

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FLÁVIO VIANA FILHO

TIA 70941092

JUSTIÇA NA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

São Paulo

2012

FLÁVIO VIANA FILHO

JUSTIÇA NA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Hércio Ribeiro.

São Paulo

2012

V614j Viana Filho, Flávio

A justiça no sistema autopoietico do direito. / Flávio Viana Filho.
São Paulo, 2012.

150 f. ; 30 cm

Referências: p. 142-150

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)- Universidade
Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

1. Sistemas autopoieticos. 2. Direito. 3. Percepção da Justiça. 4.
Consistência das Decisões. I. Título

CDD 340.2

Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos meus pais FLÁVIO e LEILA e minha avó ROSÁLIA.
À minha esposa DJAYME SILVESTRE VIANA e
aos nossos filhos queridos CAIO e ENZO.
Aos meus irmãos e cunhada com afeto.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor HÉLCIO RIBEIRO, meu Orientador, pelo auxílio em momento de angústia; ao Professor TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, pelos diálogos que antecederam a confecção deste trabalho; Professores ARI SOLON, ALYSSON MASCARO e SAMUEL BARBOSA (que em muito me honraram pelas críticas e sugestões feitas em minha banca de qualificação); CELSO FERNANDES CAMPILONGO e ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO (que me deram o privilégio de participarem como membros da banca de defesa).

Ao meu amigo, verdadeiro Irmão, MARCELO ESCOBAR e demais colegas de turma da pós-graduação. Aos funcionários do Mackenzie, na pessoa do RENATO M. SANTIAGO e ao MIRO pela atenção e auxílio dispensados a mim em momento muito importante.

Agradeço especialmente ao amigo DOUGLAS ELMAUER pela leitura crítica realizada pós-defesa e que em muito me ajudou a enxergar pontos que mereciam reparos no trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto a análise da justiça dentro do ambiente sociológico da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Para tanto, são desenvolvidas considerações sobre a decisão, sobre a legitimação do direito e sobre a conceituação de justiça do mencionado autor. O capítulo final é dedicado à análise de caso recentemente examinado pelo STJ e que, por suas características, pode configurar aplicação prática da “fórmula de contingência” do sistema jurídico.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas autopoieticos; fórmula de contingência; justiça.

ABSTRACT

This research aims at the analysis of environmental justice within the sociological systems theory of Niklas Luhmann. To this end, considerations are developed on the decision on the legitimacy of law and justice on the conceptualization of that author. The final chapter is devoted to analysis of recent case examined by the STJ and that, by nature, you can configure the practical application of "contingency formula" of the legal system.

Key words: autopoietic systems theory, contingency formula, justice

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS, DECISIONISMO JURÍDICO E LEGITIMAÇÃO DO DIREITO	14
1.1 Decisionismo jurídico schmittiano	15
1.2 Decisão para Niklas Luhmann	23
1.3 Paradoxo de autorreferência, justiça e decisão inicial do direito	26
1.4 Legitimação das normas jurídicas	32
1.5 Conclusão	34
2. JUSTIÇA NA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS	39
2.1 Evolução, diferenciação funcional e positivação do direito moderno	39
2.2 Diferenciação funcional	50

2.3 A justiça, propriamente dita, na teoria dos sistemas autopoieticos ...	59
2.3.1 Justiça como complexidade adequada do sistema jurídico	61
2.3.2 Justiça como fórmula de contingência	66
2.3.3 Conclusão do capítulo: complexidade adequada x fórmula de contingência	109
2.4 Por que Luhmann recorre à semântica da justiça em sua teoria dos sistemas autopoieticos?	119
3. APLICAÇÃO DA FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO. O CASO DO RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO: UMA HIPÓTESE	124
3.1 A questão em termos de aplicação da fórmula de contingência	127
3.2 A decisão do STJ fere a separação dos poderes? Configura politização do Poder Judiciário?	132
4. CONCLUSÃO	135
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140
ANEXO	148

INTRODUÇÃO

*Aquele que pretende dedicar sua atenção ao Direito deve saber, de início, de onde descende o nome do Direito. Este extrai sua denominação da Justiça, pois (tal como Celso elegantemente o define) o Direito é a arte do bom e do justo.*¹

A sociedade moderna, extremamente rápida e tecnológica parece fazer o tempo acelerar. O espaço – antes visto como algo limitado – tem suas fronteiras alargadas pela dinâmica social e, mesmo com esse turbilhão dos acontecimentos, alto risco e complexidade,² o Direito continua a ser interrogado sobre a noção de Justiça, tal qual na abertura do *Liber Primus* do Digesto.

Simple e sintética a definição de Celso chama à reflexão para a imbricação entre o jurídico e o justo.³

Talvez seja uma das frases que mais revela a proximidade entre Direito e Justiça; talvez seja uma das expressões mais contrariadas durante o período que vai da Antiguidade aos dias atuais,⁴ na eterna discussão entre jusnaturalistas e juspositivistas de todos os matizes, é capaz de resumir a preocupação principal ao se realizar esta pesquisa.

A justiça, portanto, é o móvel principal deste trabalho e a teoria dos sistemas autopoietico, o ambiente teórico principal a ser investigado.

¹ D.1.1.1pr. (*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*)

² Sobre essa percepção temporal da modernidade, ver: Reinhart Koselleck (**Passado futuro**); Jürgen Habermas (páginas iniciais do **Discurso filosófico da modernidade**); Walter Benjamin (**Passagenwerke**).

³ O recurso a uma definição romana deve ser acompanhado da advertência de que a ela recorreremos sem considerar a diferenciação proposta por Luhmann dentro da evolução da sociedade desde as sociedades arcaicas até as modernas e que será exposta, em linhas gerais em capítulo posterior.

⁴ Necessário atentar para as alterações semânticas do conceito (*Begriff*) de justiça, na pré-modernidade (antiguidade – conceito aristotélico – diferenciação hierárquica) e na modernidade (determinada pelo primado estrutural da diferenciação funcional); para mais detalhes do conceito de semântica (*Semantik*) em Luhmann, ver: **La sociedad de la sociedad**, p. 424 e ss.

Na busca pelo significado de “justiça”, segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, por exemplo, “o que se procura é uma espécie de estrutura de resistência à mudança, que assegure à experiência jurídica um sentido persistente. Desde a Antiguidade, foi na ideia de justiça que se buscou essa estrutura”.⁵

Luhmann também apresenta um sentido para o termo que representa a procura pela estabilidade do sistema do direito, mas completa esse raciocínio porque, ao lado dessa estabilidade, há a necessidade de lidar com as mudanças e selecioná-las para que o direito seja um sistema dinâmico, capaz de acompanhar a já mencionada rapidez modificativa da sociedade global.

São três aspectos que não podem ser esquecidos: estabilidade, variação e seleção, que serão desenvolvidos oportunamente.

Aspectos evolutivos tão importantes para o direito em geral como para a noção de cidadania em particular, passa pela busca do modo como a sociedade percebe e partilha a justiça, a liberdade, a igualdade, dentre outros. Não é apenas uma questão abstrata e sem importância, mas algo que caminha ao lado do sentimento do cidadão, em outros termos: revelar o sentido de justiça é importante também para o sentido de cidadania posto que “ao menos nesses termos existenciais é de reconhecer que a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir. Diz-se, assim, que o direito deve ser justo ou não tem *sentido* a obrigação de respeitá-lo”.⁶

Mas esta busca pelo sentido de justiça não pode nos conduzir a uma ilusão, como menciona o título de artigo da lavra de Orlando Villas Bôas Filho sobre o tema objeto da presente pesquisa.⁷

Luhmann recorre à justiça, enquanto categoria cultural, apresenta sua configuração no transcorrer dos tempos e a reapresenta sob uma forma mais racional, dentro da perspectiva própria do funcionalismo sociológico.

⁵ **Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação.** 3. ed. São Paulo, Atlas, 2001, p. 351-352. O sentido empregado por este autor difere do empregado por Luhmann.

⁶ Idem, p. 352.

⁷ Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Direito e filosofia – A noção de justiça na história da filosofia.** São Paulo: Atlas, 2007.

Tal qual toda a estrutura social em Luhmann, justiça é, desde logo pode-se afirmar, comunicação.⁸ Essa é a primeira premissa essencial: estamos a lidar com uma categoria comunicacional. Mas que tipo de comunicação? A isto nos debruçaremos.

O próprio Luhmann afirma que o direito não deve abrir mão da ideia de “justiça”. Tem ela, como ingrediente comunicativo, lugar na teoria dos sistemas. Por tudo quanto margeia a expressão, desde os tempos de Celso, não é possível deixar de analisá-la e aplicá-la à construção teórica funcionalista, encontrando e definindo seu papel no sistema do direito configurado para a sociedade atual.

As maiores diferenças e até as confusões que acompanham o tema durante os séculos, são questões de ruídos comunicativos.

Dentro desta perspectiva, no capítulo primeiro discorreremos sobre a questão da pretensa vinculação de Luhmann ao decisionismo de Carl Schmitt.

Luhmann adere ao decisionismo? Tal questão é posta em relevo por críticos ao funcionalismo luhmanniano e é importante porque em Luhmann, justiça e decisão são elementos intimamente relacionados e que precisam ser analisados para as conclusões finais deste trabalho.

Ultrapassado este ponto, no capítulo segundo, trataremos de alguns elementos de destaque na teoria dos sistemas, relevantes para compreender o objeto central do trabalho: a justiça. A escolha deles se deu com apoio no que efetivamente está relacionado à questão da justiça.

O núcleo da pesquisa estará disposto no capítulo terceiro, momento em que será tratada especificamente da Justiça, com base em textos de Luhmann que tratam do assunto, mas amarrando-os aos elementos escolhidos e dispostos no capítulo anterior.

O terceiro capítulo trará observações sobre a aplicação da Justiça (como fórmula de contingência) pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro no

⁸ Celso Fernandes Campilongo assevera: “Para a teoria dos sistemas, sociedade é sinônimo de comunicação. A matéria prima da sociedade, o que permite indicar ao mesmo tempo, distinguir a sociedade do ambiente que a envolve, a operação que faz a sociedade funcionar, tudo isso responde pelo nome de comunicação. Não se trata de uma abstração ou de um tipo ideal. O pressuposto é empírico: sociedade é comunicação. Foi, é e será comunicação” (**Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122).

caso do reconhecimento da possibilidade de habilitação de casais
homoafetivos ao casamento civil. Por fim seguirá conclusão sintética dos
capítulos anteriores.

1. TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS, DECISIONISMO JURÍDICO E LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

No presente capítulo será analisada a suposta vinculação de Luhmann à corrente de pensamento jurídico-político, cujo maior expoente é Carl Schmitt, denominada “decisionismo jurídico”.

A tese da vinculação decorre de afirmações advindas de Jürgen Habermas e serviram para, de certa forma, macular a construção teórica de Luhmann, uma vez que Schmitt foi um dos teóricos responsáveis pela construção do projeto jurídico colocado em andamento durante o Reich nazista.⁹

Imaginar Luhmann como “descendente” teórico de Schmitt, comprometeria o avanço da aceitação acadêmica de seu pensamento. Talvez esta tenha sido a intenção de Habermas¹⁰⁻¹¹ ao pretender relacionar esses autores.

A partir de Habermas, pensadores como, por exemplo, Ronaldo Porto¹² identificam Luhmann com o decisionismo, nos seguintes termos:

Concluindo, para Schmitt o institucionalismo depende do decisionismo não quanto ao conteúdo, mas quanto à validade. Na situação de normalidade valem as instituições como fonte da ordem concreta. O soberano dorme, a

⁹ Após um período de “recuperação” teórica, o pensamento de Carl Schmitt voltou a ser objeto estudos pelos cientistas do direito com menor grau de rejeição.

¹⁰ A suposta relação entre Luhmann e Schmitt surge a partir de afirmação feita por Habermas em coletânea de textos compartilhada pelos dois pensadores (texto “Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann” escrito por Jürgen Habermas em: **Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie**, Frankfurt, Suhrkamp, 1971). V. Habermas, **Crise da legitimação no capitalismo tardio**, p. 124-129.

¹¹ Luhmann reage às críticas de associação indevida a Carl Schmitt no texto “A unidade do sistema jurídico” de 1983. Nesse texto (diferente do texto de 1972 – **Sociologia do direito**, v. 2, p. 7-17), esclarece que o direito moderno, além de ser positivo, alterável e posto por decisão, é também autodeterminado – isso o afasta definitivamente de Schmitt, uma vez que para o último o direito seria epifenômeno político.

