diritto in materia di principi generali. Il superamento delle difficoltà della teoria è realizzato in base all'ipotesi della costitutività del paradosso ai fini della possibilità della chiusura del sistema giuridico. L'analisi delle sentenze della Corte permette di osservare i principi generali come paradossi altamente operativi ai fini della produzione e riproduzione del diritto per se stesso.

INTRODUÇÃO

1.

O objeto deste trabalho é uma estranha curiosidade. Uma vez que a reflexão científica não é outra coisa que a satisfação de curiosidades, parece-nos legítimo não frustrarmos expectativas desse tipo, e ver se é possível produzir descrições científicas através da satisfação de nossa curiosidade.

Interessamo-nos pelo modo como são aplicados os chamados "Princípios Gerais do Direito" na prática jurisdicional. Em especial, perguntamo-nos sobre como um determinado tribunal, a Corte de Justiça Européia, aplica esses princípios. Essa aplicação constitui uma atividade decisória, onde cada decisão deve ter como ponto de referência uma regra ou mesmo um sistema de regras. No direito, trata-se de assumir normas. Uma decisão aplica uma regra, que é tal através da decisão que a aplica. Sem decisão, a regra não é regra, assim como a decisão não é decisão se não aplica uma regra. Claramente esse é um processo circular.

Um sistema jurídico pode dizer-se sistema se apoiado sobre alguns pontos fixos que, por tradição, nós chamamos de "Princípios Gerais". Os ordenamentos podem formular os princípios gerais de maneira explícita e, neste caso, a atividade decisória se reduz a uma atividade de dedução. Uma decisão produzida desta maneira pode ser chamada também de "concretização". Se os princípios de um ordenamento não são fixados explicitamente, torna-se necessário construí-los. A atividade decisória, então, vai implicar em uma construção, efetuada com base no material normativo existente, não podendo ser

realizada a partir de referências externas ao sistema. Esta construção é sempre efetuada por indução de um conjunto de elementos concretos. Por indução, formulam-se os Princípios Gerais que são aplicados na atividade decisória. Neste caso, os princípios são internos ao sistema pois, em certo sentido, estão presentes nele, ainda que não tenham sido expressamente formulados. No entanto, em sua formulação, estes são externos ao sistema, pois são construídos no momento da decisão.

Uma vez que são construídos, pode-se supor que os princípios estão sempre presentes no sistema. Na realidade, contudo, não estão presentes no sistema. Na atividade decisória, o juiz deve considerá-los como internos ao sistema, porque só assim pode aplicá-los: ele não poderia produzir decisões em conformidade com o sistema se os princípios não fossem princípios do sistema. O juiz utiliza pontos de referência que ele constrói quando decide, mas toma-os como presentes no direito. Em tudo isto, o juiz não vê nenhuma contradição, pois não existem alternativas para a sua atividade decisória.

2.

A Corte de Justiça Européia não é um tribunal político, uma vez que forma direito através da aplicação do direito. Por isto, ela deve continuamente referir-se ao direito. Os pontos de referência que a Corte de Justiça utiliza devem ser, então, referências gerais fixadas no sistema do direito. Em cada decisão, a Corte se refere ao sistema jurídico de um ponto de vista interno. Este ponto de vista interno, especificamente no caso da Corte Européia, é dado pelos fins formulados nas normas do tratado constitutivo da Comunidade Européia. Cada operação de aplicação do direito, isto é, cada operação de formulação de novo direito, é resultado de uma atividade decisória interna ao sistema. A

cada operação deste tipo, então, o sistema de direito comunitário europeu entra em contato consigo mesmo.

Em outros termos, isso significa que, através de cada operação decisória, se reproduz a diferença entre o interior do sistema e seu exterior. Podemos também dizer que, a cada sua operação, o sistema observa sua própria identidade. Este tipo de observação é chamada de auto-reflexão do sistema. Na tradição do pensamento jurídico, as possibilidades da auto-reflexão foram formuladas como "teorias". Interessam-nos, aqui, as teorias do direito que se ocuparam do problema da existência e da aplicação dos "Princípios Gerais do Direito". As auto-reflexões da teoria do direito não podem considerar como paradoxais os princípios do direito. Nesse sentido, a teoria do direito tradicionalmente tem se preocupado em descrever os princípios como existentes no sistema do direito. Se assim não fosse, os juizes não poderiam aplicá-los. Aqui reaparece o problema que indicamos nas considerações que acabamos de desenvolver. Sobre este tema, a teoria se divide e segue duas orientações diferentes. De um lado, afirma que os princípios existem efetivamente e devem apenas ser determinados através da decisão (a aplicação, então, é considerada resultado de uma dedução). De outro lado, sustenta que os Princípios Gerais do Direito não existem como dados normativos empiricamente verificáveis e que, portanto, devem ser construídos através da interpretação do material normativo existente.

Não há sentido, sob nosso ponto de vista, em optar por uma ou por outra das possíveis modalidades de auto-reflexão do sistema, porque ambas são plausivelmente verdadeiras. O que é possível é observar empiricamente (e o fizemos no caso da Corte de Justiça da CE) que os juizes produzem direito válido, que pode ser "legitimado" como aplicação dos Princípios Gerais do Direito.

Se estas nossas observações são plausíveis, então delas derivam pelo menos duas consequências:

1) Em sua atividade decisória, a Corte considera como já dados pontos de referência gerais que, na realidade, ela mesma constrói. Neste sentido, é extremamente redutivo considerar a atividade da Corte uma atividade indutiva, assim como é extremamente redutivo considerá-la como atividade dedutiva: ela é, ao mesmo tempo, uma e outra. As teorias da auto-reflexão representam, no entanto, sempre uma ou outra dessas características da atividade decisória, escondendo respectivamente a outra parte. Esta duplicidade é constitutiva dos sistemas que, em suas operações, referem-se exclusivamente a si mesmos. De acordo com a Teoria da Sociedade de LUHMANN e DE GIORGI¹, chamamos esses sistemas de auto-referenciais ou autopoieticos²;

2) A ocorrência simultânea das duas características pode ser considerada como um paradoxo. Na moderna teoria dos sistemas se diz que este paradoxo é constitutivo da auto-referência.

3.

¹ LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. Teoria della società. Milano: FrancoAngeli, 1993. 5ª ed.

² Os termos da Teoria da Sociedade foram por nós traduzidos, literalmente, do original italiano, razão pela qual alguns deles não encontram correspondente no léxico português. Procurando resolver esta dificuldade, orientamo-nos pelo critério da maior fidelidade possível conceitos específicos da Teoria da Sociedade, daí porque alguns destes, traduzidos para o português, constituem neologismos.

Os sistemas auto-referenciais, como o direito, não podem ver a paradoxalidade de sua constituição. Para possam operar, escondem de si mesmos, no processo de auto-reflexão, esta paradoxalidade de base. Nesse sentido, se diz que os sistemas auto-referenciais "desparadoxizam" a si mesmos continuamente. Aqui, duas perguntas podem ser formuladas: Por quê? E como?

À primeira pergunta podemos responder dizendo que a auto-representação de sua constituição paradoxal bloquearia o sistema, impedindo sua atividade. À pergunta "Como?" se pode responder: através da referência a dados fixos que permitam ao sistema representar continuamente a sua própria identidade. Trata-se de uma identidade auto-constituída que, no entanto, na tradição do pensamento jurídico, foi tematizada de formas diversas: através do recurso ao conceito de "Natureza", de "Razão" ou a uma norma de caráter superior. Os sistemas de direito positivo, ao contrário, interiorizam essa referência, por exemplo, na forma da Constituição. Para a Corte de Justiça Européia, o resultado da interiorização são os tratados e, onde estes falham, os chamados "Princípios Gerais do Direito Comunitário".

4.

Quando perguntado sobre o que seria a realidade, Heinz von FOERSTER contou a estória de um religioso islâmico que, cavalgando seu camelo no deserto, avista, à distância, três homens e alguns camelos. Ao encontrá-los saúda-os e, percebendo-os tristes, indaga-lhes o porquê de tanta aflição, ao que lhe respondem: "Nosso pai morreu". "Isto é muito triste, mas seguramente Allah o aceitou. Deve haver-lhes deixado alguma coisa". "Deixou-nos aquilo que possuía, estes 17 camelos, que nos pediu que repartíssemos entre nós. O irmão mais velho deveria ficar com metade dos camelos; o

segundo, com um terço dos camelos, e o último com um nono. Tentamos dividi-los mas, sendo 17 o número de camelos, pensamos que seja impossível fazê-lo ". O *mullah* compreende o problema, junta aos 17 seu próprio camelo e, então, começa a dividir: a metade de 18 é 9; um terço é 6; um nono é 2. A soma de nove, seis e dois é igual a 17 ($9 + 6 + 2 = 17$). Então, salta em seu camelo e se distancia .³

Qual é a função do décimo-oitavo camelo?⁴ O décimo-oitavo camelo torna possível operações que, diversamente, não poderiam ser realizadas no sistema. Mas o décimo-oitavo camelo existe ou não existe? Esse camelo, que é "tomado emprestado", é restituído depois que as operações são realizadas, ou permanece no sistema? O camelo é ou não é necessário?

A operação de divisão não pode colocar em dúvida a existência do camelo. Por outro lado, para que seja possível essa operação, não é necessário pressupor a existência de um camelo, mas sim a existência de um complexo unitário de bens. Em nosso exemplo, o décimo-oitavo camelo adquire um significado apenas quando considerado em conjunto com outros dezessete: não se pressupõe um camelo, mas dezoito. Na realidade, o camelo é tomado emprestado, mas funciona como um dado interior à unidade do sistema.

³Heinz VON FOERSTER, "Tra física e magia: il cammino di um epistemologo", entrevista a Umberta Telfner, in *Sistemi che osservano*, aos cuidados de Mauro Ceruti e Umberta Telfner. Roma: Astrolabio, 1987. p.49.

⁴ LUHMANN, Niklas. "Die Rückgabe des Zwanzigsten Kamels", manuscrito, 1985. A versão do conto dos dezoito camelos trazida por LUHMANN neste manuscrito refere-se a uma citação de DUPUY feita durante uma conferência em Montpellier, e utiliza, no cálculo, o 12º camelo. No entanto, anteriormente a estória foi contada por Heinz von FOERSTER, conforme indicamos *supra*, e este utiliza, para o cálculo, o número dezoito. Estas indicações nos foram fornecidas pelo Prof. Raffaele De Giorgi, a quem agradecemos pela preciosa ajuda na leitura do original, em alemão, de LUHMANN.

O camelo, então, não pode ser pressuposto, porque é tomado do exterior do sistema, mas também não pode não poder deixar de ser pressuposto, porque então não poderiam ser realizadas as operações do sistema. Assim, se o décimo-oitavo camelo é pressuposto, não se pode considerá-lo como externo, mas unicamente como interno. Em nosso exemplo, efetivamente não existe o décimo-oitavo camelo no interior do sistema. Tanto é assim que, após a realização da divisão dos camelos, ele é devolvido. Contudo, é o fato de ter sido acrescentado o décimo-oitavo camelo que torna possível todas as operações de divisão; isto é, não torna possível apenas uma, como seria no caso da dedução. O camelo, por assim dizer, flutua, circula em todas as operações.

É por isso que cada operação do sistema constitui uma construção. Através dessa "flutuação" e dessa construção, o sistema procura em si mesmo suas próprias possibilidades evolutivas. Em sua atividade produtora de decisões, a Corte de Justiça Européia considera o décimo-oitavo camelo como já dado, como interno ao sistema. A Corte não pode observar o décimo-oitavo camelo porque, se o fizesse, deveria reconhecê-lo como um camelo que foi tomado emprestado. Na realidade porém, é a Corte mesma quem introduz o décimo-oitavo camelo.

5.

Este texto procurará explicitar, descrevendo-a, a maneira pela qual isso ocorre. Por que e como muitas vezes se faz uso de um "décimo-oitavo camelo" é a nossa questão central, à qual chegamos ao pesquisar sobre o tema da criação *a posteriori*, pela Corte de Justiça Européia, de um sistema jurídico comunitário europeu. Esse ordenamento jurídico ainda está em processo de formação e, nesse processo, a Corte Européia tem funcionado como sistematizadora desse direito. Isto implica em uma contínua criação

jurisprudencial do direito, através do apelo principalmente aos Princípios Gerais do Direito", como figura da dogmática que permite que as lacunas do direito sejam integradas. Por isto, desde já, nosso décimo-oitavo camelo será chamado pela etiqueta, há muito sedimentada na semântica da Ciência Jurídica, "Princípios Gerais do Direito".

A curiosidade que, então, procuramos satisfazer através desta pesquisa é a seguinte: É possível observar o décimo-oitavo camelo? É possível descrever seu caráter e sua função?

Para realizar esta tarefa é necessário observar as operações de divisão, isto é, as operações de decisão no sistema. É necessário colocar-se fora do sistema. Uma tal observação torna possível observar o paradoxo constitutivo da auto-referência do sistema do direito. Do exterior é possível ver mais do que podemos ver do interior do sistema. Em seu interior, o sistema observa a si mesmo através de cada operação que realiza. Mas cada operação pressupõe que o sistema desparadoxize a si mesmo e, então, não se auto-represente da mesma forma como se constitui: paradoxalmente. O fato de que do exterior se veja mais significa que se pode observar o função de cada operação do sistema. Essa função é criativa e, portanto, evolutiva.

Se é criativa, então essa função pode ter equivalentes. Neste sentido, ela pressupõe a existência de outras possibilidades e, portanto, pressupõe a sua eventual realização no futuro. O privilégio de uma observação externa consiste no fato de que é possível, para cada operação do sistema, ver alternativas possíveis e, ao mesmo tempo, ver as funções das operações efetuadas pelo sistema no caso específico. Veremos que esta criatividade e esta função têm um caráter político.

A observação externa requer uma colocação do observador, que deve atender a alguns requisitos particulares. De nossa parte, seguindo LUHMANN e DE

GIORGI, colocamos o observador no sistema da ciência e, uma vez que nos interessamos pela análise funcional, indicamos seu ponto de observação como o ponto de vista de uma teoria da sociedade. Se este ponto de vista tivesse pretensões de verdade, ele mesmo estaria exposto ao "paradoxo do mentiroso". No entanto, esse tipo de observação pretende deixar aberta a possibilidade de que possam haver outros observadores.. O que caracteriza nossa observação é o interesse em descrever o modo pelo qual se efetuam as operações do sistema; é o interesse em descrever o modo pelo qual o sistema "desparadoxiza" continuamente a si mesmo. Procuramos, neste trabalho, realizar análises funcionais que nos permitam descrever de que maneira a prática decisória da Corte de Justiça Européia, através da "aplicação" dos Princípios Gerais do Direito, torna-se fundamentalmente uma atividade política que tende a produzir unidade jurídica e política em um complexo tão diversificado como é a Comunidade Européia.

Como resultado ulterior de nossas observações, pudemos observar que a específica função política da Corte Européia potencia um sistema jurídico caracterizado por uma fraqueza constitutiva e, ao mesmo tempo, reduz o potencial de unificação próprio do sistema político. Este, no entanto, é um problema típico da relação entre sistema político e sistema jurídico na Comunidade Européia, que deveria constituir objeto de uma pesquisa específica.

6.

Para enfrentar a complexidade dos problemas aos quais nos referimos, achamos necessário inicialmente apresentarmos o nosso "ponto de observação". Assim, optamos pela perspectiva da Teoria da Sociedade, que nos permite de explicar o que

podemos entender por sistemas auto-referenciais. Explicamos, então, do que se trata quando se fala em uma teoria do direito a partir de uma perspectiva da Teoria da Sociedade. Na etapa seguinte, seguindo o fio-condutor da noção de "paradoxo" da Teoria da Sociedade (enquanto dualidade constitutiva dos sistemas capazes de observar), apresentamos as diferentes descrições que a teoria do direito realizou tendo como objeto a figura dogmática dos "princípios gerais do direito". A partir desta reconstrução histórica e semântica, demonstramos que os Princípios Gerais do Direito constituem paradoxos do direito, embora a teoria tradicional os venha descrevendo de maneira diversa, numa tentativa (interna ao sistema) de se desparadoxizar. Também na segunda parte, desenvolvemos o tema específico da aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia. Em um anexo, analisamos algumas sentenças da Corte que consideramos paradigmáticas para os fins desta pesquisa. Aqui, procuramos limitar nossa escolha de forma a apresentar apenas aquelas sentenças que entendemos particularmente relevantes para os fins de exemplificar de maneira paradigmática o percurso teórico e interpretativo por nós seguido. O método usado em nossa pesquisa é o indutivo e o da pesquisa empírica, apoiado na análise sistêmica.

CAPÍTULO I

TEORIA DA SOCIEDADE E O PARADOXO DA AUTO-OBSERVAÇÃO

I.1 - BREVE INTRODUÇÃO À TEORIA DA SOCIEDADE

A Teoria da Sociedade de LUHMANN e DE GIORGI⁵ tematiza, principalmente, o princípio da *diferenciação funcional*⁶ dos *sistemas sociais* da *sociedade* moderna. O sistema da sociedade moderna se diferencia em sistemas que se especificam de acordo com sua *função*, que lhes é exclusiva.⁷ Diferenciando-se, um *sistema* traça seus confins, estabelecendo o seu fechamento em relação ao seu *ambiente*. Desta maneira, um sistema diferenciado passa a reagir aos estímulos do ambiente somente a partir de si mesmo, ou seja, a partir das *operações* produzidas por seus elementos, que se realizam no seu interior. Este processo de produção e reprodução de um sistema a partir dele próprio se denomina *autopoiesis*. O *fechamento operativo*, no entanto, implica contemporaneamente

⁵ LUHMANN e DE GIORGI. *op. cit.*

⁶ Como opção metodológica, grifamos os termos específicos da Teoria da Sociedade, quando esses se apresentam em nossa dissertação pela primeira vez.

⁷ Esta é uma questão de especial interesse porque permite que se pergunte qual é o sentido de afirmações como "função política do direito": ocuparemos-nos especificamente desse problema, quando tratarmos das funções dos "Princípios Gerais do Direito" e do significado da sua generalidade.

em uma abertura do sistema em relação ao que lhe é externo, o que, afinal possibilita a sua *auto-reprodução*. A diferenciação de um sistema se dá mediante a aplicação de um *código binário*, como o código verdadeiro/falso para o sistema da ciência, o código legal/ilegal para o sistema do direito. Utilizando esse código, um sistema organiza sua própria *autopoiesis*. A aplicação do código ao próprio código faz surgir no sistema um *paradoxo*.

Paradoxos não podem ser admitidos, mas a condição mesma de um sistema, que deve observar sua própria distinção de seu ambiente como um seu produto, é uma condição, necessariamente, paradoxal. O sistema deve, então, encontrar meios de elidir esta sua condição paradoxal "básica", tomando possível a continuidade de suas operações. As vias da desparadoxação muitas vezes passam pela construção de novos paradoxos, que se tornam operacionais através das formas de *assimetrização*. Mediante a introdução de condições que assimetrizem a circularidade da auto-referência, o paradoxo é "dissolvido" e a operacionalidade do sistema fica garantida - este pode prosseguir na sua *autopoiesis*. Na segunda parte desta pesquisa, veremos analiticamente como tudo isto funciona em relação aos princípios gerais do direito.

Esta é uma primeira e apressada enunciação (dentro) da Teoria da Sociedade. *Sistema, função, diferenciação, fechamento, auto-reprodução, observação*, etc., são categorias que formam o intrincado léxico da Teoria dos Sistemas. Alguma palavra deve ser dita, então, a respeito da construção desta linguagem tão particular. Esse é um primeiro passo, que nos permitirá ver a distância entre as teorias clássicas e a Teoria da Sociedade.

A Teoria da Sociedade é construída sobre a base de uma estrutura conceptual rigorosa e, sob muitos aspectos, inovadora: novos conceitos são emprestados da Teoria dos Sistemas de Ação parsoniana (*programação, código*), da Biologia e da

Neurofisiologia (*autopoiesis*), enquanto velhos termos adquirem nova significação como, por exemplo, *Ciência, Ideologia, Justiça, Direito*.

As más traduções têm contribuído para a formação de um juízo segundo o qual a linguagem da Teoria dos Sistemas seria obscura, um juízo fácil para aqueles refratários à absorção do novo. Gunther TEUBNER⁸ indica, a este propósito, que o ponto a ser examinado aqui é se essa linguagem é suficientemente articulada de acordo com a complexidade da matéria da qual se ocupa. Se constata, então, que as descrições elaboradas pela Teoria da Sociedade não podem ser adequadamente expressas através da linguagem comum, uma vez que têm em mente uma realidade social cuja reconstrução ultrapassa claramente os limites deste tipo de linguagem⁹. De uma perspectiva epistemológica construtivista, toda forma de conhecimento é uma reconstrução interna do mundo externo. Em outras palavras, a cognição não tem acesso à uma realidade externa. Neste sentido, a Teoria da Sociedade, ao assumir uma postura construtivista¹⁰ radical, não poderia prescindir da criação de uma linguagem própria: só assim se torna coerente e, portanto, possível enquanto teoria.

⁸ TEUBNER, Gunther, "Il diritto come soggetto epistemico: per una epistemologia giuridica 'costruttivista'" in *Rivista Critica di Diritto Privado*, 1990, p. 288. Inicia seu artigo citando o célebre poema de Lewis Carrol, obra prima do non-sense, o "Jabberwocky", reproduzindo assim o comentário de um professor de direito americano dirigido a Niklas Luhmann. O poema "Jabberwock" foi traduzido para o português por Augusto de Campos, sob o título de "Jaguadarte" (CARROL, Lewis. Aventuras de Alice no país das maravilhas. 3ª ed. São Paulo: Summus, 1980. p.147).

⁹ E isto, segundo TEUBNER, é o que tem em comum o pós-estruturalismo (Foucault), as teorias críticas (Habermas) e a teoria dos sistemas autopoieticos (Luhmann). *op. cit.*, p. 290.

¹⁰ O construtivismo, segundo VON FOERSTER, é uma epistemologia da epistemologia; "Il che significa che è una epistemologia che deve rendere conto di se stessa". FOERSTER, Heinz von., cit. por CERUTI, na "Introduzione" a Sistemi che Osservano. *op. cit.*, p. 23.

A sumária apresentação feita acima não tem o escopo de descrever esta teoria e, tampouco, pretende assustar um leitor desavisado, diante de tantos conceitos que lhe são estranhos. Sua intenção é ser um convite, a maneira daquele feito por DE GIORGI na bela apresentação da edição italiana da obra A diferenciação do direito, um convite a que se supere a rigorosa trama conceptual que delimita a teoria de Niklas LUHMANN, para que então se possa colher em toda sua complexidade uma das mais fascinantes experiências do pensamento contemporâneo¹¹.

¹¹ DE GIORGI, Raffaele. "Introduzione all'edizione italiana", in LUHMANN, Niklas. La differenziazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1990. trad. de Raffaele De Giorgi e Michele Sibermag. Ed. italiana aos cuidados de Raffaele De Giorgi. p.27.

1.2 - SISTEMA DA SOCIEDADE E SISTEMAS DE FUNÇÕES

A teoria dos sistemas é, portanto, uma teoria construtivista e, como tal, se baseia em diferenças. Isto quer dizer que ela não parte de um conceito ou de um objeto tomados como preexistentes. O primeiro pressuposto da Teoria da Sociedade é a substituição da idéia de "objetos" pela noção de "distinções", o que vale dizer que esta não parte de uma identidade.¹² Para esclarecer a importância deste abandono do conceptual tradicional da sociologia, cujo referencial tem sido sempre os "objetos", os autores da Teoria da Sociedade lançam mão do conceito de *forma* proposto por George SPENCER BROWN em sua obra Laws of Form¹³. Este também é um conceito importante na construção deste trabalho que pretende descrever os "Princípios Gerais do Direito" como um paradoxo.

O fundamental quando se fala em *forma* é o fato de que esta se (de)compõe em duas partes. Uma forma se constrói na medida em que traça uma diferença, estabelecendo uma fronteira e uma distinção. Quando se indica uma parte de uma forma,

¹² Entende-se por identidade uma generalização simbólica que se impõe em meio ao fluxo da experimentação do sentido, permitindo a este último referir-se a si mesmo e aumentar assim sua própria complexidade. A respeito da recusa à tomada de uma identidade como ponto de partida, LUHMANN e DE GIORGI dizem que isto lhes permite "non solo di rimarcare a distanza rispetto alle implicazioni connesse all'uso di schemi correlati a quel concetto, ma anche di evitare, negando ad essi fin dall'inizio qualsiasi spazio concettuale, quei pressupposti di tipo sostanzialistico sui quali si è sorretta l'analisi sociologica, anche quando si sia svolta a livelli altamente formali." *op. cit.*, p.16.

¹³ *apud* LUHMANN e DE GIORGI, *op. cit.*, p. 17.

concomitantemente se estabelece também a sua outra parte. Assim, cada uma das partes só existe na medida em que se distingue da outra. Uma forma é auto-referencial, uma vez que para atravessar o limite que a constitui se deve sempre partir de uma parte já indicada: "Neste sentido, forma é auto-referência desenvolvida, mais precisamente é auto-referência desenvolvida no tempo"¹⁴. A auto-referência de uma forma sugere que não existem valores outros que aqueles contidos nela mesma. O que pode acontecer é que novos valores surjam através de novos limites traçados, efetuando-se ulteriores distinções a partir de uma das partes de uma forma.

O ponto de partida da Teoria dos Sistemas é uma distinção básica, a diferença entre *sistema* e *ambiente*. O esquema lógico proposto por SPENCER BROWN permite-nos compreender esta diferença como produtora de ulteriores distinções, tais como a distinção *operação/observação*, *identidade/diferença*. A distinção *sistema/ambiente* leva à indicação (e simultânea distinção) de vários tipos de sistemas. É como que uma "diferença-guia" no âmbito da Teoria dos Sistemas, estando na base de todas as ulteriores distinções.

É corolário da diferença *sistema/ambiente* o fato de que um sistema não pode existir independentemente de seu ambiente, enquanto se determina, traçando através de suas próprias operações uma fronteira que o distingue daquilo que, sendo ambiente, não lhe pertence. Nenhum sistema opera além de si mesmo, mas por outro lado, sem um ambiente do qual se distinga não é possível individualizá-lo. Logo, o ponto de partida não é o sistema ou o ambiente, mas a *diferença* entre eles. A unidade da forma permanece pressuposta como diferença, mas a diferença em si não serve como suporte para as

¹⁴ LUHMANN e DE GIORGI. *op. cit.*, p. 17.

operações.¹⁵ Neste sentido, a figura da unidade da forma vale como um equivalente funcional, no âmbito da história da teoria, das idéias clássicas de sujeito ou objeto: as operações são possíveis apenas como operações de um sistema que pode operar como *observador* de sua própria diferença. Ainda seguindo a noção de forma, podemos já intuir que esta diferença pode repetir-se dentro do próprio sistema. Nesse caso, o sistema passa a usar a si mesmo como ambiente para a construção de sistemas parciais que, por sua vez, passam a operar sobre a base de distinções próprias entre sistema, (parcial) e ambiente (do sistema parcial). O surgimento desses sistemas se explica com base na necessidade de reduzir a complexidade do sistema maior, que os abrange. Mais adiante, oportunamente, analisaremos a questão da complexidade de um sistema e, conseqüentemente, a necessidade de que sistemas parciais se diferenciem.

Levando-se em conta o quadro de referência acima, podemos chegar à caracterização do "objeto" do qual se ocupa a Teoria da Sociedade: a sociedade moderna como um sistema social. Mais precisamente, a Teoria da Sociedade é a teoria do sistema social completo (total), que inclui em si todos os outros sistemas sociais.¹⁶ Situa-se, portanto, dentro de uma tradição aristotélica que concebe a sociedade desta maneira. Já nas primeiras páginas da *Política*, ARISTÓTELES define a comunidade da vida na cidade como a mais importante comunidade que encerra em si todas as outras¹⁷. Segundo LUHMANN e DE GIORGI, este tipo de definição encerra um paradoxo, indicando que um

¹⁵ *idem.* p.19.

¹⁶ *ibidem*, p. 24.

¹⁷ "Todas as sociedades, pois, se propõem qualquer lucro - sobretudo a mais importante delas, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais: a cidade ou sociedade política". ARISTÓTELES. A Política. Rio de Janeiro: Ed. Tecnoprint S.A., p. 12.

sistema social (a sociedade), dentre tantos outros, abrange todos os outros ao mesmo tempo.¹⁸ Se Aristóteles optou por elidir o paradoxo, recorrendo a uma concepção ética da política, os autores da Teoria da Sociedade optaram pela via que prefere levar o paradoxo às suas últimas consequências, desenvolvendo-o mediante a distinção dos planos de análise da sociedade por eles proposto: sob o plano (1) da teoria geral dos sistemas e, nesta, a teoria geral dos sistemas autopoieticos, (2) sob a perspectiva da teoria dos sistemas sociais e, (3) tratando a teoria do sistema da sociedade como um caso da teoria dos sistemas sociais.

O conceito de sistema social tem como referência a teoria geral dos sistemas. Nesta perspectiva, os sistemas sociais são distintos de seu ambiente, sendo *operativamente fechados*, isto é, capazes de produzir eles mesmos seus próprios elementos e estruturas. Isto não significa que os sistemas sociais sejam isolados de seu ambiente, uma vez que um sistema social é aberto (no sentido de que é capaz de observar). Diz-se, então, que um sistema social é um sistema *autopoietico*, autônomo tanto sob o plano estrutural (é capaz de produzir suas próprias estruturas a partir de seus próprios elementos), quanto sob o plano operativo (uma vez que opera sob a base de seus elementos, e toda operação de um sistema é uma operação a ele interna). Sobre *autopoiesis*, fechamento operativo e auto-referência de um sistema trataremos mais detidamente adiante.

Para que os sistemas sociais sejam observados, é necessário identificar aquilo que os distingue dos outros tipos de sistema. Aqui se torna indispensável o recurso aos conceitos de *sentido* e de *comunicação*. O conceito de sentido permite que se

¹⁸ LUHMANN e DE GIORGI. *op. cit.*, p. 25.

diferencie os sistemas sociais e os sistemas psíquicos dos sistemas vivos como as células, os organismos e o cérebro. Fundamentalmente, os sistemas sociais são sistemas constitutivos de sentido. Em um sistema social (e, fora estes, apenas nos sistemas psíquicos), o sentido é a premissa para a elaboração de toda experiência; é a forma que ordena o experimentar, possibilitando o surgimento de novas possibilidades do agir. O sentido se reproduz através do experimentar que, continuamente, o atualiza, remetendo-o a outras possibilidades. Isto permite à Sociologia passar do postulado dos princípios últimos e invariantes à possibilidade de colocarem-se todas as coisas como contingentes, ou seja, como sempre possíveis de ocorrerem de uma outra maneira. Já o conceito de comunicação, como elemento constitutivo e operação específica dos sistemas sociais, permite a distinção destes dos sistemas psíquicos que, por sua vez, operam com base na consciência. O conceito de comunicação sintetiza (trata como unidade a diferença) três seleções: a *emissão*, a *informação* e, por último, a *compreensão* da diferença entre emissão e informação. O processo de comunicação determina o fechamento operacional dos sistemas sociais e sua diferença em relação ao ambiente social. Assim como não há sistema social que não opere sobre a base da comunicação, não há comunicação para além dos sistemas sociais.

De uma terceira perspectiva se pode distinguir os sistemas sociais em diversos tipos. Um sistema social pode ser uma *interação*, uma *organização* ou, ainda, a *sociedade*. A teoria dos sistemas sociais explica a realidade social recorrendo a esta tríplice tipologia, em que cada tipo depende dos outros, embora goze de autonomia. A consequência disso é que aqui não podemos falar de sistema social (à maneira de Parsons), no singular, mas sempre no plural.

O sistema de interação se especifica pela presença física do "parente" na comunicação. Pode-se dizer que é um tipo de sistema social que tem como pressuposto um "face-a-face": é, portanto, o mais "simples" dos sistemas sociais, constituindo um patamar mínimo da comunicação. Sem interação não seria possível nenhum sistema social.

As organizações operam com base em um tipo específico de comunicação que as distingue dos outros sistemas sociais: operam a partir de *decisões*. Decisões são comunicações de tipo particular, cuja seletividade pode sempre ser atribuída a um membro da organização. Organizações são sistemas sociais tais como as empresas, as associações, enfim, as chamadas "pessoas jurídicas", mas são principalmente sistemas capazes de, através da produção das decisões, realizarem o chamado acoplamento estrutural entre dois sistemas sociais distintos. Por exemplo, a organização judiciária realiza a "conexão" do sistema do direito com o sistema da política.

Um terceiro e último tipo de sistema social é o sistema da sociedade. A sociedade é um tipo particular de sistema social que realiza sua *autopoiesis* através da operação *comunicação*. A comunicação tem todas as propriedades para a realização da *autopoiesis* do sistema; é a única operação genuinamente social¹⁹. O individualismo fica, então, definitivamente rejeitado, uma vez que, ainda que a comunicação surja de um "concurso de consciências", não pode ser imputada a nenhuma consciência individualizada²⁰. Assim, o homem, entendido como um sistema psíquico e seu corpo orgânico, permanece sendo ambiente em relação a sociedade.

A comunicação é uma operação que possui a capacidade de *auto-observação*, entendendo-se por observação, aqui, um modo específico de operação do

¹⁹ *idem*, p. 26.

²⁰ *ibidem*, p.26.

sistema, que se dá sob a base de distinções (operação esta a qual não é atribuído, portanto, nenhum privilégio cognitivo): A auto-observação implica na operação de observar alguma coisa na qual esta mesma operação se encontra. Cada comunicação deve, a um só tempo, comunicar que ela é uma comunicação, fazer notar quem comunicou e o quê, a fim de que a comunicação que a ela se ligue possa ser determinada e a *autopoiesis* do sistema possa então prosseguir²¹. Para observar tudo isto simultaneamente, a comunicação usa uma distinção entre *ato de comunicar e informação*. Essa distinção repercute de muitas formas: não apenas significa que a identificação do ato de comunicar é uma construção do observador, ou seja, uma construção do sistema da comunicação que observa a si mesmo, mas implica, acima de tudo, no fato de que os sistemas sociais podem se constituir apenas como sistemas capazes de observar a si mesmos²². Como capazes de se auto-observar, os sistemas sociais são passíveis de evolução, já que a auto-observação, sendo uma operação a ele interna, participa diretamente de sua *autopoiesis*, influenciando inevitavelmente no desenvolvimento de suas ulteriores operações. Neste sentido, a auto-observação representa um momento de dinamismo no interior do sistema.