¹² PORTO, Ronaldo. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt, **Revista de Cultura e Política**, n. 32, São Paulo, abril 1994. O mesmo ocorre com Tercio Sampaio Ferraz Jr., como será adiante mencionado, com ressalvas (**Teoria da norma jurídica**, p. 174).

decisão é pressuposta. "O soberano permanece fora da ordem legal normal e, todavia, pertence a ela". No momento de crise, de exceção, o poder soberano decide e determina o critério de validade do direito. A decisão instaura o ponto inicial da normalidade.

Neste sentido, as análises de Schmitt acerca dos elementos formais pressupostos na instauração de uma normalidade que ganha autonomia, e vai se constituindo num padrão cambiante e autorreferente de racionalidade jurídica, prefiguram algumas análises contemporâneas do direito contemporâneo elaboradas pelos chamados teóricos da "auto-poiesis" (Teubner), "auto-reflexão do direito" (Luhmann) e da "racionalidade reflexionante do Direito Social" (Ewald).

Para um trabalho cujo objeto principal é a análise do conceito de justiça na teoria dos sistemas autopoieticos, superar esta relação é importante posto que o próprio centro deste trabalho caminha por questão extremamente controversa e qualquer ilação de conteúdo político-ideológico pode colocar em xeque o tema principal ou trazer para ele uma rejeição prévia desnecessária e comprometedora.

Mencionar uma teoria da justiça a partir da teoria dos sistemas autopoieticos significa remeter a conceitos de decisão e de legitimação, haja vista que a questão do que pode ser visto como justo, ou seja, conforme a fórmula de contingência do sistema do direito (ou o controle de consistência das decisões), passa por decisão legítima tomada no interior do sistema jurídico, em especial perante os tribunais que estão em posição central para esta teoria jurídico-sociológica.

Justiça é, em última instância fruto de decisões.

1.1 Decisionismo jurídico schmittiano

Necessário verificar a extensão da expressão "decisionismo jurídico"; apresentar o pensamento de Carl Schmitt, principal expoente desta corrente; e comparar o pensamento deste autor com o pensamento de Luhmann.

O decisionismo é corrente do pensamento jurídico-político que procura encontrar uma fundamentação para o Direito sob a perspectiva de uma decisão que legitimaria determinada estrutura jurídica. O pensamento

decisionista começa em Jean Bodin e Thomas Hobbes, passa por Santi Romano, mas é francamente desenvolvido por Carl Schmitt.¹³

Schmitt explica o decisionismo por meio de premissas bastante claras,¹⁴ concluindo, a partir de Hobbes:¹⁵

Em Hobbes se encontra a estrutura lógica do decisionismo de modo evidente, precisamente porque o puro decisionismo pressupõe desordem, que somente pode ser levado à ordem mediante a decisão sobre o que (não sobre como). O soberano que decide não é competente para a decisão graças a uma ordem já constituída.¹⁶

Para o decisionismo, assim, o direito aponta sempre (isto é condição essencial para sua efetivação) para o âmbito não normativo,¹⁷ para a esfera fática da decisão que, não estando condicionada, pode estabelecer a ordem ou a “situação normal” em que o direito poderá vigorar. Dentro desta perspectiva, a legitimidade do direito deriva (incluindo neste ponto toda norma e ordenamento que dele descendam) não diretamente de um comando político, mas da soberania da última decisão que acompanha este comando. Nesse sentido Schmitt menciona:

¹³ SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Estudo preliminar, tradução e notas Montserrat Herrero. Madri: Editorial Tecnos, 1996. (Coleção Clássicos do Pensamento.), p. 27 e ss.

¹⁴ “O tipo decisionista não é menos ‘imperecível’ que o normativista. No entanto, apareceram com clareza mais tarde. Isto é devido a que, antes do desaparecimento das concepções de mundo antigas e cristãs por influxo da nova ciência natural, estava sempre presente no pensamento como pressuposto da decisão, uma ideia de ordem. Neste contexto, a decisão pura fica por sua vez limitada e incorporada em uma ideia de ordem; essa decisão deriva de uma ordem pressuposta. Quando o jurista e teólogo Tertuliano disse: ‘Estamos obrigados a algo, não porque é bom mas porque Deus manda’ (*neque enim quia bonum est, id circo auscultare debemus, sed quia deus praecipit*), esta afirmação soa a decisionismo jurídico; mas ao estar subjacente em seu pensamento a ideia cristã de Deus, falta, entretanto, a imagem consciente de um caos o qual não poderia ter se transformado em lei e ordem por uma norma, mas que precisa de uma decisão. (...)”. Idem, *ibidem*.

¹⁵ Embora parta de Hobbes e Bodin, o pensamento de Schmitt alcança outros patamares: “Novamente estaríamos diante de um decisionismo voluntarista de molde hobbesiano? Não, o soberano schmittiano no momento em que põe a decisão soberana, coloca a si mesmo como ponto de referência e medida para a qualificação e individuação do jurídico. A decisão derivada de um nada serve de parâmetro para o comportamento das instituições e da sociedade. Não obstante, a decisão soberana não esgota e não determina completamente os conteúdos jurídicos. A decisão soberana apenas dá início ao jogo jurídico institucionalista e atua ela mesma como primeira referência para este mesmo jogo. Para Hobbes, ao contrário, as corporações ou sociedades parciais são totalmente dependentes do poder soberano e não são fontes autônomas do Direito. Afinal, apenas ‘auctoritas facit legem’” (PORTO, Ronaldo. **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**, cit.).

¹⁶ SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**, p. 27 e ss.

¹⁷ Tal ponto conflita diretamente com a corrente normativista, especialmente com Kelsen, a quem Schmitt se contrapôs mais diretamente.

Para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o “direito”, isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma *decisão* final, que vem tomada junto com o comando.

Na construção teórica de Schmitt é possível perceber como elementos antes considerados sagrados (visão sacralizada da autoridade, da soberania, do poder) passaram por processo de secularização, mas continuam arraigados na ideia de Estado moderno.

A ordem jurídico-política derivaria da vontade do soberano; de um soberano que apenas substitui Deus na esfera de comando e de quem decorreria toda *ordem* social.

Ronaldo Porto Macedo Jr.¹⁸ ao cuidar da construção teórica schmittiana ligada ao direito assevera que, na elaboração da teoria do decisionismo jurídico, Schmitt caminha da total desvinculação em relação a preceitos ético-morais até o extremado conservadorismo religioso de origem católica, religião à qual adere desde a infância. Porto Macedo Jr. cuida deste pêndulo intelectual mencionando que:

Para o decisionismo schmittiano não há um fundamento metafísico, teológico ou baseado numa moral humanitária, tal como ocorreu nos séculos XVI, XVII e XVIII. Para ele, ao menos nesta fase de seu pensamento (dos anos 1920), não há fundamento para a decisão moral. Neste sentido, pode-se dizer que, nesta fase, Schmitt assume uma posição muito próxima de um relativismo moral de inspiração nietzschiana ou mesmo de um ceticismo moral de molde hobbesiano. Veremos que posteriormente Schmitt admite que as instituições sociais atuam como um “fundamento” ou ao menos como parâmetro para as decisões morais. Ao admiti-lo Schmitt explicita os fundamentos cristãos e conservadores de seu pensamento. Ocorre, todavia, que a sociedade como ponto de referência da decisão moral não atenderá todos os requisitos de um fundamento metafísico imutável. Será ela sempre uma referência cambiante e que se repensa a cada instante. Tal como para Hobbes, para o decisionismo schmittiano não há um fundamento para a autoridade que decide e cria direito. ‘*Auctoritas non veritas, facit legem*’. Para o jurista alemão nem a moral nem o direito têm um fundamento metafísico claro e transparente.¹⁹

Outras intimamente ligadas a ela são abordadas por Porto Macedo Jr., como a soberania e o Estado de exceção. A premissa teórica de Schmitt

¹⁸ **Carl Schmitt e a fundamentação do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série Produção Científica.)

¹⁹ *Idem*, p. 55-56.

segundo a qual “soberano é quem decide sobre o Estado de exceção”, não pode ser compreendida de modo simplista como elogio à ditadura.

Para Ronaldo Porto, Schmitt cria uma intrincada rede teórica a partir da qual os conceitos somente fazem sentido se inter-relacionados. Tais conexões tornam Schmitt um pensador complexo e refinado, tratando ao mesmo tempo da “exceção na institucionalidade” e da “institucionalidade na exceção”,²⁰ de modo que, a partir dele,

(...) é difícil prever e definir com clareza quais são os limites do estado de exceção. É certo que uma Constituição pode até mesmo prever a competência do governante durante o período de exceção. Todavia, não pode determinar com toda precisão o limite deste poder soberano. O soberano decide tanto sobre a ordem que subsiste no caso extremo de emergência, quanto sobre as ações que devem ser realizadas para superar o caos, trazendo de volta a normalidade. Ele está fora do ordenamento jurídico normalmente vigente e, entretanto, pertence a este, pois, que cabe a ele a competência para decidir se a Constituição *in toto* pode ser suspensa.²¹

Este decisionismo se opõe ao normativismo, sobretudo a Kelsen, pois Schmitt tenta suplantar a questão da positividade formal. Para ele, o fator fundamental da legitimidade está na vontade do soberano (vontade do Führer) e não em questões de validade das normas. Busca a fundamentação do direito no estado de exceção, pois, para ele, é em situações excepcionais que está a confirmação da normalidade; é a partir de uma situação de excepcionalidade que se observa a possibilidade de retorno ao estado de normalidade:

A decisão soberana não se explica juridicamente nem desde uma norma, nem desde uma ordem concreta, nem enquadra uma ordem concreta. Somente a decisão funda tanto a norma como a ordem. A decisão soberana é o princípio absoluto, o princípio (...). Surge de um nada normativo e de uma concreta falta de ordem. O estado de natureza é para Hobbes um estado de infelicidade, uma profunda e desesperada desordem e insegurança, uma luta sem regras nem normas de todos contra todos, o *bellum omnium contra omnes* [a guerra de todos contra todos] do *homo homini lupus* [o homem que é o lobo do homem]. A transição desse ‘estado arcaico de total desordem e insegurança para o estado estatal de paz, segurança e ordem de uma *societas civilis* se realiza somente em virtude da aparição da vontade soberana, cujo comando e ordem são leis.²²

²⁰ Expressões usadas por Alysson Mascaro. Nos extremos do direito (Schmitt e Pachukanis). **Revista Lua Nova**, n. 57, São Paulo, 2002.

²¹ **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**, p. 137.

²² Idem, *ibidem*.

“Soberano é o que *decide* sobre a exceção”. Com esta frase Schmitt abre sua **Teologia política**²³ e é a partir dela que se extraem os fundamentos de sua teoria política e da fundamentação que dá ao direito. Dela é possível perceber o mencionado retorno ao jusnaturalismo. A fundamentação do direito, para este pensador está fora dele.

O soberano é quem decide a ordem depois do estado caótico. É a sua racionalidade que determina a conformação do edifício que se erguirá nas diferentes esferas sociais, inclusive, no direito. Cabe ao líder tomar as decisões em última instância.²⁴

Esta ideia carrega o sentido de que todo *direito é direito de situação ou de normalidade*, pois, ainda que permaneça o Estado regido por normas jurídicas, pela afetação às expectativas ao direito em estado de normalidade, pode configurar-se o *estado de exceção*, que ocorre quando os *direitos sofrem afetações* sucessivas, não exatamente como desrespeito, mas, na verdade, como *agir em desconformidade com a legalidade*, por meio de decisões tomadas em excepcional e sob regimes baseados em “regras de exceção”, como se verifica continuamente com a aplicação das normas advindas do Poder Executivo como Medidas Provisórias. A exceção está no direito, portanto. Daí a frase acima mencionada de que *soberano é quem decide sobre o estado de exceção*, seguida da advertência de que deve-se entender estado de exceção como: “um conceito geral da teoria do Estado, mas não qualquer ordem de necessidade ou estado de sítio”. É verdadeiramente a aplicação do conceito de “caso limítrofe”, em oposição ao “caso normal”.

Para Schmitt, soberano, assim, é aquele que guarda o *monopólio decisório*, e não aquele que detém poder de império, por isso, o estado de exceção é revelador de quem efetivamente tem o poder para exercer a *soberania*.

Não existe norma que seja aplicável ao caos. A ordem deve ser estabelecida para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, sobre se tal situação normal é realmente dominante. Todo direito é “direito

²³ SCHMITT, Carl. **Teologia política**, p. 13.

²⁴ O *Führer* protege o Direito. Discurso de Adolf Hitler no *Reichstag* em 13 de julho de 1934. (PORTO, Ronaldo. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**, p. 177 e ss.)

situacional”. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua completude. Ele tem o monopólio da última decisão.²⁵

Há em seu pensamento jurídico um eterno retorno ao político. Não é o sistema jurídico que determina, *de per si*, sua fundamentação; não é o direito que corrige a situação de caos. É a escolha política do soberano que o fará, ou seja, Schmitt se socorre de um fundamento de cunho político, externo ao direito, diferentemente de Luhmann, em quem a separação funcional de sistemas afasta tal interferência.

O direito é fruto da voz do soberano, de sua vontade e, assim, força deste último. Não é ele (direito) que contribui com a formação do Estado moderno, mas, é, antes disso, seu produto.

O pensamento de Schmitt caminha sobre a questão da soberania. Este ponto é extremamente relevante no período histórico em que está inserido, no qual a afirmação da questão da segurança jurídica. Por tal motivo, há o retorno e o recurso ao constante ao pensamento de Hobbes.

Interessante destacar que Schmitt é identificado como autor realista²⁶ uma vez que o direito em sua teoria ultrapassa os limites do pensamento positivista tradicional centrado na estrutura formal da norma. A busca da legitimação do direito na escolha do soberano denota uma visão que extrapola os limites da legitimação positivista. O direito encontra seu fundamento na racionalidade oriunda de uma autoridade que suplanta o limite da lei.

Mesmo dentro desta perspectiva, utiliza postulados hobbesianos, autor cuja identidade jusnaturalista é questionada. Neste sentido:

As discussões sobre a inclusão de Hobbes entre os juspositivistas ou entre os jusnaturalistas é algo recente na filosofia do direito. Mark Murphy atesta em seu artigo intitulado *Was Hobbes a Legal Positivist?* (1995) que os atuais comentadores de Hobbes o têm considerado “de modo inadvertido” (in. *Ethics*, n. 105, p. 846) como um adepto do positivismo jurídico. Na visão de Murphy, “a

²⁵ SCHMITT, Carl. **Teologia política**, p. 13.

²⁶ Há controvérsias sobre posicionamento teórico de Carl Schmitt. Ora identificado como positivista sociológico, ora como positivista jurídico, ora como jusnaturalista, Schmitt percorre caminho de difícil “rotulagem” teórica. Seu realismo parece muito mais centrado no pensamento jusnaturalista. A norma, para ele, assume papel secundário em relação à vontade da autoridade que a impõe como regra social e, desta forma, o positivismo normativista parece não estar compatibilizado com sua teoria.

posição de Hobbes está muito mais alinhada com uma compreensão jusnaturalista de lei civil do que com uma concepção do positivismo jurídico” (Murphy, “Was Hobbes a Legal Positivist?”, *op. cit.*, p. 849). Evidente que no período em que viveu Thomas Hobbes tal discussão seria inconcebível. Ao que tudo indica, não há vestígios da existência dessa dicotomia na filosofia política e jurídica daquela época. Tal oposição só ocorrerá a partir do século XIX, segundo Carl Schmitt, “o Estado legal positivista não se forma como tipo histórico até o século XIX” (Schmitt, *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, 2004, p. 40). Entretanto, uma análise conceitual permite que se faça um alinhamento ulterior da concepção hobbesiana, já que os preceitos de sua filosofia política transitam particularizadamente pelo mundo ético-jurídico. A possibilidade de inserção do pensamento hobbesiano no modelo juspositivista fundado no século XIX é admitida por Schmitt, para quem “o pensamento de Hobbes penetra e atua eficazmente no Estado legal positivista do século XIX, mas isso só se realiza de uma forma que poderíamos chamar apócrifa” (Schmitt, *op. cit.*, 2004, p. 70). Essa interface permite constatar que, embora tenha se notabilizado na filosofia política, não podemos relegar as contribuições de Hobbes também na filosofia do direito. A propósito, a filosofia política e a filosofia do direito são âmbitos que o filósofo vincula de maneira intrínseca e interdependente.²⁷

Bobbio aproxima Schmitt do niilismo filosófico, pois, segundo pensa,²⁸

Em sentido análogo, podemos relacionar com o Niilismo também o discurso politológico de Carl Schmitt, cujo *decisionismo* se fundamenta na percepção do desaparecimento, do mundo moderno, de toda a legitimação baseada em estruturas metafísicas estáveis. No contexto dos que salientam o caráter afirmativo do Niilismo se situa também uma corrente muito recente do pensamento francês, estruturalista e pós-estruturalista, que coloca na eliminação do ser metafísico a condição para o reconhecimento da multiplicidade de estruturas (retóricas, lingüísticas e psicológicas) que compõem a existência histórica. Permanece, porém, bem viva, mesmo na cultura mais recente, uma concepção “negativa” do Niilismo, que no campo político, conforme alguns autores, teria encontrado sua expressão no nazismo, como política de poder cujo fim é ela mesma. Outro sentido, também não “afirmativo”, do Niilismo, mas sem qualquer conotação nazista podemos encontrá-la na obra de Albert Camus, onde o reconhecimento do absurdo dos valores metafísicos tradicionais abre o caminho para uma ética baseada em valores mínimos de respeito pela vida e de solidariedade humana elementar.

Nestes termos, Schmitt estaria próximo de Nietzsche e da negação de valores e estruturas metafísicas no mundo moderno. Se aproxima, portanto,

²⁷ SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. O conceito de justiça em Thomas Hobbes e suas conseqüências jusfilosóficas. **Dissertação de Mestrado em Filosofia**. Universidade São Judas Tadeu. São Paulo, 2007, p. 10-11.

²⁸ “De *nihil*, nada: termo que indica um pensamento – ou também uma condição geral da cultura e da existência – em que se negam o ser e os valores, e se afirma, ao contrário, o nada como a única ‘realidade’”. BOBBIO Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de política** – vol. 1. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, p. 824-825.

ao ideário que adota a “forma mais radical de racionalização técnico-científica da existência”.²⁹

Há por trás deste posicionamento, uma clara ideia de o Estado como soberano e agente ativo na tomada de decisões que acabam por “proteger” o povo submetido a essa soberania. Esta proteção direciona-se a aniquilar eventuais “inimigos” que se apresentem, ainda que este “inimigo”³⁰ seja a própria vontade popular. Sobre este ponto menciona Bobbio:³¹

A política como relação amigo-inimigo. – Entre as mais conhecidas e discutidas definições de Política, conta-se a de Carl Schmitt (retomada e desenvolvida por Julien Freund), segundo a qual a esfera da Política coincide com a da relação amigo-inimigo. Com base nesta definição, o campo de origem e de aplicação da Política seria o antagonismo e a sua função consistiria na atividade de associar e defender os amigos e de desagregar e combater os inimigos. Para dar maior força à sua definição, baseada numa oposição fundamental, amigo-inimigo, Schmitt a compara às definições de moral, de arte etc., fundadas também em oposições fundamentais, como bom-mau, belo-feio, etc. “A distinção política específica a que é possível referir as ações e os motivos políticos, é a distinção de amigo e inimigo. Na medida em que não for derivável de outros critérios, ela corresponderá, para a Política, aos critérios relativamente autônomos das demais oposições: bom e mau para a moral, belo e feio para a estética, e por aí afora” (p. 105). Freund se expressa enfaticamente nestes termos: “Enquanto houver política, ela dividirá a coletividade em amigos e inimigos” (p. 448). E explica: “Quanto mais uma oposição se desenvolver no sentido da distinção amigo-inimigo, tanto mais ela se tornará política. É característico do Estado eliminar, dentro dos limites da sua competência, a divisão dos seus membros ou grupos internos em amigos e inimigos, não tolerando senão as simples rivalidades.

Não por menos o decisionismo schmittiano serviu como fundamento para a construção jurídica do estado nazista. Como adiante será visto, tal aporte intelectual não pode ser imputado a Luhmann.

²⁹ Idem, p. 825.

³⁰ Em Schmitt pode-se verificar a dicotomia amigo-inimigo como critério de aferição política pois, “qualquer antagonismo religioso, moral, econômico, étnico ou qualquer outro se transforma em um antagonismo político quando for suficientemente forte para agrupar efetivamente os homens em amigos e inimigos.” (SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. São Paulo: Del Rey, 2009, p. 37). (“[...] a objetividade que dá a medida e autonomia do político já se apresentam nesta possibilidade de separar de outras diferenciações tal contraposição específica como aquela entre amigo e inimigo e de concebê-la como algo autônomo. SCHMITT, Carl. **Teoria do Partisan**. São Paulo: Del Rey, 2009, p. 28). Vide: CARVALHO FRANCO, Maria Sylvia. Amigo e inimigo na luta política. **Folha de São Paulo**, 03.06.2001.

³¹ BOBBIO Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de política** – vol. 1, p. 959.

Apresentados alguns elementos essenciais à compreensão do decisionismo jurídico schmittiano, cumpre argumentar sobre Luhmann e a questão da decisão em sua construção teórica.

1.2 Decisão para Niklas Luhmann

O “movimento” teórico é diverso em Luhmann, embora a tentativa de uma ruptura com as “estruturas metafísicas estáveis” de legitimação do direito seja parecida, assim como certa estruturação do pensamento levando em consideração dicotomias que se opõem como amigo-inimigo, bom-mal, presentes na teoria dos sistemas autopoieticos sob a forma, por exemplo, dos códigos binários³² que servem para fazer o isolamento funcional dos sistemas sociais). Luhmann menciona.³³

Na literatura da teoria do direito, o conteúdo deste capítulo é tratado sob a insígnia da “positividade”. O direito na sociedade moderna descreve a si mesmo como direito positivo – sobretudo depois da polêmica de Bentham contra os obscuros esforços de fundamentação teórica por parte da *common law*, e depois da polêmica da filosofia do direito contra o intento impraticável de fundar os princípios do direito de maneira teórico-transcendental (Feuerbach, Hugo). O que segue sendo discutível é unicamente se o direito, tal como regido, necessita de uma legitimação mais além de si mesmo. Seu *status* interno permanece sem ser aclarado. Se pode, naturalmente, fazer um juízo político ou moral sobre o direito prevalecente; mas no sistema do direito, o fato de que junto ao direito positivo exista outro direito, e que esse não é um direito positivo, se tomaria na qualidade de oposição, o qual seria algo alarmante – a exceção levada a cabo pelos extremistas.

De tais perguntas se podem ocupar as discussões teóricas, voltaremos a elas no capítulo relativo às autodescrições do sistema do direito. O verdadeiro assunto do “positivismo do direito” não está no problema da legitimação e tampouco, em primeira linha, na diferença sobre o direito natural ou ao direito racional. Está mais bem dito em que o conceito de positividade, deste ponto de vista teórico, não é suficiente. Pode ser que seja de alguma utilidade no contexto das teorias de reflexão do sistema do direito, mas para uma utilização científica lhe faz falta uma suficiente capacidade de enlace.

³² O dualismo binário de Luhmann decorre de sua incursão pela cibernética, está ligado à identidade sistêmica e à seleção, ao contrário do dualismo de Schmitt cuja raiz encontra-se na política e é ideológica. Nesse sentido, parece ser uma mera coincidência o uso de expressões similares em modelos que se diferem substancialmente.

³³ **El derecho de la sociedad**, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 24-25.

O conceito de positividade é completado, para efeitos de clarificação, pelo conceito de **decisão**. O direito positivo é válido enquanto decisão. Isto faz com que apareça na frente seu “decisionismo” no sentido de uma possibilidade de decisão arbitrária, dependendo da força de imposição. **Isto, no entanto, conduz a um beco sem saída, já que todo mundo sabe que o direito não pode nunca decidir de maneira arbitrária.** Alguma coisa, pois, não concorda com este raciocínio e nós temos a impressão de que a falha está situada precisamente na insuficiência do conceito de positividade. (grifo nosso.)

Claro, portanto, que para Luhmann a questão da decisão está atrelada à positividade e, em decorrência, na esfera de discussões da normatividade do direito. A teoria dos sistemas autopoieticos intenta superar a discussão entre direito natural e direito positivo.³⁴ Entretanto, até certo ponto, acaba trabalhando em esfera próxima à do positivismo jurídico, embora com contornos singulares.