Como sistema social global, a sociedade constitui o caso extremo de auto-observação, uma vez que não pode ser observada a partir de seu exterior (porque, evidentemente, ali não há comunicação). A consequência direta disso é, então, que qualquer Sociologia, enquanto teoria que pretende descrever a sociedade, só pode ser produzida no interior da sociedade. Qualquer descrição da sociedade será sempre uma auto-descrição. São chamados auto-descrições os textos com os quais o sistema indica a

²¹ *ibidem*, p. 27.

²² *ibidem*, p. 27.

si mesmo, fixando estruturas para que sejam possíveis ulteriores observações²³. Mesmo as sociedades que não dispõem da escrita se descrevem através de textos; elas produzindo narrativas destinadas a um uso repetido: da narrativa se pressupõe que a estória seja conhecida e que o que surpreenda sejam apenas os acessórios, os ornamentos, o talento daquele que narra; por isso, "a teoria da sociedade é uma oferta de descrição da sociedade na sociedade"²⁴. "Só então o 'auto' da observação é o observador, o 'auto' da descrição é aquele que descreve"²⁵.

Em relação aos demais sistemas sociais, a sociedade tem como peculiaridade o fato de ter como *prestação* específica a função de reduzir a complexidade, criando não só a sua própria pré-condição de operacionalidade, mas também a premissa de todos os outros sistemas sociais. De fato, se não há comunicação fora da sociedade, todos os outros sistemas sociais estão, por consequência, compreendidos no próprio sistema da sociedade (este, o paradoxo assumido pela Teoria da Sociedade, do qual tratamos no início deste capítulo). Assim, "a sociedade é o sistema que institucionaliza as últimas e basilares reduções da complexidade dos sistemas sociais".

Complexidade é um conceito da observação e da descrição, aí compreendidas a auto-observação e a auto-descrição²⁶. É um conceito *autológico* no sentido de que, como conceitualidade, complexidade se define, em seus próprios termos, como um conceito por sua vez *complexo*. A distinção que constitui a complexidade tem a

²³ Ver LUHMANN e DE GIORGI. *op. cit.*, p. 341 e, de LUHMANN, "Tautology and Paradox In the self-descriptions of modern society" in Essays on Self-Reference. New York: Columbia University Press, p. 123.

²⁴ LUHMANN e DE GIORGI. *op. cit.*, p. 396.

²⁵ *idem*, p. 400.

²⁶ Sobre complexidade, LUHMANN e DE GIORGI, *op. cit.*, p. 40

forma de um paradoxo: complexidade é a *unidade* de uma *multiplicidade* ²⁷. A configuração paradoxal dessa distinção impede que esta seja operativa, tornando-se necessário que se proceda a uma sua desaparadoxação ou, mais precisamente, a um desenvolvimento do paradoxo, de maneira que este possa tornar-se criativo.

A distinção unidade/multiplicidade, que compõe o conceito de complexidade, comumente é desaparadoxada com a introdução de uma ulterior distinção, *elemento/relação*. Diz-se que uma unidade é complexa na medida em que possui mais elementos e os conecta mediante relações. Dentro da Teoria da Sociedade, esta distinção é vista de forma diversa, porque leva em conta o fato de que as relações possíveis entre os elementos aumentam geometricamente na medida em que ao sistema são acrescentados novos elementos. No entanto, a *capacidade de coligação* real representa uma limitação que impõe ao sistema realizar sempre de maneira seletiva as suas ligações. A distinção fundamental aqui não é mais, portanto, aquela entre elemento/relação, mas entre sistemas capazes de produzir conexões completas entre seus elementos e sistemas que dispõem de possibilidade de ligação apenas seletiva²⁸.

O sistema da sociedade, por exemplo, operando por meio da comunicação, apresenta uma limitada capacidade de coligação entre seus elementos, que é dada pelo fato de que a uma proposição se podem conectar apenas determinadas proposições, diante de exigências mínimas para o surgimento do sentido. O sentido representa, para um sistema, a unidade da forma realidade/possibilidade ou, em termos de seu potencial operativo, da forma atualidade/potencialidade. Cada atualização do sentido potencializa outras possibilidades. De fato, a representação da complexidade na forma do sentido é

²⁷ *idem*, p.41.

²⁸ *ibidem*, p. 41-42.

uma das aquisições evolutivas mais significativas do sistema da sociedade, levando-se em conta o fato de que ela torna possível a comunicação. Por isso, a Teoria da Sociedade vê a forma da complexidade como a necessidade de manter-se uma ligação apenas seletiva entre os elementos.

Um sistema pode aumentar sua complexidade diante de um aumento da complexidade de seu ambiente. Esta é uma espécie de resposta do sistema ao acréscimo da complexidade ambiental. Isto implica, então, em um aumento da complexidade do ambiente de outros sistemas, na medida em que aquele sistema funciona aqui de ambiente dos outros. Assim, também outros sistemas se vêem compelidos a serem mais complexos, tornando possível a sua evolução.

A sociedade é o resultado de uma evolução²⁹. De uma perspectiva da teoria da evolução dentro da Teoria da Sociedade, esta se ocupa principalmente de explicar como podem surgir sistemas cada vez mais complexos. Trata, portanto, de explicar as transformações estruturais de um sistema³⁰. A estrutura de um sistema não é pensada como algo estável mas, antes, como algo dotado de uma estabilidade dinâmica. A estrutura é a condição que marca o âmbito de operações capazes de ser conectadas e, como tal, é passível de variação. Cada vez que um sistema se torna mais complexo, surge a necessidade de uma adequação estrutural a esta nova realidade intra-sistêmica. A estrutura é, então, uma condição da *autopoiesis* do sistema³¹, e é mediante suas formas de mutação que um sistema evolui.

²⁹ *ibidem*, p. 169.

³⁰ *ibidem*, p. 175.

³¹ *ibidem*, p. 176.

A aquisição evolutiva mais relevante do sistema da sociedade se dá sob a forma da diferenciação funcional dos sistemas. Ao longo de sua evolução, a sociedade se diferencia de seu ambiente de diversas formas. Cada forma de diferenciação do sistema sociedade, ou seja, cada critério utilizado na construção dos limites entre sistemas parciais e seus respectivos ambientes, é uma modalidade específica de enfrentamento dos problemas relativos à complexidade.

A forma da diferenciação primária da sociedade é constituída por sua estrutura. A estrutura estabelece os limites, a tolerância de um sistema à sua própria complexidade. Cada vez que esses limites são superados, e a sociedade continua a reproduzir-se, é necessário uma mudança da forma de sua diferenciação primária. Ao longo de sua evolução, a sociedade se diferencia de várias maneiras: *diferenciação segmentária* (ou diferenciação em subsistemas), *diferenciação centro/periferia*, *diferenciação hierárquica em estratos* e, por último, *diferenciação funcional*.

Pelo que se conhece a respeito da evolução da sociedade, a forma inicial de sua diferenciação é a segmentária. Esta é uma forma correlata a um baixo grau de complexidade da sociedade, na qual os sistemas sociais são iguais tendo em vista o princípio da formação, dado pela descendência (a diferença igual/desigual e a diferença sistema/ambiente se combinam no desenvolvimento das formas de diferenciação). Um subsistema da sociedade vê um outro subsistema da sociedade como um seu igual: tribos, clãs, famílias, não se diferenciam "qualitativamente".

A invenção da escrita traz a possibilidade de que seja realizada a comunicação entre não-presentes, além da interação. A partir de então, surgem novas formas de diferenciação, a diferenciação centro/periferia e a forma da diferenciação estratificada - na forma igual/desigual se afirma a desigualdade. Na diferenciação

centro/periferia, a desigualdade aparece em função de uma centralização, na cidade, de novas formas de diferenciação. Existe uma diferença hierárquica entre a cidade e o campo. Na cidade, o processo de diferenciação da sociedade se reproduz e, no seu interior, surgem as castas (a nobreza, mas também os não-nobres). Estratificação significa distribuição desigual de possibilidades de comunicação.

Quando a complexidade da sociedade atinge um patamar no qual é insustentável a estratificação, aparece uma nova forma de diferenciação da sociedade: a diferenciação funcional ³², surgida na Europa no século XVIII e hoje característica da sociedade mundial.

Também na diferenciação funcional os sistemas são desiguais, porém não mais com base na hierarquia, mas em razão da função específica que cada sistema desenvolve dentro da sociedade global. Os principais sistemas parciais diferenciados pela prestação de funções específicas dentro da sociedade são: o sistema político, o sistema econômico, o sistema da ciência, o sistema da educação, o sistema da família, a religião e o sistema do direito. Não existe um primado de um sistema parcial de função em relação a outro, uma vez que, embora as funções sejam interdependentes, cada sistema opera de maneira autônoma. Em outras palavras, à maneira do sistema da sociedade, cada sistema funcionalmente diferenciado é capaz de se auto-produzir e de se auto-reproduzir, realizando assim a sua *autopoiesis*. Cada sistema usa uma distinção própria para observar, e depende desta distinção para orientar suas operações; o sistema da ciência, por exemplo, opera a partir da diferença verdadeiro/falso. A consequência imediata da forma da

³²"Differenziazione funzionale significa che il punto di vista dell'unità, secondo il quale si differenzia la differenza tra sistema e ambiente sta nella funzione che il sistema che si è differenziato (e quindi non il suo ambiente) svolge per l'intero sistema". LUHMANN e DE GIORGI. *op. cit.*, p. 303

diferenciação funcional é o fato da sociedade ser descentralizada, sem um vértice, já que as funções são igualmente relevantes.

Na sociedade funcionalmente diferenciada, um sistema parcial pode dirigir suas próprias seleções seja para o sistema da sociedade global, seja para os outros sistemas parciais, ou seja para si mesmo: no primeiro caso, se fala em *função*, no segundo em *prestação*; e, no terceiro, em *reflexão*. Para que possa se auto-reproduzir, cada sistema social deve diferenciar e reintegrar funções, prestações e reflexões.

A diferença sistema/ambiente adquire um significado que varia de acordo com a função específica de cada sistema parcial. O sistema econômico, por exemplo, oferece prestações ao sistema político de uma maneira diversa da qual pode fazê-lo o sistema jurídico. O primeiro se orienta nesta prestação de acordo com a codificação binária própria da economia (ter a propriedade/não ter a propriedade), enquanto o segundo se guiará pelo código específico do sistema jurídico (legal/ilegal). A codificação binária, associada à orientação à função, assegura a continuação da *autopoiesis* e impede que o sistema se “entre em embarço” no procurar atingir um fim e, então, cesse de operar. Os sistemas de função não são, jamais, sistemas teleológicos³³. Na medida em que a codificação binária é referida a cada operação do sistema a partir de uma distinção de dois valores, ela possibilita, dentro do sistema, a passagem ao valor oposto ao primeiramente indicado. Aquilo que é fixado como direito pode, na comunicação ulterior, servir para colocar a questão: legal (direito) ou ilegal (não-direito). Por exemplo, pode servir para que se pretenda uma transformação do direito³⁴.

³³ LUHMANN e DE GIORGI. *op. cit.*, p. 305. Esta é a razão pela qual nenhum sistema de função está em grau de guiar a evolução da sociedade.

³⁴ *idem*, p.305.

Conclui-se, então: tudo que pode ser compreendido na forma do código, aparece como *contingente* - como possível também diversamente. Isto dá ensejo ao surgimento de regras decisórias a permitirem que seja determinado se a associação de um valor a seu oposto se dá de maneira verdadeira ou falsa, o que é possível mediante a fixação de determinadas condições, que são chamadas de *programas*.

"Os programas vêm definidos, portanto, como uma espécie de "catálogo" das condições de correção das operações. Estabelecendo quais os comportamentos corretos, um programa estabelece também quais são os comportamentos esperados"³⁵. Em conexão com os códigos binários, "os programas estruturam a *autopoiesis* dos sistemas de funções de maneira inconfundível, e a semântica que disto resulta se distingue fundamentalmente das teleologias, das representações da perfeição, dos ideais ou dos referimentos de valores da tradição"³⁶. Compensam, desta forma, a rígida binariedade do código. Embora orientando-se somente pelo seu código, em nível de programas, um sistema dispõe de critérios que valem em outros âmbitos sociais. Com base nestes critérios "estranhos" a suas funções, os sistemas codificados binariamente podem adquirir suficiente distanciamento de suas próprias operações, o que torna possível observá-las e dirigi-las, crescendo e estruturando, assim, sua própria complexidade.

³⁵ *ibidem*, p. 306.

³⁶ *ibidem*, p. 306.

I.3 AUTOPOIÉSE E AUTO-REFERÊNCIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

O termo *autopoiesis* foi inventado como uma definição da vida³⁷. É, portanto, um conceito que tem sua origem claramente na biologia, sendo uma construção feita a partir de conceitos por sua vez importados das ciências sociais, tais como "seleção", "informação", "comunicação", "organização", "autonomia", etc. Essas categorias foram tomadas pelos biólogos e utilizadas na elaboração de uma teoria que explicasse os sistemas vivos. Para que isto fosse possível, estes conceitos foram reformulados dentro de uma linguagem cibernética, para então serem posteriormente devolvidos às ciências sociais.

Partindo da cibernética, os biólogos chilenos Humberto MATURANA e Francisco VARELA descreveram os sistemas vivos como sistemas sem finalidade, que podem ser compreendidos como máquinas que se explicam por sua própria organização interna³⁸. Desta perspectiva mecanicista, qualquer idéia de intencionalidade, de teleonomia, de transformação adaptativa e, de maneira geral, todo princípio que não pode se situar no universo físico, se apresenta como um artifício do discurso que não nos ensina nada sobre a organização dos seres vivos. Assim, um sistema autopoietico pode ser descrito como uma máquina organizada segundo uma rede de processos de produção de elementos que, a partir de suas interações e transformações permanentes, regeneram sem cessar a rede

³⁷ LUHMANN, N. "The Autopoiesis of Social Systems", in Essays on self-reference, *op. cit.*, p. 1.

³⁸ OST, François. "Entre ordre e désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoietique appliqué au droit" in *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 1989. t. 33, p. 135.

de processos de produção de elementos e que, nesta medida, conferem à máquina uma unidade espacial determinada .

Sendo um sistema que se define como aquele que produz e reproduz seus próprios elementos a partir de suas próprias operações, o sistema autopoietico é descrito como autônomo, desprovido de "inputs" (fatores de produção) e "outputs" (produtos do sistema), e fechado do ponto de vista operacional. Um sistema é operacionalmente fechado na medida em que as operações que constituem novos elementos para o sistema vivente dependem de operações precedentes, constituindo, assim, também o pressuposto das operações que se seguirão.

A autonomia deve, então, ser entendida como a capacidade de subordinar toda transformação à manutenção da própria organização do sistema. A autonomia coopera para que haja dentro do sistema autopoietico uma espécie de equilíbrio homeostático, não no sentido de que este se torna estático, mas sim de um equilíbrio constantemente reajustado em uma rede de processos em interação. Este equilíbrio homeostático resulta das reações internas de compensação do sistema face aos choques externos ou perturbações que este pode sofrer. Segundo VARELA, isto implica em uma mudança radical de paradigma, de uma ideia clássica de "couplage par inputs" (à maneira de Parsons) propõe-se um paradigma de "couplage par clôtüre": é a coerência interna do sistema que determina o seu desenvolvimento.³⁹

É neste sentido que a teoria dos sistemas autopoieticos se distancia das teorias clássicas da evolução, onde esta é entendida como adaptação e, portanto, o desenvolvimento do sistema é visto como determinado pelo meio ambiente (falando-se,

³⁹ *apud* ROTTLEUTHNER, Hubert. "Les métaphores biologiques dans la pensée juridique" in *Archives de Philosophie du Droit, op. cit.*, p. 233.

então, em causalidade). Desta perspectiva, a "história" de um sistema é vista como resultado da diversificação e da complexificação das formas de comportamento próprias, autorizadas pela coerência do fechamento operacional do sistema, que mantém sua identidade por meio de suas transformações.

A questão sobre a possibilidade de conceitos nascidos da biologia serem transpostos para o campo das ciências sociais, há muito tem suscitado opiniões diversas⁴⁰. A introdução do termo *autopoiesis* nas ciências sociais mais uma vez fez emergir este tipo de questionamento. Mesmo Maturana e Varela, em uma obra escrita em conjunto, declararam que não puderam chegar a uma posição comum a respeito da transposição do conceito de *autopoiesis* para as ciências sociais⁴¹. Posteriormente, Varela apresentou sua opinião particular de que o conceito de *autopoiesis* não pode ser emprestado às ciências sociais. Para ele, qualificar os sistemas sociais de autopoieticos resulta de uma confusão entre o que é *autopoiesis* e o que é autonomia. Na autonomia se pressupõe, como na *autopoiesis*, um fechamento operacional; há uma concatenação circular dos processos organizacionais, traduzindo uma coerência, mas não se pode falar em auto-geração dos elementos do sistema.

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, como descrevemos acima, utiliza o conceito de *autopoiesis* para explicar como os sistemas se diferenciam de seu ambiente, como operam de acordo com uma programação e uma codificação binária própria, como são capazes de evoluir, respondendo aos estímulos ambientais e diferenciando-se em sistemas parciais; enfim, como são capazes de produzir seus próprios elementos e, através destes, reproduzir-se enquanto sistema. "Os sistemas autopoieticos (...) são soberanos em

⁴⁰ A este respeito, ver a discussão feita por Rottleuthner, *cit.*

⁴¹ OST, François. *cit.*, p. 132-137.

relação a constituição de identidades e diferenças"⁴². A teoria dos sistemas, portanto, vai além da busca tradicional das ciências de criar uma realidade autônoma que seja submissa a sua própria lei de conhecimento, por meio de um método científico, que aparece como uma especificação altamente refletida e controlada do método racional. Assim, ela pretende descrever os sistemas sociais não apenas em termos de autonomia, mas também de *autopoiesis*.

LUHMANN responde a este tipo de questionamento, então, afirmando que esta discussão comumente parte de premissas erradas, confundindo as "hierarquias" de sua investigação. Enquanto os biólogos consideram exclusivamente os sistemas vivos como sistemas autopoieticos, LUHMANN especifica outros dois níveis de constituição dos sistemas autopoieticos, caracterizados de acordo com a operação específica que se desenvolve em cada um destes níveis: sistemas sociais (operantes através da comunicação) e sistemas psíquicos (operantes com base nos pensamentos).

Utilizando o conceito de *autopoiesis* a partir de uma abordagem em vários níveis, LUHMANN abstrai o conceito de "vida" e define a *autopoiesis* como uma forma geral de construção dos sistemas, utilizando o fechamento auto-referencial: "*we would have to admit that there are non living autopoietic systems, different modes of autopoietic reproduction, and there are general principles of autopoietic organization that materialize as life, but also in other modes of circularity and self-reproduction*"⁴³. Desta perspectiva, se distingue, em primeiro lugar, uma teoria geral dos sistemas autopoieticos que, em um nível mais concreto, se desdobra na teoria dos sistemas vivos (células, organismos, etc), na teoria dos sistemas psíquicos e na teoria dos sistemas sociais. De um lado, isto

⁴²LUHMANN, Niklas. "The autopoiesis of social systems" in *Essays on self-reference*, *op. cit.*, p. 03.

⁴³ *idem*, p. 02.

implica na aceitação da premissa anti-aristotélica de que os sistemas sociais não são sistemas vivos; de outra parte, significa que o conceito de autopoiesis assumido é abstraído de conotações biológicas.

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos leva a Sociologia a uma radical mudança de "paradigma", uma vez que identifica na comunicação a unidade mínima da *autopoiesis* de um sistema social. Isto significa um abandono de toda uma tradição, de Max Weber a Talcott Parsons, que via na ação esta unidade mínima da formação da sociedade. De acordo com essa tradição, a comunicação nada mais era que uma forma de ação social. LUHMANN rejeita este tipo de conceitualidade, indicando que a comunicação, uma vez que é dada pela síntese da emissão, da informação e da compreensão, não se completa mediante o mero ato de comunicar (como este é ordinariamente entendido na linguagem comum)⁴⁴. É neste sentido que a comunicação é, a um só tempo, operação e observação; operação enquanto propicia a *autopoiesis* do sistema, e observação enquanto nela é possível distinguir a atribuição do sistema (emissão) e a atribuição do ambiente (informação). O ambiente vem construído comunicativamente como informação (não há realidade externa à sociedade).

Embora a comunicação não seja um tipo de ação, a *autopoiesis* dos sistemas sociais requer uma espécie de atribuição da ação, de atribuição da responsabilidade quanto à seleção efetuada quando da emissão. A atribuição da ação permite que se identifique quem disse, e o quê, possibilitando que uma comunicação se

⁴⁴ "(...) communication is not a kind of action because it always contains a far richer meaning than uttering or sending messages alone. As we have seen, the perfection of communication implies understanding, and understanding is not a part of the activity of the communicator and cannot be attributed to him." LUHMANN, Niklas. *ibidem*, p. 6.

ligue a outra comunicação e que, assim, seja possível o prosseguimento da *autopoiesis* de um sistema⁴⁵.

LUHMANN diz que a atribuição da ação é uma forma simplificada de auto-observação de um sistema social, uma vez que não leva em conta todas as "etapas" do processo de comunicação, atribuindo a responsabilidade da comunicação apenas a "parte" deste. Mas a atribuição da ação é uma auto-simplificação necessária que possibilita a um sistema de observar a si mesmo, permitindo que este constitua suas operações tendo como referência suas próprias operações.

⁴⁵"Reflexive communication is not only an occasional event, it is a continuing possibility being co-produced by the autopoiesis itself". LUHMANN, Niklas. *ibidem*, p. 7.

I. 4 - SISTEMAS QUE SE OBSERVAM: O PARADOXO DA AUTO-OBSERVAÇÃO

Acima já acenamos para os conceitos de observação e auto-observação, indicando-as como operações específicas de um sistema, que utilizam uma distinção para indicar uma e outra parte desta mesma distinção, sendo que a auto-observação constitui uma operação do sistema observado, uma vez que observa alguma coisa à qual também pertence. Em conexão à auto-observação se desenvolve no sistema a diferença entre auto-referência e hetero-referência, com a qual o sistema reage ao fato de que ele mesmo é quem produz a sua distinção de seu ambiente⁴⁶. Retomamos agora esta temática, uma vez que ela é essencial na elaboração dos fundamentos teóricos desta pesquisa.

Os sistemas auto-referenciais são sistemas capazes de observarem a si mesmos⁴⁷. A observação é uma atividade particular de um sistema porque, dispondo de um maior grau de liberdade em relação às demais operações, pode ver aquilo que um sistema não pode ver (a *autopoiesis* do sistema prossegue às cegas). É importante reforçar, aqui, o fato de que, embora não seja possível observação que não parta de uma distinção, cada distinção representa um limite à observação: a cada distinção é consentido observar apenas aquilo que essa permite que seja observado. Por isso cada diferença inicial de um

⁴⁶LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *op. cit.*, p. 340.

⁴⁷LUHMANN, Niklas. "Tautology and paradox in self-descriptions of society" in Essays on self-reference. *op. cit.*, p. 123.

sistema é como um ponto cego⁴⁸ na observação deste sistema: nenhuma distinção pode ser aplicada a si mesma de uma maneira absoluta, o que faz surgir um paradoxo, que implica sempre na aplicação de uma distinção a ela mesma. Por isto, um observador que se oriente, por exemplo, de acordo com a forma verdadeiro/falso, não está em grau de observar se esta distinção, por sua vez, é verdadeira ou falsa. Para que isto seja possível, torna-se necessário que se estabeleça um *observador de segunda ordem*, que vai observar uma observação sem reincidir nela mesma, o que acontece com base em uma diferença que este, por sua vez, não pode observar.

No caso da auto-observação, portanto, não se trata de uma observação que observa a si mesma enquanto observação, mas sim de uma operação que observa alguma coisa à qual ela também pertence. Também aqui permanece a limitação em razão da diferença inicial de um sistema. A auto-observação é, então, produto (na medida em que constitui uma operação do sistema) e pressuposto (na medida em que influi no ulterior desenvolvimento desta) da *autopoiesis* do sistema. Isso pode parecer paradoxal, e na verdade é paradoxal, sob este e sob outros aspectos. *"Social systems as seen by an observer are paradoxical systems. They include self-referential operations, not only as a condition of the possibility of their autopoiesis but also due to their self operations"*.⁴⁹

O fato de que esta operação específica de um sistema seja a um só tempo um seu produto e o seu pressuposto, tem a ver com a condição paradoxal dos sistemas auto-referenciais, que usam a sua própria diferença sistema/ambiente para se constituírem enquanto sistema. Um sistema diz o que é, indicando aquilo que ele não é. Neste sentido, o

⁴⁸Sobre o ponto cego, ver FOERSTER, Heinz von. "Sulla costruzione di una realtà" in Sistemi che osservano. *op. cit.*, p. 216.

⁴⁹LUHMANN, Niklas. "The autopoiesis ...". *cit.*, p.7

paradoxo está presente a cada operação de um sistema, na medida em que esta representa o passado e o futuro de um sistema: um sistema constrói a sua própria temporalidade⁵⁰. Dizendo de outra forma, o paradoxo está presente em todos os sistemas que se constituem mediante a codificação binária⁵¹, pois cada tentativa de conduzir tais códigos à sua unidade revela esta como aquele ponto cego que, afinal, torna possível a observação.

⁵⁰ *idem*, p. 11

⁵¹ LUHMANN, Niklas. "The third question...". *c/f.*, p. 154.

1.5 PARADOXOS E SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

O grande desafio da lógica contemporânea é o de descrever, de maneira não paradoxal, que a realidade é paradoxal: *"There are paradoxes everywhere, wherever we look for foundations"*⁵².

O sistema da ciência preocupou-se, tradicionalmente, com a descrição de seus "objetos" de maneira "objetiva", tratando-os a partir de categorias lógicas que, ao preço de serem consideradas como tal, não comportam contradições ou zonas de "incerteza". O primado do rigor da linguagem científica na epistemologia tradicional (entendendo-se por epistemologia, aqui, o sistema parcial responsável pela auto-observação do sistema da ciência) acabou por traduzir-se, então, em uma espécie de elisão da condição paradoxal dos fundamentos. Da perspectiva de uma teoria do direito que se pretende "ciência", o fundamento do direito não pode ser explicado através do próprio direito, e critérios exteriores a ele são introduzidos para que seja atribuída a "verdade" ou a "falsidade" de uma proposição jurídica. Faz-se apelo às mais variadas explicações "científicas", que tanto mais têm prestígio quanto mais se mostram hábeis em escapar do paradoxo. O sistema da sociedade vai descrever a si mesmo como o resultado do agrupamento dos homens, mas não vai explicar, por exemplo, a diferença existente entre indivíduo e sociedade.

A maneira como um sistema se auto-descreve não constitui um fato à parte, irrelevante em relação a sua evolução interna. A auto-descrição tem uma função fundamental no desenvolvimento da *autopoiesis* de um sistema na medida em que fixa uma

⁵² *idem*, p. 154

estrutura ou um "texto" para possíveis observações sucessivas, que podem então ser produzidas de maneira mais sistemática, sendo assim mais facilmente lembradas e conectadas umas com as outras⁵³. Esses textos, testados durante a evolução das idéias, podem ser estabilizados como tradições de um sistema mas, por outro lado, não resistem à obsolescência provocada por uma grande falta de sincronia entre o ambiente, os elementos estruturais e os elementos semânticos do sistema. Por isso, as formas da auto-descrição de um sistema implicam profundamente no grau de evolução deste sistema. Sempre que a sociedade se diferencia de maneira diversa, deve encontrar também uma nova forma de se auto-descrever.

Em sociedades constituídas a partir da diferenciação segmentária, a auto-descrição não apresenta grandes problemas⁵⁴. Elas se auto-descrevem através de seus ritos, cultos e mitos, cuja primariedade se adequa ao baixo grau de complexidade nelas encontrado. Os problemas na auto-descrição da sociedade vão começar a surgir mais frequentemente na medida em que esta se torna mais complexa, baseando-se cada vez mais em assimetrias e desigualdades. Em sociedades estruturalmente diferenciadas, torna-se necessário explicar a diferença entre campo e cidade, entre senhor e escravo. As estratificações hierárquicas, especialmente, requerem explicações que as legitimem⁵⁵.

O sistema do direito, por exemplo, se auto-descreve, como um produto da política ou da moral, mas não compreende, através desse tipo de auto-descrição, aquilo

⁵³ LUHMANN, Niklas. "Tautology and paradox..." . *cit.*, p. 123.

⁵⁴ Embora, como narra BAREL, nestas sociedades já estava presente uma percepção da "natureza" paradoxal da realidade, expressas nas representações mitológicas. BAREL, Yves. Le système et le paradoxe. Paris: Presses Universitaires de Grenoble, 1979. p.27.

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. "Tautology and paradox..." . *cit.*, p. 124.

que o torna um sistema diverso do sistema político ou das construções morais. Se tudo se resolve na política, então não há direito.

A epistemologia construtivista reverte, radicalmente, esse estado das coisas. A partir das pesquisas de Heinz von FOERSTER pode-se identificar uma série de impostações teóricas em campos variados (como a Biologia, a Cibernética, a Neurofisiologia, a Psicologia) que , em comum , têm a afirmação de que o conhecimento não se baseia na correspondência com uma realidade externa, mas sempre nas construções de um "observador". Sob a etiqueta *cognitive sciences* podemos reunir as pesquisas do próprio Von Foerster; de Piaget, no campo da Pedagogia; de Ashby, na Cibernética; de Henri Atlan, e de Maturana e Varela, na Biologia e Neurofisiologia.

Segundo von FOERSTER, o construtivismo é uma epistemologia da epistemologia: "o que significa que é uma epistemologia que deve dar conta de si mesma. Mas não é apenas a epistemologia que deve dar conta de si mesma; é naturalmente também o construtivista que deve dar conta de si mesmo. E esta é uma conclusão bastante rara e impopular porque, usualmente, na família dos cientistas as pessoas não querem dar conta de si mesmas. Eles gostariam de dar conta de mais alguma coisa, e esta mais alguma coisa é usualmente chamado de 'objetividade', Não tem nada a ver comigo! É um fato!"⁵⁶ .

O construtivismo se basta, enquanto epistemologia, na medida em que trata a questão do paradoxo de uma maneira muito particular: ao invés de negá-lo, refugiando-se na instância transcendental ou na da chamada racionalidade, o construtivismo assume o paradoxo, partindo da afirmação de que não existe um observador último, capaz de

⁵⁶ FOERSTER, Heinz von. "A constructivist epistemology, in *Cahiers de la Fondation Archives Jean Piaget*, n. 2/3. Genebra: 1992, p. 191. *apud* CERUTI, "Introduzione" a Sistemi che osservano. *op. cit.*, p. 25

conhecer uma verdade última. Desta forma ele vai se resolver em uma rede "recorrente" de observações sobre observações, que não pretendem refletir a realidade mas que, por outro lado, são submetidas a condições extremamente restritivas, que se auto-regulam, constituindo estados que sejam compatíveis com esta. Para compreender a importância desta mudança de paradigma, retornamos agora à questão dos paradoxos.

Um paradoxo é, na linguagem comum, sinônimo de absurdo: seja porque contradiz o próprio senso comum, seja porque aparenta contradizer este senso comum. A idéia de que um paradoxo seja considerado um absurdo tem a ver, então, com a predisposição generalizada de se ver o paradoxo como algo "incomum". Mas pudemos constatar acima, a partir de uma descrição do sistema da sociedade que trabalha sobre a base das diferenças, desobrigando-se da busca de uma "identidade" para a sociedade mundial, que os paradoxos encontram-se em toda parte e, mais ainda, que todas as coisas se fundam sobre um paradoxo. Então, vimos que paradoxos não são acontecimentos raros a ponto de escaparem ao senso comum e, aqui, deparamo-nos com mais uma construção linguística paradoxal: paradoxos são assim considerados porque escapam ao senso comum mas, "paradoxalmente", são bastantes comuns.

Com isso, a questão se torna verdadeiramente complicada. A inadequação da descrição do que seja um paradoxo a partir da linguagem comum se explica pelo fato de que esta é constituída sobre a base de uma lógica que não admite a contradição. Explicando nos termos da Teoria da Sociedade, a linguagem não está em grau de observar a si mesma enquanto fundação paradoxal da comunicação (embora não seja pressuposto desta, uma vez que a comunicação também pode se desenvolver a partir da percepção) e, por via de consequência, permanece inacessível a ela uma descrição dos paradoxos que não seja "paradoxal".

Esse tipo de descrição só vai se tornar possível na medida em que a teoria da linguagem vai se preocupar com o aspecto pragmático desta e, ocupando-se do funcionamento mesmo da linguagem, vai identificá-la como auto-referente. Essa é a postura assumida pela Teoria da Sociedade, assim como pelas teorias linguísticas pragmáticas. Contudo, a Teoria da Sociedade não considera a linguagem um sistema mas, sim, um *medium* da comunicação: a linguagem se presta a exprimir os pensamentos e, assim, formular a comunicação.

O paradoxo, descrito no nível da linguagem, é produto da auto-reflexão desta. Ele pode aparecer sob a forma que comumente designamos por paradoxo e que a lógica clássica indica como sendo uma implicação recíproca entre uma proposição e sua negativa (uma coisa é aquilo que não é) ou, ainda, sob a forma de uma tautologia, que nada mais é que um paradoxo (construído segundo o modelo "alguma coisa é o que é").

O exemplo típico e digno de ser mais uma vez lembrado é o do paradoxo de Epimênides⁵⁷, o célebre paradoxo do cretense "mentiroso" que diz: "Todos os cretenses mentem". Essa enunciação se desdobra numa cadeia infinita de especulações: se o cretense mente, dizendo que todos os cretenses são mentirosos, então ele diz a verdade, e nem todos os cretenses são mentirosos; mas se nem todos os cretenses são mentirosos, ele não pode estar dizendo a verdade, pois também ele é um cretense e, portanto, um mentiroso... O paradoxo porta a uma *indecidibilidade* que nos condena a aceitar que todos os cretenses e, em particular, o cretense que faz tal assertiva, a um só tempo dizem a verdade e a mentira.

⁵⁷ Segundo BAREL este paradoxo é devido a Eubulide de Megare, e remonta ao IV século a. C. BAREL, Yves. Le système et le paradoxe. *op. cit.*, p.38.

Uma outra versão do paradoxo do mentiroso é narrada por Henri ATLAN, em seu livro sugestivamente chamado A tort et à reason⁵⁸. Trata-se de uma famosa estória, possivelmente de origem talmúdica. Um professor é chamado a emitir seu juízo em uma polêmica surgida entre os estudantes. Um primeiro estudante explica o seu ponto de vista. O professor escuta, reflete um pouco e, então, responde: "Você está certo". Um segundo estudante protesta e expõe também ele a sua opinião sobre o assunto. O professor escuta e, novamente, responde: "Você está certo". Os outros estudantes dizem então ao professor que ele não pode responder positivamente aos dois colegas se suas opiniões são contraditórias. O professor responde: "Vocês estão certos". Também aqui nos vemos constrangidos a aceitar que ambos os estudantes estão certos, embora com opiniões contraditórias.

Uma perspectiva linguística pragmática vai resolver o dilema do paradoxo (em nível de linguagem) a partir de uma lógica da enunciação, de uma análise das condições de possibilidade do funcionamento da linguagem em geral. Ela opera uma distinção de níveis da linguagem em enunciado e enunciação.

Se não posso dizer sem contradição "eu minto", não é por uma razão de conteúdo, nem porque não possa enunciá-lo, mas porque cada vez que o enuncio torno impossível dizer, sem contradição, a verdade daquilo que eu enuncio. Existe, então, uma interferência entre enunciado e enunciação e isto que faz surgir o paradoxo⁵⁹. Isto não vale apenas para enunciados do tipo "eu minto": cada ato de linguagem é a um mesmo tempo enunciado e enunciação, o que vale dizer que a linguagem é fundamentalmente reflexiva. A reflexividade da linguagem é, portanto, a fonte de todos os paradoxos, de acordo com a

⁵⁸ *apud* LUHMANN. "The third question...", *op.cit.*, p. 153

⁵⁹ LENOBLE, Jacques. Droit, politique, énonciation. p. 208

perspectiva linguístico pragmática. A existência de palavras como "palavra", "língua", "linguagem", é um indício da auto-referência paradoxal, e este indício mostra que somos incessantemente obrigados a nos referir à linguagem como totalidade, ainda que esta totalidade exista como realidade não apenas virtual mas, também, inconsistente e contraditória.

Por outro lado, a reflexividade da linguagem é apenas um aspecto da reflexividade da própria comunicação (e, por consequência, dos sistemas sociais, em geral, e especialmente do sistema da sociedade).

É necessário entender porque a afirmação "a sociedade é o que não é" tem um significado que não pode ser expresso de uma forma que não seja a do paradoxo. A teoria da sociedade vai oferecer uma outra explicação e uma outra solução para o problema dos paradoxos.

Da perspectiva da teoria da sociedade, um paradoxo surge quando as condições de possibilidade de uma operação são, simultaneamente, também as condições de sua impossibilidade. Um paradoxo permanece sendo aqui uma *indecidibilidade* última, mas é uma indecidibilidade que não se produz e não se resolve no plano meramente linguístico: sua existência constitui uma paralisação da capacidade de observação de um sistema autopoiético e é devida, portanto, à própria autopoiése de um sistema. Na medida em que um sistema se encontra bloqueado pela impossibilidade de decidir diante de um paradoxo, ele se vê impedido de, por meio de suas operações, reproduzir seus elementos a partir deles mesmos. Um paradoxo, então, não pode ser uma simples contradição entre duas proposições, mas é antes de tudo uma implicação de dependência entre duas proposições que, reciprocamente, se negam - a ponto de blocarem, no caso dos sistemas sociais, posteriores comunicações. Por isso não aparece sob a forma "A = não A", mas, sim,

como "A porque não A"; nem sob a forma "A=A", mas sim sob a forma "A porque A". Isto é auto-referência, e a tautologia nada mais é que auto-referência "pura".

Os paradoxos vão, portanto, surgir nos sistemas que estão em condições de se observarem, constituindo sua identidade enquanto sistemas a partir da sua diferença em relação a seu ambiente. Esses sistemas são constituídos sobre o paradoxo de ter que observar a sua própria distinção de seu ambiente como um seu produto. Esta condição constitutiva paradoxal dos sistemas auto-referenciais permanece latente e o paradoxo vai aparecer somente quando um sistema autoreferencial e, portanto, em condição de observar, observa a si mesmo.

Essa auto-observação se mostra particularmente problemática no caso específico dos sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade contemporânea. Estes, através de uma forma específica de auto-observação chamada reflexão, se auto-observam enquanto sistema. Em uma reflexão, um sistema se serve da distinção sistema/ambiente para observar sua unidade enquanto sistema (é o único caso em que um sistema observa a si mesmo no seu conjunto e não em uma única operação). Assim, o sistema jurídico, operando com base na distinção justo/injusto, se encontra diante de um paradoxo quando se coloca o problema de determinar se suas próprias observações são justas. Por isso, os sistemas sociais que podem observar e, portanto, negar, não pode fundar suas próprias auto-observações referindo-se exclusivamente a si mesmo (uma vez que a auto-observação não pode ser completa). Para tanto, um sistema deveria ser capaz de observar também a distinção que este utiliza e, como já vimos acima, isto não é possível (pois constitui o "ponto cego" do sistema).

Se os paradoxos representam um problema para o observador, não representam um problema para o sistema que opera com base neles. Os paradoxos

bloqueiam a continuidade da observação, mas não paralisam as operações, que prosseguem de maneira autônoma, independente. Constituem um problema do observador, não do sistema. Em relação ao sistema, o paradoxo é antes um pressuposto de sua *autopoiesis*, que prossegue cegamente em suas operações (sem poder observar-se). Se o sistema do direito opera de modo paradoxal, isto é problemático apenas para quem se ocupa de observar e descrever este sistema. Por isso, no plano da formação das estruturas, os sistemas elidem o paradoxo, tornando-o invisível, de maneira a evitar a paralisia de suas próprias observações.

1.6 AUTOPOIESIS E AS VIAS DA DESPARADOXIZAÇÃO

Um sistema pode evitar que suas observações sejam paralisadas diante de um paradoxo, introduzindo condições que interrompam a circularidade da auto-referência. Se um sistema é auto-referencial e, portanto, cada elemento seu remete apenas a outros seus elementos (e, por meio deles, de novo a si mesmo), essa circularidade só se torna operativa se o sistema encontra mecanismos de evitar que cada uma de suas operações retorne imediatamente a si mesma sem referir-se a outros seus elementos. A Teoria da Sociedade chama esta forma de "desparadoxação" ou de "assimetrização".

Mediante a assimetrização, os sistemas constitutivos de sentido interrompem a auto-referência pura da tautologia, tornando possível que, através do estabelecimento de pontos de referência, esta se torne informativa: "A apenas é A se...". A condição "apenas se..." torna a afirmação tautológica informativa, fazendo-a capaz de oferecer conexões a possíveis informações ulteriores. A assimetria propicia ao sistema sua capacidade de conectar operações a operações. Não constitui uma forma de "desparadoxação" no sentido de que fazer com que o paradoxo desapareça. O paradoxo permanece, latente, como condição da auto-referência do sistema e, portanto, como condição da própria existência do sistema. Mais ainda, o paradoxo é uma condição para desenvolvimentos criativos de ulteriores distinções mais específicas e sequencializadas temporalmente, "projetando-se" aquilo que não é possível na simultaneidade: "Primeiro há um direito que vale, depois não existe mais; e ninguém se escandaliza pelo fato que o direito seja ilícito e o ilícito seja direito. Se trata apenas de ocasiões perdidas"⁶⁰.

⁶⁰LUHMANN e DE GIORGI. *op. cit.*, p. 147.

O sistema da ciência, por exemplo, opera a partir de uma codificação binária própria que é a distinção verdadeiro/falso. Como toda codificação binária, essa é percebida como diferença e não como unidade; os valores que a "formam" são concebidos como contraditórios. Assim, a codificação binária da ciência, vista na sua forma "pura", resulta na impossibilidade de se decidir entre os valores verdadeiro/falso, uma vez que um contradiz o outro. Para que essa distinção se torne operativa, para que se possa decidir se uma proposição científica é verdadeira ou falsa, são elaborados programas específicos que funcionam como pontos de referência que possibilitem o decidir. São introduzidos, por exemplo, teorias e métodos que estabelecem critérios para a indicação de um ou outro valor. A questão do paradoxo, assim, vai ser colocada apenas em nível de reflexão científica (da epistemologia), que vai se servir de *fórmulas de contingência* que vão consentir ao sistema descrever a si mesmo de forma unitária, sem incorrer na oscilação da indecidibilidade entre um valor e outro. "(...) Tomados por si mesmos, os valores positivos não podem ter a função de um critério (no sentido clássico de *kritérion*, *Kánon*, *regula*) que oriente a escolha deste mesmo valor"⁶¹. Para o sistema da ciência funcionam como fórmulas de contingência as argumentações epistemológicas relativas à verificabilidade, falsificabilidade como critério de verdade. O construtivismo também é uma fórmula de contingência⁶².

⁶¹ *idem*, p. 149.

⁶² Para o direito funcionam como fórmulas de contingência os métodos e teorias construídos pela teoria do direito.

Essas assimetriações são histórico e semânticamente variáveis. Na estrutura da linguagem está presente uma primeira forma de assimetria - que faz com que a auto-referência da linguagem apareça apenas quando deparamos com paradoxos como o do "mentiroso": a distinção entre sujeito e predicado introduz na comunicação a suposição de que os objetos projetados sejam responsáveis pelas próprias características, independentemente da comunicação.

A Sociologia vai se interessar por essas formas de assimetriação de um sistema do ponto de vista de suas funções e de seus equivalentes funcionais. Estudando e identificando as formas de assimetria, a Sociologia pode indicar outras assimetrias capazes de tornar o sistema operativo. Desta maneira, a Sociologia se tem interessado especialmente pelo fenômeno da positivação do direito, mediante a qual o direito renuncia a uma sua fundação na Natureza : o direito, pensado "positivamente", vale enquanto posto como tal. A reflexão jurídica renuncia, assim, a uma referência externa ao direito, assumindo seu paradoxo fundamental e descrevendo-o de uma maneira mais adequada à sociedade funcionalmente diferenciada.

CAPÍTULO II

A AUTO-OBSERVAÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO

II.1 - A TEORIA DO DIREITO COMO AUTO-OBSERVAÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO

A partir do quadro teórico traçado no primeiro capítulo, estamos em grau de descrever o sistema do direito como um sistema da sociedade funcionalmente diferenciada. O direito é um sistema diferenciado da sociedade moderna, funcionalmente especificado, que estabiliza estruturas de expectativas e institucionaliza a possibilidade de transformá-las¹. Como um caso especial de sistema social, ao sistema do direito se aplicam todas as consequências da auto-referência de um sistema: este produz e reproduz seus próprios elementos, através de operações produzidas mediante a aplicação de um código binário (código legal/ilegal); é, portanto, um sistema capaz de observar, de se auto-observar, de se auto-descrever e de refletir sobre si mesmo. Tudo o que foi dito no capítulo anterior se aplica ao sistema do direito (e, exatamente por isso, nos alongamos tanto na descrição da teoria da sociedade).

¹DE GIORGI, Raffaele. "Introduzione", in LUHMANN, Niklas. Differenziazione dei diritto. Bolonha: Il Mulino, 1990.

Neste capítulo, nos interessaremos sobretudo pela repercussão que isto vai ter no âmbito da teoria do direito, enquanto sistema que reflete sobre o direito de dentro do sistema do direito. Mas, para desenvolver este tema, precisamos ir de volta ao começo, e o começo, como veremos adiante, é a diferenciação do direito no interior do sistema da sociedade.

Por teoria do direito se designa em geral um meta-nível de conceitualização supra-dogmática do direito, ao qual podem ser refletidos especificidade e autonomia e talvez também formas universais do direito, independentemente das particularidades dos ordenamentos singulares². Neste sentido, a teoria do direito tradicionalmente tem se ocupado, principalmente, do problema da unidade do sistema do direito.

De uma tradição que remonta à KANT, um sistema vem caracterizado como tal a partir de sua unidade. KANT caracterizou o sistema como a "unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados" ou, ainda, "como um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios"³. Nesta mesma direção, SAVIGNY identifica como sistema jurídico a "concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de direito numa grande unidade"⁴, e Helmut COING como "uma ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário"⁵.

² LUHMANN, Niklas. "L'autoriflessione del sistema giuridico: la teoria del diritto nella prospettiva della teoria della società", La differenziazione del diritto. *op. cit.*, p. 363.

³ KANT, I. Kritik der reinen Vernunft. 1ª ed. (1781), p. 882 e 2ª ed. p. 860, respectivamente. *apud* CANARIS, Claus-Wilhelm, Pensamento sistematico e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 10

⁴ SAVIGNY System des heutigen römischen Rechts, vol. I (1840), p. 214. *apud* CANARIS, *op. cit.*, p. 11.

⁵ COING, Helmut. Geschichte und Bedeutung des Systemgedankes in der Rechtswissenschaft, Frankfurter Univeritätsreden, Heft 17. *apud* CANARIS, *op. cit.*, p. 11.

Na medida em que a teoria do direito adere a uma concepção analítica de sistema, com referencia ao conhecimento, se deve entender este "conhecimento" como o conhecimento das "proposições" jurídicas. Desta forma, confundem-se objeto do conhecimento e sistema de conhecimento: para o jurista, o sistema do seu conhecimento é, também, o sistema de seu próprio objeto, qual seja, o sistema normativo⁶. Assim, a idéia de unidade, entendida nestes termos, passa a ser correlata da própria idéia de sistema do direito. Um sistema percebido desta forma constitui o "conceito de perfeição da dogmática". Com isto, conforme observa LUHMANN, desde então é preclusa a possibilidade de uma teoria do direito supra-positiva e supra-dogmática ⁷, pois não se faz diferença entre estrutura e processos que constituem o direito. Se pode dizer, na linha das análises de Leonel Severo ROCHA⁸, que estas teorias se preocupam com a sintaxe do direito, desconsiderando o aspecto semântico e pragmático deste sistema social. Uma teoria do direito que tematize o problema da complexidade social e da diferenciação funcional do direito deve entender o aspecto estrutural e processual do direito em suas conexões.

Nas suas tentativas de identificar aquilo que confere unidade ao sistema do direito, a teoria do direito apelou desde a descrições de uma origem divina do direito até aquelas que identificam o direito como um produto do próprio direito. Comumente, a unidade do direito foi articulada através de um princípio do direito ou através da forma da interdependência de diferentes normas jurídicas⁹. KELSEN, com sua Teoria Pura do

⁶LUHMANN, Niklas. "Contributi della teoria dei sistemi alla teoria dei diritto", in La differenziazione dei diritto. *op. cit.*, p 171.

⁷ *idem*, p.172

⁸ ROCHA, Leonel Severo. "Da teoria do direito à teoria da sociedade" in Teoria do direito e do estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

⁹ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 192.

Direito¹⁰, identificou o princípio da unidade do direito na "norma fundamental", estabelecendo uma idéia de diferenciação hierárquica no interno do sistema jurídico, que permite identificar, então, aquilo que é direito. A "pureza" da teoria pura consiste nesta tentativa de se separar o conhecimento jurídico daquilo que não é considerado jurídico ou científico. Assim, a hierarquização permite que se exclua o não-ser e o não-direito do sistema "para um além indiferenciado e caótico"¹¹. Um outro exemplo encontramos na teoria do direito de H. L. A. HART¹², que substitui a idéia kelseniana de norma fundamental pela identificação do direito como uma combinação de regras primárias ("primary rules") com regras secundárias ("secondary rules"); sendo que estas últimas têm a função de solucionar os problemas originários da aplicação das primeiras: a incerteza, o caráter estático e a ineficácia. HART avança um pouco em relação a KELSEN, na medida em que se preocupa também com o aspecto do funcionamento (pragmático) do sistema do direito, mas não consegue escapar daquela necessidade de referir a unidade do direito à um princípio último. Essas descrições têm em comum o fato de abordar o problema da unidade do direito de uma maneira muito direta, "talvez diretamente demais", quando se "formula o problema da unidade enquanto princípio da unidade".¹³

Na obra Sociologia do Direito II, Niklas LUHMANN oferece um conceito funcional da unidade do direito, caracterizando-a como uma consequência de estruturas multidimensionais redutoras de expectativas, que se produzem sob condições

¹⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito.

¹¹ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. *op. cit.*, p. 192.

¹² HART, H. L. A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian,

¹³ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. *op. cit.*, p. 192.

evolutivamente mutantes e que se expressam em formas evolutivamente mutantes¹⁴. Já então, LUHMANN admite que tal noção não é suficiente em termos de teoria do direito, "principalmente porque a indicação da função do direito em geral ainda não oferece, por si só, um critério suficiente para o julgamento de uma norma específica como pertencendo ou não ao direito"¹⁵. A partir da introdução em sua teoria do conceito de sistemas autopoieticos, LUHMANN vai além da idéia de unidade vista de uma perspectiva funcional, estabelecendo um novo conceito que explique como o direito adquiriu (criou) esta unidade, comumente "pressuposta sem que se procure saber como o direito a adquiriu"¹⁶. LUHMANN indica, então, o caminho para uma teoria do direito não dogmática, em grau de considerar o direito do ponto de vista das relações entre os aspectos estrutural e processual deste. Esta teoria deve, portanto, pressupor o direito como um sistema orientado de processos decisoriais. De fato, entendido como uma sequência de eventos seletivos, um processo se constitui apenas através de uma estrutura que predispõe possibilidades e critérios de seleção; sem estrutura um processo não teria nenhuma seletividade e, portanto, nem mesmo identidade¹⁷. A teoria da sociedade vai mais além, e identifica toda comunicação que é feita com referência ao código legal/ilegal específico do direito, como direito.

A grande novidade que a teoria dos sistemas auto-criadores traz, no âmbito da teoria do direito, é o alargamento do conceito de unidade do sistema jurídico, que não

¹⁴ *idem*, p.193.

¹⁵ *ibidem*, p.193.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. "L'unité du système juridique" in *Archives de Philosophie du Droit*. t.31, Paris: Sirey, 1986. p.164.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. "Teoria dei sistemi e teoria dei diritto", La differenziazione del diritto. *op. cit.*, p. 177.

pode ser conduzido apenas à unidade do direito enquanto sistema, mas também à unidade de seus elementos. O sistema do direito produz ele mesmo, enquanto unidade, todas as coisas que ele utiliza como unidade. No entanto, esta unidade só é possível enquanto diferença, uma vez que cada operação do sistema e cada elemento do sistema é produto de uma diferença com base na qual o sistema opera.

O direito observa a sua unidade enquanto unidade da diferença entre o lícito e o ilícito: isto significa que o pressuposto do funcionamento do direito, evidentemente, é o poder distinguir entre o que é "conforme" e o que não é "conforme" ao direito; mas por outro lado, significa que o direito contém também o não-direito. Também aqui as teorias clássicas do direito falharam em suas descrições, pois partiram da crença de que o não direito consistia na negação do direito. "Com essa suposição, o não-direito poderia constituir-se em perfeita simetria ao direito, excluindo-se assim da teoria do direito"¹⁸. Segundo LUHMANN, apenas HOBBS teve a coragem de fundamentar a vigência do direito na negação do direito, ou seja, na afirmação do caos e da necessidade da ordem¹⁹.

Uma concepção do direito que não considere o não-direito como um elemento do direito é incompleta, tanto do ponto de vista da sociologia, quanto a partir de uma análise mais atenta do próprio direito. Assim, "o sistema do direito abraça direito e ilícito, comportamento conforme ao direito e comportamento que o viola". Desta forma, o "sistema do direito encontra a sua unidade na orientação a esta diferença"²⁰. Por isto, à velha questão da unidade do direito só pode ser oferecida uma resposta que parta da diferenciação do direito. Em outras palavras, a partir da resposta à questão de como o

¹⁸ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. *op. cit.*, p. 196.

¹⁹ *idem*, p. 194.

²⁰ LUHMANN, Niklas. "LA differenziazione del sistema giuridico", La differenziazione del diritto. *op. cit.*, p. 62.

sistema estabelece a sua diferença entre ele mesmo e seu ambiente, encontramos também a resposta ao problema da unidade da diferença entre direito e não-direito Para nós isto apresenta uma particular importância, pois nos permitirá, na segunda parte deste trabalho, discutirmos a questão: Se pode falar da existência 1) de um sistema do direito, 2) funcionalmente diferenciado, no âmbito da Comunidade Européia?

Conforme já tratamos no primeiro capítulo, os sistemas sociais em geral e, portanto, também o sistema total da sociedade, são constituídos por comunicações. Dentro do complexidade comunicativa interior à sociedade, a comunicação se orienta de maneira a ser condensada, estruturada e, operando estes tipos de seletividade, reduz (através de sua auto-produção e auto-reprodução) a própria complexidade do sistema da sociedade. Nas sociedades modernas, isto se dá a partir da função específica de um sistema. Assim, de dentro da sociedade se diferenciam sistemas funcionalmente orientados.

O sistema do direito é um caso de sistema social funcionalmente diferenciado. Esta diferenciação é alcançada através da própria comunicação, que opera uma síntese de emissão, informação e compreensão (da diferença entre informação e emissão). Assim, toda significação pode se tornar relevante para o direito, isto é, entrar na auto-reprodução do sistema jurídico. Pode-se dizer, então, que "o sistema jurídico de uma sociedade é constituído por todas as comunicações sociais que venham formuladas com referência ao direito"²¹. Este tipo de abordagem descarta, de um lado, as explicações normativistas da teoria do direito, que identificam o sistema do direito como um conjunto de normas (pois nem toda comunicação relativa ao direito é, necessariamente, uma norma); e, de outro, as

²¹ *Ibidem.* p. 61.

teorias que confundem o direito com a morai ou com a política, pois aqui não se trata de comunicações que têm como referência o direito, mas sim outras instâncias.

O direito como um sistema funcionalmente diferenciado é uma conquista da sociedade moderna e uma consequência da crescente complexificação desta. O direito já estava presente nas sociedades arcaicas, segmentariamente diferenciadas, e era praticado dentro das possibilidades permitidas pelo baixo grau de complexidade dessas sociedades, adequando-se ao princípio estruturador do parentesco. Não pretendemos descrever o processo de evolução do direito, embora esta narrativa constitua uma belíssima passagem da obra Sociologia do Direito. O importante, aqui, é salientar que muito antes que se pudesse falar em "sistema do direito" o direito já existia. Evidentemente, todo o desenvolvimento do direito, todas as suas "conquistas evolutivas", ao longo dos séculos, constituem pressuposto para que um dia se possa falar de um sistema social funcionalmente diferenciado chamado sistema do direito. "O processo de diferenciação de um sistema social particular, funcionalmente especializado para o direito, pressupõe restrições já disponíveis em forma de direito"²².

A tese de LUHMANN é a de que o processo de diferenciação do direito seja um resultado de dois usos diversos (separação e combinação) das restrições do processo de comunicação. O direito é constituído a partir de uma condição de liberdade comunicativa que permite que qualquer tema da comunicação possa ou não ser juridicizado. LUHMANN chama esta condição de "soberania basal". Em outras palavras, a validade do direito é resultado de uma espécie de contingência do referir-se ou não referir-se alguma coisa ao direito (o que pressupõe, portanto, o próprio direito) . Esta contingência é

²² *ibidem*. p. 64.

interrompida com a colocação de condições posteriores, introduzindo-se fatores como a idade, o sexo, o parentesco, a hierarquia, até se tornar condicionada por meio de leis e de decisões dos tribunais. Por outro lado, pode-se dispor sobre as restrições juridicamente válidas sob o perspectiva do conteúdo, tomando o direito como direito material. Desta outra perspectiva, a liberdade de disposição do direito é caracterizada como "soberania da decisão". Fazendo apelo à soberania da decisão, o direito é positivado, tornando-se possível a variação das premissas que podem se consideradas para a decisão jurídica. Isso possibilita, por outro lado, que o direito possa ser transformado.

A combinação da liberdade de "soberania basal" com a liberdade da "soberania da decisão" age como um mecanismo evolutivo que acelera o desenvolvimento de um sistema jurídico diferenciado. À medida que surge na sociedade a necessidade de referir-se cada vez mais frequentemente ao direito, o que enseja a produção de novos e diversificados casos, surge também a necessidade de se incrementar o aparato judicial tendo em vista uma atividade voltada às decisões jurídicas que seja coerente. Quando, repetidamente, essas decisões (encontradas, a princípio, de modo contingente) são dirigidas a casos, são elaboradas, através de um relacionar contínuo entre caso e decisão, premissas para a tomada de decisões. Este relacionar continuamente praticado diferencia um sistema da comunicação particular: o direito²³.

Em outras palavras, o direito se constitui por meio de uma contínua referência a si mesmo. Como um caso de sistema social funcionalmente diferenciado, o direito tem um modo próprio de produzir e reproduzir seus elementos últimos, um modo que não encontra correspondente no ambiente interno à sociedade. Por isso, o sistema do

²³ *ibidem*. p. 56.

direito vai observar os outros sistemas sociais, e a sociedade como um todo, como seu ambiente. No entanto, concomitantemente o sistema do direito não apenas participa da comunicação, como é um produto desta. Estes dois fenômenos são possíveis a um só tempo, graças à organização de um *fechamento recursivo* dos sistemas sociais. O fechamento autopoiético de um sistema é o responsável pela "unidade" deste sistema.

No caso do sistema jurídico, este fechamento recursivo se deve à possibilidade de se diferenciarem *expectativas normativas* de *expectativas cognitivas*. As expectativas adquirem um caráter de norma ou de conhecimento em função da forma que lhe serve de base para absorver a incerteza. O que vai diferenciar uma expectativa da outra é, principalmente, o fato de que, através de expectativas normativas os comportamentos são estabilizados e, então, o sistema do direito aprende a não aprender. A auto-criação do sistema do direito é normativamente fechada pelo fato de que, como já vimos, só este sistema pode conferir um caráter juridicamente normativo a seus elementos e assim os constituir como elementos (a normatividade não tem outra finalidade ulterior). Mas ao mesmo tempo, e em relação a este "fechamento", o sistema jurídico é cognitivamente aberto. Em cada um de seus elementos e na correspondente reprodução destes, ele depende de sua capacidade de determinar se certas condições se encontram, ou não, preenchidas. Fechamento e abertura não se excluem; são condições recíprocas²⁴.

Assim, a cooperação entre o caráter normativo e o caráter cognitivo do sistema é uma condição para a constante reprodução do sistema. Enquanto o caráter de norma (entendendo-se por norma a unidade da diferença entre direito e não direito) serve à

²⁴ "To paraphrase the famous definition of cybernetics by Ashby: the legal system is open to cognitive information but closed to normative control". LUHMANN, Niklas. "The self reproduction of law and its limits" in Essays on self reference. *op. cit.*, p. 227.

auto-criação do sistema, à sua auto-continuação (na medida em que o diferencia do meio ambiente), o caráter cognitivo serve à coordenação deste processo com o meio ambiente do sistema. A relação do sistema jurídico com seu ambiente é uma questão interessante que merecerá mais atenção ao longo desta pesquisa. A determinação da possibilidade e dos limites desta relação nos permitirá discutir a questão crucial do papel do direito nas sociedades contemporâneas e, onde nos interessa mais especificamente, no processo de integração europeia. A diferenciação do direito é um fenômeno, portanto, que interessa não apenas ao direito, mas também à sociedade como um todo e aos outros sistemas sociais.

O direito observa o seu ambiente a partir da diferença sistema/ambiente, que aqui é formulada através da codificação binária legal/ilegal. Sistemas capazes de observarem estão também em grau de refletirem sobre si mesmos. Desenvolvem, então, eles mesmos uma teoria sobre si mesmos. Esta teoria é parte do sistema do qual é teoria²⁵. A teoria do direito vai assumir esse papel internamente ao sistema do direito, assim como a epistemologia o faz de dentro do sistema da ciência, a pedagogia de dentro do sistema da educação, a teologia de dentro do sistema da religião.

Uma teoria do direito concebida desta forma se sujeita às limitações e ao paradoxo da auto-observação. "O subsistema que faz a reflexão não pode objetivar o sistema global sem compreender a si mesmo como parte do seu objeto. A objetivação do objeto se torna processo no próprio objeto"²⁶. Em outras palavras, cada tentativa de se elaborar uma teoria transforma o próprio sistema, na medida que lhe acrescenta, através da teoria, novos elementos. O exemplo oferecido por LUHMANN a este respeito é o da

²⁵ LUHMANN, Niklas. "L'autoriflessione...", La differenziazione dei diritto. *op. cit.*, p. 366.

²⁶ *ibidem*. p. 366.

teoria monetária keynesiana, que conseguiu indicar o mecanismo monetário como a forma centralizada de diferenciação da economia, da produção e do superação de crises econômicas, correspondendo, assim, a uma necessidade de reflexão que deveria adaptar-se ao fracasso das outras explicações dos fenômenos econômicos. À medida que na economia se começou a agir de acordo com esta teoria, transformou-se o sistema ao qual esta se referia²⁷. A construção de uma teoria, então, é uma tarefa sem fim, uma empresa que não tem nenhuma teleologia - uma teoria pode pretender chegar a uma conclusão, mas essa por sua vez não é conclusiva. Desta forma, é descartada a possibilidade de se pensar uma teoria que sirva de "guia" para um sistema.

A diferenciação interna de um sistema, através da qual se constitui um subsistema capaz de refletir o sistema, é um caso particular de diferenciação que envolve condições particulares, enquanto "divisão do trabalho" e elaboração separada de auto-referência: a reflexão deve referir-se à identidade do sistema. Isto traz consequências também aos outros sistemas sociais que se servem do sistema do direito que, a eles, oferece prestações: o sistema político organiza seu poder através do direito, por exemplo. A reflexão, então, deve fazer a mediação entre função e prestação, uma vez que, para os sistemas de função, a sociedade é tanto sistema total quanto ambiente social²⁸.

No âmbito da auto-observação ou, mais especificamente, em nível da reflexão, o paradoxo da identidade vista como diferença de valores contrários aparece. O paradoxo deve ser superado, para que seja possível o estabelecimento desta identidade. A teoria do direito clássica se tem caracterizado principalmente pela tentativa de evitar o encontro com este paradoxo, lançando mão de instrumentos semânticos provisórios e

²⁷ *ibidem*, p. 369.

²⁸ *ibidem*, p. 385.

ineficientes. Na perspectiva de uma análise da teoria dos sistemas, entretanto, a auto-referência é uma estrutura da realidade, uma característica do objeto que pode ser submetida a uma análise mais precisa²⁹.

Reflexão, em outras palavras, é uma forma de auto-referência concentrada; exige, portanto, uma contração dos processos de elaboração das informações sobre determinados problemas centrais, cuja solução possibilita que um sistema se identifique. É preciso, então, o estabelecimento destes pontos de referência, de sustento, com base nos quais é possível a um sistema focalizar uma diferenciação de uma "subfunção" no seu interior; o que vai depender sobretudo de condições estruturais e históricas.

O desafio de uma teoria do direito que não seja dogmática é o de, assumindo o paradoxo como condição necessária do direito enquanto sistema auto-referente, realizar uma auto-observação de maneira não paradoxal. Vale dizer que a teoria do direito vai descrevê-lo a partir das formas de assimetrias que o sistema encontra para interromper sua auto-referência e, assim, possibilitar suas observações. Com o auto-entendimento de como estas condições funcionam enquanto condições desparadoxantes, a teoria do direito pode descrever de maneira coerente o funcionamento deste sistema, partindo, não da pressuposição de uma sua unidade (que, por sua vez, pressupõe a negação dos paradoxos), mas da descrição de como esta unidade se produz e como, a partir do encontro com seus próprios paradoxos, o direito é impulsionado em direção ao seu desenvolvimento, estabelecendo novas diferenças. O sistema deve ser capaz de se auto-observar como a unidade de uma diferença.

²⁹ *ibidem*. p. 390.

A Teoria do Direito vai constituir, então, aquele nível de abstração em que são elaboradas abstrações de abstrações. A distinção entre dogmática jurídica e teoria do direito se explica, então, pela função desta de descrever aquela de maneira não dogmática. Dessa maneira, o sistema não prossegue suas operações às cegas. É certo que uma teoria do direito não está em grau de guiar a evolução deste sistema; no entanto, é também correto dizer que, através de uma teoria própria, o sistema se modifica, pois cada reflexão desta teoria, enquanto sistema parcial do sistema do direito, constitui também uma operação deste sistema - à qual ulteriores operações se devem conectar.

CAPÍTULO III

OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO COMO UMA CONSTRUÇÃO PARADOXAL

I.1- A DOUTRINA DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO: RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA E SEMÂNTICA DE UM PARADOXO

A dogmática jurídica, vista da perspectiva de uma teoria não-dogmática do direito, tem como principal função oferecer um controle da contingência do sistema do direito enquanto sistema auto/referencial. Ela oferece uma solução, entre outras possíveis soluções funcionalmente equivalentes, ao problema de se definir aquilo que é juridicamente possível e, em particular, permite que sejam construídos, juridicamente, os casos jurídicos¹.

Assim, a dogmática exerce um papel fundamental para a manutenção e o prosseguimento da *autopoiesis* do sistema do direito. Isto se dá principalmente na medida em que a dogmática jurídica atua fixando critérios que tornam possíveis as decisões jurídicas, ou melhor, que possibilitam que sejam tomadas decisões

¹ LUHMANN, Niklas. Sistema giuridico e dogmatica giuridica. Bologna: Il Mulino, 1974. p. 50.

ainda que diante de uma vasta gama de decisões passíveis de serem tomadas. É tarefa da dogmática jurídica fixar estes critérios capazes de interromper a circularidade auto-referencial de um sistema. A teoria dos sistemas chama a estes critérios de *premissas decisórias*, ou, mais precisamente, de *programas de decisão*.

Conforme vimos na primeira parte deste trabalho, a operatividade de um sistema auto-referencial é possibilitada pela introdução de pontos de referência ou de assimetria que impedem que a diferença básica a partir da qual um sistema funciona seja continuamente reenviada a si mesma (o que faz surgir, então, tautologias ou paradoxos que bloqueiam a *autopoiesis* do sistema). A rígida binariedade do código com base no qual o sistema opera é compensada pela colocação destes programas decisórias, que podem ser de dois tipos: *programas condicionais* ou, ainda, *programas de escopo*.