“Todo mundo sabe que o direito não pode nunca decidir de maneira arbitrária”. Este ponto opõe as teorias de Schmitt e de Luhmann. Na teoria dos sistemas o direito não retorna ao movimento inicial que determina sua legitimidade ou o estabelecimento da ordem que retira o caos e àquele que efetivamente decide em caso de exceção. Na teoria dos sistemas, a luta constante do direito é pela manutenção em níveis suportáveis da complexidade sistêmica que aumenta a cada momento. Esta eterna luta tem como ponto central a necessidade de manutenção da *forma* adotada pelo sistema jurídico.³⁵

Em um processo histórico de modificação social chegou-se à atual conformação e ela precisa ser mantida pelo direito. A normalidade, aqui é o movimento constante de manutenção, garantida pelas estruturas sociais que realizam suas respectivas funções.

Na teoria dos sistemas, ao contrário do que afirma Bobbio quanto ao pensamento de Schmitt,³⁶ não há negação dos valores, mas a verificação da existência de dimensões diversas dentro das quais eles são inseridos

³⁴ **El derecho de la sociedad**, capítulo 8, *passim*.

³⁵ Como observa Luhmann: “Se deve, pois, entender primeiramente os sistemas, de uma extremidade formal, como identidades que se conservam em um ambiente complexo e mutante por meio da estabilização de uma diferença dos planos interior e exterior (LUHMANN, Niklas. **Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en lo sistemas sociales**. Madrid: Editora Nacional, 1983. p. 163; cf. p. 294).

³⁶ BOBBIO Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de política** – v. 1, p. 824-825.

(sistemas sociais de um lado, sistemas psíquicos de outro; meios de comunicação simbolicamente generalizados dentro dos sistemas comunicativos, para valores) e o constante trabalho de inserção dos mesmos no sistema por meio dos mecanismos de acoplamento que permitirão ao sistema manter o que for “digerido” e expurgar o que não for seletivamente aceito, ou seja, tudo dentro da evolução do sistema.

Luhmann trabalha dentro de um critério de sociedade altamente diferenciada e complexa na qual os sistemas comunicacionais sociais alcançam independência uns dos outros. Schmitt não se preocupa diretamente e no mesmo sentido com questões de complexidade e diferenciação. Seu plano de trabalho parece preocupar-se a sociedade ainda em momento anterior de desenvolvimento, o que é natural inclusive pelo “mundo” no qual estava inserido (Europa do início do século XX, com todas suas mazelas e constante estado de beligerância).

Luhmann, por sua vez, em **Legitimidade como procedimento**,³⁷ apresenta ideias acerca da legitimação do direito usando como base a tomada de decisões (o que se propaga por sua obra posterior, mesmo após a virada autopoietica).

Para ele a obediência ao procedimento (no âmbito jurídico e administrativo do Estado) leva a decisões legítimas que, *ultima ratio*, legitimam a decisão final.

Entende ser a legitimidade dependente de processos nos quais decisões sucessivas, fundadas sempre em outras decisões, alcançam uma decisão última de caráter inafastável que irá legitimar as normas jurídicas, ou seja, defende uma legitimação do direito pelo procedimento. Sobre este ponto assevera Tercio Sampaio Ferraz Junior:³⁸

Uma estrutura jurídica é para ele legítima na medida em que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância. A posição de Luhmann se insere, até certo ponto dentre as chamadas concepções decisionistas da legitimidade. (...) Luhmann, contudo, é um decisionista mais arguto. Sem eliminar o caráter

³⁷ **Legitimação pelo procedimento** (Coleção Pensamento Político, v. 15. Brasília: Ed. UnB, 1980, p. 4).

³⁸ Incluído na *Apresentação* da obra **Legitimação pelo procedimento**, p. 4.

decisório da legitimidade, ele evita o problema do regresso a uma decisão última no início da série, mostrando que a legitimidade não está ali, mas no próprio processo que vai do ponto inicial do procedimento de tomada de decisão até a própria decisão tomada. É, assim, o procedimento mesmo que confere legitimidade e não uma de suas partes componentes.

Note-se que Ferraz Junior fala em *estrutura* quando, em Luhmann a questão das estruturas é subjacente em relação às respectivas *funções* de cada sistema.³⁹

A função passa a ser questão principal e a estrutura secundária. Para Luhmann, a estrutura deve se adaptar (sua forma se altera) para realizar a função. Em outros termos: o que legitima o sistema é a adequação de sua estrutura à função desempenhada. A lógica é, portanto, inversa. Assim, a decisão é consequência da necessidade funcional e não a causa de montagem de um determinado sistema.

No caso do direito, a função a ser exercida é a de diminuir a complexidade social selecionando expectativas e reduzindo-as a limites quantitativos razoáveis. Para desempenhar esta função é que a estrutura do sistema é criada.

A justiça é parte da função, a legitimação do direito decorre do complexo de procedimentos decisórios tomados para reduzir as expectativas sociais (transformação de expectativas cognitivas em expectativas normativas), como será explorado adiante.⁴⁰

1.3 Paradoxo de autorreferência, justiça e decisão inicial do direito

³⁹ A opinião de Sampaio Ferraz Jr. deve ser vista dentro de certo contexto. Ela se refere a livro publicado por Luhmann antes da “virada” autopoietica. Contudo, permanece válida posto que elementos da fase inicial de formação do autor alemão não foram abandonadas, mas retrabalhadas na segunda fase de seus trabalhos.

⁴⁰ Ao contrário de Schmitt, a legitimação procedimental em Luhmann parece ser uma característica inseparável das sociedades complexas modernas, pois é pressuposto para o Estado Democrático de Direito e fator de neutralização do dissenso. Tal ideia se desenvolve com maior aprofundamento de fundamentação na obra de Marcelo Neves (**Entre Têmis e Leviatã**, p. 147-149).

Importante ponto a ser desenvolvido se situa no fato de que a ideia de *paradoxo* se une ao restante da construção teórica para explicar o que efetivamente significa decisão para Luhmann.⁴¹

Em sua origem grega, paradoxo deriva de *doxa*, que se opõe à *episteme*. Os paradoxos estariam contidos na *episteme*, ou seja, no âmbito do conhecimento objetivo, racional.

A *doxa* ocupa o lugar do conhecimento sensível, da opinião subjetiva, enquanto, de outro lado, o conhecimento racional da *episteme*, permite compreender mais além da percepção dos sentidos, revelando os engodos e os enganos próprios da *doxa*. Como o conhecimento epistemológico muitas vezes contradiz as percepções adquiridas via *doxa* (percepção sensível), acaba por criar o chamado *paradoxo*.

“Os paradoxos são criados quando as condições de possibilidade de uma operação são ao mesmo tempo as condições de sua impossibilidade.”⁴²

Os paradoxos representam elementos complicadores para o pensamento pois, ao contrário do que prega o “princípio da não-contradição”, um dos princípios fundamentais adotados em lógica tradicional, de origem aristotélica, o paradoxo pode apresentar um argumento que, apesar de aparentemente correto, apresenta uma conclusão ou consequência contraditória. Justamente por incorporar a contradição na sua estrutura, torna-se muito difícil refutá-lo.

“Um dos exemplos mais conhecidos é o paradoxo de Epimênides, que aparece na afirmação ‘esta frase é falsa’”,⁴³ utilizado por Luhmann que

⁴¹ Campilongo fala da questão do paradoxo, por exemplo, em: **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, p. 129. O paradoxo da autorreferência é uma consequência lógica, inerente a qualquer sistema do tipo autopoietico – para tanto, ver a crítica de Spencer Brown a Gödel, e à importância desse debate na obra de Maturana e Varela. Ver: **Laws of form**, introdução.

⁴² Giancarlo Corsi; Elena Esposito e Claudio Baraldi. Verbete “paradoja”. **Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann**. Guadalajara: Iteso, 1996, p. 123.

⁴³ Idem, ibidem.

aproveita a ideia de paradoxo, mais especificamente do *paradoxo de autorreferência*.⁴⁴

A decisão tem sempre que ver com uma alternativa: um ou mais caminhos elegíveis – As que, por sua vez, contém situações, acontecimentos e também subsequentes decisões que resultam dessa primeira decisão. Por conseguinte, as decisões subsequentes não poderiam se realizar sem a primeira. Estas decisões subsequentes são previsíveis dentro de margens muito restritas, e se se trata de uma pluralidade de decisões que são, definitivamente, imprevisíveis. No entanto, a decisão mesma não é componente da alternativa: não é um dos caminhos. Por isso há que se supor que a decisão é uma parte excluída da alternativa da alternativa. É uma diferença que constitui a alternativa ou, como mais precisão: é a unidade desta diferença. Em suma: um paradoxo. A decisão se dá unicamente quando está pressuposto algo que é indecível (e não somente indecível!). Já que, de outro modo, a decisão já se teria decidido e somente se trataria de reconhecê-la.⁴⁵

A decisão para Luhmann é um paradoxo interno do sistema jurídico, vinculado à ideia inicial de código binário (legal/ilegal). É algo com o qual o sistema precisa lidar diuturnamente. Há aparência decisionista na teoria dos sistemas autopoieticos, mas os pressupostos são diversos do decisionismo de Carl Schmitt.

Primeiro porque a origem da primeira decisão tomada difere nos dois autores. Schmitt trabalha com a ideia da vontade do soberano que retira a sociedade do caos e inicia a ordem. Luhmann tem uma lógica mais circular que não se preocupa com um marco delineativo tão claro. As situações históricas se sucedem e no movimento circular das diferenciações e das alternativas que são apresentadas e algumas rechaçadas, a “forma” atual de sociedade é alcançada.

Segundo porque, para Schmitt, o recurso à vontade do soberano é possível todas as vezes em que a exceção se apresenta. Na teoria dos sistemas autopoieticos, os ataques à “forma” são corriqueiros assim como a

⁴⁴ Este paradoxo é resumido em uma frase: “Todos os cretenses são mentirosos”. Como a afirmação foi feita pelo próprio Epimênides (cretense), constitui-se em um paradoxo: se a afirmação é correta, Epimênides, por ser cretense, está mentindo; se Epimênides está mentindo então a própria afirmação é falsa.

⁴⁵ **O direito da sociedade**, p. 219.

convivência da sociedade e, especialmente, do direito, com paradoxos o que afasta o recurso a uma única fonte de estabilização.

Ocorre decisão, efetivamente, quando está pressuposto algum fato indecidível e não apenas, nas palavras de Luhmann, “indecidido”, pois, de outro modo, a decisão já teria sido tomada e apenas seria possível tratar de reconhecê-la.

Autores como Habermas e Foucault, ao questionarem sobre a justificativa do discurso racional (somente legitimado por ele mesmo), sobre a formação das estruturas discursivas que governam a *epistème* (mesmo no que tange ao direito)

Estão plenamente conscientes de que estas questões levam necessariamente ao paradoxo e, no entanto, sua solução é a de evitar o paradoxo a qualquer preço. Evidentemente os paradoxos de auto-referência não podem ser evitados: simplesmente reaparecem ao final de qualquer válvula de escape.⁴⁶

Na teoria dos sistemas de Luhmann a perspectiva é distinta: “A teoria da autopoiese trata estes paradoxos de autorreferência de uma maneira diferente: não há que evitá-los, senão fazer um uso produtivo dos mesmos”.

Como sistemas autopoieticos, os discursos não podem senão justificar-se em sua própria circularidade e não podem senão produzir regularidades que se regulam a si mesmas e que governam a transformação de suas próprias regularidades. O paradoxo de autorreferência não é, então, um marco de nossa reconstrução intelectual do discurso que há que ser evitado a qualquer custo, senão que é sua realidade a que não podemos evitar de modo algum.⁴⁷

Questões como decisão, legitimação e mesmo justiça estão inseridas no contexto desses paradoxos de autorreferência, pois é comum encontrá-los ao se tentar resolver problemas racionais ligados a tais temas. Elas (decisão/legitimação/justiça) estão atreladas ao discurso, à argumentação

⁴⁶ Günther Teubner. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Lima: Ara, 2005, p. 35. (Coleção Teoria de Sistemas y Sistema Juridico.)

⁴⁷ Idem, p. 36.

utilizada na práxis jurídica para a construção das soluções para os problemas do dia a dia e por vezes nos deparamos com situações paradoxais que não se justificam E é do influxo de relações paradoxais que

a aplicação recursiva das operações aos resultados destas mesmas operações não conduz necessariamente ao bloqueio paradójico do paradoxo ou à mera arbitrariedade senão que, sob certas condições, conduz a que surjam os próprios valores (*Eigenvalues*). Do contínuo “calculo de cálculos”, os discursos sociais aprendem de maneira “cega” aqueles modos operacionais que resultam válidos para adaptar-se a um ambiente ao qual não têm acesso direto.

O problema da decisão remete aos paradoxos como expressa a seguinte assertiva:

O sistema jurídico, que opera com base na distinção entre quem está no legal e quem no ilegal, se encontra ante um paradoxo quando se lhe pergunta com que direito o sistema jurídico estabelece quem está no direito e quem não está. Esta questão não é resolvida com qualquer resposta que se ofereça (referindo-se a contrato social, a um primeiro ato de violência que legitimaria os sucessivos etc.). É uma questão que concerne inevitavelmente aos dois lados da distinção, deixando insolúvel o problema.⁴⁸

A simultaneidade dos lados do código binário cria a situação paradoxal e dela é impossível fugir. O fato de haver a possibilidade de decisões em sentidos diversos tornando uma delas conforme e a outra contrária ao sistema do direito sempre remeterá a um ponto indissolúvel. Mas resta claro que decisão em Luhmann toma um sentido próximo ao das teorias positivistas e não dos decisionistas à moda de Schmitt. Decidir, em Luhmann, toma contornos de positivação das normas, de escolha entre dois pontos um de aceitação e outro de total exclusão das expectativas contrafáticas.

As operações se orientam ao esquematismo binário do código, considerando-o como diferenciação e não como unidade e concebe seus valores como contraditórios. Assim, por exemplo, para a ciência uma observação é verdadeira ou falsa e um valor exclui o outro; para tornar possíveis as decisões se elaboram programas específicos, teorias e métodos, que fixando as modalidades de locação dos valores tornam

⁴⁸ Giancarlo Corsi; Elena Esposito e Claudio Baraldi. Verbete “paradoja”. **Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann**, p. 124.

operativo o sistema, enquanto somente para a reflexão científica se levantam problemas da constituição paradóxica da verdade científica e a necessidade de introduzir assimetrias específicas. Estas assimetriações tomam, por sua vez, a forma de “fórmulas de contingência” (*Kontingenzformeln*), que permitem ao sistema descrever-se a si mesmos de maneira unitária, sem incorrer em oscilação indecível entre os valores das próprias distinções.

Seja qual for a forma que adquira a assimetriação, permite ao sistema encontrar pontos de apoio para as duas operações. Desde este ponto de vista, os paradoxos parecem desenvolver a função de irritação do observador, o qual uma vez que se defronta com o paradoxo, está obrigado a escolher entre deixar as coisas como estão porque a observação fica bloqueada e ser criativo inventando alguma forma de assimetria. A tendência recente por parte de muitas disciplinas ((cibernética, teoria dos sistemas, arte, lógica etc.) a buscar os paradoxos em lugar de evitá-los, como aconselha a tradição provavelmente tem como finalidade a autoirritação do observador (a dizer, de si mesmos), buscando formas novas de estruturação das próprias operações.⁴⁹

Para possibilitar a tomada de decisões, os sistemas elaboram programas específicos, teorias e métodos, fixados na alocação de valores, tornando o sistema operativo. No caso do direito, para reflexão jurídica são apresentados problemas de constituição paradóxica de legalidade/ilegalidade, com necessidade de introduzir assimetrias específicas para determinadas situações concretas.

Tais assimetrias tomam a forma de “fórmula de contingência” que permite ao sistema descrever-se de maneira unitária, sem incorrer em oscilações indecíveis entre os valores distintos. No caso específico do direito, a fórmula de contingência que surge é justamente o tema central do presente trabalho: a justiça.

Luhmann utiliza a categoria “justiça”, pois qualquer que seja a forma que adquira a assimetriação, ela permite ao sistema encontrar pontos de apoio para as operações. Ela corrige situações assimétricas e que assim são pelas próprias variações situacionais que o sistema social, em constante evolução, apresenta e que nunca deixarão de existir, embora parte da doutrina tente evitá-las.

⁴⁹ Idem, p. 125-126.

A partir deste ponto de vista, os paradoxos parecem desenvolver a função de “irritação do observador” (no caso do direito o tribunal que está no centro das questões jurídicas) que, ao se deparar com um paradoxo, está obrigado a escolher entre manter as coisas como estão, bloqueando qualquer modificação ou, então, terá que trabalhar com criatividade, inventando solução para a assimetria. Assim, a tendência recente de muitas disciplinas caminha no sentido de buscar o paradoxo ao invés de evitá-lo como aconselha a tradição, com a finalidade de “autoirritação do observador”, buscando novas formas de estruturação das operações sistêmicas.

Há um movimento pulsante que remete, assim, para a evolução do sistema, tema a ser desenvolvido oportunamente.

Justiça diz respeito diretamente a estes pontos e eles tornam necessária a utilização dessa categoria dentro do direito, mesmo em termos funcionalistas. As situações variam, são selecionadas e modificadas dentro do sistema do direito, por meio dos procedimentos adotados. É o mecanismo de atualização que permite a constante atualização do sistema e evita o engessamento que levaria o direito a colapso.

Há falta de justiça quando as situações novas não são colocadas ao direito para que seja selecionada a melhor opção a ser utilizada no caso concreto. Também há injustiça quando situações análogas são tratadas pelos Tribunais de maneiras diferentes. Se uma situação é tratada como direito (ou seja, de um lado do código binário) e, depois, de forma diferente (do outro lado do código), sem que os procedimentos de atualização sejam convenientemente acionados, cria-se um paradoxo. Ao mesmo tempo algo é tratado como legal e como ilegal. Nestes casos, importante a intervenção dos Tribunais para corrigir o problema.

1.4 Legitimação das normas jurídicas

A combinação sistêmica do direito de mecanismos variáveis (como as normas) e invariáveis (que completam o código binário), dando a ele dinâmica

e mutabilidade evolutiva,⁵⁰ acaba por remeter ao problema da legitimação do direito.

Na teoria dos sistemas autopoieticos, o direito apresenta circularidade de movimentos que afasta a conformação piramidal, comum na teoria do direito como a desenvolvida por Kelsen.

Há certa confusão por parte dos defensores da tese de que Luhmann participa do decisionismo schmittiano, pois deve-se considerar a diferença entre a decisão e seletividade.

Ao selecionar situações que farão parte do processo comunicativo sistêmico e rechaçar outras, vemos uma perspectiva decisória. Ou seja, seleção envolve decisão. Porém, a perspectiva decisória em Luhmann não se confunde com a decisão de Schmitt.

A legitimação do sistema, a verificação da validade de seus comandos se dá por meio da adoção de procedimentos previamente estabelecidos nas operações autopoieticas do sistema: há *legitimação pelo procedimento* que busca operacionalizar a disciplina, como se dá o acatamento automático das ordens emanadas do direito independentemente de seu conteúdo.

Para Luhmann, o problema da legitimação se concentra no plano puramente fático. As estruturas jurídicas são legítimas quando forem capazes de produzir uma “prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância”.⁵¹

Por isso Luhmann, “até certo ponto” poderia ser considerado um autor decisionista. As normas jurídicas (elementos variáveis do sistema) são concebidas a partir da positivação do direito, ou seja, são frutos de decisões sempre fundadas em outras decisões de modo que o procedimento guia a uma decisão última e inapelável que sustenta a legitimação de todas as anteriores.

Essas decisões são proposições deonticas, ou seja, de *dever-ser* às quais não cabe qualquer aferição do tipo verdadeiro/falso, de modo que os

⁵⁰ Luhmann não aceita a imutabilidade jurídica que se basearia em uma lógica jusnaturalista.

⁵¹ Neste sentido: “Para que haja um mínimo de garantia, é preciso que as partes possam ter uma relativa certeza de que o combinado agora prevalecerá no futuro” (SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Tercio. Apresentação de **Legitimação pelo procedimento**, p. 4 e ss.).

valores supremos são prontamente rechaçados, uma vez que voltando à série de decisões pretéritas podemos observar que no *iter* há diversos valores que não são fundados em verdade mas, diante do subjetivismo que apresentam são, tão somente, vistos como fatos.⁵² Assim, em Luhmann a legitimação está em todo o processo, não se fazendo necessário regressar à primeira decisão para que se possa aferi-la. É, portanto, o procedimento e não partes dele que trazem a legitimação.

Na visão de Luhmann procedimento pode ser definido como “sistema de ação, através do qual os endereçados das decisões *aprendem* a aceitar uma decisão que vai ocorrer, antes da sua ocorrência concreta”.

Trata-se de sistemas no sentido acima mencionado, pelos quais os diferentes motivos a que alguém possa sentir-se obrigado ou não a aceitar decisões são reduzidos e especificados num limite de alta probabilidade, de tal modo que o endereçado da decisão se vê na contingência de assumi-la, sem contestá-la, ainda que lhe seja, no caso, desfavorável.⁵³

Em outras palavras: do mecanismo utilizado pelo sistema do direito para reduzir a complexidade e realizar a função última do sistema, qual seja, estabilizar as expectativas normativas seja dos sistemas sociais, seja dos seres humanos. É o mecanismo de conformação das situações conflituosas às normas estabilizadas e que devem ser seguidas, independentemente das vontades individuais e das funções que sejam de outros sistemas sociais.

O procedimento judiciário reduz e enfraquece a confrontação direta entre as partes alcançada por meio de “lealdades” criadas entre os sujeitos do processo de modo que todos passem a buscar uma decisão. As posições se alteram constantemente dentro do processo criando-se condições para que a decisão não dependa unicamente de um dos contendores. Os papéis se alteram e, assim, o conflito é limitado, as discrepâncias entre eles são controladas e, conseqüentemente, a imposição de sua generalização passa a ser de rigor.

⁵² Idem, *ibidem*.

⁵³ Idem, *ibidem*.

Tercio Sampaio Ferraz assevera que a função legitimadora do procedimento não está em produzir consenso, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas. Assim, apesar de descontentes as partes aceitam a decisão. Eventual tentativa de manutenção da expectativa decepcionada e não conformada com o direito gera um preço alto o que força o interessado a ceder. Não há a substituição de uma decepção por um reconhecimento, mas a imunização da decisão final contra decepções que são inevitáveis.⁵⁴

Esta “imunização” é dispensada no tipo de sociedade pensada a partir das assertivas schmittianas, pois nelas sempre haverá a possibilidade de imposição arbitrária.

1.5 Conclusão

Após concatenar conceitos como decisão, legitimação, paradoxo, é possível concluir que a conformação teórica de Luhmann difere substancialmente da empregada por Schmitt.

A construção teórica de Schmitt é permeada pela política de forma bastante intensa. Nela direito e política estão entrelaçados.

Em Luhmann, a diferenciação funcional e o fechamento operacional sistêmico retiram qualquer interferência direta de um sistema no outro.

Ademais, o fato de o decisionismo schmittiano apontar para na direção do princípio do soberano cria um abismo em relação à teoria dos sistemas. Em outros termos: embora utilize postulados diferentes dos aquinhoados pelos normativistas, Schmitt adota uma estruturação piramidal de ordenamento jurídico. Tudo aponta, na ordem jurídica, não para uma norma fundamental (como em Kelsen), mas para a vontade do soberano e sua decisão.

⁵⁴ Idem, *ibidem*. A técnica acima exposta aplicada no procedimento judicial é a mesma das decisões legislativas e administrativas o que difere de um em relação ao outro é o procedimento pelo qual a técnica será utilizada.

Aqui há um ponto diferente da percepção sistêmica de Luhmann que adota o modelo circular no qual as redes comunicativas são atualizadas por meio de movimentos dentro do próprio sistema social.

Esta lógica circular favorece uma análise mais histórico-evolutiva na teoria dos sistemas que termina por diluir a importância de um momento certo e determinado de decisão. Ou seja: os acontecimentos históricos em diversos momentos conduzem as modificações sociais que culminam com a sociedade moderna. Schmitt, ao contrário, preocupa-se com um momento de tomada de decisão crucial, determinado.

Schmitt é um constitucionalista por excelência. Estuda e trabalha com elementos do direito constitucional que está no centro de suas preocupações. Luhmann, por outro lado, enxerga na Constituição um mecanismo de diálogo (acoplamento estrutural) entre política e direito.⁵⁵ As comunicações que por ela passam são “digeridas” por ambos os sistemas de acordo com suas lógicas internas, de modos diversos, portanto. Os dois chegam mesmo a conflitar.