Os programas decisórias não apenas possibilitam que sejam tomadas decisões, como também garantem que estas sejam corretas. Nos programas condicionais, isto acontece a partir de uma orientação ao passado². Trata-se de uma relação do tipo " se, então...". Este tipo de programação se apoia na distinção determinação/indeterminação e constitui, portanto, um meio termo entre aquilo que é determinado e aquilo que é indeterminado. Já os programas de escopo se orientam em direção ao futuro, porque claramente um fim pode ser atingido apenas no futuro³. É interessante considerar esta perspectiva

² O que LUHMANN, na obra Sistema Giuridico e dogmatica giuridica (*op. cit.*, p.) chama de *input do sistema*.

³ Que LUHMANN vai chamar, por sua vez, de *output do sistema*. *idem*, p.

tendo em vista a categoria do *risco*. No caso dos programas condicionais, há uma limitada consideração do risco; por outro lado, nos programas de escopo, o risco é relevante, já que estes se orientam pelo futuro. No caso da programação de escopo espera-se, por exemplo, que a possibilidade de que seja atingido um fim diverso daquele perseguido seja levada em consideração. Mas esta distinção de programas condicionais e programas de escopo, com base na referência ao passado ou ao futuro, é uma distinção artificial, uma vez que qualquer decisão, na medida em que se conecta com decisões anteriores e, simultaneamente, torna possível ulteriores decisões, indica a um só tempo o passado e o futuro de um sistema.

A dogmática jurídica vai fixar condições desparadoxantes mediante o estabelecimento de programas condicionais. Mas a especificidade do direito não está na sua capacidade de condicionar os eventos mediante a fórmula "se, então" (aquilo que KELSEN chamou o "dever-ser"), mas sim na sua faculdade de, mediante a aplicação desta fórmula, ligar passado e futuro, conectando os eventos de uma maneira recorrente, de forma que uma decisão possa ser considerada válida porque inserida nesta circularidade. Desta perspectiva, não há um direito válido ou um direito não válido: o direito que "existe" é válido. Isto é uma consequência do fechamento operacional do sistema jurídico, que se refere apenas a si mesmo. "A referência à estrutura normativa do direito serve apenas para estabelecer a circularidade dentro do sistema: as decisões são juridicamente

válidas apenas com base nas normas jurídicas porque as normas jurídicas são válidas apenas quando implementadas por decisões⁴.

No âmbito da colocação de suas condições, o sistema elabora a sua forma de fechamento operativo mediante a coordenação das expectativas normativas (expectativas de expectativas) com as expectativas cognitivas. Em outras palavras, o sistema articula assim sua forma de fechamento que é concomitantemente uma forma de abertura em relação ao ambiente. *"Conditionality provides the chance to differentiate and recombine norms and cognitions"*⁵. A normatividade do direito, neste sentido, vai consistir no fato de que o direito é um sistema que continuamente aprende a não aprender. O direito transforma a si mesmo, e cada transformação configura uma indisponibilidade a transformações posteriores. Mas, ao mesmo tempo, o direito só pode produzir direito transformando-se. O paradoxo próprio do sistema do direito pode, portanto, ser descrito também desta forma: o direito é uma estrutura de decisões indisponíveis ao aprendizado; contudo, é um sistema de decisão, e decisão resulta do aprendizado.

Os programas condicionais constituem, desta forma, o núcleo do sistema do direito. Eles são introduzidos pela dogmática jurídica de maneira a impedir que a forma legal/ilegal seja continuamente reenviada a si mesma e que, assim, o sistema se veja bloqueado diante de questões como: é legal ou ilegal determinar o legal e o ilegal? Esses programas decisórios têm a tarefa de

⁴ LUHMANN, Niklas. "The self-reproduction of law and its limits", *Essays on self-reference*, *op. cit.*, p. 231.

⁵ *idem.* p. 234

interromper a auto-referência. São programas desparadoxantes. Todas as normas jurídicas são programas condicionais, o que explica, de certa forma, porque o atingir de determinado fim, projetado no futuro, não pode ser tomado como condição de validade jurídica. Embora as normas jurídicas façam referência ao futuro, isto não significa que essa decisão perca sua validade se o futuro frustra a previsão na qual ela se fundou. O critério da validade é usado, exatamente, para absorver os riscos e as incertezas do futuro - em estruturar a complexidade da vida em sociedade está a própria função do direito. Mas, por isso mesmo, o futuro não pode ser tomado em consideração como critério de validade jurídica, uma vez que é algo que permanece sempre inobservável.

Assim, a dogmática jurídica vai integrar o sistema do direito em nível das premissas decisórias, articulando-as como elementos das respectivas decisões e mantendo-as fixas para os futuros casos, mas "não desenvolve nenhuma integração das consequências que tais decisões produzem na realidade de seu ambiente social"⁶. Com isto, o direito produzido fica congruente com o direito já existente, mantendo-se assim uma consistência interna ao sistema.

Dentre os programas decisórios oferecidos (sob a forma de um catálogo de "fontes do direito"⁷) pela dogmática jurídica, os "Princípios Gerais do Direito" se apresentam como uma categoria ambígua e controversa. A discussão em torno de conceito, aplicação, valor normativo e função dos princípios do direito

⁶ LUHMANN, Niklas. Sistema giuridico e dogmatica giuridica, *op. cit.*, p. 95.

⁷ Falaremos mais detalhadamente sobre o significado da doutrina das "fontes do direito" para o funcionamento do sistema do direito adiante, quando trataremos dos princípios do direito como "fontes" do direito comunitário.

está no centro do debate da teoria contemporânea do direito, que se desenvolve, neste sentido, correlatamente a uma prática jurisdicional que, sempre mais, argumenta com base nos princípios. A tese que procuraremos desenvolver aqui é a de que os princípios, enquanto estruturas desparadoxantes, são estruturas *autológicas*, na medida em que se produzem e se reproduzem dentro do sistema do direito. Os princípios são, portanto, uma espécie de programação condicional que, como pré-requisito das decisões jurídicas, não apresenta um conteúdo semântico, não podendo ser reportado a nenhuma teleologia como, por exemplo, à idéia de um sistema de direito como sistema que pretende justiça. Por outro lado, a despeito de serem incapazes de determinar o direito sob o plano do conteúdo, a fórmula dos princípios é altamente operativa, pois estes asseguram, simultaneamente, a abertura e o fechamento do sistema do direito. Essa operatividade se deve sobretudo ao fato de que os princípios, como as normas em geral, se constiuem no interior do sistema, sendo a um só tempo um pressuposto e um produto da *autopoiesis* do direito. Para explicar isso, faremos uma tentativa breve de reconstrução da história e da semântica da figura "Princípios Gerais do Direito". Para além de todas as explicações que pretendem remeter a validade de um discurso jurídico a princípios externos ao sistema do direito, procuraremos identificar a sua origem (a partir de determinadas pré-condições estruturais) e função no interior deste sistema.

A fórmula dos princípios gerais do direito, como a conhecemos hoje, remonta ao direito dos romanos. O direito romano constitui um avanço decisivo (na tradição jurídica européia) em direção à diferenciação funcional do sistema do

direito. Ali se produziram importantes précondições estruturais que, mais tarde, possibilitaram esta forma de diferenciação social. Este direito se desenvolve no interior de uma sociedade com alguma diferenciação funcional (ainda que incompleta)⁸, na medida em que já se pode verificar a existência de centros funcionais (geralmente urbanos, como templos e mercados) e de um poder político capaz de impor decisões (embora a massa da população viva ainda na antiga ordem do parentesco). Quando se estabelece um primado funcional da política, surge a précondição estrutural fundamental para o surgimento de um direito que se diferencia dos mitos e das formas de sacralização dos processos jurídicos. Isto permite com que sejam articuladas novas referências de validade do direito sob a forma de construções jurídicas artificiais, com o estabelecimento de procedimentos judiciais. Estes procedimentos judiciais constituem "sistemas de interação de um tipo especial, cuja função consiste em determinar a decisão de uma situação em aberto, em absorver a incerteza e dessa forma substituir a luta arcaica pelo direito por um processo que apresenta mais alternativas e possibilita opções fundamentais"⁹. Desta forma o direito passa a se produzir a partir do estabelecimento de programas de decisão que formulam as condições sob as quais as decisões são consideradas corretas. Podemos encontrar a origem da fórmula Princípios Gerais do Direito na programação de decisões estabelecida pela *jurisprudencia* dos romanos, principalmente se considerarmos a diferença, estabelecida no seio da tradição romana, entre *regulae iuris* e *maximae iuris*.

⁸ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. *op. cit.*, p. 201.

⁹ *idem*. p. 207

Peter STEIN, na obra *Regulae iuris*¹⁰, propõe essa distinção como a diferença entre regra de direito e princípio de direito. O direito romano, como observam os autores que o estudaram sob o ponto de vista do "estilo" da *jurisprudencia* (BRETONE, por exemplo), sobretudo no período clássico, não se preocupava em elaborar enunciados de caráter geral, de aplicação "universal". Isto se deve sobretudo a um estilo de racionalidade jurídica desenvolvido com base na casuística (Tópica), a partir de uma mentalidade prática do jurista clássico. Assim, o direito romano operava a partir de *regulae*, e era a aplicação do direito que criava a regra, e não a regra que criava o direito¹¹. Posteriormente, surgem livros que recolhem as diversas regras encontradas como respostas às questões jurídicas, compiladas pelos juristas de confiança dos primeiros imperadores. Estes livros serviam principalmente para a solução dos casos de *routine*, e não representavam, ainda, uma preocupação de organizar cientificamente o conhecimento do direito. Segundo STEIN, o uso das *regulae* se generaliza no século II d.C (quando surgem as regras reunidas no livro 50.17 do *Digesto, De diversis regulis iuris antiqui*); GAIO usa o termo *regula* como "princípio justo", como um princípio aplicado em todas as nações civis (*ius gentium*), mas lhe dá o significado da casuística, mais do que o de um princípio geral a ser utilizado na argumentação jurídica. A distinção entre regra aplicada ao caso ou criada a partir do caso (*regulae*) e princípio geral (*maximae*) nasce somente no período clássico tardio. A máxima, então, é a transformação de uma regra em um princípio de conteúdo genérico que, para ser aplicado, necessita ser contextualizado. Ainda

¹⁰ *apud* ALPA, Guido. "I principi generali e le fonti del diritto" in *Politica del diritto*. n. 4, 1992.

¹¹ *apud* ALPA, Guido. *op. cit.* p.

que diferentes daquilo que hoje consideramos Princípios Gerais do direito, essas *maximae* deles se aproximam, em virtude de sua generalidade, e passam a representar pontos de vista levados em consideração pela tradição jurídica. De fato, muitas estão presentes nos ordenamentos contemporâneos sob a etiqueta "Princípios Gerais do Direito": DE PAGE as descreve como os "provérbios do direito", e as mais antigas, também chamadas de "adágio" ou "brocardos", se encontram no *Corpus iuris*¹². O direito romano tardio, então, passa a apresentar um nível mais elevado de abstração, podendo adaptar-se às transformações sociais - "o direito agora não se localiza concretamente no próprio evento, mas apenas na norma que serve de base para o julgamento jurídico"¹³. No entanto, este direito ainda não se autodescrevia como capaz de se automodificar, uma conquista evolutiva que só a idéia de positivação do direito vai propiciar. A forma como este direito se descreve vai se adequar às condições estruturais da sociedade na qual este se desenvolve.

Descrevendo sociedades do passado estruturadas a partir da diferença centro/periferia, LUHMANN¹⁴ observa que estas sociedades não apresentam grandes dificuldades em se autodescreverem. Uma vez que estas observavam sua unidade do alto ou a partir do centro, essas sociedades podiam ver a sua ordem como uma ordem natural e, então, podiam também caracterizar como desordem quaisquer alternativas a esta ordem. Desta forma, essas sociedades podiam facilmente descrever o direito como um direito natural. A este

¹² *apud* PERELMAN, Chaïm. Logica giuridica nuova retorica. Milano: Giuffrè, 1979. p. 141.

¹³ LUHMANN, Niklas. *op. ult. cit.*, p. 216.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. "The third question...". *cit.*, p.

propósito, LUHMANN indica que, nesta fase ainda ligada ao direito arcaico, a ajuda das explicações dos mitos possibilita com que a gênese da ordem seja concebida como emanção de uma ordem natural. "*All multiplicity came out of unity*"¹⁵ o número um (que na aritmética grega não é um número) gera todos os outros números, isto é, a diferença entre os números pares e ímpares. Desta perspectiva, segundo LUHMANN, torna-se fácil conceber o direito como direito de origem divina ou natural, criando a distinção entre direito natural e positivo (*lex naturalis* e *lex positiva*) e, também, a distinção entre comportamento legal e ilegal. Assim, o direito romano é descrito como um direito natural. A noção de direito natural ganha então "a força de um princípio controlador, sob cuja proteção o direito positivo pôde ser identificado e desenvolvido enquanto direito estabelecido por decisões"¹⁶. Concebe-se o direito como produto de decisões, mas não se pode conceber, ainda, como este seja capaz de se auto-transformar. Desta forma, suprime-se o paradoxo da auto-referência do direito, que é substituído por uma narrativa sobre a gênese das distinções.

Essa estratégia semântica deixa de funcionar a partir do momento em que surge a necessidade de se decidir, em algumas ocasiões, contra a lei válida; surge, então, o famoso *excessum iuris communis propter bonum commune*. O paradoxo reaparece: "*Paradoxes have a fatal inclination to reappear*"¹⁷ e, então, novas estratégias, ou novas formas de assimetização, devem ser introduzidas. Os adágios e as máximas do direito não podem ser concebidos

¹⁵ *idem*, p.

¹⁶ LUMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, *op. cit.*, p. 222.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. "The third question...". *op. cit.*, p. 156.

como uma emanção da própria idéia de direito. Desta forma, o direito é caracterizado como "estrito" e "formal", e a idéia de equidade¹⁸ é inventada para justificar que isto seja negado em casos em que seja difícil seguir o direito. Outro exemplo, o da distinção *crudelitas/clementia*, que vai servir para que se rejeite o código legal do justo/injusto e reincorporar o direito na sociedade dos homens¹⁹: "*jus strictum, jus aequum*; à *crudelitas* do rigor formal, reentra a *clemen*, também chamada justiça do caso individual"²⁰.

DE GIORGI descreve a função que exerce o princípio da equidade, como forma de assimetria que serve para reduzir os efeitos paradoxais da auto-referência do direito. Esta funciona como "dispositivo de autocorreção do direito, da mesma forma que o direito funciona como sistema de compensação dos efeitos de reforçamento dos desvios produzidos pelo funcionamento racional dos sistemas sociais"²¹.

O direito clássico romano legou às culturas jurídicas sucessivas um repertório de regras que, na medida em que servem de programas de condicionamento do direito, com o fim de tornar operativa a auto-referência do direito, por sua vez se apresentam como autológicas, devendo ser também substituídas, ou melhor, desparadoxadas, por ulteriores distinções. É desta maneira que a história do conceito e da semântica dos Princípios Gerais do

¹⁸ Enquanto uma ulterior distinção que serve a interromper o contínuo reenvio da distinção igualdade/desigualdade a si mesma. DE GIORGI, Raffaele. "Modelli giuridici dell'uguaglianza e della disuguaglianza" in *Disuguaglianza ed equità in europa*. Bari: Laterza, 1993.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *op. ult. cit.*, p. 156.

²⁰ DE GIORGI, Raffaele. "Modelli giuridici dell'uguaglianza ..." *op. cit.*, p. 360.

²¹ DE GIORGI, Raffaele. *idem*, p. 370.

Direito", como também a própria história do direito, pode ser descrita a partir deste contínuo processo de tentativas desparadoxadoras: uma contínua substituição de distinções por ulteriores distinções. Assim como a história do direito é baseada na pressuposição do direito, os Princípios Gerais do Direito também são pressupostos para serem aplicados: isto é um paradoxo porque é também uma tautologia, aquilo que é diverso é igual²². A história do direito (que, no sentido de WIEACKER²³, só pode ser concebida como história do pensamento jurídico) é a narrativa da luta do direito, enquanto sistema capaz de auto-reflexão, contra si mesmo: continuamente, o direito quer negar a si mesmo (sua auto-referência).

O conhecimento e o uso dos "princípios", ou regras, introduzidos pelo direito romano se perdem diante do declínio do Império Romano do Ocidente e, apenas após o ano mil, com a recuperação do *Digesto*, estes voltam a ser estudados. Os glosadores exercem, então, o papel de associar à idéia de "regra" a noção de "norma jurídica", e o uso das regras expressas sob a forma de brocardos se torna frequente, de maneira que estes passam a representar, para os juristas, o mesmo papel que os *topoi* representaram para os retóricos. Os glosadores constroem através da exegese das fontes romanas e de sua harmonização um edifício de princípios ordenados "harmonicamente", que WIEACKER considera "a primeira dogmática autônoma da história universal", uma

²² Esta idéia, que constitui uma consideração nuclear desta pesquisa, resulta das preciosas indicações do Prof. DE GIORGI e do Prof. LUHMANN, quando, em 13 de maio de 1994, discutimos longamente os temas desta dissertação.

²³WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2 vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

vez que "a jurisprudência (clássica) romana, não obstante uma análise completa da problemática jurídica concreta, não visa construir um edifício doutrinal harmônico, reprovado mesmo pela autoridade *pessoal* dos juizes"²⁴.

Nas elaborações posteriores, realizadas pelos canonistas, desaparece a distinção entre regra e brocardo, que acabam por identificarem-se. A teologia moral vai ser a responsável pela ulterior distinção a ser efetuada. Os princípios permitem aos canonistas e aos romanistas tomarem atual o direito romano e, simultaneamente, introduzirem, também no direito secular, princípios da teologia moral como a *aequitas*, a *bona fides*, *conscientia*, *honestas* e *miserericordia*, que passam a ser considerados na apreciação dos deveres jurídicos (e tiveram especial significado em matéria de juros e usura, justo preço, proteção contra o dolo e coação no direito negociai)²⁵.

O humanismo jurídico vai duvidar deste uso dos princípios e vai contestá-los tanto do ponto de vista do conteúdo quanto do ponto de vista da técnica empregada em sua aplicação: há uma recusa da mediação do direito romano da antiguidade pelas autoridades medievais²⁶. RABELAIS troça dos juristas que argumentam a partir das máximas e dos brocardos; seus juízos, além de corrompidos, são também ignorantes: dão razão à parte que primeiro apresentou seus argumentos enquanto aplicam (entendendo-a de modo grosseiro) a máxima *prior in tempore potior in iure*²⁷. O humanismo vai reclamar uma concatenação

²⁴ WIEACKER, Franz. *op. cit.*, vol. 1, p. 55.

²⁵ *apud* WIEACKER. *op. cit.*, p. 75.

²⁶ *apud* WIEACKER. *op. cit.*, p. 90.

²⁷ *apud* ALPA, Guido. *cit.* p. 640.

sistemática dos Princípios Gerais do Direito também em nível do conteúdo, em substituição à tradicional "ordens de leis" do *Digesto*. "As fontes puras em vez da tradição, o conhecimento das idéias em vez da comprovação das autoridades por meios lógicos, o sistema em vez da exegese; é nestas exigências que ecoa já, pela primeira vez, a virada da ciência jurídica em direção ao historicismo, ao idealismo racionalista, à sistematicidade interna e a construção de conceitos gerais e, finalmente, do "neo-humanismo" da escola histórica do direito"²⁸.

No século XVI, a despeito da crítica humanista, continua a ter prevalência o emprego das máximas como enunciados gerais que podem ser aplicados a uma multiplicidade de casos, de maneira que estes passam a ser tratados como princípios gerais (*generalia iuris principia et elementia*)²⁹. Desse século remonta, na obra do jurista holandês Joachin HOPPER³⁰, a utilização da expressão *analogia iuris* para significar a aplicação dos Princípios Gerais do Direito. Na obra de HOPPER este se refere a uma *intelligentia analogica*, que é uma forma de compreensão realizada através da comparação. "E, neste sentido de compreensão mediante comparação, a locução *analogia iuris* continuou a ser usada em modo completamente independente, até o século XVIII, do uso atual da expressão *analogia*"³¹

Contemporaneamente, os princípios passam a ser tratados de uma forma mais orgânica, a partir de uma preocupação em recompô-los e harmonizá-

²⁸ WIEACKER, Franz, *op. cit.*, p. 92.

²⁹ *apud* ALPA, *op. cit.*, p. 640.

³⁰ *apud* TARELLO, Giovanni. L'interpretazione della legge. Milano: Giuffrè, 1980. p. 383.

³¹ TARELLO, Giovanni. *op. cit.*, p. 383.

los: GODEFROY, aplicando os métodos filológico e lógico, descreve as *regulae* não como princípios gerais, mas como os fundamentos dos princípios gerais, isto é, do "universo do direito"³². Também no âmbito da *common law* estas máximas de caráter genérico são utilizadas e são conhecidas como *maxims*. Segundo BACON, que reúne na obra Maxims of Law vinte e cinco destas regras, estas constituem um princípio geral que é deduzido de um certo número de casos decididos de um mesmo modo. Os *common lawyers*, assim como os *civilians*, têm igualmente claro que a lei (*statute, lex*) é uma disposição imediatamente eficaz que reproduz a própria eficácia da autoridade de quem a introduziu; ao passo que a regra ou o princípio (*regulae, maxim*) constituem a generalização da casuística³³.

Nos séculos XVII e XVIII, a revolução cultural provocada pelo racionalismo provoca um afastamento do direito romano e impulsiona, então, uma procura dos princípios em conformidade com os ditames da Razão. O direito natural de origem divina, insustentável diante das transformações sociais (o instituto da derrogação, por exemplo, é longamente debatido enquanto instituto do direito natural que permite a violação do direito natural), cede espaço ao direito da razão: "a razão apela à razão como última instância hábil a julgar suas próprias causas"³⁴. "Uma modificação geral do ambiente anuncia-se no fato de (...) as decisões serem cada vez menos legitimadas pela autoridade do texto romano ou da literatura do direito comum; pelo contrário, os princípios tradicionais passam a

³² *apud* ALPA, *op. cit.*, citando STEIN, Regulae iuris, p. 167.

³³ *apud* ALPA, *op. cit.*, p. 641.

³⁴ LUHMANN, Niklas. "The third question...". *op. cit.*, p. 157.

ser preferentemente justificados a partir da *naturalis ratio*³⁵. Neste sentido, DOMAT vai explicar o direito como formado por regras naturais (emanadas de Deus) e regras positivas (emanadas dos homens); estas últimas são gerais (equidade natural) ou especiais.

O jusnaturalismo é fundado em uma nova antropologia; nele o homem aparece não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural. Nesse contexto, "a pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas"³⁶. Este é um processo que vai se desvinculando aos poucos da tradição teológica. GRÓCIO, nos primeiros tempos do jusnaturalismo moderno, elabora seus princípios jurídicos, não através da dedução estrita a partir de axiomas, mas através da invocação das autoridades teológicas e humanísticas. A geração seguinte, de HOBBS, ESPINOSA, PUFENDORF, é que vai elaborar as "bases metodológicas de um sistema jusracionalista autônomo, combatendo a dependência metodológica da ética social profana em relação à teologia moral (e) com isso se libertava finalmente o espaço para um sistema jusracionalista no qual os princípios do direito natural aparecessem como leis naturais da sociedade"³⁷.

O jusracionalismo, como teoria, oferece ao direito uma sistematicidade interna e uma metodologia específica - a construção dos conceitos

³⁵ WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 244.

³⁶ *idem*, p. 288.

³⁷ *ibidem*, p. 304.

gerais. Dentro deste quadro teórico, os princípios (e as antigas máximas) assumem uma função importante na elaboração sistemática do direito, pois terminam por constituir aqueles conceitos gerais que permitem que se fale em "teorias gerais". O princípio da autonomia da vontade, que permite a construção de uma teoria da declaração da vontade no âmbito de uma teoria geral do direito privado, nada mais é que um desdobramento da liberdade, enquanto princípio de direito natural, em termos técnico-jurídicos.

No entanto, essa descrição jusracionalista da sociedade e do direito mantém sob a forma de tautologia o paradoxo da auto-observação do sistema do direito: "É razoável aquilo que é conforme à razão"³⁸. Este paradoxo tenderá a se tornar visível na medida em que aparecem conflitos no nível dos princípios. O mais significativo destes é aquele que surge entre os princípios da equidade e da propriedade. Através da noção de propriedade, a razão reclama simultaneamente a igualdade e a desigualdade³⁹. Por um lado, o princípio da propriedade, que legitima um desejo de se ter e acumular propriedade, é claramente contra o direito, pois viola a lei da natureza que estabelece a igualdade como direito do homem. Por outro lado, a exigência da igualdade se mostra também contra o direito, pois viola o direito à propriedade. LUHMANN diz que a solução deste impasse vai consistir na utilização de um duplo conceito de natureza: a razão natural requer que seja ultrapassada a própria natureza. Assim como os homens

³⁸ LUHMANN, Niklas. *op. ult. cit.*, p. 157.

³⁹ *idem*, p. 157.

nascerem nus, mas aprendem que estão melhor de roupas, a natureza também nos ensina que estamos melhor com uma desigual distribuição da propriedade⁴⁰.

Esta é uma questão que vai estar no centro das discussões em torno da fundação da sociedade. O jusnaturalismo procura resolver o problema de como é possível a ordem social, usando a metáfora do contrato e descrevendo desta forma a sociedade como constituída por princípios de natureza jurídica⁴¹. O contrato social e a descrição jusnaturalista da sociedade, portanto, consistem em uma reelaboração do paradoxo do direito de origem divina, contraditória na medida em que não assume a própria fundação paradoxal da sociedade, do Estado e do direito. WIEACKER, a este propósito, chega mesmo a dizer que a "descrição do Estado e do direito positivo a partir do pacto social constitui uma fábula didática de uma fundamentação coerente do direito, fábula que (como o mito) se refere a uma verdade intemporal e supra-histórica e não a uma verdade histórica". Citando SCHILLER, completa dizendo que "aquilo que nunca em nenhum lado se realizou, também nunca passa de moda"⁴².

O pacto social implica em uma limitação, pela sociedade, da liberdade absoluta do estado de natureza, mas ao mesmo tempo estabelece direitos que são entendidos como direitos naturais, anteriores ao próprio direito. Por isso, o jusnaturalismo não resolve o problema da oposição entre direito positivo e direito natural. Os princípios do direito, nesta perspectiva a partir da qual

⁴⁰ *ibidem*, p. 157.

⁴¹ DE GIORGI, Raffaele. "Modelli giuridici...". *op. cit.*, p. 380.

⁴² WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 301. Cita SCHILLER, An die Freunde.

o direito vai se auto-descrever, permanecem concebidos como preexistentes ao próprio direito.

Exemplo disto é o paradoxo existente no princípio jurídico da igualdade, articulado de forma a diferenciar igualdade formal de igualdade material, que se encontra na base da explicação da sociedade a partir de um contrato social. Segundo DE GIORGI, esta articulação do princípio da igualdade permite que, dentro da igualdade, se possa admitir o reentrar da desigualdade. "A necessidade de pressupor a igualdade das partes não excluía a a desigualdade das prestações ou das consequências do contrato"⁴³.

As Constituições, desde o século XVIII, desempenham o papel de generalizar estes princípios do direito natural, assumindo-os como direito positivo. Assim, a distinção igualdade/desigualdade é generalizada e assumida como o esquema mediante o qual a sociedade reconstrói seu passado e observa seu presente⁴⁴. A era das constituições inova na medida em que estabiliza uma expectativa de que o futuro da sociedade possa ser orientado em direção à igualdade como pressuposto da implementação de outros direitos naturais (e, no nosso século, em direção ao Estado de Bem-Estar, ao "Welfare State"). A completa positivação do direito vai permitir que o paradoxo da igualdade seja substituído pela ulterior distinção entre igualdade formal e igualdade material. "A igualdade formal é a idéia da razão que se exprime no direito; a desigualdade

⁴³ DE GIORGI, Raffaele. "Modelli giuridici...". *op. cit.*, p. 360.

⁴⁴ *idem*, p. 360.

material é uma condição de fato, que é determinada por outras condições de fato que podem ser negadas, isto é, superadas⁴⁵.

A demanda de uma concepção positivista do direito projeta, desta forma, o paradoxo em direção ao futuro. As construções do conceitualismo que estavam na base da individuação do estado constitucional conferem à legislação o papel de guia da sociedade em direção ao futuro: "o futuro da liberdade e dos direitos, o futuro da democracia constitucional e, também, o futuro de uma sociedade comunista que seja como um novo estado de natureza, o estado depois do estado, depois da propriedade, depois de todas as divisões e distinções"⁴⁶. As codificações modernas vão cumprir esta função incorporando princípios que são reconhecidos como tal a partir da legitimação conferida pela positivação. "Enquanto que desde o *Corpus iuris* até o início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projetos de um futuro melhor"⁴⁷. "O futuro se torna a grande desculpa para as más ações da sociedade industrial, a grande desculpa para se aplicar o direito que a própria sociedade produz de acordo com um cálculo de interesse e como reação aos problemas que esta mesma criou"⁴⁸.

Com a completa positivação do direito começam os grandes debates que, na teoria jurídica contemporânea, se desenvolvem em torno da

⁴⁵ *ibidem*, p. 361.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. "The third question..." *op. cit.*, p. 158.

⁴⁷ WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 367.

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *op. ult. cit.*, p. 159.

"natureza", função e validade do discurso jurídico baseado nos princípios. Este *revival* dos princípios passa a constituir uma resposta à excessiva rigidez das legislações que, se por um lado possibilitam ao direito de modificar-se por meio de suas próprias decisões, por outro, estabilizam as expectativas de tal forma que elas não podem ser modificáveis com a velocidade que a sociedade de nosso tempo demanda. Isto se verificou, e ainda se verifica, tanto em nível da teoria do direito, quanto nos âmbitos da legislação e da jurisprudência.

Comumente, as codificações fazem referência aos Princípios Gerais do Direito, indicando-os no elenco das fontes do direito ou, ainda, como uma forma de interpretação analógica diante de lacunas ou ambiguidades no ordenamento jurídico. Na Itália, o artigo 12 das "Disposizioni Prelegge" permite expressamente ao juiz recorrer aos "princípios gerais do ordenamento jurídico do estado", quando uma disputa judicial não pode ser decidida por uma disposição explícita de lei, ou quando existe dúvida ainda que se recorra às disposições que regulam casos semelhantes ou disposições análogas. Este artigo 12 reproduz quase literalmente o artigo 3º das "Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale" do Código de 1865, com a diferença que, enquanto aquele código falava em "princípios gerais do direito", o atual art. 12 fala nos "Princípios Gerais do Ordenamento Jurídico do Estado", como que querendo vincular os princípios mais à sua positividade que à experiência jurídica vista como um todo (ao Direito Natural, em outros termos). Na mesma direção, cada vez mais a jurisprudência tem recorrido aos princípios, procurando as soluções não apontadas pela lei e, em alguns casos, até mesmo decidindo contra a própria lei com base nos princípios. A Corte Constitucional Italiana, por exemplo, vem

reconhecendo uma aplicabilidade direta das disposições de princípios da Carta Constitucional Italiana, principalmente, daqueles relativos aos direitos sociais⁴⁹.

Paralelamente, surge em nosso século uma instigante literatura em torno dos princípios do direito. Tal literatura é, principalmente, confusa, ambígua, perdida entre uma predominância da descrição do direito a partir de sua estrutura e uma necessidade cada vez maior de articular esta descrição com a pragmática do direito e com a "realidade" social. BOBBIO, por exemplo, vai dizer: *"che i principi siano costruzioni dottrinali non esclude affatto che possono avere a tempo e luogo efficacia normativa"*⁵⁰, o que é uma descrição paradoxal, pois, ao mesmo tempo em que nega aos princípios um caráter normativo (identificando-os, a partir de uma concepção positivista da normatividade, como uma construção da doutrina), procura resguardar que, a despeito de não serem normas, os princípios em determinadas circunstâncias (as quais, evidentemente, o positivismo não vai indicar quais sejam) têm eficácia normativa.

Na prática, entretanto, o reconhecimento de uma aplicabilidade direta dos princípios constitucionais faz surgir uma espécie de descondicionalização da decisão jurídica, uma vez que o juiz terá a liberdade de decidir, com um alto grau de discricionariedade, sob a base de uma programação condicional extremamente flexível. Isto aparentemente lhe possibilita decidir, inclusive, com base em "políticas".

A distinção entre legislação e administração da justiça se vê, então, ameaçada. Esta é uma distinção desparadoxante que implica na consideração de

⁴⁹ BARTOLE, Sergio. Enciclopedia Treccani, XXXV, p. 497.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. "Principi generali del diritto" in Novissimo Digesto Italiano, p. 890.

que as leis devem ser gerais, enquanto que a aplicação destas ao caso concreto deve ser feita de acordo com a particularidade de cada caso. Os tribunais devem distribuir os símbolos do justo e do injusto em circunstâncias particulares, tomando a validade do direito como dada⁵¹. Mas, à medida em que emergem questionamentos, ainda que esporádicos, a respeito da "legitimidade" do direito, o problema da relação entre legislação e adjudicação é levantado. Esta é uma relação circular fundada na auto-referência do sistema do direito.

Esta circularidade é interrompida com o reconhecimento de que motivos políticos como suficientes para a transformação do direito. Mas isso apenas no âmbito da legislação, e não no âmbito da adjudicação⁵². Neste sentido, a distinção entre justo e injusto é recolocada como distinção (recorrendo-se unicamente ao direito positivo) entre o legal e o ilegal. O máximo que se pode questionar, desta perspectiva, é se existe uma contradição entre moralidade e legalidade, o que fundamentaria na moral um direito à desobediência ao direito.

No entanto, a prática jurídica vai indicar que o direito se transforma sob a base de decisões, sejam elas legislativas ou judiciárias. Cada operação realizada no interior do sistema do direito, cada observação feita com referência ao código do legal e do ilegal, vai modificar o próprio direito, pois vai possibilitar que a ela sejam conectadas ulteriores decisões. A modernidade estabelece, então, um outro artifício desparadoxante que é dirigido a ambos os níveis (da legislação e da decisão judicial), orientando-as em direção a suas consequências. LUHMANN diz que, neste caso, o que conta não é um princípio, uma dedução lógica ou uma

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *op. ult. cit.*, p. 160.