Schmitt assevera:

Já Heráclito dizia que seguir a vontade de uma pessoa é também seguir um *nomos*. **O último fundamento de toda a existência do direito e de todo o valor jurídico se pode encontrar em um ato de vontade, em uma decisão que, como tal, cria direito, e cuja “força jurídica” não pode ser deduzida da suposta força jurídica de umas regras de decisão; posto que também uma decisão que não corresponde com uma regra cria direito. Esta força jurídica das decisões não conforme a uma norma é própria de toda “ordem jurídica”.**

Ao contrário, um normativismo consequente deveria conduzir ao absurdo de que a decisão conforme à norma tomaria sua força jurídica da norma e paradoxalmente a decisão contrária à norma tomaria sua força somente de si mesma, de sua própria contradição com a norma!⁵⁶ (grifo nosso.)

⁵⁵ Essa diferenciação é essencial. Em **O direito da sociedade**, capítulo 9, Luhmann desenvolve um roteiro fundamental sobre como o direito limita a hipertrofia política na sociedade moderna. Inclusive, o código binário lícito/ilícito tecniza o código binário governo/oposição da política, servindo como segundo código. Essa limitação do direito à política desmantela a tese propagada por Schmitt em sua obra: **Verfassungslehre (Teoria da constituição)**. Marcelo Neves desenvolve com excelência a ideia de constituição como acoplamento estrutural na obra **Entre Têmis e Leviatã**, p. 95-106.

⁵⁶ SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Estudo preliminar, tradução e notas Montserrat Herrero. Madri: Editorial Tecnos, 1996. (Coleção Clássicos do Pensamento.), p. 27 e ss. Tradução livre.

Nota-se, pois, que Luhmann e Schmitt trabalham em planos diversos. Schmitt apresenta sua formulação teórica no plano ontológico tradicional. Nele é possível perscrutar a ação individual do soberano. Luhmann, ao contrário, trabalha na esfera comunicativa de sistemas sociais que se descolam da atividade individual. Aqui, a ação humana individual se dilui nos movimentos circulares do sistema. Qualquer ação será “metabolizada” pelo sistema e, depois de passar por processos internos, será rechaçada ou acolhida.

Soberania, para Luhmann é uma ficção, uma idealização utilizados pelos códigos binários dos sistemas a fim de alcançar maior grau de generalização, de abarcar situações heterogêneas.⁵⁷

Schmitt vislumbra o plano da exceção. Luhmann discute o sistema com seu mecanismo de estabilização. Ou seja, descreve a sociedade em estado de normalidade, mas ressalta a eterna luta para a manutenção da “forma” atual.

Luhmann chega a trabalhar a ideia de “poder”,⁵⁸ muito mais próxima da incursão de Schmitt, como meio de comunicação simbolicamente generalizado.

Esses meios de comunicação (como, por exemplo, poder, dinheiro, verdade etc.) são constituídos quando a forma de seleção (seletividade sistêmica) de Alter (sempre contarão com dois elementos, comumente chamados por Luhmann de alter e ego) age como estrutura motivacional para Ego. Necessariamente, no caso do poder, a seleção de Alter é diferente da de Ego pois ambas ocupam-se de preocupam-se com problemas diferentes. Alter terá à sua disposição mais de uma opção e pode, por conta dessa possibilidade de eleição, criar ou eliminar situações de insegurança em Ego. Do ponto de vista de Ego, que está subordinado ao poder de Alter, o poder supõe a capacidade de disposição de outras alternativas de ação. O poder de Alter será maior na medida em que possa impor-se frente a alternativas atrativas de ação – ou inação – por parte de Ego, de tal maneira que somente pode crescer em conjunto com o aumento de liberdade do subordinado. A função dos meios de comunicação é transmitir, assim, complexidade

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Barcelona: Ed. Anthropos, 1995, p. 122 e ss.

⁵⁸ Sobre o poder como meio de comunicação, comparando-o com outros tipos de comunicação: LUHMANN, Niklas. **Poder**, p. 7 e ss.

reduzida.⁵⁹ Em condições específicas, a seleção feita por Alter, limita as seleções possíveis de Ego.

Diante destes pontos, conclui-se que Luhmann não apresenta similaridade suficiente para ser considerado decisionista, ao menos da forma como o termo é cunhado por Carl Schmitt.

Em texto que compara o decisionismo de Schmitt e o pensamento de Max Weber, Katie Argüello,⁶⁰ menciona:

Há uma diferença não desprezível entre aceitar elementos irracionais na política e admitir total primazia da vontade sobre a razão. Foi com CARL SCHMITT que o termo decisionismo (*Dezisionismus*) apareceu e ganhou notoriedade. Na obra weberiana, aparece referência apenas à noção de decisão (*Entscheidung*). Se, por um lado, a reflexão weberiana não é redutível a uma percepção normativista, por outro, seria precipitado rotulá-la de decisionista.

O mesmo critério é válido para Luhmann. A questão da decisão em Luhmann guarda relevância mas em âmbito diverso.

O *Entscheidung* ou “problema da decisão” é a expressão que aparece no decorrer da obra de Luhmann⁶¹ e não o *Dezisionismus* de Schmitt.

Enfim, o sistema do direito, em Luhmann luta pela redução da complexidade social e as expectativas são selecionadas com o intuito de produzir tal redução.

O direito trabalha nesta redução de modo a tornar possível a seleção que redunde na *decisão sobre* qual das expectativas se tornará regra, ou seja, deixará de ser apenas uma expectativa cognitiva e passará a ser uma expectativa normativa. O próprio Luhmann infere que não há arbitrariedade nesta seleção e isto fica mais claro quando observamos a circularidade sistêmica.

⁵⁹ Idem, p. 16.

⁶⁰ Decisionismo: um confronto entre Max Weber e Carl Schmitt, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, Curitiba, 2000.

⁶¹ Como na obra *Organisation und Entscheidung* (Organização e decisão). Neste trabalho, utilizamos a versão em espanhol **Organización y decisión**. Barcelona: Anthropos, 2005.

2. JUSTIÇA NA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

A teoria dos sistemas autopoieticos é tentativa de descrição da sociedade atual de difícil entendimento, pois os conceitos luhmannianos não se esgotam em si mesmos; normalmente remetem a outros conceitos que guiam a novas e mais profundas investigações. Diante disso, é quase impossível compreender a percepção de justiça desta corrente sem analisar previamente alguns pontos cruciais, razão pela qual iniciamos por este tópico preliminar.

2.1 Evolução, diferenciação funcional e positividade do direito moderno

Antes de adentrar à compreensão do sentido de justiça na teoria dos sistemas autopoieticos, relevante entender três elementos intimamente ligados ao centro da discussão: o sentido de evolução sistêmica; de diferenciação funcional e; de positividade do direito moderno.

O primeiro elemento – que se estende à análise de cada um dos subsistemas, é o conceito de *evolução*.⁶² Por meio dele é possível observar como a construção do direito se inicia desde as sociedades arcaicas até a modernidade.

“A teoria da evolução descreve e explica o fato de que um sistema, estruturalmente determinado, pode mudar suas próprias estruturas mediante suas operações. As mudanças estruturais de tipo evolutivo se descrevem com base na distinção entre os mecanismos da variação (1), da seleção de variações (2) e de sua estabilização (3).”⁶³

⁶² Luhmann reserva um capítulo de **O direito da sociedade (El derecho de la sociedad**, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2002, Capítulo 6) para tratar da evolução do direito.

⁶³ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. Verbete “evolución”. **Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann**. Guadalajara: Iteso, 1996, p. 77 e ss.

Haverá *evolução estrutural* quando os três mecanismos acima elencados forem verificados e, sob os três, seja possível verificar uma contínua relação circular (causalidade não linear), ou seja, circularmente o sistema for capaz de receber variações fáticas, selecioná-las e estabilizá-las.⁶⁴

“A possibilidade de variar requer seleções já estabilizadas, assim como a estabilização das mudanças é possível somente com base em mecanismos que assegurem uma seleção das variações que se apresentam.”⁶⁵

Para Luhmann, “os sistemas autorreferenciais autopoieticos podem ser *irritados* pelo ruído do ambiente, mas não podem ser constrangidos à adaptação pelo ambiente”.⁶⁶ Apenas pode ocorrer a uma “reflexão” interna que culmine no primeiro ponto acima elencado.

Este é o ponto crucial da *variação estrutural*: por ela observa-se que os fatos sociais oriundos do ambiente (considerando-se ambiente toda atividade estranha ao interior do sistema, ainda que advenha de outro subsistema social) são capazes de irritar o sistema, mas não são suficientes para causar alterações estruturais no mesmo. O sistema já está adaptado ao ambiente, no momento em que está “maduro” para existir (momento da diferenciação funcional efetiva). Este ponto é fundamental para afastar qualquer ilação sobre “melhor” ou “pior” adaptação do sistema ao ambiente.⁶⁷

O sistema não está conectado ponto a ponto ao ambiente, mas guarda relação cognitiva com ele. A autopoiese permite a autorreprodução do sistema com base em seus postulados internos e independentemente do ambiente, mas o ambiente é pressuposto para que o sistema continue a existir. O ambiente pode revelar-se incompatível com a autopoiese do sistema e, assim, ele (o sistema) pode desaparecer (fenômeno da “desdiferenciação”).

⁶⁴ Luhmann aplica e explica o esquema de evolução de Darwin aos sistemas sociais: “Utilizaremos o conceito de evolução de Darwin que, apesar de poder ser melhorado, conta como uma das conquistas mais importantes do pensamento moderno”. (**El derecho de la sociedad**, p. 171-172).

⁶⁵ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. Verbete “evolución”. **Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann**, p. 77 e ss.

⁶⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁷ Idem, *ibidem*.

Por tais motivos, o impulso interno de variação estrutural do sistema não pode conduzir-se por toda instabilidade externa do ambiente, mas apenas por perturbações externas que possam reagir de forma compatível com a própria continuação da autopoiese interna do sistema.

Dizer quais perturbações são capazes de causar mudanças estruturais no sistema, dependerá da própria estrutura sistêmica (não do ambiente). O sistema pode ser indiferente ao ambiente ou sensível à irritação de acordo com sua própria disponibilidade para alterar as estruturas. Mas:

A variação que é decisiva para a evolução do direito, tem a ver com expectativas normativas inesperadas. Por certo, isto sucede sempre a *posteriori*, por ocasião de um comportamento que visto de volta manifesta que sua expectativa foi malsucedida. O caso é o que lhe confere notoriedade à norma – já que antes do caso a norma não existe como estrutura de comunicação social: *ex facto ius oritur*. Esta notoriedade ressalta tão prontamente como existe a expectativa normativa – portanto, em todas aquelas sociedades que se podem ver em retrospectiva histórica. Uma variação desse tipo sequer depende de que a sociedade distinga entre regras e ações. Basta com que a qualidade do comportamento se reconheça como razão para o rechaço, e que este pode ser expresso com êxito. A conformação e a transformação da estrutura são quase inseparáveis, no caso de que se cheguem a detectar repercussões na estrutura. Nas sociedades arcaicas o problema se resolve construindo uma história que se reconta à medida do problema. Nelas, variação e seleção não podem distinguir, e o que impõe como expectativa depende de múltiplas condições situacionais e socioestruturais. Também na atualidade, quando fica excluído o direito vigente como princípio de orientação, se encontra presente a tendência a criar ambivalências através de acusações e contra-acusações. Se acaba incluindo outros fatos e outras disposições causais, vale dizer, se acaba pondo todos os obstáculos para que o outro não tenha razão. Isto tem a ver com as acusações (que são o outro lado da forma), são simultaneamente autojustificações – e inversamente. Este mecanismo elementar minava o código (conforme o direito/ não conforme o direito) que, aparentemente, é estável, e produz a ambivalência na pergunta sobre qual norma é a que vem ao caso. Nesta tendência a fazer cair a norma na “ambivalência”, devia estar o ponto de partida para uma evolução que tentar aclarar isto – e tudo o que daí resulta.⁶⁸

Outro ponto importante é que, em Luhmann, há uma inversão: as estruturas são formadas para realizar as funções socialmente relevantes e não o oposto. Ou seja, a variabilidade estrutural do sistema dependerá da possibilidade de a modificação permitir a continuidade funcional. A variação se apresentará sempre como desvio da estrutura existente, terá a forma de

⁶⁸ **El derecho de la sociedad**, p. 184.

fracassos comunicativos que poderão ser vistos como erros internos ou problemas na relação sistema-ambiente que foram uma readequação da comunicação interna.⁶⁹

Assim, as variações que obrigam a evolução interna, surgem do desnível entre sistema e ambiente.⁷⁰ O sistema não evolui sozinho: depende da instabilidade ambiental. A descontinuidade entre sistema e ambiente garante irritações que permitem ao sistema: 1) aumentar sua indiferença; ou 2) introduzir variações estruturais em seu próprio interior.