⁵² *idem*, p. 160.

elegante construção conceptual, mas a diferença que a decisão produz tanto na sociedade quanto no interior do próprio sistema do direito. Isto nos conduz à questão de sabermos se os efeitos do direito podem ser considerados como critério para a determinação do próprio direito: em outras palavras, se o direito pode ser orientado por suas consequências.

Este é o ponto a que chegou, hoje, a discussão sobre os Princípios. Ao final deste capítulo, pretendemos discutir este posicionamento, o que vai nos permitir, mais adiante, discutir o processo de formação do sistema de direito comunitário europeu a partir do estabelecimento de "Princípios Comunitários" e, principalmente, a maneira na qual este sistema tem se formado e se desenvolvido tendo em vista um fim. Antes, no entanto, pretendemos apresentar brevemente três teses que a teoria jurídica contemporânea construiu em torno da figura dos "Princípios Gerais do Direito".

III.2 - TRÊS TESES SOBRE OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO: CANARIS, DWORKIN E ALEXY

III.2.1 - Canaris e o sistema do direito como uma ordem de "Princípios Gerais do Direito":

A primeira tese que apresentamos é a desenvolvida por Claus - Wilhelm CANARIS, exposta na obra Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na Ciência do Direito⁵³. Para CANARIS, o sistema do direito se constitui como uma ordem "axiológica ou teleológica" de princípios gerais do direito". Desta perspectiva, os princípios desempenham o importante papel de proporcionar unidade ao sistema jurídico.

A tese de CANARIS parte da noção kantiana de sistema, segundo a qual este é visto como "a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados"⁵⁴ ou, também, como "um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios"⁵⁵. Ele identifica, então, duas características fundamentais para a individuação de um sistema: a ordenação e a unidade. A partir da primeira destas características, se pretende exprimir "um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível"⁵⁶; enquanto que por meio da segunda se assegura uma apreensão deste "estado de

⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

⁵⁴ *idem*, p.

⁵⁵ KANT, I. Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, 1ª ed. (1786), preâmbulo *apud* CANARIS, *op. cit.*, p.10.

⁵⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *op. cit.*, p. 12

coisas" mediante a elaboração de alguns princípios fundamentais. No âmbito do sistema do direito, as idéias de ordem e de unidade (para CANARIS consideradas "bem mais do que os pressupostos da natureza científica da jurisprudência e dos postulados da metodologia"⁵⁷) encontram seu correspondente na noção de adequação valorativa e unidade interior do direito. Isto se deve, principalmente, a uma exigência do princípio da igualdade que está na base da própria "idéia" de direito. CANARIS subsume da regra de que o igual deve ser tratado de modo igual e o diferente deve ser tratado de modo diferente (de acordo com a medida de sua diferença) um postulado de justiça que obriga tanto o legislador quanto o juiz a "retomar 'consequentemente' os valores encontrados, "pensando-os, até o fim", em todas as suas consequências singulares, e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais"⁵⁸. Assim, para CANARIS, juizes e legisladores devem proceder de acordo com o que ele chama de "adequação valorativa". A idéia de unidade, por sua vez, é uma emanção da "tendência generalizadora da justiça", "que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios, abstratos e gerais"⁵⁹.

CANARIS desenvolve, a partir desta idéia de unidade interior da ordem jurídica e de adequação valorativa, um conceito de sistema do direito como uma ordem axiológica ou teleológica (observando que "teleológico não é utilizado no sentido estrito de pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores; portanto, no sentido no qual a

⁵⁷ *idem*, p. 18.

⁵⁸ *ibidem*, p. 18.

⁵⁹ *ibidem*, p. 20.

'jurisprudência das valorações' é equiparada à 'jurisprudência teleológica'.⁶⁰). Nesta ótica, o sistema do direito é, antes de mais nada, a "captação racional da adequação de conexões jurídicas" e, neste sentido, só pode mesmo ser um sistema teleológico (e essencialmente dogmático, pois na medida em que é descrito por meio de categorias como "racionalidade" e "adequação valorativa" preclui-se qualquer possibilidade de negação de seus pontos de partida - a não ser que se negue a própria idéia de racionalidade do sistema). A adequação valorativa, aqui, significa a "condição da possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, em especial, pressuposto de um cumprimento, racionalmente orientado e racionalmente demonstrável, do princípio da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da sua diferença".⁶¹

Este sistema, como ordem teleológica proposto por CANARIS, encontra o "princípio" de sua unidade nos "Princípios Gerais do Direito": "estes são os elementos constitutivos nos quais se tornam perceptíveis a unidade interna e a adequação da ordem jurídica"⁶². Se a unidade é entendida como a recondução de uma multiplicidade do singular a uns poucos princípios constitutivos, então isso significa que a unidade do direito se situa nos valores fundamentais de um ordenamento jurídico, ou seja, nos princípios gerais de uma ordem jurídica.

CANARIS nega que seja possível a um sistema jurídico ser concebido como tal a partir de sua unidade e de sua "adequação valorativa", se este for concebido apenas como um sistema de normas ou, ainda, como um

⁶⁰ *ibidem*, p. 66.

⁶¹ *ibidem*, p. 74-75.

⁶² *ibidem*, p. 76.

sistema de conceitos abstratos. No primeiro caso, isto não é possível porque seria necessário procurar uma forma de conexão unificadora das normas (que não pode consistir em uma norma, uma vez que apenas uma parte dos princípios unificadores são formulados através de normas⁶³). No segundo caso, embora seja possível um sistema de conceitos teleológicos ou de valor, "capazes de recolher em si o pleno sentido constitutivo da unidade interna", estes conceitos se mostram inadequados para a realização da adequação valorativa, pois não explicitam os valores. Aqui, CANARIS fala em termos de fechamento dos conceitos e abertura dos princípios em relação a forma mediata com que os primeiros são aplicados e o imediatismo com que, a partir de uma carga explícita de valoração, os segundos podem ser utilizados. "A valoração é mais imediata e segura no princípio da autonomia do que no (ordenado) conceito do negócio jurídico, e que só através de considerações relativamente complicadas, é possível determinar a valoração que o conceito de autonomia em si contenha"⁶⁴. Os conceitos, por outro lado, têm uma função de preparar a subsunção; e, por isso, é necessário um sistema de conceitos jurídicos que correspondam aos princípios.

Da mesma forma que um sistema normativo e um sistema de conceitos não refletem a unidade e a adequação valorativa do direito, também um sistema de institutos jurídicos somente poderia exprimir esta unidade de modo fragmentário, pois, na medida em que não se reportam a um único valor, a conexão mais profunda existente entre estes institutos não é visível. A tentativa de se exprimir o sistema do direito como uma ordem de valores se afasta sutilmente

⁶³ *ibidem*, p. 81.

⁶⁴ *ibidem*, p. 83.

da caracterização deste sistema como uma ordem teleológica fundada nos princípios: "Na verdade, a passagem do valor para o princípio é extraordinariamente fluida; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o do valor: ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica"⁶⁵.

CANARIS, portanto, situa os princípios no meio termo entre os conceitos e os valores; por um lado, vão além dos valores por que já contêm um maior grau de determinação, o que permite uma indicação sobre as consequências jurídicas; por outro lado, não são suficientemente determinados ao ponto de prescindir do elemento valorativo.

Os princípios têm uma função sistematizadora do direito e, vistos desta perspectiva, apresentam quatro características. Em primeiro lugar, CANARIS entende que os princípios não valem sem exceção e podem entrar em contradição ou oposição entre si (esta é uma característica que a dogmática jurídica tradicional vai explicar a partir do esquema regra/exceção). Em segundo lugar, os princípios não têm pretensão de exclusividade, o que significa que "uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser conectada com um outro princípio (eles não devem ser formulados, segundo CANARIS, sob a forma "só quando...então...". A terceira característica apontada é a de que os princípios têm um sentido próprio apenas numa

⁶⁵ *ibidem*, p. 86.

combinação de complementação e restrição recíprocas. Em outras palavras, "o entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o do seus limites"⁶⁶. Por último, CANARIS diz que os princípios, para serem realizados, necessitam de serem concretizados "através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio". Neste sentido, ele assume que os princípios não são, em seu entendimento, normas. Por isso, não são capazes de aplicação imediata, devendo portanto ser "normativamente consolidados ou 'normatizados'"⁶⁷.

⁶⁶ *ibidem*, p. 95.

⁶⁷ *ibidem*, p. 96.

III.2.2 - Ronald DWORKIN e o direito como uma "Questão de Princípio"

A segunda tese que apresentaremos é a de Ronald DWORKIN que, com sua "tese dos direitos", levantou, na teoria jurídica contemporânea, um grande debate em torno da função integrativa do direito, própria dos princípios. Essa tese, de certa maneira, revolucionou o direito norte-americano, uma vez que é opinião comum tanto nos meios acadêmicos quanto nos judiciários norte-americanos, segundo o relato do próprio DWORKIN⁶⁸, que as decisões judiciais sejam "inevitavelmente e justamente políticas". DWORKIN desenvolve uma teoria sobre os princípios que são, ao mesmo tempo, uma filosofia do direito e uma filosofia política (ou que estaria entre as duas). De uma perspectiva hermenêutica⁶⁹, DWORKIN vai explicar o direito a partir da sua força interpretativa "em geral", vendo-o sempre no contexto de uma "ética pública", que depende de uma série de motivações coletivas que são a um só tempo universais e inseridas em um contexto específico. Desta articulação da filosofia do direito com a filosofia

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. "IL ruolo dei giudici e il governo della legge", Questione di principio. IL Saggiatore, 1990. p. 7.

⁶⁹ "A hermenêutica é hoje uma derivação da filosofia analítica baseada nos trabalhos de Wittgenstein (Investigações Filosóficas) que redefiniu, em meados do século, a ênfase no rigor e na pureza linguística por abordagens que privilegiam os contextos e as funções das imprecisões dos discursos." ROCHA, Leonel Severo. "Da Teoria do Direito à Teoria da Sociedade", in Teoria do direito e do estado. *op. cit.*, p. 71. Sobre a influência da hermenêutica alemã na obra de Dworkin, KARAM, Vera. A Filosofia Jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Dissertação de mestrado, Florianópolis, 1993.

política, DWORKIN, de um lado, faz uma dura crítica ao positivismo jurídico (entendido como uma teoria que oferece as condições segundo as quais um enunciado possa ser considerado "jurídico") e, de outro lado, rejeita também uma concepção utilitarista do direito, segunda a qual a função deste consiste em maximizar o bem-estar coletivo. A "tese dos direitos" é a resposta que DWORKIN oferece ao positivismo e ao utilitarismo, simultaneamente.

DWORKIN, basicamente, sustenta que as decisões jurídicas devem fazer valer direitos políticos a elas preexistentes. Desta perspectiva, também em sua obra o direito é entendido como uma ordem teleológica, pois ele serve para assegurar a realização de uma *liberal theory of law*. No centro desta tarefa de implementação de uma política liberal, atuam os princípios (*principles*), que se distinguem das políticas (*policies*). Existem dois tipos de argumentos políticos aos quais um juiz pode recorrer, quando decide: argumentos baseados em princípios, que fazem apelo aos direitos políticos dos indivíduos; e argumentos baseados em políticas, os quais exigem que uma decisão particular tenha o escopo de promover o bem-estar geral, ou o interesse público. Para DWORKIN, um juiz deve decidir com base em princípios, e não em políticas⁷⁰. A *rule of law*, neste sentido, é concebida por DWORKIN como uma concepção de direitos (*rights conception*), onde esta é "o ideal de um governo fundado em uma precisa concepção pública dos direitos individuais"⁷¹. A partir de tal concepção da *rule of law* não se nega que o "livro de regras" (*rule-book*) seja uma fonte de direitos morais, mas nega-se que seja esta a única fonte destes direitos. Por outro lado, um juiz não pode aplicar um

⁷⁰DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. 8.

⁷¹*idem*, p. 8.

princípio se este princípio não fôr coerente com o "livro de regras": " O princípio não pode, absolutamente, estar em conflito com outros princípios que devam ser pressupostos para justificar a regra que este está aplicando, ou com qualquer outra parte considerável das outras regras"⁷². DWORKIN exemplifica isto, imaginando um juiz que deseja aplicar a um caso difícil "um princípio cristão radical", segundo o qual cada cidadão tem o direito moral de haver, daqueles que são mais ricos, o excedente de sua riqueza. Este juiz poderia querer aplicar este princípio, por exemplo, em matéria de responsabilidade civil, baseando-se nele para princípio negar um pedido de ressarcimento contra um pobre, argumentando que o direito do autor, mais rico, deve ser contrabalanceado pelo direito da outra parte à caridade. No entanto, decidindo desta forma, ele está sendo incoerente com a maior parte das regras enunciadas no "livro de regras". Por isso, a concepção dos direitos assume que o "livro de regras" representa os esforços da comunidade para reunir todos os direitos morais e exige que qualquer princípio que dele não conste não seja relevante na jurisdição.

A tese dos direitos conduz à elaboração de uma tese ulterior, a da resposta correta. Esta implica na admissão da completude do direito e, portanto, na negação da crença positivista nas lacunas do direito - isto resulta na rejeição da discricionariedade do juiz, que sempre pode encontrar nos princípios uma resposta correta para todos os casos, mesmo para os mais complicados (que DWORKIN chama de *hard cases*). Esta resposta correta, a boa resposta, o juiz não cria, ele constrói a partir dos princípios do direito, identificados na legislação e nos

⁷² *ibidem*, p. 16.

precedentes (os direitos individuais devem ser direitos institucionais), tratando de decidir, portanto, de maneira coerente com o direito existente. Neste sentido, DWORKIN vê o direito como um grande relato, e a conjugação do passado do direito com as exigências da ética pública determina a integridade desta narrativa. Isto resulta na recepção de uma idéia de justiça à maneira de RAWLS, em que justiça é vista como integridade, como equidade (*fairness*). Tal idéia de justiça não se refere a pressupostos universais, mas é a medida da coerência do direito de uma comunidade com as exigências ético-políticas da vida nesta comunidade.

Por fim, DWORKIN diz que a aplicação do direito, tendo em vista a justiça como equidade, é tarefa de um juiz dotado de qualidades quase que impossíveis de coexistirem em uma só pessoa, razão pela qual chama este juiz "ideal" de Hércules.

III.2.3 O modelo de sistema racional de Robert ALEXY: regras, princípios, procedimentos

Robert ALEXY pretende construir um modelo de sistema do direito que possa ser considerado racional. Assim, procura recuperar a idéia de razão prática, através de uma teoria do discurso vista como uma teoria de procedimentos - uma norma vai ser considerada exata na medida em que resultar de um determinado procedimento, aquele do discurso prático racional⁷³. Esta teoria do discurso, sendo um modelo de teoria argumentativa, se caracteriza pelo fato de que as convicções e os interesses dos indivíduos podem se modificar ante os argumentos que são colocados ao longo do procedimento. Neste sentido, é uma teoria que parte do pressuposto de que é possível chegar-se a um consenso. Para tanto são estabelecidas regras do discurso que pretendem formular como que um código da razão prática. Estas vão desde as regras "de base", que descrevem as condições "*de la possibilité de toute communication verbal dans laquelle il s'agit de vérité et d'exactitude*", até regras que exprimem uma situação ideal para o desenvolvimento do discurso.

As chamadas regras de base constiuem condições mínimas da racionalidade do discurso. Como exemplo de regra de base, a de que nenhum locutor pode entrar em contradição, ou a de que locutores diversos não podem empregar a mesma expressão com significações diversas. Em uma situação de discurso ideal, por exemplo, toda pessoa que pode falar pode participar do

⁷³ ALEXY, Robert. "Idée et structure d'un système du droit rationnel" in *Archives de philosophie du droit*, t. 33, p. 22.

discurso, todos podem problematizar cada assertiva feita, todos podem exprimir seus pontos de vista, seus desejos e necessidades. Existem ainda outros tipos de regras, relativas à "*charge d'argumentation*" (para aqueles que agem de forma diferente no confronto de várias pessoas), as formas dos argumentos (que não chegam a ser regras do discurso), e as regras de fundamento específicas do discurso prático (por exemplo o princípio da troca dos papéis, o princípio do consenso e o princípio da publicidade).

Para ALEXY, o sistema do direito não pode prescindir de uma teoria do discurso, da mesma forma que esta não pode ter ampla validade que não dentro de uma teoria do direito e do estado⁷⁴. Desta forma, e procurando estabelecer uma coerência entre os "aspectos ideais e não institucionalizados" e os "aspectos reais e institucionalizados" da racionalidade prática, através de sua teoria da argumentação jurídica, ALEXY procura conjugar dois modelos de sistema do direito: o modelo segundo o qual o direito é visto como um sistema de normas, e o modelo segundo o qual ele é visto como um sistema de procedimentos.

Como um sistema de procedimentos, o direito apresenta quatro diferentes níveis: o nível procedimental do discurso prático geral, o nível da criação estatal do direito, o nível (não institucionalizado) do discurso jurídico e, por fim, o nível dos procedimentos jurídicos institucionalizados. O discurso jurídico diferencia-se do discurso prático racional, uma vez que nele não se coloca apenas a questão de saber, simplesmente, qual é a solução mais racional, mas de saber qual é a solução mais racional dentro do sistema do direito⁷⁵. A solução mais racional no

⁷⁴ *ibidem*, p. 30.

⁷⁵ *ibidem*, p. 34.

sistema do direito é aquela que se fundamenta da melhor maneira, levando-se em consideração as ligações do direito positivo e considerando a jurisprudência e a dogmática desenvolvida pela ciência do direito⁷⁶.

Como um sistema de normas, o direito pode ser concebido apenas como um sistema que concilie os níveis das regras e dos princípios (e, como terceiro nível, o dos procedimentos).

Para ALEXY, os princípios são obrigações de otimização, enquanto as regras têm um caráter de obrigação definitiva. Assim, para os princípios a ponderação é a forma característica da aplicação do direito, ao passo que, para as normas, é aplicada a subsunção. Quando há contradição entre duas normas, elimina-se esta contradição, declarando-se a invalidade de uma delas (que é eliminada do sistema). Em relação aos princípios, uma colisão entre eles não vai resultar na sua invalidação ou na sua exclusão da ordem jurídica - a aplicação da ponderação consiste na determinação de uma relação de prioridade concreta, de forma que o princípio recusado continue a fazer parte do direito.

ALEXY diz, então, que a questão principal é a de determinar como se pode estabelecer uma relação entre regras e princípios em um sistema do direito. Ele recusa uma concepção de um sistema do direito fundado apenas nas regras, na medida em que este não propicia uma racionalidade total, pois a partir deste modelo a coerência e a segurança jurídica se tornam questões de "tudo ou nada"⁷⁷. As exigências que a razão prática faz ao direito vão muito além do princípio da fidelidade à lei e da segurança jurídica. Por outro lado, um modelo "puro" de

⁷⁶ *ibidem*, p. 33.

⁷⁷ *ibidem*, p. 35.

princípios, como uma opção radical ao modelo das regras, elaborado segundo a idéia de que o sistema do direito consiste apenas nos princípios, vai contra as exigências da segurança jurídica, em razão de sua grande flexibilidade e indeterminação, e contra o postulado da vinculação aos órgãos institucionalizados de criação do direito⁷⁸.

A incorporação dos princípios ao modelo de regra contribui para que sejam preenchidas as lacunas do modelo de regra "puro". Os princípios, concebidos como obrigações de otimização, são mais do que simples tópicos, dos quais se pode servir arbitrariamente - eles levam a formas de fundamentação das decisões jurídicas que não poderiam existir sem eles. A "obrigação de otimização" quer dizer duas coisas: uma medida M é proibida em relação aos princípios P1 e P2 se ela não se mostra eficaz na proteção do princípio P1, mas eficaz para impedir o princípio P2; M1 é proibida em relação a P1 e P2 se existe uma alternativa M2 que proteja P1, pelo menos de uma forma razoável, e que traga menos entraves a P2 ⁷⁹. A ponderação vai atuar, então, no sentido de que, à medida que o grau de não satisfação de P1 aumente, a importância da satisfação de P2 também deve aumentar .

Este modelo de aplicação dos princípios de ALEXY é construído com base nas teorias do direito constitucional alemão e se baseia na práxis do

⁷⁸ *ibidem*, p. 36.

⁷⁹ *ibidem*, p. 36.

*Bundesverfassungsgericht*⁸⁰. Segundo este modelo, o critério de correção das decisões é dado pela forma de argumentação nelas aplicadas: uma decisão se justifica se é suficiente e corretamente fundada em uma argumentação, ainda que não seja necessariamente justa.

Por isto, o modelo de regras e princípios necessita ser completado pelos procedimentos, pois as regras e os princípios não dizem nada a respeito de sua aplicação - formam apenas o lado passivo do sistema do direito.

⁸⁰ GIANFORMAGGIO, Letizia. "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argumentazione basata su principi", in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. IV serie- LXII, 1985, p. 91.

III.3 - A DIFERENÇA PRINCÍPIO/CONSEQUÊNCIA: A REELABORAÇÃO DE UM PARADOXO

Enunciamos acima, breve e superficialmente, três teorias que, partindo de postulados completamente diversos, concebem o direito como uma ordem teleológica que pode, portanto, atingir um fim: CANARIS fala em "adequação valorativa"; DWORKIN, partindo da premissa da unidade hermenêutica, em justiça como integridade; ALEXY, partindo da razão prática e do discurso "ideal", tem em mira um sistema de direito "racional". Nessas três teorias, os princípios desempenham um importante papel, pois, em todas, aparecem como uma alternativa que a dogmática jurídica oferece à excessiva rigidez de um sistema constituído por leis. O interessante destas teorias, é que têm em comum o fato de que projetam este ideal de direito para o futuro - têm um conteúdo prevalentemente prescritivo em detrimento de uma descrição do sistema do direito. Com quantos juízes Hércules já nos deparamos? É possível existir, seguindo ALEXY, uma situação comunicativa ideal na qual se desenvolvam os procedimentos judiciais? Pode ser atingido, como quer CANARIS, um modelo de perfeição da dogmática?

No âmbito desta pesquisa, estas teorias interessam-nos na medida em que representam, de três perspectivas diversas, uma nova forma de abordagem dos Princípios Gerais do Direito, enquanto orientados pelas suas consequências. Depois dos direitos naturais e dos direitos da razão, que se afirmaram no passado do sistema do direito, vem a era dos direitos determinados por suas consequências, que se afirmam na projeção do futuro. Assim, é

introduzido um novo paradoxo no direito, em substituição à diferença justo/injusto, a distinção legal/ilegal passa a demandar o apoio da diferença princípio/consequência. O que nos interessa, aqui, discutir se este tipo de codificação binária, enquanto referência para as decisões no sistema do direito, é compatível com o princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais. E, mais, se os princípios, operando a partir deste tipo de distinção, estão em condição de condicionar estas decisões (na forma típica da argumentação jurídica "se...então"), ou se devem ser concebidos como programas de escopo (o que remeteria a validade de uma enunciação jurídica à consequência que ela produz). Mais ainda, interessa-nos discutir aqui a programação de escopo, concebida desta forma, é operativamente funcional para o sistema do direito. Enfim, queremos saber, ainda, se a conhecida "certeza do direito", traduzida na função do direito de reduzir expectativas estruturando expectativas de expectativas, pode ser mantida.

No desenvolvimento recente do direito, LUHMANN identifica fenômenos que revelam uma sobrecarga deste, que resulta no surgimento de processos de reestruturação mediante os quais o sistema vai reagir ao aumento e à transformação das demandas do ambiente em mutação⁸¹. Entre estas transformações, LUHMANN menciona o controle político das premissas decisórias de caráter restritivo, a maior orientação da práxis decisória judiciária e das

⁸¹ LUHMANN, Niklas. "La differenziazione dei sistema giuridico", La differenziazione..., *op. cit.*, p. 71.

próprias construções dogmáticas, em direção às consequências desejadas e, também, a pré-seleção da juridicização mediante variáveis extra-jurídicas⁸².

O princípio da diferenciação funcional da sociedade implica no fato de que existem, no interior da sociedade, sistemas autopoieticos que executam funções próprias, a eles específicas. O fato de que a política passe a oferecer restrições às decisões jurídicas é um fato preocupante, pois coloca em risco este primado da diferenciação funcional. A política, tal como o direito, é um sistema social diferenciado funcionalmente no interior da sociedade. Sua função própria é a de tornar possível decisões coletivamente vinculantes, ainda que na ausência de consenso. Ainda que a política se sirva, institucionalmente, das mesmas organizações de que o direito se serve, sua seletividade é orientada de um modo diverso daquela do sistema do direito, a partir de uma codificação binária própria. Isto é já bastante problemático em nível da legislação (concebido, tradicionalmente, como o âmbito da produção do direito), e se torna muitíssimo problemático em nível da adjudicação (entendido como o lugar da aplicação do direito). Por exemplo, em nível da legislação, este problema vai se manifestar na quantidade e na qualidade das normas produzidas como resultado de processos políticos que reagem a suas próprias representações, produzidas em seu interior, e que não são capazes, portanto, de responder aos problemas jurídicos em nível decisório de mais alta coesão, ou até mesmo, simplesmente, de operar de modo a formar expectativas⁸³. Segundo LUHMANN, todo sistema de função necessita de um nível decisório dotado de uma elevada capacidade de agregação, que possa

⁸² LUHMANN, Niklas. *idem*, p. 72.

⁸³ *idem*, p. 73.

ser referência para um grande número de decisões, não obstante os detalhes de cada caso. Em se tratando do sistema do direito, este nível mais abstrato vai ser constituído, em parte, pela dogmática jurídica (através de seus conceitos e de suas teorias) e, em parte, no interior da casuística relativa aos princípios derivados da jurisprudência dos tribunais superiores⁸⁴. Esta tarefa, diz LUHMANN, tem sido abandonada pelo processo legislativo.

Isto leva à discussão do problema da adjudicação e da tomada de posição dos juizes no sentido de estabelecer aquilo que a legislação não se mostra capaz, pelos motivos que acima foram descritos, de realizar: um nível mais elevado de coesão ou, ainda, de abstração do direito.

Assim, a prática jurisdicional e a dogmática jurídica, diante de um material normativo inadequado, vão buscar na orientação pelas consequências os critérios para a aplicação do direito. LUHMANN diz que essa valoração das consequências, aparentemente, serve como uma "espécie de teste quanto à relevância social dos casos jurídicos e das posições jurídicas. A relevância social, assim, não tem origem apenas nas valorações existente nas normas, mas é temporalizada e derivada por via indireta através da dimensão temporal"⁸⁵. Trata-se, portanto, da introdução de uma assimetria a partir da variável "tempo", que passa a constituir critério para a tomada de decisões. Se isto é possível, e em que medida isto é possível, LUHMANN considerar um dos problemas cruciais da teoria contemporânea do direito.

⁸⁴ *ibidem*, p. 74.

⁸⁵ *ibidem*, p. 74.

Dentro deste debate, os Princípios Gerais do Direito, mascarados sob a etiqueta "princípios-programáticos", dentre outras que pretendem diferenciar um tipo específico de "princípio" dos tradicionais princípios do direito, têm sido o instrumento dogmático preferencial neste tipo de prática judicial orientada às consequências. A discussão sobre se as decisões judiciais, através do uso dos Princípios Gerais do Direito, podem ser feitas com base nas suas consequências, deve considerar uma análise da diferença princípio/consequência como pressuposto para as operações do sistema do direito.

A partir do conceito de "forma" proposto por SPENCER BROWN , podemos verificar como esta diferença se produz. Uma forma se constitui na medida em que uma de suas partes é indicada, o que vai estabelecer um confim e, simultaneamente, a distinção entre suas duas extremidades. Desta maneira, uma parte da forma existe em dependência da outra e, assim, toda e qualquer forma é necessariamente auto-referencial, uma vez que, para atravessar o confim que a constitui, uma forma deve sempre partir de uma parte já indicada. Por ser auto-referencial, uma forma exclui valores exteriores a ela, o não impede, que distinções ulteriores, desenvolvidas a partir da própria forma, introduzam outras indicações.

Exemplificamos tudo isso com a descrição feita por DE GIORGI⁸⁶ da diferença igualdade/desigualdade, abordada como um esquema em duas partes que exclui outras possibilidades que não sejam a travessia do confim, a passagem de uma a outra parte da forma. Diante do fato de que outras indicações estão

⁸⁶ DE GIORGI, Raffaele. "Modelli giuridici...". *op. cit.*, p. 373.

excluídas deste esquema em duas partes, e que não é possível voltar atrás após o momento em que a distinção é traçada, pode-se apenas partir de uma das partes da forma para que sejam efetuadas outras operações que não consistam sempre em um contínuo reentrar de uma distinção em si mesma. DE GIORGI diz que, por isso, é importante estabelecer a forma com que se começa. Na forma igualdade/desigualdade a assimetria é traçada a partir do espaço da desigualdade: *"Disugualianza denomina lo spazio della tensione, il luogo del problema di cui si deve ulteriormente occupare la comunicazione sociale"*⁸⁷. A igualdade permanece como um valor que se explica por si mesmo; ela é apenas *"il valore di riflessione per la contingenza della disugualianza"*⁸⁸. Esta diferença entre igualdade e desigualdade, então, encerra um paradoxo; no direito, este paradoxo é explícito: *"c'è addirittura il divieto della disugualianza; in altri termini, c'è l'obbligo, una volta attraversato il confine, di riattraversarlo, arricchendo così la forma"*⁸⁹. Isto serve, no entanto, para os fins da operacionalização jurídica: o fato de que o espaço da igualdade não seja marcado permite ao direito estabilizar sua diferenciação, pois imuniza-o quanto às determinações da desigualdade.

Partindo deste esquema e deste exemplo, procuraremos interpretar a forma princípio/consequência. A bipolaridade desta diferença implica em que uma consequência deve ser previamente indicada para que seja estabelecido um princípio. Contudo, a consequência não pode ser estabelecida *a priori* já que, que por sua vez, deve ser o resultado da indicação de um princípio. O direito opera

⁸⁷ *idem*, p. 375.

⁸⁸ *idem*, p. 375.

⁸⁹ *idem*, p. 375.

com base em uma condicionalidade por meio da qual o ilegal vem determinado pelo legal (e, neste sentido, o que não é direito pertence ao domínio do que é direito). A diferença princípio/consequência surge como uma distinção posterior, desenvolvida a partir desta diferença basal entre direito e não direito. Assim, ela só se torna operativa à medida em que um princípio pode funcionar como uma condição de uma consequência. O direito opera com base em programas condicionais: "Se (...), então (...)". Se este tipo de formulação dos Princípios Gerais do Direito não funciona como um condicionamento, esta não é informativa para o sistema. Assim, se estes são indicados em função de suas consequências, ao invés de como condição destas, não é mais possível falar em princípios como programa condicional que permite que o direito seja atualizado com referência ao seu passado.

Na medida em que as duas partes da forma dependem uma da outra, ao menos uma delas deve ter seu espaço indicado, de modo que a outra extremidade da forma possa ser atingida quando este confim é atravessado. A forma princípio/consequência não pode observar a si mesma através de sua própria distinção: não se pode indicar, aqui, se a parte "princípio" desta forma é um princípio (um ponto de partida) ou uma consequência; a mesma coisa vale para a outra extremidade da forma, a parte "consequência". A forma princípio/consequência é, portanto, não apenas auto-referencial (no sentido de que observa uma coisa a qual também pertence), mas também paradoxal, já que as condições de sua possibilidade (a indicação de uma das partes desta forma) são simultaneamente as condições de sua impossibilidade (pois uma parte não pode

ser indicada sem a outra). É impossível a travessia de uma extremidade à outra da forma. O paradoxo impede, aqui, que esta operação se realize.

No entanto, a despeito da configuração paradoxal desta diferença, a dogmática jurídica opera a partir dela. Para o sistema, este paradoxo não constitui um problema; o problema do paradoxo está em nível da observação. Este paradoxo, observado de uma teoria do direito não dogmática, pode ser descrito também de outras maneiras: Os princípios não existem, porque são criados em função das consequências que produzem; por outro lado, existem, pois produzem determinadas consequências (dando lugar não exatamente a estas consequências, que podem não ser exatamente aquelas esperadas, mas a efeitos que surgem em função delas). Os juízes não criam o direito, porque interpretam o direito aplicando seus princípios gerais; mas criam o direito, quando o aplicam tendo em vista determinadas consequências, porque nem todas elas e, portanto, nem todos os princípios, podem ser previstos pelo direito.

Como sair deste(s) paradoxo(s)? Como o direito reage e opera tendo em vista seus paradoxos?

O sistema do direito, incapaz de uma total auto-observação, esconde seus paradoxos. Este comportamento auto-simplificador funciona como uma condição para que ele continue operando. Isto porque uma descrição dos princípios do direito como paradoxos do direito à discussão, por exemplo, a respeito do direito que tem o sistema do direito de dizer o que é direito e o que não é direito. A incapacidade de uma total auto-observação, neste sentido, é uma condição da sobrevivência do sistema. Este não pode permanecer imobilizado pelo contínuo reenviar-se de uma distinção a si mesma. Os paradoxos são observáveis

e vão interessar a um observador de "segunda ordem" que, realizando observações sobre as observações de um sistema, vão descrever as funções que têm os paradoxos no prosseguimento da *autopoiesis* de um sistema.

O paradoxo vai constituir um problema em nível da observação do sistema, mas em nível das demais operações, o sistema reage como se o paradoxo não existisse. A elisão do paradoxo se torna, desta forma, um pré-requisito da continuidade das operações do sistema. Ele prosseguirá na sua *autopoiesis*, e sempre que se encontrar bloqueado pelo contínuo reenvio de uma distinção a si mesma, o sistema "escapará" desta circularidade criando novas distinções, desparadoxantes. É o que acontece com a figura dogmática dos Princípios Gerais do Direito.

A colocação da diferença princípio/consequência opera uma mudança do referencial do direito, na medida em que o sistema do direito deixa de acordar-se com o seu passado para projetar-se no futuro. Isto conduz à questão de se saber se os efeitos do direito podem ser considerados como um critério para a determinação do próprio direito. LUHMANN diz que esta é uma teoria não muito convincente, pois, se por um lado o futuro é uma coisa que permanece sempre inobservável do presente, por outro lado coloca uma questão posterior relativa a qual tipo de "adivinhação" a respeito do futuro pode ser considerada válida para a tomada de decisões⁹⁰. A consequência esperada pela aplicação de um princípio pode não ser alcançada e, inobstante, a decisão deve permanecer válida. Uma situação onde uma sentença possa deixar de ser válida porque não produziu os

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. "The third question...", *op. cit.*, p. 160.

efeitos previstos vai contra qualquer idéia de direito enquanto sistema que pretende assegurar expectativas, protegendo-as da desilusão. Uma decisão orientada às suas consequências, portanto, comporta grandes riscos, colocando a certeza e, principalmente, a certeza do direito, como problema e como valor⁹¹. Por outro lado, tal orientação também atenta contra o "princípio" da igualdade: *"Ocorre inoltre ammettere con la necessaria franchezza che il perseguimento degli scopi è, in linea di massima, un'operazione ingiusta perchè coinvolge colui che agisce in violazione del principio di eguaglianza"*⁹². LUHMANN explica que não se pode procurar atingir determinados efeitos através da razão e, simultaneamente, decidir de modo igual casos iguais. A este propósito, ele cita ECKHOFF, no sentido de que não se pode pretender, de um juiz, simultaneamente imparcialidade e responsabilidade⁹³.

A reconstrução histórica que realizamos do conceito de Princípios Gerais do Direito demonstra como o paradoxo de uma concepção de "princípios" tem sido, continuamente, recolocado por outras distinções que são, embora também paradoxais, altamente operativas. A partir dessa narrativa, constatamos que a figura dos Princípios Gerais do Direito não tem um conteúdo semântico, no sentido de que possa determinar o direito sob o plano do conteúdo. O princípio da igualdade serve para que o sistema possa admitir, em determinados casos, a desigualdade; o princípio da certeza do direito não exclui que, decisões tomadas

⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, op. cit., p. 80.

⁹² *idem*, p. 86.

⁹³ ECKHOFF, "Imparciality, Separation of Powers, and Judicial Independence" in *Scandinavian Studies of Law*, IX, 1965, pp. 11-48; *apud* LUHMANN, Niklas. op. ult. cit., p. 86.

com base nas consequências afastem este princípio em favor de um outro princípio (como, no direito comunitário o princípio do *effet utile*). Por isso, nem mesmo a dogmática tem a pretensão de que os princípios não possam ser contraditórios entre si. Eles são concebidos como estruturas elásticas o suficiente para compensar a rígida binariedade do código do legal e do ilegal.

Nesta análise, os princípios são paradoxos do direito que, no entanto, são altamente operativos para o sistema do direito. Eles cumprem a importante função de fazer com que o sistema funcione continuamente, operando decisões ainda quando o sistema não ofereça uma resposta, sob a proteção das leis (ou dos precedentes), às questões que lhe são submetidas. Diante da cláusula do *non liquet*, que deve ser considerada como o princípio de todos os princípios, os juízes são obrigados a decidir: os paradoxos do sistema devem ser "superados", a distinção deve ser salva, a *autopoiesis* deve prosseguir. Simultaneamente, eles propiciam a continuidade da *autopoiesis* do sistema do direito, estruturando novas expectativas sobre expectativas. No entanto, não estão em condições de "guiar" a evolução do direito e, através deste, a evolução da própria sociedade. O direito não tem um "princípio", e não tem também um "fim": o que importa é que esta circularidade seja interrompida e que, através da interposição de diferenças criativas - no sentido de que podem criar diferenças ulteriores - o direito possa realizar sua função. Esta é a única teleologia a que o sistema do direito pode aspirar; e esta é a única teleologia a que os princípios podem servir.

CAPÍTULO IV

A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PELA CORTE DE JUSTIÇA EUROPÉIA: UM USO CRIATIVO DOS PARADOXOS DO DIREITO

A teoria jurídica de nosso século, principalmente devido ao grande influxo do positivismo jurídico, tem privilegiado a relação do direito com o Estado, ignorando o fenômeno do direito extra-estatal. Talvez isso explique uma escassez, para não dizermos uma quase ausência de textos de teoria do direito que se ocupem do fenômeno da Comunidade Européia¹. Por outro lado, são abundantes os manuais de Direito Comunitário, e os periódicos publicam muitos estudos que analisam aspectos variados e bastante pragmáticos do direito comunitário europeu. Um aspecto interessante desta literatura é que ela é comumente produzida por ex-juizes da Corte de Justiça Européia. Talvez por isto não se preocupe muito em "problematizar" o direito comunitário - o ponto de vista permanece sempre sendo o ponto de vista "oficial" da Comunidade.

¹ A Comunidade Européia do Carvão e do Aço, a Comunidade Econômica Européia e a Comunidade de Energia Atômica, instituídas respectivamente pelo Tratado de Paris de 18 de abril de 1951 e pelo Tratado de Roma de 27 de março de 1957, são comumente tratadas como uma única entidade política, na medida em que atuam através dos mesmos órgãos. Com o Tratado de Maastricht, assinado em fevereiro de 1992, se fala também em União Européia, embora nos pareça prematuro tratar a Comunidade Européia já nos termos de uma unificação política - razão pela qual evitamos um excesso de otimismo neste sentido, preferindo falar simplesmente em Comunidade Européia (não mais apenas econômica).

Raros são, portanto, os estudos que se ocupam da existência e do desenvolvimento de um sistema comunitário de direito da perspectiva da teoria do direito². A resposta "implícita" a este tipo de investigação aparentemente tem sido conduzida à "é uma questão de fato", e com isso este direito se desobriga de qualquer compromisso de, através de uma teoria, refletir sobre si mesmo. Mas ainda que a existência de um direito comunitário seja uma questão de fato, esta assertiva tem que ser feita com base em alguma teoria consistente o suficiente para justificá-la, mesmo porque um grande problema tem sido o de se pensar o direito comunitário a partir de categorias do constitucionalismo clássico que, como se aprende já nas primeiras lições de direito, é correlato da própria idéia de Estado "soberano".

O desenvolvimento de um direito de tipo comunitário, paralelamente ao desenvolvimento de uma integração europeia, coloca em embaraço algumas posições *standart* na teoria jurídica³. Torna-se necessário considerar o direito e, mais, o próprio "Estado" para além da idéia de soberania.

O direito visto como "ordem do soberano" é uma concepção que remonta desde HOBBS, passando por BENTHAM e, na tradição da *jurisprudence* anglo-saxônica, chega até AUSTIN. O "problema" do direito comunitário poderia ser encaixado nesta visão, se compreendido como uma espécie de "cessão" de soberania por parte do parlamento. Contudo, isto não nos permitiria explicar como o direito comunitário - em seu desenvolvimento posterior - pôde adquirir autonomia e força vinculativa. Mas esta abordagem, para além da discussão a respeito da "natureza" do direito comunitário,

² A partir de uma teoria institucionalista do direito, MacCORMICK, Neil. "Beyond the Sovereign State" in *The Modern Law Review*, vol. 56, jan. 1993, n. 01. pp. 3-17.

³ MacCORMICK, Neil. *cit.*, p. 3.

pode ser considerada uma distorção da própria história dos "sistemas" jurídicos, como exemplifica MacCORMICK, na medida em que um dos maiores "sistemas" de direito de todos os tempos, o direito inglês, não é o direito de um Estado soberano, mas de apenas "parte" de um estado soberano.⁴

Uma possibilidade, então, seria a de se usar o modelo de HART para abordar o sistema comunitário, descrevendo-o a partir da união de regras primárias e regras secundárias. A tese da discricionariedade dos juízes, desenvolvida por HART⁵, poderia inclusive explicar a atuação dos juízes da Corte de Justiça Europeia (conforme trataremos a seguir, a Corte tem tido principalmente a função de "criar" o direito da comunidade), uma vez que, para HART, a validade do direito emerge não apenas da lei mas também dos costumes e de uma prática deliberativa. No entanto, a teoria hartiana apresenta deficiências na explicação da formação de um sistema do direito de tipo comunitário como um sistema de direito em certa maneira completo de outros "sistemas" do direito (tanto que, como veremos adiante, à medida que um Estado adere à comunidade, os princípios do direito próprios daquele determinado ordenamento são, ainda que indiretamente, "recebidos"⁶ pelo direito comunitário - o que, por outro lado, explica como este direito se desenvolve como uma forma particular, mas também híbrida, de direito, onde as grandes diferenças das culturas jurídicas devem coexistirem). Convém recordar aqui que, na obra O conceito do direito, HART considera o direito internacional como pertencente a uma "zona de penumbra" entre o direito e o que não é

⁴ MAC CORMICK, Neil. *cit.*, p. 02

⁵ HART, H. L. A. O conceito do direito . *op. cit.*

⁶ "Recebidos" por que é uma recepção *a posteriori*, que depende de uma decisão da Corte de Justiça neste sentido. Isto será mais claramente explicado adiante.

direito. HART privilegia o ponto de vista interno a um sistema para o estabelecimento de uma regra de reconhecimento baseada no costume e na prática judicial-argumentativa. Sua teoria não poderia portanto explicar como vários ordenamentos interagem na formação de um sistema de tipo comunitário e, mais ainda, como pode ser introduzido em um ordenamento um critério de validade de seu direito que seja exterior a este ordenamento individualmente considerado. Evidentemente, surgem problemas de validade de normas nacionais em contraste com as disposições da Comunidade - exemplo disto é o caso *Cohn-Bendit*, no qual uma proibição do *Conseil d'État* francês de que o líder estudantil do Maio de 68, de nacionalidade holandesa, pudesse retornar à França, se vê confrontada com a liberdade de circulação de pessoas dentro da comunidade.

MacCORMICK vai explicar, a partir de uma visão do direito como um "fato institucional", o surgimento de uma comunidade europeia (e do direito comunitário). O ponto de vista institucional considera o direito como um tipo especial de sistema normativo, exatamente porque este apresenta um alto grau de institucionalização, o que vale dizer que ele é altamente determinável e controlável, com um grande potencial de decidibilidade. De acordo com esta teoria, o desenvolvimento desta comunidade indica que já estamos além da idéia de estado "soberano", embora não se possa dizer, ainda, que a Comunidade Europeia constitua, por sua vez, uma espécie de megasoberania que a faça constituir algo como uma soberana federação de Estados não mais soberanos⁷. O direito não pode, então, ser explicado com base no Estado soberano. Nesta mesma

⁷ MacCORMICK, Neil. *cit.*, p. 03.

direção, se orienta BENGOETXEA⁸ entendendo que "Institutional Legal Positivism" (expressão criada por OTA WEINBERGER) possa explicar o direito comunitário como um tipo de ordem normativa, como o são a moral, a política e o próprio direito.

Procuraremos enfrentar o problema da "natureza" do direito comunitário de uma perspectiva da Teoria da Sociedade. Partindo do quadro teórico que traçamos na primeira parte deste trabalho, podemos dizer que a *Community Law* é direito, e mais (porém sob este aspecto a questão talvez seja um pouco mais complicada), constitui-se no interior do sistema do direito funcionalmente diferenciado. Assim como existe um sistema da sociedade, o sistema da sociedade do mundo⁹, existe um sistema de direito, ao qual se referem todas as comunicações produzidas a partir da distinção licito/ilícito (ou direito/não direito). Este sistema do direito se organiza politicamente em bases regionais "entrelaçadas" em ordenamentos jurídicos regionalmente válidos¹⁰. A maneira pela qual isto acontece é resultado de determinadas condições (históricas, por exemplo) que se modificam ao longo da evolução da sociedade e do próprio sistema do direito. Em um determinado momento desta evolução da sociedade, o direito passou a ser atrelado à idéia de Estado que, por sua vez, passou a ser concebido como um "Estado de Direito". Daí porque, prioritariamente, o direito se organizou sobre a base deste modelo de Estado. Com a criação da Comunidade Européia, inicialmente uma comunidade econômica que, no entanto, evolui como forma de organização política -

⁸ BENGOETXEA, Joexerramon. "Institutions, Legal Theory and EC Law" in *Archiv für Rechts-und Sozial philosophie*

⁹ "A determinação da sociedade como sistema social global tem como consequência que para cada comunicação que seja capaz de conectar-se com outra pode existir um único sistema da sociedade". LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *op. cit.* p. 45

¹⁰ LUHMANN, Niklas. "Evoluzione dei diritto" in *La differenziazione....*, *op. cit.* p. 59

declarou o primeiro presidente da Comissão Europeia, HALLSTEIN: "we are in economics, not in politics"¹¹ - aquele modelo tem se tornado obsoleto. Se pode mesmo falar, ainda que prematuramente, de uma tendência mundial neste sentido, porque, como reação à criação de um espaço único europeu, outras regiões se movimentam na formação de "mercados comuns" - caso da América do Norte, através do NAFTA, e da América Latina, com o MERCOSUL, por exemplo.

O direito comunitário, de uma perspectiva sistêmica, pode ser descrito como um subsistema do sistema do direito que, por sua vez, compreende outros subsistemas (ou ordenamentos jurídicos). Este tipo de abordagem permite que o surgimento deste direito seja explicado não apenas do ponto de vista de sua estrutura, mas também, e principalmente, a partir de seu funcionamento.

A questão prioritária para uma teoria da *Community Law*, posta corretamente nos termos da Teoria da Sociedade, então é a seguinte: "Pode-se falar na existência de um ordenamento (ou de um subsistema) de direito comunitário?". A resposta é positiva. Isto, por duas razões básicas, que decorrem do postulado geral da teoria dos sistemas autopoieticos: primeiro, porque - consequência imediata da autoreferencialidade do direito - a Teoria da Sociedade não vincula a existência do direito à anterioridade do Estado (tanto que em sociedades segmentárias há direito); segundo, porque as comunicações aqui referidas se produzem e se reproduzem, preferencialmente, sob a forma de comunicações orientadas à diferença direito/não direito. Em resposta da primeira razão aduzida, a Teoria da Sociedade poderia admitir como um sistema de direito outros tipos de ordenamentos não estatais, como um

¹¹ *apud* CASSESSE, Sabino. "La Costituzione Europea" in *Quaderni Costituzionali*, a. XI, n.3, dez. 1991, p. 499

"código" de conduta interno a uma organização criminosa (exemplo encontrado em HART), porém a tentativa de conduzir tais "ordenamentos" a uma idéia de direito não é possível tendo em vista a segunda razão. Considerados da perspectiva de sua função, estes sistemas não são diferenciados no interior da sociedade; e, mais, não oferecem nenhuma prestação aos demais sistemas sociais.

Neste trabalho, procuraremos focalizar principalmente a segunda razão acima exposta; aquela que, afinal, nos parece ser o ponto decisivo para a caracterização de um ordenamento jurídico comunitário. O ponto de partida para a construção de uma teoria do direito que reflita também o direito comunitário é uma análise de se e como este ordenamento opera com referência à codificação binária direito/não direito, específica do sistema do direito. Por outro lado, esta teoria só é possível se construída no interior do sistema do direito (pois, do contrário, ela não pode refletir o direito), o que, como pudemos verificar em nossas pesquisas bibliográficas, é um fenômeno ainda incipiente. Uma análise do "direito comunitário", sob a perspectiva de uma teoria do direito suprapositiva e supradogmática, pode começar a partir da seguinte indagação: o que se pode dizer de um direito que não reflete sobre si mesmo ?

A resposta imediata, por tudo que já sabemos a respeito do funcionamento dos sistemas autopoieticos funcionalmente diferenciados, só pode ser uma: ele prosseguirá operando às cegas.

Este perigo, ou esta realidade, adquire um grande significado no âmbito do ordenamento comunitário adquire um grande significado. Isto, porque o direito comunitário, a parte o fato de ser um ordenamento não-estatal, apresenta uma outra peculiaridade que dificulta sua descrição a partir das categorias clássicas. Este ordenamento foi criado tendo em vista uma finalidade muito específica que é aquela

enunciada no art. 2º do Tratado que Institui a Comunidade Económica Européia ¹². Daí, adquire um carácter fundamental, para a Comunidade, saber em que direcção o direito comunitário se desenvolve, e mais, até que ponto ele pode garantir a realização daquelas metas através do direito. O problema é complexo, principalmente se pensamos nele de uma forma mais geral, devolvendo-o à questão da diferenciação funcional do sistema do direito. Estes aspectos vão ser discutidos na conclusão deste trabalho, quando examinaremos o papel político da Corte de Justiça Européia e a impossibilidade, por parte do direito, de assumir a responsabilidade de ser "guia" da evolução da sociedade.

Por ora, queremos concluir estas observações, retomando o tema da construção de uma teoria jurídica que descreva o direito comunitário. Evidentemente, não se trata de uma teoria jurídica feita sob medida para este direito, mas, sim, de uma teoria que explique este ordenamento como uma forma regionalizada de direito, desvinculando-o, portanto, dos dogmatismos que o reduzem enquanto fenómeno de comunicação interno à sociedade. Se existe um sistema de direito na sociedade, este constrói em seu interior as teorias que o auto-descrevem. Estas teorias devem apresentar um alto grau de abstracção, para que possam descrever o sistema do direito, independentemente da ligação com as figuras contingentes de pensamento, próprias da

¹²Em atenção a importância que tais "fins" vão adquirir no desenvolvimento desta pesquisa, principalmente quando trataremos da diferença princípio/consequência, transcrevemos o conteúdo daquele artigo: "A Comunidade tem como missão promover o estabelecimento de um mercado comum e pela aproximação progressiva das políticas económicas dos Estados membros, um desenvolvimento harmonioso das actividades económicas no seio da Comunidade, uma expansão continua e equilibrada, um maior grau de estabilidade, um aumento acelerado de nível de vida e relações mais estreitas entre os estados que a integram".

tradição jurídica que se transmitiu e dos vínculos dessa tradição com um certo modo de serem colocadas as questões, o que depende sobretudo da estrutura destas formas de direito: *"Assim e sobre a base de uma diferenciação social do sistema da ciência e do sistema da política, estas pesquisas poderiam adquirir uma certa distância do direito regionalmente válido e controlar criticamente e comparativamente aquelas soluções de problemas que se consolidaram como válidas"*¹³.

Neste sentido, LUHMANN indica que se poderia aspirar não tanto a uma internacionalidade do direito, mas a uma internacionalidade dos métodos de pesquisa aplicados aos diversos ordenamentos jurídicos. Isto coloca em relevo, então, a importância da teoria do direito no interior de um ordenamento comunitário - mais do que permitir uma reflexão do direito sobre o direito, esta teoria se torna o pressuposto de sua própria possibilidade enquanto ordenamento jurídico. Da perspectiva de uma teoria do direito, o peso da divergência das tradições jurídicas envolvidas na formação do direito comunitário não constitui obstáculo a este desenvolvimento - ao contrário, apenas a partir de uma teoria do direito suficientemente abstrata se pode falar de superação destas diferenças. Considerando que o embate de cada dia, na construção do ordenamento comunitário, é exatamente pela superação das diferenças de culturas jurídicas (falando-se, então, de "harmonização" ou de "unificação" dos direitos nacionais), podemos intuir a urgência de uma teoria do direito capaz de refletir o direito comunitário.

¹³LUHMANN, Niklas. "Evoluzione del diritto" *op. cit.*, p. 59.

IV.1 DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU?

Na sociedade moderna o direito é um produto do Estado. Através do direito, o Estado moderno se organizou politicamente, juridicizando o seu poder político. Isto se deu sob a forma dos estados constitucionais e do chamado "Estado de Direito". O Estado de Direito ou a *rule of law* é uma aquisição evolutiva da sociedade que corresponde a um maior grau de diferenciação dos sistemas sociais. *"É uma forma de juridicização auto-referencial do poder que coloca a disposição dos indivíduos o poder de coerção, politicamente organizado, de instâncias centrais; e isto ainda quando o conteúdo do direito não tenha sido de fato controlado politicamente, mas tenha sido produzido na forma de um contrato"*¹⁴. Assim, também o próprio poder político pode ser submetido ao direito, assim como pode recorrer a seus próprios instrumentos coercitivos, podendo transformar até mesmo o direito, contanto que isso ocorra de acordo com as condições que, com este fim, foram fixadas no próprio sistema do direito.

O fenômeno do direito comunitário aparece como um caso de direito não-estatal que, no entanto, tem a sua origem na manifestação das vontades de uma pluralidade de estados, através dos Tratados. Neste sentido, pode-se falar, à maneira de MacCORMICK, que o conceito de soberania está ultrapassado. No entanto, por outro lado, não podemos menosprezar o papel da "vontade" soberana dos estados na formação do direito comunitário. Os Tratados que instituem a Comunidade (o Tratado de Roma, o Ato Único Europeu e o Tratado de Maastricht) assumem o papel de uma espécie de constituição, embora não se possa falar aqui de um poder constituinte

¹⁴LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *op. cit.*, p. 136. É interessante reparar na improbabilidade desta construção., para a qual os autores da Teoria da Sociedade chamam a atenção.

originário, nos moldes do moderno constitucionalismo. Mas, na medida em que eles claramente contêm uma enunciação de princípios e diretrizes para a criação de uma União Europeia (criando e, simultaneamente, projetando a comunidade), assim como uma constituição "fecha o sistema do direito enquanto o regula como um âmbito no qual essa mesma reaparece"¹⁵, os Tratados também apresentam esta característica autopoietica. À maneira de uma constituição, eles **constituem** uma "*estrutura autológica que assegura a autoreprodução do direito através do direito*"¹⁶. Porém, sob muitos outros aspectos não podem ser comparados com as constituições modernas - e isto é devido principalmente ao fato de que os tratados não se esgotam nos textos escritos dos quais os Estados-membros são signatários, eles são "escritos" pela prática interpretativa da Corte de Justiça Europeia. É neste sentido que falamos de criação *a posteriori* de um sistema de direito-comunitário europeu.

Embora a Corte desenvolva este papel de "escrever" a Constituição Europeia, ela nega sua auto-referência. Os tratados foram reconhecidos pela Corte de Justiça Europeia como a "constituição" do ordenamento comunitário. No caso 294/83, *Parti écologiste "Les verts" v. Parlamento Europeu*, a Corte enfatizou que a Comunidade Europeia se baseia na *rule of law*: "*La Communauté Economique Européenne est une communauté de droit: ni les Etats Membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le Traité*"¹⁷. Os tratados, neste sentido, são documentos chamados por

¹⁵ LUHMANN, Niklas. "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", manuscrito, 1990. cit. *apud* DE GIORGI in "Modelli giuridici...", *cit.*, p. 365.

¹⁶ DE GIORGI, Raffaele. "Modelli giuridici...", *op. cit.*, p. 365.

¹⁷ Causa 294-83, *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1986, p.1365.

"tratados-constituição". No entanto, a possibilidade de que esta estrutura se tenha auto-constituído depende de anteriores aquisições evolutivas do direito como um todo: convenções no plano do direito internacional, relativas à realização de tratados; o princípio do *pacta sunt servanda* e, por que não, a própria idéia de soberania. Mais ainda, as possibilidades de desenvolvimento de um direito comunitário não se esgotam nos tratados: dependem da própria *autopoiesis* deste sistema.

Rigorosamente, portanto, a Comunidade Européia se constitui a partir dos instrumentos do direito internacional, mas se desenvolve como uma organização política e jurídica autônoma. Esta comunidade tem poderes de criar direito em determinadas esferas sobre as quais os estados renunciaram à sua soberania. O direito comunitário chama a isto de "Princípio da atribuição de competências"; as competências da Comunidade lhe foram atribuídas pelos estados (e, por isso, de outra parte não se pode menosprezar a figura do Estado na explicação do direito comunitário). A Comunidade se auto-organiza politicamente através do direito, e constitui um direito comunitário como um ordenamento de direito na concepção tradicional do termo.

A peculiaridade, então, está no fato de que este ordenamento de certa forma compreende outros sistemas do direito, e isto seguramente pode ser melhor explicado a partir de uma teoria sistêmica que descreva como estes ordenamentos se interagem ou, antes, como se constituem em um sistema "comunitário", mesmo que não estejam em interação. Partindo da diferença sistema/ambiente, cada direito dos Estados-membros da comunidade, individualmente considerado, pode ser descrito, ainda que "constitutivo" de um ordenamento supra-estatal, como sistema que goza de autonomia e fechamento normativo. Na medida em que se desvincula a existência do direito da idéia de soberania (e de "Estado"), de um lado se pode admitir sem

contradição, que o direito comunitário seja direito, mesmo não sendo o direito de um estado soberano e, de outra parte, se pode reconhecer que os direitos nacionais permanecem sendo ordenamentos jurídicos autônomos a despeito da realidade de uma comunidade que, efetivamente, produz direito que influencia objetivamente a vida dos cidadãos de cada Estado-membro. Podem ser concebidos estados não mais "soberanos", no sentido de que obedecem a um direito supra-estatal, mas, ao mesmo tempo, soberanos em relação a seu próprio direito. A partir da teoria dos sistemas autopoieticos, podemos considerar como cada ordenamento jurídico dos Estados-membros se incorpora como subsistema de um sistema unitário de direito comunitário, embora mantenha, por conta própria, sua cultura jurídica particular¹⁸.

Por fim, devemos admitir que a própria idéia de soberania constitui uma criação política e jurídica com o fim de elidir a condição originariamente autoreferencial e, portanto, paradoxal do direito. O conceito de soberania funciona como fonte de certeza jurídica e de paz social¹⁹, porque evita que qualquer decisão normativa possa ser contestada com base em legitimidade. Sendo assim, a soberania é uma construção teórica que, certamente, tem sua função, mas que também, como toda "construção", é contingente. Esta função do conceito de soberania poderia ser absorvida por um outro conceito. Por exemplo, a superação do paradigma da soberania pode ser considerada hoje uma forma de assecuração da paz mundial (e nisto estaria o verdadeiro sentido de

¹⁸ Sobre as formas de mobilidade dos sistemas nacionais neste sistema "complexivo" e unitário, estudadas a partir das categorias da absorção, extensão e incorporação, porém não sob a perspectiva sistêmica, v. BIEBER, Roland. "On the mutual completion of overlapping systems: the case of the European Communities and national legal orders" in *European Law Review*, 1988, p. 147-158.

¹⁹ MacCORMICK, Neil. *cit.* p. 15.

uma possível União Européia), como lembrou OTA WEINBERGER²⁰ em uma bellissima conferência realizada em Lecce, Itália, no dia 21 de junho de 1994. Desta forma, é evidente que aquilo que é produto da contingência não pode ser colocado como pressuposto para a existência do direito, pois o direito também é possível além da idéia de Estado soberano (da mesma forma como foi possível antes de que fosse formulada este tipo de conceitualidade).

A "originalidade" da *Community Law* não se esgota no fato desta ser um direito não-estatal (ou , como preferem alguns, supra-estatal), ou no fato de ser um sistema jurídico inicialmente orientado a um escopo apenas econômico ou, ainda, no fato de não se autoconstituir através de uma constituição no sentido continental-europeu do termo (estaria mais próximo da idéia que a *common law* faz de uma constituição). Tudo isto traz muitas outras conseqüências. O próprio modelo de organização institucional da Comunidade não encontra correspondência em outras experiências do direito. O Estado moderno de direito se apoia na divisão dos "três poderes" enunciada por MONTESQUIEU, que acreditava que essa arquitetura do poder fosse a forma de garantir que em um estado coexistam direito e liberdade. Desde então, esta estrutura tem representado a condição para o exercício do poder e, portanto, a forma de garantia da democracia. Esta *trias politica* encontrou sua maior expressão no regime federalista instituído pela Constituição Americana que, nas palavras da Suprema Corte dos E.U.A,

²⁰ Conferência apresentada no congresso regional "La sfida dei Federalismo", realizado em Lecce, de 20 a 22 de junho de 1994.

resulta em um sistema de *checks and balances*, apto a defender os cidadãos contra a concentração ou o abuso do poder por parte de uma autoridade²¹.

A estrutura institucional da Comunidade Européia, tal como foi formulada nos Tratados, se afasta da proposta de Montesquieu, e mais uma vez nos faz recordar que o direito existe tal como é por uma questão de contingência - ele é resultado de decisão. Este tipo de decisão é historicamente contextualizado e, assim, pode deixar de ser adequado à uma descrição da realidade²². O artigo 4º do Tratado CEE indica que a realização das tarefas confiadas à Comunidade são asseguradas por um Parlamento Europeu, um Conselho, uma Comissão e uma Corte de Justiça (note-se que, em 1991, foi criado o Tribunal de Primeira Instância).

O inusitado desta estrutura em quatro partes (quase ininteligível) é grande: a competência normativa é atribuída ao Conselho de Ministros (que em nível nacional é de origem executiva), enquanto aquele órgão que mais se aproximaria da clássica figura do Poder Legislativo, que é o Parlamento Europeu, passa a ter um papel de co-decisão no âmbito legislativo só a partir da assinatura do Tratado de Maastricht. Não se pode falar, a rigor, de um órgão que exerça o Poder legislativo, mas do exercício deste poder de uma forma difusa e interativa entre a Comissão, que detém o monopólio da iniciativa legislativa, e o Conselho, que deve levar a cabo o processo legislativo, após parecer do Parlamento Europeu (art. 145 Tratado CEE). O Poder Executivo, de acordo com o artigo

²¹ LENAERTS, Koen. "Some reflections on the separation of powers in the European Community" in *Common Market Law Review*, n. 28, 1991, p. 15. Para uma comparação dos contextos americano e europeu ver, do mesmo autor, Le juge et la constitution aux Etats-unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen. Bruxelas: Bruylant, 1988, Capítulo II.

²² A este respeito, ver LUHMANN, Niklas. "The third question...", *cit.*

145 e 155 do Tratado, também é exercido pela cooperação entre Conselho, Comissão e Parlamento. Já a Corte de Justiça Europeia, através de sua atividade interpretadora dos tratados tem, na prática, criado o direito comunitário, conforme veremos. A tudo isto somamos um outro aspecto: o fato de que, principalmente no plano executivo e judiciário, os Estados-membros cumprem um papel de "completar" a atuação dos órgãos comunitários, ou seja, estas funções não se esgotam dentro das próprias instituições da comunidade - isto com base no art. 5º do Tratado CEE, que enuncia o famoso princípio da fidelidade dos estados-membros à comunidade.

LENAERTS diz, a este propósito, que a estrutura institucional da CE é formada não mais a partir de uma visão orgânica (à maneira da Constituição Norte-Americana) da divisão dos poderes, mas sim de uma aplicação funcional deste princípio que seria a seguinte: o poder legislativo tem a função de emanar normas de caráter geral e abstrato (o que o direito continental europeu chama de leis materiais); o poder executivo tem a função de aplicar estas normas em casos individuais ou categorias de casos; e, finalmente, o poder judiciário tem a função de resolver os conflitos que surgem quando da aplicação das normas legislativas ao caso ou às categorias de casos (por exemplo, quando é alegada a inconstitucionalidade destas leis, quando há divergência de opinião quanto ao teor destas, quando são incorretamente aplicadas, etc.). Desta perspectiva, então, ele pretende dizer que o Princípio da Separação dos Poderes de MONTESQUIEU continua valendo para o direito comunitário, ainda que esta separação não se dê mais sob a forma da "divisão do trabalho" entre órgãos distintos, mas sim sob a forma da cooperação entre vários órgãos para a execução de diferentes funções.

Escapa aos objetivos deste trabalho discutir até que ponto essa arquitetura do poder corresponde ao princípio clássico da separação dos poderes enunciado por

MONTESQUIEU. Não estamos preocupados com a fidelidade a um princípio que, afinal, é uma criação teórica e contingente, correlata ao desenvolvimento das idéias do constitucionalismo clássico. No entanto, este aspecto do debate em torno do direito comunitário é relevante, na medida em que (1) reafirma que as categorias do constitucionalismo clássico devem ser repensadas diante da realidade de um direito comunitário - elas não se apresentam adequadas à descrição deste tipo de direito supra-estatal; (2) leva-nos a pensar que o ponto a ser discutido, então, é se existe um equilíbrio do poder no interior da CE; ou seja, se, a despeito das peculiaridades e inovações desta arquitetura do poder, esta está em condições de garantir aquilo que o constitucionalismo clássico pretendeu assegurar quando enunciou a tripartição dos poderes : que o poder seja alguma coisa de controlável. Retornaremos a este ponto na parte conclusiva deste trabalho e, então, discutiremos isto não nos termos do constitucionalismo clássico, mas nos termos propostos pela Teoria da Sociedade. Falaremos, portanto, não de *trias politica*, mas de "diferenciação funcional" no interior da Comunidade Européia. No caso do sistema de direito, por exemplo, isto significa que este tem uma função jurídica e não política. Um outro dado interessante deste debate é que este sistema de cooperação entre órgãos diversos não chega a ser propriamente uma novidade do direito comunitário. Mesmo dentro da estrutura tradicional dos três poderes, admite-se que um órgão exercite funções estranhas à sua atribuição original, e isto é um dado corriqueiro: executivos que legislam por decretos - embora este tipo de legislatura sempre deva ser confirmado pelos parlamentos; casos de "jurisdição política" como o "impeachment" (que é conduzido, por exemplo no caso brasileiro, por um membro do judiciário), etc.

A Comunidade Européia também não seguiu o modelo do constitucionalismo clássico na adoção de um catálogo de liberdades e direitos fundamentais. As liberdades enunciadas pelos tratados, sob o título "Os fundamentos da Comunidade" - livre circulação de pessoas, de capitais, de serviços e de mercadorias, antes de mais nada são liberdades instrumentais, no sentido em que foram garantidas tendo em vista a criação de um mercado comum interno à Comunidade. Representam direitos que são constituídos em razão de um fim e, portanto, se sujeitam aos limites impostos por este fim. Esta lacuna, principalmente até a adoção da Declaração dos Direitos e Liberdades Fundamentais (Resolução do Parlamento Europeu de 12 de abril de 1989), tem sido superada pela jurisprudência da Corte que muitas vezes procede a uma "descoberta" do direito comunitário.

Neste sentido, a Corte de Justiça "constitucionalizou" uma série de princípios (e não só em matéria de direitos fundamentais), construindo *a posteriori*, ou seja, após sua interpretação, o próprio direito comunitário. Casos típicos são os do "Princípio da Primado do Direito Comunitário" em relação aos direitos nacionais (o marco é a sentença *Costa v. ENEL*, de 1964) e, atualmente, o "Princípio de Subsidiariedade"; o dos princípios da aplicabilidade e do efeito direto das normas comunitárias (casos *Van Gend en Loos*, 1963; e *Van Duyn v. Home Office*, 1974), que fazem com que o direito comunitário possa ser diretamente invocado pelos particulares, embora as regras clássicas do direito internacional permitam-no apenas aos Estados (e aqui se reafirma a autonomia do direito comunitário em relação ao direito internacional).