O direito sofre essas intercorrências principalmente em suas relações com os sistemas político e econômico, que causam alterações no material jurídico produzido no interior do sistema, forçando constantes variações estruturais que não chegam a romper com a forma proposta de sistema, em andamento nos dias atuais (variações na conformação dos tribunais são feitas para adequar a contingência interna do sistema, mas não chegam a modificar substancialmente a forma desses tribunais que continuam sendo as mesmas).

A proximidade maior ou menor do direito em relação à modernidade plena dependerá da forma como essas intercorrências são tratadas no interior do sistema do direito: segundo a maior ou menor possibilidade de intromissão externa nos procedimentos decisórios internos.

Tal ponto está relacionado também aos mecanismos de *seleção* (segundo ponto crucial da ideia de evolução), realmente internos ao sistema, que importa na escolha das situações fáticas que serão aceitas pelo sistema como jurídicas. É de acordo com a capacidade de relação seletiva de fatos que a variação ocorrerá com base na reprodução autopoietica. Assim uma variação será selecionada se for capaz de criar novas relações com as comunicações jurídicas estimulando a redução da contingência interna, por exemplo, desde que esteja de acordo com a autopoiese sistêmica.⁷¹

⁶⁹ V. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, p. 67.

⁷⁰ Vide a assimetria mencionada no tópico reservado ao paradoxo.

⁷¹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. Verbete “evolución”. **Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann**, p. 78.

Luhmann⁷² discorre sobre a evolução retornando à construção histórica do direito nas sociedades arcaicas até a contemporaneidade. Para os limites da presente investigação, não cabe aprofundar demais o assunto, mas apenas observar os pontos que culminarão em um melhor entendimento sobre a justiça. Ele tenta estipular os critérios sobre quais fatos poderão ser ou não selecionados pelo direito. De plano afirma a necessidade de afastamento de tomada de decisões com base em argumentações *ad hoc* e *ad hominem* como condição essencial para o direito atual:

A ruptura decisiva com as antigas formações sociais se efetua no momento em que a seleção das decisões (do procedimento que se diferenciou como direito) já não argumentam unicamente *ad hoc* nem tampouco *ad hominem*. Argumentos similares, que foram adequados para solucionar conflitos e para adaptar-se de passagem a situações de passagem, são inibidos e ainda chegam a serem proibidos, porque são percebidos (e rechaçados) como inconvenientes para o direito. Com isso, já não procede tampouco a instituição de confirmação das pretensões legais por meio de juramentos ou conjecturas. Agora se renuncia – e isto há que ser apreciado com toda justeza – à elasticidade que oferecia esse adaptar-se de passagem a situações de passagem. Por conseguinte, de pronto resulta muito improvável que se tiveram reprimido os argumentos *ad hoc* e *ad hominem*, mas precisamente por isto aqui é onde se encontra o umbral decisivo da evolução. Em sua substituição, vem a formulação (e imediatamente a memória da formulação) de conceitos e regras jurídicos especificamente. Apoiar-se nas leis antigas (a reforma de Sólon, as leis populares de Roma) pode ser útil, no entanto, na empresa do direito esta referência resultará, prontamente, mais ou menos ilusória. O decisivo não é como se chega à legitimação, mas o fato de (não importa como) chegar a congelar os argumentos *ad hoc* e *ad hominem*. Deste modo foi que se chegou a contrariar a influência extrajurídica (demasiadamente direta), das estruturas sociais no direito: Estado depende da estratificação, relações de parentesco, de amizade, clientelismo. Mais que qualquer outra parte, é aqui onde se reconhece o processo de diferenciação do sistema do direito: na forma admitida de argumentação e nas restrições formalistas e tradicionais. A especificação do modo, i.e., a maneira em que o direito se refere argumentativamente aos materiais jurídicos, é o que constitui o verdadeiro portador da evolução do sistema. Se instaura, assim, uma cultura de direito independente, ainda que contra a moral e o “common sense” e ainda contra o sentido cotidiano das palavras.

Podemos resumir: se já não se deve argumentar *ad hoc* e *ad hominem*, surge uma argumentação diferente que satisfaz a necessidade de fundamento desde que enlace com as reservas das normas identificáveis e com o desenvolvimento dos conceitos e as regras de decisão – que se considerem também válida para outros casos. Somente quando esta *praxis* é posta à prova, no sistema do direito se aceitará um conceito de justiça que exige que os casos iguais sejam tratados como iguais e os desiguais como desiguais. Se deixará a discricção do direito determinar quais regras haverão de decidir o que há de ser considerado como igual ou como

⁷² **El derecho de la sociedad**, por todo capítulo 6.

desigual. O resultado, visto a longo prazo, é a separação de uma reserva de termos e máximas, de princípios e regras de decisão que, ao ser manejados de modo formal (e em parte crítica), chegaram a constituir os materiais que possibilitaram ao juiz rechaçar os argumentos *ad hoc* e *ad hominem*.

Seletividade terá, portanto, relação com a análise hermenêutica das expectativas que cheguem até as estruturas do direito para julgamento, demonstrando o sistema maior independência se for capaz de se conduzir por seleções mais distantes daquelas que seriam alcançadas por acolhimento de argumentos *ad hoc* ou *ad hominem*.

Abre-se espaço de continuidade para as teorias que cuidam da interpretação do direito. A possibilidade de interpretações múltiplas acompanha o aumento de complexidade do direito moderno e devem ser trabalhadas pelo sistema de modo a manter os níveis da complexidade sistêmica em limites suportáveis.⁷³⁻⁷⁴

Com relação ao terceiro elemento da evolução sistêmica, ou seja, a *estabilização*, ela ocorre quando o sistema consegue perceber as novidades (variações), seleciona-as e as mantém em seu interior porque são integradas, aderem às características estruturais existentes. Ou seja: é estabilizado o que for compatível com a estrutura sistêmica.

Principalmente os tribunais na práxis do direito e a doutrina, instância científico-educacional que se ocupa dos fenômenos jurídicos, são responsáveis pela estabilização do conteúdo do código binário direito/não direito.

⁷³ Luhmann menciona o desenvolvimento do direito a partir da práxis romana até a Idade Média como processo de institucionalização e evolução que culmina com a organização atual do direito nas sociedades complexas (Idem, p. 189-190 e ss.). Menciona o direito civil como aquele que teve evolução mais clara a partir deste momento histórico. A partir dele fica mais clara a ida da práxis casual (a partir de conceitos propriamente jurídicos de propriedade e posse) para a abstração dos códigos, capaz de garantir uma aplicação de conceitos jurídicos a casos indeterminados.

⁷⁴ Como aponta Campilongo: “O processo de aumento de complexidade não é planejável, controlável ou predeterminável. Relações de causalidade na ação social ganham clareza apenas ‘a posteriori’. Pode ser óbvio, simplório e até ingênuo – apesar de muitos verem nesse truismo uma construção desnecessariamente complicada – mas não se conhece o futuro na véspera. E não será pelo recurso fácil aos princípios que essa característica da sociedade será aquebrantada” (**Direito e diferenciação social**, p. 122). Eis aí uma das dificuldades do direito: lidar com a imprevisibilidade futura e não ter certeza quanto ao “tamanho” da contingência que terá pela frente.

Independentemente de que os conceitos que possibilitam o acesso ao processo legislativo estejam mal articulados, a práxis tal como se efetua nos tribunais e na doutrina que a acompanha, dissolve cada vez mais a referência coma estabilidade do direito existente.⁷⁵

Ao tratar da estabilização que garante segurança ao sistema jurídico, Luhmann ressalta o papel da dogmática jurídica.

que toma em conta a sistemática conceitual e a coerência histórica. Este material semântico que faz abstração da práxis casuística (mas que de nenhuma maneira é insensível a ela) oferece possibilidades de que emirjam as perguntas de construção. Estas perguntas se tomam para rechaçar as decisões impossíveis, mas também para fundamentar as decisões que desde há tempos correspondem ao uso conceitual na prática. Desta maneira, se chega – através de um processo típico de “reforço do desvio” –, a uma expansão paulatina dos denominados conceitualmente institutos jurídicos: de pequenos começos que respondem a exigências, surgem disposições de alcance considerável; sua importância dificilmente se pode descrever em forma de definições, já que reúnem um sem número de experiências – somente os que se dedicam à práxis “entendem” sua relevância.

Somente ao final do século XIX se começa a declinar esta jurisprudência conceitual e a justificar as inovações, cada vez mais desprotegidamente, como execução de normas de competência do legislador e, cada vez em maior escala, do juiz. O instrumento geral das distinções se poderá manejar, agora, mais livremente, ainda com repercussões consideráveis para os resíduos da semântica jurídica com função de programa.

Com a diferenciação da dogmática jurídica (que por suas características inconfundíveis é parte do sistema do direito, e que não deve confundir-se com o direito natural que se ensina nas escolas de latim), se diferencia também a função da estabilização. Pode ser que os procedimentos jurídicos incorporem as variações e lhes designem um significado estrutural para as futuras sentenças; mas ainda quando chegara a ocorrer, ficaria, todavia, a pergunta, de se isto tem alguma influência na dogmática jurídica; ou somente forma parte do sistema como um direito que em qualquer momento se pode mudar. É dizer, se não é mais que um resultado das decisões precedentes do tribunal. Com outras palavras, o que diferencia são as funções de seleção e estabilização, e o que serve à estabilização emite impulsos próprios de inovação. Todavia no século XVII se adverte ao sistema político que trazem consigo a resistência, a rebelião, a guerra civil. No entanto, o sistema do direito já alcançou a estabilidade dinâmica que possibilita as inovações com amplas consequências: por exemplo, o conceito de propriedade, o conceito de direito subjetivo, a possibilidade de processar por contratos realizados informalmente e, por último, a ideia inovadora – que não havia na Idade Média – de um “direito público”. Somente através de uma dogmática jurídica elaborada, a estabilização e a reestabilização do direito se movimenta da mera validade (e quase sempre religiosa) até as normas de sua consistência. Por isso também se falava de “método sistemático”. Com tudo, isto não requer nenhuma reflexão sobre a unidade do sistema, não requer nenhuma

⁷⁵ El derecho de la sociedad, p. 192.

orientação no sentido abrangente do sistema, senão unicamente de um esforço para encontrar a solução consistente a partir de casos “similares”. O direito tradicional, da mesma maneira que o direito que tem sido mudado, são válidos se se mantiverem dentro de um contexto jurídico fechado.⁷⁶

Assim, a questão da dogmática e da estabilização das variações que são selecionadas pelo sistema se entrelaçam com o conceito de justiça que adiante será explorado. Isto porque as interpretações advindas a partir da dogmática jurídica garantem uma análise mais consistente dos casos que são postos sob a análise dos tribunais.⁷⁷

Observe-se ainda que para a evolução dos sistemas autopoieticos, necessário o desnível de complexidade entre o sistema e ambiente. Podem ocorrer, por exemplo, interpenetrações entre sistemas psíquicos e sistemas sociais unicamente por meio de irritações por meio de comunicações conscientes que são imprevisíveis em seus conteúdos e que podem causar desvios não previstos nas estruturas sociais. A causalidade (não previsibilidade, para as estruturas do sistema social) é, então introduzida no sistema, valorada e observada pela comunicação interna. A partir deste mecanismo é aceita e estabilizada ou descartada.⁷⁸

Neste ponto, tem-se forma de comunicação entre sistemas sociais e pessoas que poderá redundar em modificações na estrutura sistêmica, de modo que, Luhmann abre a possibilidade de diálogo entre estes entes que, até certo ponto da teoria dos sistemas, parecem inconciliáveis ou incomunicáveis. Certo que essa comunicação é restrita, mas ela existe e abre a possibilidade, mesmo nos sistemas sociais atuais, para modificações advindas dos indivíduos.

⁷⁶ Idem, p. 195-195.