Para a discussão a respeito da "criação", pela Corte, de princípios de direito, nos ocuparemos do problema das "fontes" do direito comunitário a partir da perspectiva da Teoria da Sociedade. Uma vez identificados os "Princípios Gerais do

Direito" como "fonte" do direito comunitário, pretendemos verificar como estes princípios têm sido descobertos na prática interpretativa da Corte de Justiça (e, portanto, se são "fonte" ou produto deste direito).

IV. 2 - AS "FONTES" DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

A idéia de "fonte" do direito é uma metáfora velha e bela, que não possui a seletividade de um conceito moderno²³. Essa metáfora tem sua origem na Idade-Média, e aparece, então, como um produto das elaborações cognitivas que vão do renascimento carolíngio ao renascimento do século XII: *"é nos autores do direito canônico que a teoria das fontes se vai precisando e colocando-se sobre a base que depois serão herdadas pelos modernos"*²⁴. No entanto, já no direito romano aparece a preocupação de se articular em plano conceitual os problemas relativos à validade e ao fundamento de validade dos costumes jurídicos²⁵ (questão que surge no curso da formação dos grandes sistemas políticos como resultado de uma previsível aspiração a uma unificação jurídica). LUHMANN indica, a este propósito, o texto do Digesto 1.3.32 (Juliano). De maneira semelhante, nos sistemas jurídicos medievais, para que sejam resolvidos os conflitos entre formações consuetudinárias locais e a centralização política que as derrubam, são desenvolvidas abstrações jurídicas que se servem do direito romano e colocam explicitamente a questão da *ratio legis*, das formas de validade e dos fundamentos de validade²⁶.

Neste sentido, LUHMANN diz que a doutrina das fontes do direito *"é uma aquisição, em termos de abstração política, tornada possível pelo desenvolvimento*

²³LUHMANN, Niklas. "La dottrina giuridica delle fonti dei diritto nella prospettiva della sociologia" in La differenziazione del diritto, *op. cit.*, p. 243

²⁴Digesto - Discipline private. Torino: UTET, 1992.

²⁵ LUHMANN, Niklas. *op. ult. cit.*, p. 245

²⁶ *idem*, p. 245.

político, isto é, trata-se da tematização de um novo nível conceitual, no qual é possível tratar de questões relativas à validade como problemas relativos à decisão, assim como podem ser tornados objeto de decisão não só conflitos de comportamento e não só conflitos entre diferentes pretensões normativas das partes, mas também conflitos entre pretensões de validade diversas".²⁷

Assim, como construção da dogmática jurídica, a doutrina das fontes do direito constitui uma auto-simplificação do sistema, que impede que seja vista a relação existente entre este e seu meio ambiente (a sociedade). A diferença direito/sociedade é ocultada, sendo mostrada apenas a parte "direito" desta diferença. Uma vez que os juízes têm a obrigação de decidir, um catálogo de fontes do direito oferece-lhes a possibilidade de fundamentar decisões diferentes e, inclusive, contraditórias.²⁸ As fontes *"não vinculam aquele que decide a basear suas decisões principalmente no direito legislativo ou no consuetudinário, ou na prática jurídica, em princípios gerais ou em avaliações sistemáticas, e nem mesmo fixa o modo no qual se deva decidir entre estas possibilidades"*.²⁹

No âmbito da Comunidade Européia, a aspiração a um catálogo de "fontes" do direito revela, claramente, a extensão da inadequação desta categoria para explicar o modo de produção e de reprodução do direito. Seguramente, também aqui uma tipologia própria das "fontes do direito comunitário" cumpre o papel de dar uma representação, no plano da dogmática, da unidade do sistema de direito comunitário. No entanto, a simultaneidade de seus processos de sua criação e de desenvolvimento nos faz

²⁷ *ibidem*, p. 246.

²⁸ *ibidem*, p. 250.

²⁹ *ibidem*, p. 251.

verificar que a única fonte que o direito comunitário pode aspirar (como, afinal, podem aspirar todos os "sistemas" de direito) é a si mesmo.

A tipologia das "fontes" do direito comunitário pode ser descrita da seguinte forma: este direito apresentaria como fonte "primária" os Tratados institutivos da Comunidade Européia e os atos das instituições criadas por eles e encarregadas de colocar em funcionamento esta Comunidade: regulamentos, diretivas, decisões, recomendações. O direito internacional e os Princípios Gerais do Direito são indicados pela doutrina como "fontes acessórias". Em terceiro lugar, a doutrina reconhece a jurisprudência da Corte de Justiça Européia como fonte do direito comunitário.³⁰

Mediante os tratados, os Estados-membros, renunciando a sua soberania em determinadas áreas, consentem em uma "União Européia". A possibilidade de que isto se realizasse, no entanto, exigiu uma prévia adequação dos sistemas jurídicos dos estados-membros; o que refletiu-se nas disposições constitucionais dos ordenamentos nacionais. A Constituição deve ser vista como uma pré-condição da criação da Comunidade; porém, é ela que se transforma para adequar-se da CE. Com essa finalidade, quando foi assinado o Tratado de Maastricht, em 1992, muitos dos Estados-membros reformaram suas constituições. É interessante verificar como os estados realizaram isto de maneiras diversas, de acordo com suas próprias necessidades. Por outro lado, é curioso observar que os estados-membros não se preocuparam em prever como iriam interagir, o que demonstra uma disposição de que sejam mínimas as perdas em termos de autonomia e fechamento normativo diante da criação da comunidade.

³⁰ LOUIS, Jean Victor. Organisations européennes. Bruxelas: Université Libre de Bruxelles, 1982-1983.

A Itália fez uso de uma interpretação extensiva do artigo 11 da Constituição de 1948 para a aplicação automática do ordenamento da Comunidade Europeia (diz o artigo 11: *"L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo"*).

A Alemanha, no preâmbulo de sua Lei Fundamental de 1949, declara-se "tipicamente europeia", e a Lei Fundamental Alemã de 1992, pós-unificação, prevê expressamente um artigo sobre a Europa, o artigo 23: *"Para a realização de uma Europa Unida, a República Federal da Alemanha colabora com o desenvolvimento da União Europeia, a qual é empenhada no respeito aos princípios democráticos, ao estado de direito, social e federativo e do princípio da subsidiariedade e garante uma tutela dos direitos fundamentais substancialmente equiparáveis àquela contemplada nesta Lei Fundamental. A Federação pode, com esta finalidade, transferir direitos de soberania mediante lei, com o consentimento do Bundesrat (...)"*.

A França reformou a sua Constituição em 25 de junho de 1992, introduzindo um novo título, o título XV sobre "As Comunidades Europeias e a União Europeia", onde se diz, no artigo 88-2 : *"Com a condição de reciprocidade, e segundo as modalidades previstas no Tratado sobre a União Europeia, firmado no dia 7 de fevereiro de 1992, a França consente nos transferimentos de competência necessários para a criação da união econômica e monetária europeia, como a determinação das regras relativas a liberação das fronteiras externas dos estados membros da comunidade europeia"*.

A Espanha, em julho de 1992, diante da necessidade de ratificar o Tratado de Maastricht, realizou a sua reforma constitucional e o texto do artigo 93 da Constituição Espanhola passou, então, a ser o seguinte: "*Com lei orgânica se pode autorizar a estipulação de tratados para atribuir a uma organização ou instituição internacional o exercício das competências derivadas da Constituição. Compete as Cortes Gerais ou ao governo, segundo o caso, a garantia da execução destes tratados e das resoluções emanadas dos organismos internacionais ou supranacionais titulares dos poderes transferidos*".

Quanto ao Reino da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, que não têm uma constituição escrita, tornou-se necessária uma lei de caráter "constitucional" para que se incorporassem à Comunidade. Trata-se do *European Communities Act*, de 1972.

Como já enunciamos acima, os tratados "fecham" normativamente o sistema de direito comunitário mas, por outro lado, não se pode dizer, como a maioria dos autores, que eles constituam, por si mesmos, aquilo que a dogmática tradicional chama de "fonte primária" de um ordenamento.³¹ Os tratados se apresentam como uma espécie de constituição na medida em que cumprem uma função comparável a desta, fechando o sistema do direito comunitário tendo a si mesmo como referência. Neste sentido, é compreensível que disto se conclua que estes constituem o parâmetro máximo para o estabelecimento das validades no âmbito do direito comunitário europeu. No entanto, a prática tem demonstrado que isto é muito relativo.

³¹ No sentido de que os tratados constituem uma "fonte primária" do ordenamento da comunidade, ISSAC, *Droit communautaire général*. Masson, 1992, p.69: "Les règles des traités se situent au sommet de la hiérarchie de l'ordre juridique communautaire. Elles prévalent à l'égard de l'ensemble des autres sources du droit communautaire sans exception".

É que, por outro lado, esta "Constituição Européia" é um processo em contínuo desenvolvimento, que não se esgota em um texto único. Ela tem sido construída, principalmente, pela prática da Corte de Justiça Européia, que, cada vez mais, assume o papel de "Corte Constitucional". A Corte, na realidade, tem dado aos tratados a forma de uma Constituição, "criando" a Europa apontada por ele e, de certa forma, "escrevendo" os textos dos tratados³². Isto se dá sobretudo mediante o recurso aos Princípios Gerais do Direito³³. Assim, é difícil explicar, a partir de uma visão hierárquica das fontes do direito, como determinadas decisões da Corte podem acrescentar ou até mesmo substituir determinadas disposições dos tratados. A Corte que, segundo os tratados, tem a competência de interpretá-los, na verdade cria aquilo que interpreta - e isto é considerado válido.

Um exemplo muito claro disto é o alargamento das competências da Comunidade realizado pela Corte, desenvolvendo, a partir do princípio da atribuição das competências, uma série de competências implícitas em áreas que, originariamente, não interessavam ao direito comunitário; proteção ambiental e direitos do consumidor são exemplos de competências só indicadas nos tratados (a partir do Ato Único Europeu), após terem sido estabelecidas pela Corte. Por isto, o direito comunitário é um sistema auto-instituído e auto-instituente, em processo de contínuo desenvolvimento.

³² Sobre isto e, portanto, contra a visão segundo a qual os tratados são a "constituição" do sistema de direito da comunidade: MANCINI, Federico. "The making of a Constitution for Europe" in *Common Market Law Review*, 26, pp. 595-614.

³³ "En dégageant les principes généraux, elle (a Corte) en définit les contours et les adapte aux exigences de l'ordre juridique communautaire". LOUIS, Jean Victor. *op. cit.*, p. 189.

Outro exemplo que podemos oferecer chega a ser surpreendente: a própria supremacia do ordenamento comunitário em confronto com os ordenamentos dos Estados-membros não é um atributo do Tratado em si, mas um desenvolvimento produzido no interior da prática interpretativa dos tratados pela CJE. Decisões da Corte de Justiça, a partir do caso *Costa-Enel*, concluem pela superioridade do direito comunitário, determinando uma forma de interação dos subsistemas nacionais no interior destes. A partir das sentenças *Lutticke* e *Reyners*, a Corte Européia afirma a aplicabilidade direta dos tratados, conferindo aos "cidadãos" da Comunidade a qualidade de sujeitos do direito comunitário. Assim, também o desenvolvimento da aplicabilidade direta das disposições dos tratados é uma construção jurisprudencial e não um atributo intrínseco a estes.

Tudo isto indica-nos o quanto é necessário, para uma inequívoca descrição do funcionamento do sistema do direito comunitário, que sejam separados, enquanto níveis diferenciados de formação de estruturas no interior do sistema do direito, os níveis da normatividade (no sentido de que normas são expectativas contrafáticas do dever-ser) e da validade das normas jurídicas. Quando LUHMANN analisa esta problemática, discutindo a idéia de fontes do direito, oferece-nos importantes indicações para a explicação do que ocorre no direito comunitário. A teoria das fontes do direito deveria responder à necessidade de que a contigência das decisões seja controlada nestes dois níveis. Diz LUHMANN que *"a negação no nível das normas deve ser distinta da negação no nível da validade - no modo mais fácil na forma de diferentes "fontes" de decisões. É preciso poder afirmar que existem normas que não valem, cujas pretensões de validade possam ser controladas e, portanto,*

*confirmadas ou refutadas*³⁴. No entanto, tal como nos é apresentada, a doutrina das fontes do direito não responde ao problema da contingência das decisões no nível da validade, que, por sua vez, tem a função de controlar a contingência das expectativas normativas. As formas de "validade" ali descritas têm, unicamente, *"a função de evitar que a contingência das expectativas normativas aja como contingência; que, do fato de que são possíveis também outras projeções normativas venham a ser tiradas conclusões, deduzidas ações, incentivados conflitos"*³⁵

Desta forma, a validade não pode ser bem compreendida se vista como hierarquia, como se aquilo que é válido fosse ditado por algo de "exterior" às normas. Partindo-se da função da validade de regular as possibilidades de produção de expectativas normativas, esta deve ser vista, antes, como uma condição de variação da estrutura normativa do direito. Assim, a validade não consiste em se ter fixo, de uma forma rígida, um determinado sentido normativo; *"ela consiste principalmente no fato de que as decisões de transformar ou não transformar o sentido normativo sejam guiadas a partir do direito existente"*³⁶. A congruência, entendida como possibilidade de ligação entre o direito existente e o direito a ser criado, é o critério que vai substituir, aqui, a idéia de justiça, ou de uma racionalidade superior ao plano da normatividade, ou, ainda, de uma "norma fundamental"³⁷.

³⁴ LUHMANN, Niklas. *op. ult. cit.* p. 255

³⁵ *idem.* p. 257.

³⁶ *ibidem*, p. 257.

³⁷ Sobre "justiça" entendida como congruência de decisões, ver LUHMANN, Niklas. "La giustizia nei sistemi giuridici della società moderna" in La differenziazione del diritto, *op. cit.*

O exemplo oferecido por LUHMANN interessa diretamente a nossa pesquisa: o princípio de que "todos os homens possuem capacidade jurídica" não pode ser substituído pelo princípio de que "todos os homens são bons" ou, ainda, "todos os homens devem trabalhar", porque assim não é afetado o contexto de validade no qual o primeiro princípio desenvolve sua função. Neste sentido, *"a validade do direito significa que o status quo do direito é usado como base de mutação, transformação, superação e nova produção do direito"*³⁸. Por isto, LUHMANN diz que, hoje, o conceito de fonte do direito se desenvolve da concepção de uma pluralidade de fontes, em direção a uma visão de uma unidade da fonte do direito. Aquela pluralidade de fontes parece ter a função, segundo LUHMANN, de alargar o campo das possibilidades de escolha do juiz com referência às fontes do direito estabelecidas; o juiz tem, assim, a possibilidade de recorrer, em suas decisões, a fontes diversas. Mas, *"na medida em que, no curso da positivação do direito, o atributo daquilo que pode ser transformado é deslocado na própria norma, este auxílio dogmático se torna supérfluo, já que também o juiz pode transformar o direito se, no interior das figuras de argumentação de que dispõe consegue encontrar razões convincentes"*.³⁹

Se, de acordo com LUHMANN, entendemos a validade como a consistência (a congruência) entre uma decisão e decisões anteriormente produzidas pelo direito, os tratados não podem ser vistos como uma referência última de validade para o direito comunitário. Mais ainda, isto conduz a uma contínua atualização dos tratados diante do desenvolvimento, expansão e concretização da Comunidade. Assim, o direito comunitário torna-se coerente e constrói sua própria história, à medida que, a cada decisão,

³⁸LUHMANN, Niklas. "La dottrina...", *op. cit.*, p. 264.

³⁹ *idem.*, p. 254.

atualiza seu passado e "projeta" seu futuro. A partir desta *concatenação estrutural*, e não a partir apenas dos tratados, este direito estabelece, de uma lado, seu fechamento normativo (o âmbito da sua validade que, então, é concebida não sob o plano da hierarquia, mas sob a forma da circularidade) e, de outro lado, sua abertura cognitiva (que lhe permite uma contínua transformação e evolução).

Por outro lado, uma tal concepção de "fontes" e validade do direito faz com que a diferenciação básica fundamental entre direito continental e *common law* perca seu significado. Isto, no âmbito do direito comunitário, é uma constatação especialmente relevante, pois torna menos problemática, do ponto de vista não só teórico, mas também prático, a diversidade das tradições jurídicas envolvidas na formação do direito comunitário. O fundamento desta diversidade situa-se, principalmente, na recepção de catálogos diversos de fontes do direito. Assim, a constatação da dispensabilidade, do ponto de vista pragmático, deste tipo de referência de validade, coloca as diversas culturas jurídicas sob um mesmo plano - o plano da posituação do direito.

IV. 3 - A CORTE DE JUSTIÇA EUROPÉIA E A APLICAÇÃO DOS "PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO"

No desenvolvimento do direito comunitário, a Corte de Justiça Européia tem desempenhado um papel importante, para não dizer determinante. Ela tem sido a grande responsável pela sistematização do direito comunitário, construindo este direito a cada decisão que realiza. Em função disto, à Corte tem sido imputado um certo "ativismo" político e, ao direito comunitário, um "déficit democrático"⁴⁰ Assim, a prática judiciária da Corte Européia constitui um lugar privilegiado para a discussão da relação entre Poder Judiciário e democracia, para a (re)discussão acerca das recíprocas prestações entre sistema do direito e sistema político e, principalmente, dos limites nos quais estas relações não constituam um processo de "des-diferenciação" destes sistemas de funções no interior da sociedade.

Em primeiro lugar, e considerando todas as observações genéricas que fizemos acima a respeito da "natureza" do ordenamento comunitário, devemos reafirmar que a Corte não é uma instituição de direito internacional (como a Corte Internacional de Justiça, por exemplo) e, tampouco, um tribunal político, mas é uma instituição da Comunidade Européia que funciona, a um só tempo, como corte constitucional, tribunal administrativo e jurisdição civil.

O Tratado CEE dá origem à Corte, afirmando, no artigo 164, que esta "garante o respeito do direito na interpretação e aplicação" daquele tratado. (Grifo

⁴⁰ A este respeito, é forte a crítica feita por RAMUSSEN, na obra On law and policy in the european court of justice, apud CAPELLETTI, Mauro. "Is the European Court of Justice 'running wild'?" in *European Law Review*, fev. 1987, p. 3.

nosso). Nesta construção encontra-se a determinação da função da Corte de Justiça e, ao mesmo tempo, a condição do alargamento desta sua função de interpretar e aplicar o próprio tratado (é impossível dizer aqui se os redatores do tratado prestaram atenção a este fato)

Se o ordenamento comunitário e, também, por consequência, o próprio direito comunitário surgem com o tratado que se auto-denomina como aquele que institui uma Comunidade Económica Europeia, a que "direito" o tratado se refere quando diz que, para sua aplicação, este deve ser levado em conta? De uma forma muito vaga, pretendeu-se dizer que a Comunidade Europeia é uma comunidade de direito, construída sobre a base da *rule of law*; ou de uma forma muito precisa, o próprio tratado, que "cria" o direito comunitário, declara-se distinto do direito comunitário; ou seja, o Tratado cria o direito comunitário, mas não pode ser com ele confundido. Então, podemos escolher entre duas possibilidades: o Tratado refere-se a alguma coisa como uma "idéia de direito", referindo-se à legalidade de uma ordem pressuposta ou, como segunda alternativa, pode ser interpretado à luz do direito comunitário (e não apenas segundo suas próprias disposições), uma vez que ele mesmo afirma não ser a instância última de referência deste direito. Talvez um resquício do jusracionalismo inspirador do constitucionalismo moderno - existe um direito anterior ao direito; talvez uma referência explícita à circularidade do direito - os tratados criam o direito, porém eles serão aplicados e interpretados de acordo com este direito (que evolui por conta própria).

A segunda alternativa nos parece mais plausível, pois é coerente com a descrição da sociedade e do sistema do direito como sistemas auto-referenciais. Mais ainda, parece-nos coerente com a evolução ulterior do sistema de direito comunitário e com o desdobramento da função da Corte de Justiça que, de instituição que interpreta o

direito comunitário, passa a instituição que também cria este direito. Mais uma vez, deparamo-nos com o paradoxo da auto-referência do direito: a Corte não cria o direito, pois que o interpreta; porém, cria o direito ao interpretá-lo.

Como se sabe, o problema não é tanto o de que juízes possam ou não exercer uma função criativa do direito. Esta é uma temática superada, na medida em que a teoria do direito irá concebê-lo como um produto de decisões. Com a completa positivação do direito, admite-se que as decisões dos juizes constituam direito positivo. Uma decisão judicial é sempre "criativa" no sentido de que constitui uma operação do sistema jurídico que, só é possível como tal em função de operações anteriores, e que se tornará, por sua vez, pressuposto de operações ulteriores. O juiz cria o direito de acordo com a possibilidade de concatenação entre o direito criado e o direito preexistente. Não obstante, conforme analisamos acima, no plano da dogmática jurídica, o paradoxo continua oculto - são sempre introduzidas condições desparadoxantes.

A tentativa de desparadoxação, neste caso, vai buscar recurso, como de resto é habitual também nos ordenamentos nacionais, nos "Princípios Gerais do Direito". Estes vão constituir pontos de referência que "legitimam" uma criação jurisprudencial do direito. A dogmática do direito comunitário, então, vai dizer que "*Les principes de droit élémentaires, qui reposent eux mêmes sur une idée plus générale du droit et font partie des piliers de toute société*" prevalecem até mesmo sobre as normas dos tratados⁴¹. Estes se apresentam - a despeito de serem eles mesmos paradoxais - como condições capazes de interromper esta circularidade inerente ao direito, introduzindo no

⁴¹DAUSES, "La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire" in *Rivista Trim, di Diritto Europeo*, 1984, p. 411

sistema jurídico uma assimetria e uma possibilidade de que este venha a se tornar operativo. A Corte de Justiça, sob a égide dos "Princípios Gerais do Direito", tem criado (também ela) o direito comunitário - e, surpreendentemente, os próprios "princípios" deste direito⁴²!

O Tratado CEE não faz uma menção explícita aos Princípios Gerais do Direito como "fontes" do direito comunitário. O artigo 215 deste tratado faz uma breve alusão à aplicação de "princípios gerais comuns aos direitos dos Estados Membros" em matéria de responsabilidade extra-contratual, quando a Comunidade deve indenizar os danos causados por suas instituições ou por seus agentes no exercício de suas funções. No entanto, conforme indicamos acima, o artigo 164 deste mesmo tratado, na medida em que determina que a Corte, ao aplicá-lo, deve garantir o respeito "ao direito", abre espaço para a aplicação de um direito comunitário não escrito (o que se dá, principalmente, através do recurso aos Princípios Gerais do Direito, ainda que não enunciados no tratado). Além disto, o direito comunitário, uma vez que compreende tantos outros ordenamentos jurídicos, absorve, naturalmente, os resultados das elaborações das culturas jurídicas de cada Estado-Membro. Na medida em que uma argumentação jurídica fundada nos princípios constitui uma prática (na maioria dos casos resultante de uma expressa disposição de lei) nestas culturas, os juizes da Corte também atuam neste sentido. Contudo, isto não quer dizer que os princípios de direito interno possam ser autonomamente invocados no direito comunitário (e, tampouco, que a exigência "princípios comuns" seja cabível em outras situações).

⁴² Com uma intensidade crescente, "la Corte goda di un'ampia discrezionalità valutativa, finendo spesso per svolgere un'attività di vera e propria 'creazione pretoriana' del diritto". **BENEDETTELLI, Massimo V. Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle comunità europee. Padova: CEDAM, 1989. p. 93**

A Corte de Justiça, na famosa sentença *Internationale Handelsgesellschaft - Einfuhr und Vorratsstelle Getreide*⁴³, discute as implicações existentes entre os princípios gerais dos ordenamentos dos estados-membros, definindo o conceito e a extensão dos Princípios Gerais do Direito Comunitário. Tal sentença aplica o princípio comunitário da "proporcionalidade", num caso em que se analisa a validade de um ato da comunidade. Este princípio, encontrado originariamente no ordenamento alemão, consiste na indicação de que, uma vez que seja perseguido um interesse geral, podem ser impostas aos "administrados" apenas obrigações indispensáveis ao alcance do próprio fim. Examinando o caráter de "fonte" do direito comunitário deste princípio, a Corte diz que ele é aplicável no âmbito do sistema comunitário, independentemente da invocação do princípio no ordenamento alemão - pois uma lei de direito comunitário não pode ser examinada a partir da lei de um Estado-membro (o que não significa que os princípios internos a cada ordenamento sejam irrelevantes para o direito comunitário). Segundo a Corte, estes constituem *"aquela base filosófica, política e jurídica comum aos Estados Membros, sobre a qual, segundo o sistema pretoriano, surge um sistema comunitário não escrito que tem, entre outros, a finalidade essencial de garantir o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos"*. Mas, em sua argumentação, a Corte não reputou necessário demonstrar que este princípio estava anteriormente presente nos sistemas jurídicos dos Estados-membros.

Desta sentença, portanto, parece-nos possível constatar que os Princípios Gerais do Direito aqui considerados não consistem em princípios comuns a todos os

⁴³Sentença de _____, causa 11-70, in *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, vol.XVI. Luxemburgo:1970. pp. 1148-1149, conclusões de DUTHEILLET DE LAMOTHE.

estados, no sentido de serem anteriormente previstos em cada um deles, mas, sim, no sentido de que, uma vez definidos pela Corte, como princípios de direito comunitário, passam a constituir um patrimônio comum que serve de referência a cada estado-membro. Isto explica o fato de que um princípio originário do direito alemão, ou de "inspiração" alemã, possa ser indicado como um princípio não mais de direito alemão, mas sim de direito comunitário - como um produto, e não como um pressuposto, da aplicação deste direito.

Em outra sentença, no entanto, a Corte indica solução diversa para esta mesma questão. Trata-se de uma sentença onde se discute sobre a aplicabilidade, no direito comunitário, do princípio do sigilo dos documentos trocados entre advogado e cliente, típico do ordenamento inglês. Neste caso, a Corte procura identificar, nos ordenamentos de cada Estado-membro, este princípio, ainda que enunciado de maneiras diversas. Assim, a Corte conclui, no caso *AM & S - Comissão*⁴⁴, que *"o direito comunitário, derivado da interpenetração não apenas econômica, mas também jurídica, dos Estados-Membros, deve levar em conta os princípios e as concepções comuns aos direitos destes Estados, naquilo que tange ao respeito da privacidade e, assim, a qualquer comunicação entre advogados e seus clientes (...), recebendo assim os elementos constitutivos desta tutela comum aos Estados-membros"*. É interessante notar que a França intervém neste processo, a favor da Comissão Européia, argumentando justamente que o princípio da privacidade dos documentos legais é típico dos sistemas jurídicos da *common law*, e não fazem parte, portanto, de um "acervo" de princípios do direito comuns a todos os Estados-membros. A Corte, no

⁴⁴ Sentença de ..., causa 155-79, in *Raccolta*, 1982, p.1610

entanto, afirma que esta privacidade "*responde de fato à exigência, cuja importância é reconhecida em todos os Estados-membros, de garantir a qualquer pessoa a possibilidade de dirigir-se com total liberdade ao próprio advogado, cuja profissão implica por natureza na tarefa de dar, em modo independente, pareceres jurídicos a quem tenha necessidade*". (Grifo nosso). Aqui, ela vai considerar não o princípio em si, mas a função que este realiza no sistema.

Nas duas sentenças, a Corte constrói argumentações diversas para chegar a uma mesma conclusão. Na primeira, que também é a mais antiga, a Corte define o que sejam Princípios Gerais do Direito Comunitário, de forma a reforçar a autonomia deste direito em relação aos direitos nacionais; assim, um princípio desenvolvido pelo direito alemão não é "recebido" enquanto princípio daquele ordenamento - é, antes, constituído como princípio de direito comunitário. A Corte "cria" este princípio, embora, na prática, esta criação constitua apenas uma permissão de atuação daquele princípio no direito comunitário - porque se o direito comunitário admitisse qualquer princípio de qualquer estado seria impossível concebê-lo como um sistema coerente. É interessante notar que, contemporaneamente, a Corte desenvolveu, em outras sentenças, o "Princípio do Primado do Direito Comunitário". Isto que marca bem a necessidade, daqueles primeiros tempos, de que o direito comunitário se firmasse como um ordenamento supranacional: "*os conflitos entre normas comunitárias e normas nacionais são resolvidos aplicando-se o princípio do primado do direito comunitário*"⁴⁵.

Na segunda sentença, a Corte transige um pouco em matéria de autonomia do direito comunitário, e fala em princípios comuns no sentido de princípios que informam

⁴⁵ Sentença de 13 de fevereiro de 1969, caso 14-68, *Walt Wilhem Bundeskartellamt*, in *Raccolta*, 1969, p.01 .

o direito de todos os Estados-membros. A prática, porém, vai um pouco além desta argumentação; pois a Corte termina falando não que o princípio do sigilo dos documentos legais seja um princípio comum a todos aqueles estados, mas que este princípio responde às exigências que a Corte de Justiça presume que sejam comuns àqueles ordenamentos. Esta argumentação, aqui, é uma nova moldura para uma mesma conclusão: a Corte é "livre" para dizer o que é e o que não é direito comunitário. Falar em princípios "comuns aos Estados-membros", em recepção das tradições jurídicas destes estados ou em primado do direito comunitário, significa a mesma coisa do ponto-de-vista dos efeitos que a Corte pretende alcançar com suas decisões. Muitos princípios são inexistentes enquanto princípios de direito comunitário antes de serem aplicados pela Corte Européia; diz-se que são aplicados, mas, na realidade, são criados. Em outras sentenças a Corte, assume sua auto-referência: *"Como esta Corte já teve a ocasião de afirmar, os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais do direito, dos quais esta garante a observância"*⁴⁶. No caso dos direitos fundamentais, a Corte não só os enuncia, como o faz de uma forma que, ainda que indiretamente, os subordina aos objetivos perseguidos pela comunidade: *"Como a Corte muitas vezes salientou, eventuais questões relativas à violação de direitos fundamentais mediante atos emanados das instituições da comunidade, podem ser valoradas unicamente na medida do direito comunitário, sendo os direitos fundamentais parte integrante dos princípios gerais do direito dos quais ela garante a observância."*⁴⁷ Quando se faz desnecessário o uso de artifícios, a Corte é ainda mais

⁴⁶ Sentença de 14 de maio de 1974, caso 4-73, *Nold-Comissão*, in *Raccolta*, 1974, p.507.

⁴⁷ Sentença de 16 de junho de 1980, casos reunidos 41, 121 e 796-79, *Testa-Bundesaustalt f####r arbeit*, pp. 1996/1997 in *Raccolta*, 1981.

"objetiva"; ela pode referir-se apenas a si mesma como instância última de legitimação de suas decisões.

Concluimos, então, que independentemente de sua argumentação, a Corte cria os princípios do direito comunitário europeu. E isto, mesmo (e principalmente) quando fala (frase-padrão do jargão da Corte) em "princípios comuns aos estados-membros". Mesmo sistemas aparentemente muito símeis em um nível de abstração mais elevado, como o dos princípios gerais do direito, oferecem soluções diferentes quando se trata da aplicação destes. A Corte, necessariamente, deve escolher entre estes critérios, e, escolhendo, deve explicitar os fundamentos desta escolha, para que se possa efetuar um controle da coerência de suas argumentações.⁴⁸ O critério segundo o qual a Corte tem se guiado é, sobretudo, o das consequências que a introdução de um princípio provavelmente trará para o desenvolvimento da Comunidade.⁴⁹ Com isto, ela tem criado princípios completamente estranhos às experiências jurídicas passadas

⁴⁸ A argumentação jurídica tem sentido enquanto suporte para este tipo de controle (que, aliás, será sempre um auto-controle) da coerência das decisões da Corte. Como é impossível uma total racionalidade no funcionamento de um sistema jurídico, pode-se, ao menos, aspirar à uma consistência na prática judicial de um sistema como um tipo de "racionalidade limitada" indispensável para que o sistema possa continuar sua *autopoiesis*, cumprindo sua função enquanto sistema social.

⁴⁹ Na causa 14-61, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens (Raccolta, 1962, pp. 471-523)* o advogado-geral LAGRANGE diz que a Corte até então identificou os princípios gerais do direito de acordo com "la soluzione migliore, o più progressista, in vista delle finalità dei trattati". Assim também declarou um ex-juiz da Corte: "There is complete agreement that when the Courts interprets or supplements Community Law on a comparative law basis, it is not obliged to take the minimum which the national solutions have in common, or their arithmetic mean or the solution produced by a majority of the legal systems as the basis of its decision. The Court has to weigh up and evaluate the particular problem and search for the 'best' and 'most appropriate solution' (KUTSCHER, "Methods of interpretation as seen by a Judge at the Court of Justice" in

(princípios do direito criados sob medida para o direito da Comunidade Européia); por exemplo, o princípio da liberdade de comércio, da liberdade de circulação e da livre competição, o já mencionado princípio da preferência comunitária e, também, o princípio da igualdade ou da não discriminação que apresenta características muito particulares no ordenamento comunitário.

Talvez, justamente para que seja introduzida uma instância ulterior de legitimação diante do fato de que a Corte cria o direito comunitário (sob o abrigo da etiqueta, nem sempre capaz de elidir completamente a auto-referência da Corte, dos "princípios do direito"), é que no discurso da dogmática do direito comunitário faia-se em uma diversidade de "fontes" que dariam origem a estes princípios. *The general principles of law are themselves derived from a number of different sources*⁵⁰: se os princípios gerais não podem mais bastar-se por si mesmos, toma-se necessário buscar uma fundação para eles. Assim, estes princípios têm sua origem indicada nas tradições jurídicas dos Estados-membros, no direito internacional público, inclusive em tratados como a Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950. Estes princípios muitas vezes constituem aquelas máximas do direito romano a que nos referimos no início do capítulo anterior: *res judicata, non bis in idem, audi alteram partem, cessante ragione legis cessat et ipsa lex, nullum crimen nulla poena sine legem*, etc (conforme já dissemos, no contexto da responsabilidade extracontratual o Tratado CEE faz uma exigência de que os princípios então aplicados sejam "comuns" a estas tradições).

Até 1973, a aplicação dos Princípios Gerais do Direito, mediante a argumentação padrão "princípios comuns", era suficientemente aceita como

⁵⁰TOTH, A.G. The Oxford Encyclopaedia of European Community Law, vol.I, "Institucional Law". Oxford: Clarendon Press, 1990.

fundamentação de cada decisão em que o recurso aos princípios do direito se tornava necessário. Até então, os "Princípios Gerais do Direito" eram quase os mesmos para os seis membros originários da CE, cujos sistemas de direito são de origem romanística. Desta perspectiva, o desafio de uma harmonização ou, até mesmo, de uma unificação destes direitos em nível de Europa não era de todo inalcançável. Antes, seria bastante plausível pensar-se em uma integração realizada a partir destes princípios, principalmente se concebidos, à maneira de CANARIS, uma ordem jurídica como uma unidade formada a partir de princípios do direito. De acordo com este raciocínio, à medida que os ordenamentos da família da *common law* também passam a fazer parte da Comunidade, a pretensão de uma unidade deste sistema, ou a pretensão, mais ambiciosa ainda, de uma unidade dos sistemas compreendidos no processo de integração, com base nos princípios, torna-se uma tarefa quase impossível, diante das grandes diferenças culturais existentes entre as tradições da *civil law* e da *common law*.

No entanto (e curiosamente), a introdução de sistemas de *common law* no direito comunitário repercute reforçando o recurso à figura dos Princípios Gerais do Direito. Estes se tornam, praticamente, o ponto de contato entre as diferentes culturas jurídicas: é a linguagem comum - é o terreno onde os ingleses falam em *maxims* e os franceses em *principes généraux du droit*, e ambos sabem do que se trata. Isto tem, também, uma explicação histórica, que se pode buscar em uma influência do direito romano em ambos os "sistemas", o sistema da *common law* e o sistema continental-europeu. Ainda que no direito insular da Idade Média não tenha ocorrido a recepção do direito romano, ignorando o *Corpus Juris*, a ciência jurídica inglesa foi profundamente influenciada pelo método do direito romano clássico. RADBRUCH, a este respeito, diz que a jurisprudência inglesa permaneceu mais próxima do pensamento jurídico da época

clássica do direito romano do que o direito continental fundado sobre o *Corpus Juris* ⁵¹, exatamente porque o direito inglês conhece o espírito e o método do direito romano sem acolher o espírito do código bizantino. DWORKIN explica isto de uma outra forma, dizendo que o direito tem uma natureza "hermenêutica em geral", diante da qual desaparece o peso da divergência das tradições jurídicas - e os princípios, naturalmente, seriam os porta-vozes desta unidade. Do ponto-de-vista da Teoria da Sociedade, isto se explica mediante a universalidade de um sistema do direito funcionalmente diferenciado no interior da sociedade moderna. A diferenciação funcional confere a este sistema uma universalidade com respeito à sua função e, simultaneamente, uma especificidade relativa a esta, razão pela qual não existem diferenças relevantes entre ordenamentos do tipo continental-europeu e sistemas da *common law*. Na Comunidade Européia, estes ordenamentos se integram e, via direito comunitário, influenciam-se reciprocamente.

Exemplo do impacto da *common law* no direito comunitário pode ser encontrado na causa *Transocean Marine Paint - Comissão*, quando se estabelece o princípio da *audi alteram partem* ou *auditor et altera pars* como válido no direito comunitário. De acordo com este princípio, a autoridade administrativa, antes de exercitar em sentido prejudicial a um administrado os poderes que a lei lhe deu, é obrigada a ouvir o que o interessado tem a lhe dizer sobre isto, ainda que a lei não o

⁵¹ RADBRUCH, Gustav. Lo spirito del diritto inglese, ed. aos cuidados de Alessandro Baratta. Milano: Giuffrè, 1962. p. 6. Completando, RADBRUCH sugere que o direito romano é "l'esperanto per il mondo giuridico e conserva perciò il suo significato proprio in vista delle crescenti esigenze della giurisprudenza pratica e teorica contemporanea, anche dopo che esse ha cessato quasi dappertutto di essere in vigore." p. 7-8

diga expressamente. Segundo o relato do advogado-geral da Corte de Justiça, Sr. WARNER⁵², tal princípio é afirmado há séculos no direito inglês, e neste ordenamento é aplicado cotidianamente: na sentença *Cooper v. Wandsworth Boards of Works*, de 1863, o juiz Byles diz que "ainda que a lei (*statute*) não estabeleça expressamente que o interessado deva ser escutado, o juiz deverá preencher esta lacuna, aplicando o direito não-escrito (*common law*)". WARNER procura demonstrar que este princípio está presente, direta ou indiretamente, nos ordenamentos dos estados-membros, para dizer que aquele princípio, válido há séculos no direito inglês, está também presente "no direito ao qual se refere o art. 164 do tratado e do qual a Corte deve garantir respeito"⁵³.

Por último, resta explicitar as circunstâncias nas quais a Corte tem "criado" os princípios do direito. A Corte de Justiça Europeia tem usado os Princípios Gerais do Direito, principalmente, nos casos de declaração de invalidade de um ato das instituições da Comunidade Europeia (caso 4/73, *Nold - Comissão*; caso 114/76 *Bela-Mühle*; caso 122/78 *Buitoni*; caso 224/82 *Meiko-Konservenfabrik*); revisão da compatibilidade, com o direito comunitário, da legislação e das práticas administrativas dos Estados-membros (caso 203/80, *Casati*; caso 222/84, *Johnston*); interpretação de dispositivos de direito comunitário escrito (caso 13/61, *Bosch*; caso 15/63 *Lassalle - Parlamento*; caso 53/81 *Levin* (1982); preenchimento e lacunas nas disposições do direito comunitário escrito (caso 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, caso 7/72 *Boehringer - Comissão*, caso 64/74 *Reich*, caso 155/79 *AM & S - Comissão*). A seguir, analisaremos dois casos paradigmáticos de aplicação de um princípio do direito pela

⁵² Na sentença de 23 de outubro de 1974, causa 17-74, *Transocean Marine Paint - Comissão* in *Raccolta*, 1974, p.1088.

⁵³ WARNER, sentença *supra* citada, p. 1089.

Corte de Justiça Européia, a título de ilustração e confirmação empírica das teses que desenvolvemos ao longo desta dissertação.

ANEXO

O USO CRIATIVO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE DE JUSTIÇA EUROPEIA

Ao longo deste trabalho formulamos uma hipótese, desenhada a partir do quadro teórico da Teoria da Sociedade, de que os Princípios Gerais do Direito constituem um paradoxo dentro do sistema do direito - são fórmulas que não apresentam um conteúdo semântico, mas apenas um conteúdo operativo. No capítulo anterior, procuramos descrever como estes princípios, mediante sua "aplicação" pela Corte de Justiça Europeia, têm funcionado para a criação *a posteriori*, no sentido de que se realiza após a interpretação, do direito europeu. Naquele capítulo citamos várias sentenças, procurando ilustrar esta prática da Corte.

Nesta etapa de nosso trabalho, ocuparemos-nos da verificação empírica da hipótese formulada. A intenção inicial era a de analisar, por "grupos de sentenças", a evolução do direito comunitário através da aplicação dos princípios. Assim, recolhemos e agrupamos, de acordo com o princípio aplicado, mais de uma centena de sentenças. No entanto, tivemos que renunciar temporariamente a este projeto, uma vez que isto, por si só, implicaria um trabalho à parte.

A renúncia a tal projeto, no entanto, não comporta um abandono da nossa intenção inicial de demonstrar hipótese por nós formulada. Seleccionamos por isso um tema, que acreditamos ser capaz de articular o problema dos paradoxos do direito com a questão, também fundamental neste trabalho, da orientação do direito em direção a suas consequências (que em si, conforme verificamos, constitui um paradoxo). Nosso ponto de referência será o princípio da igualdade. Esta escolha não é arbitrária, na medida em que este princípio tradicionalmente tem sido considerado como o pilar da própria legalidade. A não-discriminação, a paridade de tratamento, o princípio de que todos são iguais diante da lei e que também a lei deve ser igual para todos, comumente é apontada como o pressuposto do chamado "Estado de Direito". Sua configuração e seu alcance têm, portanto, muito a dizer sobre o sistema comunitário. Assim, apresentaremos duas sentenças que reputamos bastante ilustrativas das teses desenvolvidas ao longo deste trabalho.

Sentença *Ruckdeschel & Co. c. Hauptzollamt Itzehoe* - causas reunidas

117/76 e 16/77¹

Esta sentença consitui um marco no direito comunitário, pois, pela primeira vez a Corte afirma um princípio de não-discriminação como informativo de todo o direito comunitário. Os Tratados não indicam uma regra única e geral de igualdade, a exemplo das Constituições modernas. A atual existência de um princípio da igualdade de tratamento amplamente reconhecido no direito comunitário se deve, portanto, a uma atividade de criação da Corte. A Corte reconheceu um "princípio geral de igualdade" do qual as regras esparsas contidas nos tratados são "expressões específicas" ou "específicas enunciações". É o caso da regra contida no art. 7º do Tratado CEE que determina que, de acordo com as finalidades do tratado e sem prejuízo de nenhuma disposição especial neles contida, qualquer discriminação com base na nacionalidade é proibida. O que nos interessa, aqui, é verificar como este princípio foi construído e sob quais fundamentos, identificando, então, a função que ele desempenha dentro do direito comunitário europeu.

A sentença *Ruckdeschel* é o marco inicial da aceitação da generalidade do princípio da igualdade no direito da comunidade europeia. Esta causa examina a não paridade de tratamento por parte da Comunidade para com produtores de "quellmehl" e produtores de amido, verificada pela interrupção de um subsídio comunitário para o primeiro destes produtos. Isto atenta contra o art, 40, § 3, 2 do Tratado CEE, que indica que, tendo em vista a organização de um mercado agrícola comum, devem ser excluídas

¹ Sentença de 19 de outubro de 1977, in *Raccolta*, 1977, pp 1753-1791.

todas as discriminações entre produtores ou consumidores da Comunidade. Não obstante a existência da regra escrita, a Corte optou por enunciar o princípio geral da igualdade.

Na sentença anterior (*Reynes*²), a Corte afirma que o princípio da não-discriminação com base na nacionalidade constitui uma das "*das disposições jurídicas fundamentais da Comunidade*"; contudo, prefere remeter a questão que lhe foi submetida, de decidir se um cidadão estrangeiro pode exercer a profissão de advogado na Bélgica, aos juízes belgas, evitando assim tomar uma posição definitiva em relação a este problema, que levantou um grande debate nos anos 70. Ao agir desta maneira, a Corte o faz com muita cautela, justificando que, como não existe uma diretiva capaz de promover a aplicação deste princípio de maneira uniforme em todos os Estados membros, cabe a cada um destes decidir por si como agir nesta circunstância: "*Não compete ao juiz exercer um poder discricionário reservado aos órgãos legislativos da Comunidade e dos Estados - membros*".³ Desta forma, a Corte se abstém de dar um amplo alcance ao princípio da igualdade, fazendo uma interpretação restritiva dos tratados.

Na causa *Ruckdeschel*, decidida três anos depois, a Corte enuncia a "máxima" que vai estar presente em suas decisões posteriores em matéria de não-discriminação, dizendo que enunciações como a da proibição de discriminação com base na nacionalidade são apenas especificações do "princípio geral da igualdade que faz parte dos princípios fundamentais do direito comunitário; este princípio proíbe tratar de modo diverso situações análogas, a não ser que a diferença de tratamento seja objetivamente justificada"⁴. A Corte, então, aponta dois requisitos para a não aplicação da igualdade: que as situações não sejam análogas e que a diferença de tratamento seja fundada em um

² Sentença de 21 de junho de 1974, *Jean Reynes c. Estado Belga*, causa 2-74, in *Raccolta*, 1974, p 631-665

³ *idem*, p. 648.

⁴ *Ruckdeschel*, sentença cit., p. 1769.

motivo "objetivo". Torna-se então necessário saber em que consistem estes motivos e, também, qual é o critério para que duas situações diversas sejam consideradas análogas.

Aqui, verificamos que a Corte vai se orientar, sobretudo, nos objetivos da criação de um mercado comum, e que, neste sentido, o princípio da igualdade é um princípio instrumental. Isto significa muito mais do que dizer que a igualdade no direito comunitário visa possibilitar a criação deste espaço econômico comum. Concebida dentro de tais limites, a igualdade não é mais um princípio informador do direito, nos moldes da igualdade formulada pelas declarações dos direitos humanos: a igualdade se sujeita aos limites dos "objetivos" de uma comunidade européia.

No caso específico da paridade de tratamento entre o "quellmelhel" e o amido, a Corte desenvolve uma série de considerações de ordem econômica, para mensurar as consequências de tal discriminação para o mercado comum europeu, conforme se pode verificar com a leitura das conclusões do Advogado-Geral da Corte, Sr. CAPOTORTI. Assim, o princípio da igualdade tem validade à medida que visa assegurar a ocorrência de determinadas consequências.

Sentença *Defrenne c. Sabena*, causa 149/77⁵

A sentença *Defrenne* analisa a questão da paridade de tratamento para com trabalhadores do sexo masculino e do sexo feminino em relação às condições de trabalho. A Sr.^a Defrenne, ex-aeromoça da companhia belga Sabena, aposentada ao completar quarenta anos, conforme disposto no contrato de trabalho, requereu junto ao *Tribunal du Travail* de Bruxelas, com base no art. 119 do Tratado CEE (que garante a igualdade de remuneração entre trabalhadores dos sexos masculino e feminino), uma complementação em razão da diferença entre a indenização recebida por ela e a que seria recebida por um colega do sexo masculino nas mesmas condições. A questão foi enviada à *Cour de Cassation* belga, que submeteu à Corte Européia duas questões: a primeira, relativa ao âmbito de aplicação do art. 119 do Tratado; a segunda, sobre a eventual existência de um princípio geral de direito comunitário que proíba outros tipos de discriminação entre os sexos, que não sejam as diretamente relacionadas com a remuneração.

A argumentação da Corte é engenhosa. Em primeiro lugar, afirma a existência de direitos fundamentais no direito comunitário; ao fazer isto, a Corte se refere apenas a si mesma: "*A Corte repetidamente constatou que o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana faz parte dos princípios gerais de direito comunitário dos quais esta deve garantir a observância, não há dúvida de que a eliminação das discriminações fundadas no sexo faz parte de tais direitos fundamentais*"⁶. A isto, a Corte

⁵ Sentença de 15 de julho de 1978, in *Raccolta*, pp. 1365-1389.

⁶ *ibidem*, p. 1378.

complementa dizendo que estes mesmos conceitos foram expressos pela Carta Européia de 18 de novembro de 1961. Não obstante, ressalta que no período considerado na causa em questão existiam apenas as regras do artigo 117 e 118 do Tratado, que têm um caráter "programático". Desta forma, a Corte se abstém de dar amplo alcance ao princípio da não discriminação, embora afirme, simultaneamente, a sua existência no ordenamento comunitário. Mas, na medida em que fala em normas programáticas, a Corte é cai em contradição, pois todas as normas de direito comunitário são programáticas (no sentido de que a comunidade se desenvolve paralelamente ao direito comunitário).

Na argumentação do Sr. CAPOTORTI, encontramos indicações interessantes: "*(...) o significado da proteção dos direitos fundamentais em nível comunitário não é o mesmo que em nível do direito nacional*"; referindo-se a uma sentença anterior da Corte, complementa dizendo que "*a proteção destes direitos, ainda que informada pelas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, é garantida no âmbito da estrutura e das finalidades da Comunidade*".⁷

⁷ *ibidem*, p. 1385.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1.

No presente trabalho ocupamo-nos da descrição do modo como operam os princípios gerais do direito no sistema do direito na sociedade moderna. Em particular, ocupamo-nos da aplicação destes princípios por um tribunal determinado - a Corte de Justiça da Comunidade Européia.

As possíveis descrições relativas a esta forma de operação do sistema jurídico são plausíveis na medida em que se adequam à forma da diferenciação da sociedade e, conseqüentemente, à forma como se diferencia o sistema do direito dentro do sistema da sociedade. Uma descrição dos princípios do direito a partir da idéia de "Natureza", por exemplo, era plausível em sociedades diferenciadas em estratos, constituídas segundo o princípio da hierarquia. À medida que a sociedade moderna atinge a forma da diferenciação funcional, e o direito, como sistema funcionalmente diferenciado, assiste a sua completa positivação, o recurso à Natureza se torna obsoleto e, também, desnecessário. As transformações nas formas da diferenciação da sociedade e de seus sistemas parciais implicam em mudanças nas maneiras como estes se auto-descrevem. Uma tal descrição é possível em nível mais elevado de observação, de onde se pode observar a diferença direito/sociedade na sua simultaneidade (ou, se preferirmos, na sua paradoxidade), e não a partir do isolamento de uma das partes desta diferença. Tradicionalmente, nas descrições da teoria do direito, a parte da "sociedade" tem sido

isolada. Por isto, muitas formas de auto-descrição do direito se mostram inadequadas para explicar o fenômeno do direito na sociedade moderna.

Preocupados com esta questão, elegemos como nosso ponto de observação a Teoria da Sociedade, cujos conceitos nos permite descrever o direito na sua contemporaneidade em relação à sociedade, e não isolando uma das partes, seja esta o direito ou a sociedade.

2.

A partir do instrumental teórico oferecido pela Teoria da Sociedade, descrevemos o sistema do direito como um sistema autopoietico, capaz de produzir seus próprios elementos e, assim, capaz de se auto-reproduzir. Como sistema que observa a si próprio e aos elementos que ele elabora como unidade, o sistema do direito se apresenta como estrutural e funcionalmente auto-referente: o direito se constitui por meio de uma contínua referência a si mesmo. Isto se dá através de uma rede recursiva de operações, nas quais o sistema do direito observa a sua identidade como a identidade da diferença entre direito/não direito. Ora, o fato de ser a identidade de um sistema edificada a partir de valores contrários constitui, claramente, um paradoxo.

Da perspectiva da Teoria da Sociedade, os paradoxos não constituem uma indecidibilidade última. Antes, o paradoxo é uma condição constitutiva dos sistemas auto-referenciais e, portanto, um pressuposto da própria *autopoiesis* destes sistemas. Mas esta condição constitutiva paradoxal permanece latente no sistema (que prossegue operando às cegas) e só aparece quando um sistema auto-referente (portanto, capaz de observar) observa a si mesmo.

3.

O paradoxo da auto-observação do sistema se mostra particularmente problemático no caso específico dos sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade contemporânea. Estes sistemas observam a si mesmos através de uma forma específica de auto-observação, chamada reflexão. Na reflexão, um sistema se serve da distinção sistema/ambiente para observar a sua unidade enquanto sistema. Porém, esta auto-observação se sujeita a determinados limites. O sistema não pode fundar suas próprias observações referindo-se exclusivamente a si mesmo. O sistema do direito, por exemplo, não pode observar, na medida em que opera com base no código do direito/não direito, se é direito ele dizer o que é e o que não é direito.

No âmbito da teoria do direito, enquanto sistema parcial do direito que opera a reflexão deste, o tema da fundação do direito é recorrente. Contudo, a teoria do direito não tem conseguido escapar ao problema de que esta fundação é paradoxal. Tradicionalmente, a paradoxidade desta fundação é ocultada, através de descrições contraditórias e, em si, paradoxais. Assim, o paradoxo é substituído por outro paradoxo. Seguindo LUHMANN e DE GIORGI, entendemos que existe uma possibilidade de se realizar uma descrição não paradoxal do direito, se o fizermos a partir da assunção do paradoxo. De uma perspectiva construtivista, isto implica em aceitar que a realidade é construída por um observador e que, portanto, todas as coisas são produtos de decisões e, assim, contingentes - elas são possíveis ainda que de outra forma.

4.

No âmbito da formação de sua estrutura, o sistema evita que suas observações sejam bloqueadas, introduzindo condições que interrompem a circularidade da

auto-referência. A Teoria da Sociedade refere-se a esta forma como desparadoxação (ou "assimetriação"). Essas formas de assimetria são historicamente variáveis e constituem a possibilidade de tomar um paradoxo operativo, escondendo-o mediante a introdução de uma diferença ulterior. O paradoxo se torna operativo, mas jamais será "resolvido", permanecendo sempre latente.

A auto-referência do direito é interrompida pela colocação de condições desparadoxantes que, erigindo pontos de referência, permitem que o direito possa produzir decisões e, simultaneamente, se auto-observar não só como um pressuposto, mas também como um produto destas decisões. A dogmática jurídica, vista desta forma, tem a importante função de indicar estes critérios decisórios.

Neste sentido, a dogmática vai se preocupar, sobretudo, com as questões da validade do direito. De uma teoria do direito supradogmática, verificamos que este tipo de problema não vai se resolver em um princípio de unidade do sistema jurídico; seja numa "norma fundamental", seja na idéia de "Justiça", seja na idéia de "Razão". Um catálogo de "fontes do direito" mostrou-se inadequado na medida em que concebe o direito como produto de uma hierarquia de instâncias produtoras de leis que, necessariamente, para se legitimarem, devem recorrer à idéia de um direito anterior ao próprio direito. O direito surge, então, como produto do próprio direito, devido a uma relação de circularidade, em que decisões produzem ulteriores decisões. Neste sentido, validade é, necessariamente, circularidade.

5.

Desta perspectiva construtivista, os Princípios Gerais do Direito são por nós descritos como estruturas, criadas pelo próprio direito, que lhe permitem a realização de

sua *autopoiesis*. Estas estruturas não têm um conteúdo semântico autônomo, mas têm um altíssimo potencial operativo, pois constituem um ponto de apoio para a excessiva rigidez da codificação binária específica do direito, na medida em que impedem que a diferença legal/ilegal seja continuamente remetida a si mesma. Estes princípios, portanto, não estão em condição de representar a unidade do sistema jurídico enquanto referências a valores exteriores àqueles contidos no código direito/não direito. Valores provenientes do sistema da moral, por exemplo, não podem ser admitidos como internos ao sistema do direito. Isto implicaria em uma "corrupção" do código específico (e exclusivo) do sistema do direito, instaurando em seu interior um processo de "des-diferenciação" funcional.

6.

A teoria do direito clássica descreveu os princípios do direito como princípios anteriores ao direito, pressupostos como derivados, inicialmente, de um direito de origem "natural", depois, de um direito de origem "moral" e, finalmente, de um direito "racional". A completa positivação do direito leva à impossibilidade, por parte da teoria, de continuar a explicar a existência e utilização dos princípios com base em uma referência externa a este sistema e, assim, traz a necessidade de que estes princípios sejam admitidos como internos ao sistema do direito. A questão deixa de ser se os princípios são externos ou não ao direito, e passa a ser a de se saber se estes princípios, admitidos como princípios **do direito**, são sempre explícitos no sistema, ou devem ser produto de uma construção.

No caso em que uma forma de direito regionalmente válida, um ordenamento jurídico, formula seus princípios de maneira explícita, a atividade decisória de aplicação destes princípios se reduz a uma dedução. Mas, se os princípios de um ordenamento não

são fixados explicitamente, torna-se necessário construí-los, mediante um processo de indução. Nas duas hipóteses, os princípios são admitidos como existentes no sistema.

Aqui, no entanto, reaparece o paradoxo. No caso específico em que os princípios são construídos, eles, na realidade, não estão presentes no sistema. O juiz os considera como internos ao sistema, porque é a partir desta pressuposição que ele pode aplicá-los, mas ele não poderia produzir decisões em conformidade com o sistema, se os princípios não fossem princípios do sistema. O paradoxo é o de que estes princípios são aplicados a partir da pressuposição de sua existência, mas existem exatamente porque são aplicados.

Por isto, a partir de uma análise da aplicação dos Princípios Gerais do Direito, é extremamente redutivo considerar esta atividade como uma atividade de dedução ou como uma atividade de indução. Ela é, simultaneamente, uma e outra. Um juiz considera como já dados (dedução), pontos de referência que ele mesmo constrói (indução).

Neste sentido, dizemos que os princípios, como formas de assimetria no direito, consistem eles também paradoxos do direito.

7.

As discussões em torno da existência e aplicabilidade dos princípios do direito estão no centro dos debates da teoria jurídica contemporânea. A figura dos princípios ganhou força paralelamente ao fenômeno da completa positivação do direito, pois passa a ser utilizada pelo sistema no sentido de lhe propiciar, uma flexibilidade que a forma "pura" do código legal/ilegal não lhe oferece. Em um primeiro momento, pretende-se que o direito possa responder mais rapidamente às demandas que o ambiente social lhe dirige. Mas a etapa posterior é a de que a validade do direito fica subordinada à sua capacidade de

antecipar suas demandas. Projeta-se, na dimensão temporal, a própria validade do direito: as demandas da sociedade não só devem ser respondidas mais rapidamente, como devem ser satisfeitas previamente.

No entanto, uma tal dependência das decisões em relação a suas consequências é incompatível com o primado da certeza jurídica e, principalmente, com o princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais. À medida que o direito assume o papel de "guia" da sociedade, ele se des-diferencia enquanto sistema que cumpre a função de estruturar expectativas de expectativas. Assim, o direito assume o papel da política, orientando-se por critérios não jurídicos. Desta forma, o direito e, também, o próprio poder deixam de ser alguma coisa controlável. Fenecem os pressupostos de um Estado de Direito, na medida em que os sistemas político e jurídico não são mais capazes de, reciprocamente, controlarem-se.

8.

No âmbito da Comunidade Européia, já se tornou um lugar comum falar em "governo dos juízes", em ativismo político da Corte de Justiça, em centralização do poder político naquela instituição. Por um lado, é evidente que este direito se vem desenvolvendo como uma forma híbrida entre o direito jurisprudencial e o direito do tipo continental-europeu, e é plausível (e até mesmo óbvio) que a Corte, devendo decidir os casos que são submetidos à sua apreciação, construa uma jurisprudência que sirva não só como orientação para o desenvolvimento do direito comunitário mas que, principalmente, funcione como sistematizadora deste direito.

Os Princípios Gerais do Direito, não só na prática da Corte Européia, mas também na dos demais tribunais, exercem este papel de servir de critério para a criação

jurisprudencial do direito. Neste sentido, discussões como as relativas à aplicabilidade (se direta, se não-direta) destes princípios estão superadas. No entanto, uma instrumentalização política destes princípios coloca em risco o primado da diferenciação funcional do sistema do direito no interior do sistema da sociedade. Representa um perigo, portanto, para a própria existência e operatividade do direito. Por isto, uma teoria não-dogmática do direito retira dos "princípios" a veste dos valores exteriores ao código do direito, como os da moral ou os da política, assumindo-os como construções paradoxais com um elevado potencial de operatividade.

Retornando à metáfora do décimo oitavo camelo, citada ao introduzirmos este trabalho, os princípios existem no sistema porque não existem no sistema: a prova disto é que o sistema pode usá-los em suas decisões, "construindo" uma nova realidade. Cada decisão é pressuposto de uma decisão posterior, tornando possível que, a partir dela, novas e criativas diferenças sejam introduzidas. Porém, o sistema deve realizar tudo isto a partir de um único imperativo - o de sua coerência interna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. "Idée et structure d'un système du droit rationnel" in: *Archives de philosophie du droit*, t. 33. pp. 23-39.
- ALPA, Guido. "I principi generali e le fonti del diritto". in: *Politica del Diritto*, n°4, 1992.
- BAREL, Yves. Le paradoxe et le système. Paris: Presses Universitaires de Grenoble, 1979. 273p.
- BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo & ESPOSITO, Elena. Glossario dei termini della teoria dei sistemi di Niklas Luhmann. Urbino: Montefeltro, 1989. 171p.
- BARTOLE, Sergio. "Principi generali del diritto" in: Enciclopedia del diritto, XXXV, pp. 494-533.
- BENEDETTELLI, Massimo V. Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle comunità europee. Padova: CEDAM, 1989.
- BENGOETXEA, Joexerramon. "Institutions, Legal Theory and EC Law" in: *Archiv für Rechts- und Sozial philosophie*.
- BETTI, Emilio. Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Milano: Giuffrè, 1971. 453p.
- _____. "Sui principi generali del nuovo ordine giuridico" in: *Rivista Diritto Commerciale*, 1940. p.217-243.
- BOBBIO, Norberto. "Principi generali del diritto" in: *Nss. Digesto Italiano*, XIII, 1966, pp. 887-
- DANARIS, Claus-Wilhelm. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Berlin: Dunker und Humblot. (trad. portuguesa Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. 289 p.)

CAPELLETTI, Mauro. "Is the European Court of Justice 'Running Wild'?" in: *European Law Review*, fev. 1987, pp. 3-17.

CASSESE, Sabino. "La Costituzione Europea" in: *Quaderni Costituzionali*, a.XI, n° 3, dez. 1991, pp. 495-517.

CRISAFULLI, . "Perla determinazione del concetto dei principi generali del diritto", Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico. Pisa, 1941.

CROSBY, "The single market and the rule of law", *European Law Review*, 1991, p. 465

DAUSES, "La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire" in: *Rivista Trim. di Diritto Europeo*, 1984. pp. 403-437.

DWORKIN, Ronald. A matter of principle. Harvard University Press, 1985. (trad. italiana Questione di principio por Emilio D'Orazio. Arnoldo Mondadori Editore, S. p. A., 1990. 398 p.)

DE GIORGI, Raffaele. Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia tedesca da Kelsen a Luhmann. Bari: De Donato, 1979. 255p.

_____. Azione e imputazione: semantica e critica di un principio nel diritto penale. Lecce: Edizione Milella, 1983. 266p.

_____. "Semantica dell'idea di diritto soggettivo". in: Storia dei concetti e semantica storica. Salerno: Public. dell'Università degli Studi di Salerno, Ed. Scientifiche Italiane, pp. 119-130.

_____. "Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità". in: Disuguaglianza ed equità in Europa. Bari: Laterza, 1993. pp. 359-378.

DE GIORGI, Raffaele & LUHMANN, Niklas. Teoria della società. 5ª ed. Milano: FrancoAngeli, 1993. 400p.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368p.

SIANFORMAGGIO, Letizia. "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di reole ed argomentazione basata su principi". in: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie-LXII, 1985.

HART, Herbert L. A. The concept of law. Oxford: University Press, 1961. (trad. portuguesa O conceito do direito por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s/d. 306p.)

KARAM, Vera. A filosofia jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Dissertação de mestrado, Florianópolis, 1993.

KELSEN, Hans. Reine rechtslehre. Viena: Verlag Franz Deuticke, 1960. (trad. portuguesa Teoria pura do direito por João B. Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 371p.)

LARENZ, Karl. Storia del metodo nella scienza giuridica. Milano: Giuffrè, 1966.

_____. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 5ªed. Berlin: Springer-Verlag, 1983. (trad. portuguesa Metodologia da ciência do direito por José Lamego. 2ªed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s/d. 620p.)

LENAERTS, "Some reflections of the separation of powers in the European Community", *Common Market Law Review*, 1991, pp.4-21.

LORENZ, "General principles of law: their elaboration in the Court of Justice of the European Community", *American Journal of Comparative Law*, 1964,

LUHMANN, Niklas. Rechtssoziologie 1. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag GmbH, 1972. (trad. brasileira Sociologia do direito I por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 252p.)

_____. Rechtssoziologie 2. Wiesbaden: Westdeutsch Verlag GmbH, 1972. (trad. brasileira Sociologia do direito II por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 212p.)

_____. Rechtssystem und Rechtsdogmatik. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1974. (trad. italiana Sistema giuridico e dogmatica giuridica por Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978. 155p.)

_____. Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträg zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1981. (trad. italiana La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto, por Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Il Mulino, 1990. 397p.)

_____. "Tautology and paradox in the self-description of modern society". in Essays on self-reference. New York: Columbia University Press, 1990.

_____. "The autopoiesis of the social systems". in: Essays on self-reference. New York: Columbia University Press, 1990.

_____. "The self-reproduction of law and its limits". in: Essays on self reference. New York: Columbia University Press, 1990.

_____. "The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history". in: *Journal of Law and Society*, vol. 15, n.2, 1988, pp. 153-175

_____. "The future cannot begin: temporal structures in modern society" in: The differentiation of society. trad. inglesa por Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982. pp. 271-288.

_____. "Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system" in: *Cardozo Law Review*. New York: Editorial Office, v. 13, n.5, pp.1419-1441, 1992.

MacCORMICK, Neil. "Beyond the sovereign state" in: *The Modern Law Review*, vol. 56, jan. 1993, nº 1, pp.3-17.

MANCINI, "The making of a constitution for Europe" in: *Common Market Law Review*, 1989, pp. 595-614.

_____; KEELING. "Democracy and the European Court of Justice" in: *The Modern Law Review*, vol. 57, março 1994, n. 2

DOST, François. "Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit" in: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, t. 31. pp. 135-156.

PERELMAN, Chaïm. Logica giuridica nuova retorica. Milano: Giuffrè, 1979. 256p.

DESCATORE, "Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Comm. Européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres", *Revue Int. Droit Comparé*, 1980, pp.337-354.

- RADBRUCH, Gustav. Lo spirito del diritto inglese. trad. italiana por Alessandro Baratta. Milano: Giuffrè, 1962. 123p.
- ROCHA, Leonel Severo. A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. 112 p.
- _____. "Da teoria do direito à teoria da sociedade" in: Teoria do direito e do estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. pp. 65-80.
- ROTTLEUTNER, Hubert. "Les métaphores biologiques dans la pensée juridique" in: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, t. 31, 1986.
- STEIN, Peter. "The Digest title, *De diversis regulis iuris antiqui* and the general principles of law" in: Essays in honour of Roscoe Pound. Indianapolis-New York: 1962. pp.1-13.
- TARELLO, Giovanni. L'interpretazione della legge. Milano: Giuffrè, 1980.
- TEUBNER, Gunther. "Il diritto come soggetto epistemico: per una epistemologia giuridica 'costruttivista'." in: *Rivista Critica di Diritto Privado*, 1990. p. 283ss.
- TOHT, A. G. The Oxford Encyclopaedia of European Community Law, vol.I "Institucional Law". Oxford: Clarendon Press, 1990.
- VON FOERSTER, Heinz . Observing systems. Seaside: 1984. (trad. italiana parcial Sistemi che osservano por Mauro Ceruti e Umberta Telfner. Roma: Astrolabio, 1987.)
- WIEACKER, Franz. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer berücksichtigung der Deutschen entwicklung. Gotingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967. (trad. portuguesa História do direito privado moderno por A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. 765p.