⁷⁷ A questão da dogmática jurídica cuja importância é ressaltada por Luhmann remete à questão da chamada “crise da doutrina” lembrada por parte dos estudiosos do direito posto que ainda que se considere a doutrina parte do sistema educacional e não propriamente do direito, é claro que falhas de interpretação e uso equivocado de conceitos jurídicos podem levar a um aumento da contingência sistêmica e decisões tomadas com base em argumentos frágeis podem terminar por enfraquecer a consistência do sistema inteiro. Interessante acórdão recente do STF relembrando a dúvida quanto ao método (dedutivo ou indutivo) a ser aplicado no art. 239 do CPP demonstra a fragilidade das interpretações. O artigo relaciona os indícios criminais ao método indutivo, mencionado no texto de lei, mas o acórdão conclui, em 2012, que o legislador quis dizer “dedutivo”. V. STF, 1.ª Turma, Habeas Corpus 103.118, São Paulo, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 16.04.2012.

⁷⁸ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. Verbete “evolución”. **Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann**, p. 79.

Por derradeiro, saliente-se que estes três mecanismos (variação-seleção-estabilização) não estão coordenados entre si, não havendo meios que assegurem a seleção das variações ou a estabilização dos fatos selecionados. Variações selecionadas positivamente são causalidades (no sentido acima indicado de algo que não estava inicialmente previsto para as estruturas sociais). A evolução ocorre de melhor maneira e é acelerada justamente pela independência dos mecanismos e por absorverem as três funções distintamente e, assim, os resultados dessa evolução contribuem para a diferenciação sistêmica.

A teoria da evolução é essencial para compreender a chegada do sistema do direito até sua formação atual, pois por ela Luhmann explica a formação do sistema jurídico desde as sociedades arcaicas (diferenciadas segmentariamente), passando pela formação do direito nas sociedades pré-modernas (diferenciadas hierarquicamente) até a atual formação do sistema jurídico próprio das sociedades modernas: o sistema do direito diferenciado funcionalmente em relação ao ambiente e positivado.⁷⁹

A evolução estrutural é determinante na teoria dos sistemas autopoieticos, como menciona Pilar Giménez Alcover:⁸⁰⁻⁸¹

As questões estruturais são a chave das relações que se estabelecem entre sistema e seu ambiente: o grau de complexidade que pode alcançar um sistema depende da seletividade que possa alcançar em suas relações com o ambiente e esta seletividade depende das estruturas do sistema. Esta afirmação que é válida para qualquer tipo de sistema social adquire uma especial relevância no caso da “sociedade”.

A “sociedade” ou “sistema social global” é aquele sistema social cujas estruturas ‘regulam as relações últimas, fundamentais, a que podem remeter os outros sistemas’ (**Rechtssoziologie**, 133). A sociedade transforma para outros sistemas sociais a complexidade indeterminada do mundo em complexidade determinada ou, quando menos, determinável.

⁷⁹ Tema desenvolvido por Luhmann na **Sociologia do direito – v. 1**. Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 167 e ss. Para ele, há três fases distintas de desenvolvimento do direito: 1) o direito das sociedades arcaicas que carece de procedimentos jurídicos institucionalizados; 2) o direito das sociedades pré-modernas que iniciam o desenvolvimento de procedimentos de aplicação do direito e; 3) o direito positivo da sociedade moderna. Luhmann não compara estruturas mas as funções que são desempenhadas em cada sociedade. O ponto constante na formulação da distinção entre estas três fases é a análise da função jurídica de generalizar as expectativas normativas.

⁸⁰ **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993, p. 227.

⁸¹ A diferenciação entre sistemas sociais parciais e a sociedade culmina com a última obra de Luhmann, **A sociedade da sociedade**.

Dentro desta perspectiva, os subsistemas parciais, inclusive o direito, se relacionam com o mundo externo por intermédio da sociedade que domestica (nas palavras de Luhmann) o ambiente hostil e abre espaços para a diferenciação entre ambiente interno (sociedade e demais sistemas sociais) e ambiente externo (mundo e homens – sistemas psíquicos) e para a diferenciação funcional propriamente dita.

As estruturas sociais reduzem a complexidade para os subsistemas sociais, mas

o grau de complexidade que pode alcançar o sistema global [sociedade] depende, por sua vez, da complexidade dos subsistemas diferenciados em seu seio, das estruturas de seus subsistemas: quanto mais complexos são os sistemas sociais de uma sociedade, mais complexa é esta.⁸²

Para conter e tornar possível o funcionamento global, a sociedade divide-se em estruturas cujas funções são diferenciadas entre si. Cada qual cuida especificamente da realização de uma função de modo a tornar possível o funcionamento do todo.

O direito, como já referido, é uma dessas estruturas diferenciadas da sociedade, responsável pela *generalização congruente de expectativas de conduta*. Estrutura necessária para possibilitar a recíproca orientação das relações inter-humanas. É uma estrutura⁸³ que se institucionaliza no seio da sociedade e, por consequência, sua evolução dependerá da evolução de todo o corpo social.

A teoria da evolução de Luhmann é aplicável a toda sociedade e terá, para toda ela, a participação imprescindível do direito:

Cada sistema, desde a perspectiva de sua própria função, cria mais possibilidades de experiência e ação das que seriam concebíveis em sistemas funcionalmente difusos **e propõem ao sistema jurídico, cuja função é a de generalizar expectativas normativas, um número cada vez maior de projeções normativas, normas que por seu número e sua incompatibilidade dificilmente podem ser juridificadas contemporaneamente.** A variação afeta principalmente a dimensão temporal mas repercute na dimensão social ao aumentar a exigência de

⁸² **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 228.

⁸³ *Idem*, p. 229.

seleção. Por isso devem se aperfeiçoar os mecanismos seletivos do sistema jurídico: a institucionalização dos procedimentos. (grifo nosso.)
Mediante os procedimentos, como mecanismos de institucionalização seletiva, se decide quais pretensões normativas podem encontrar consenso efetivo ou, ao menos, hipotético, e em consequência quais expectativas normativas podem ser socialmente utilizáveis.⁸⁴⁻⁸⁵ (grifo nosso.)

Com o objetivo de preparar o caminho para a análise da justiça e das razões pelas quais ela é fundamental ao sistema do direito, cumpre salientar que a evolução não é um processo planejado pelo sistema, mas uma realidade a que está exposto e que garante sua diferenciação em relação a outros sistemas.

Não se trata, nem na variação nem na seleção, de um processo inovativo induzido desde o exterior. A evolução não é um processo de planejamento, Se pode chegar ao litígio por motivos muito distintos, e muitas vezes (senão na maioria) em razão de situações não claras. O sistema do direito não tem nenhum controle sobre os motivos que levam à disputa e que fazem necessárias as decisões. Os procedimentos legais não servem à transformação do direito, senão somente sua pontualização: They declare the Law, como se diz na *Common Law*. Inclusive quando se dá com regras de decisão que o tribunal encontra novidades e quando se chega a ser consciente de que a práxis do direito não é satisfatória porque as condições mudaram, unicamente o que acontece no direito são mudanças pontuais mas não um planejamento ou um controle do sistema como sistema. Segundo isto, a transformação paulatina do direito não é consequência de atividades orientadas por fins, melhor dizendo são resultado da diferença entre variação e seleção que se produz incessantemente: é um resíduo da entrada em vigor da diferença. Por isso, de pronto, não é necessário integrar o caráter transformante do direito em sua autorreferência. Não é necessário refletir sobre isso: se dá por si.⁸⁶

Por fim, é de se salientar que para Luhmann direito moderno é direito positivo.

Como resultado destas conquistas evolutivas, o direito em sua totalidade se pode considerar como autoproduzido: como direito positivo. A doutrina das fontes do direito (qualquer coisa que signifique este conceito) se reformula no século XIX e no XX, de tal maneira que não somente a legislação mas também a jurisprudência e o direito consuetudinário (se os tribunais o retomam) e ainda a dogmática jurídica mesma, aparecem como fonte do direito.⁸⁷

⁸⁴ Idem, ibidem.

⁸⁵ Seletividade e decisão são abordados no capítulo em que tratamos do decisionismo de Schmitt e sua pretensa relação com Luhmann.

⁸⁶ **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 291.

⁸⁷ Idem, p. 206.

Diante deste ponto, na teoria dos sistemas autopoieticos, a justiça deixa de ser uma questão metafísica para situar-se no âmbito concreto do direito positivado. Embora, em alguns casos, não chegue a configurar uma norma concreta, passa a ser uma direção para a qual deve apontar o sistema: a percepção de um sistema de normas não somente funcional mas coerente no momento em que decisões são tomadas.

Tecidos comentários acerca da evolução do sistema do direito que traz consigo três elementos extremamente relacionados à ideia de justiça quais sejam: variação de estruturas sistêmicas, seleção de situações a serem abraçadas pelo sistema e estabilização do mesmo, cumpre comentar alguns outros pontos que se aliam para compreensão da justiça, núcleo do presente trabalho.

2.2 Diferenciação funcional

A evolução dos sistemas até o momento atual culmina, dentro do complexo universo social, com as diferentes espécies de funções socialmente relevantes, responsáveis pela manutenção do sistema autopoietico global, divididas conforme especialidades, formando subsistemas independentes entre si.

A diferenciação funcional não trata de um lugar determinado, específico, mas da lógica que informa a sociedade moderna. Nas palavras de Jorge Galindo Monteagudo:⁸⁸

Quando Luhmann fala dos diferentes sistemas parciais não está referindo, em princípio, a nenhum lugar em particular, senão a uma lógica operativa de caráter funcional. Os sistemas parciais são observados desde o ângulo da sociedade e, por esta razão, ficam caracterizados em termos da função que desempenham. Um sistema consegue diferenciar-se quando uma determinada solução a um problema comunicativo se repete o suficiente de modo a estabilizar uma estrutura.

⁸⁸ Jorge Galindo Monteagudo. La teoria sistémica de la sociedad de Niklas Luhmann: alcances y límites. Texto inserido em: Niklas Luhmann. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Herder, 2006, p. XXXVIII.

Ocorre diferenciação quando um sistema é capaz de se diferenciar do seu próprio ambiente,

ao traçar limites. A diferenciação entre sistema e ambiente produz também a observação por parte do sistema de uma diferenciação de seu ambiente. (...) A diferenciação de um sistema consiste na aplicação da formação de um sistema a si mesmo: se trata de uma forma reflexiva e recursiva de construção de sistema que replica, ao interior do sistema mesmo, a diferença sistema/ambiente.⁸⁹

Como já mencionado, o direito forma um dos sistemas comunicativos diferenciados funcionalmente como produto de sua autopoiese e autorreferência internas, capaz de extrair de si mesmo os substratos comunicativos necessários para sua autorreprodução, o que equivale a dizer que são os elementos internos do sistema jurídico que permitem a ele a criação de suas estruturas e, em última instância, de si mesmo como unidade.

Todo o aparato formado no interior do direito tem por objetivo último desempenhar a função específica a que está destinado e que o diferencia dos demais sistemas sociais: a função social de *estabilizar as expectativas normativas de conduta – ou garantir a sua generalização congruente*.⁹⁰

Em outros termos: o método empregado para descrever o sistema do direito por Luhmann rompe com a tradição ontológica clássica e o *funcionalismo sistêmico* passa a ser o ponto fundamental na construção da teoria dos sistemas autopoieticos. Atribui-se um conceito quase matemático⁹¹ à função a ser desempenhada pelo sistema do direito; à função de estabilizar expectativas normativas confere-se o nome “direito”, o que torna claro o remanejamento do caráter ontológico normalmente dado aos conceitos de direito e justiça, incluindo-os dentro desta perspectiva funcional.

⁸⁹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. Verbetes “diferenciación”. **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. Guadalajara: Iteso, 1996, p. 56 e ss.

⁹⁰ Como anota Pilar Giménez Alcover, em **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, “a generalização no direito moderno se exemplificará com a ajuda do conceito luhmanniano de justiça, que simboliza a congruência do direito” (p. 230).

⁹¹ Este caráter linear, contudo, não exclui a possibilidade de variação das expectativas, não elimina os embates internos que são naturais à vida social.

Esta função própria do direito é de difícil realização, pois, de acordo com elementos da cibernética e da física,⁹² o sistema social tende à instabilidade interna (rompimento da forma)⁹³ diante da complexidade e da contingência cada vez maiores da sociedade na modernidade. Estabilizar as expectativas normativas significa lutar incessantemente contra a tendência à entropia do sistema.

Embora de difícil realização ela é igualmente necessária ao sistema social como os demais subsistemas diferenciados funcionalmente:

Diferenciação funcional, caracterizada tanto pela *desigualdade* como pela *igualdade* dos sistemas sociais parciais. **Os sistemas funcionais são iguais em sua desigualdade. Daqui sua renúncia em assumir qualquer prioridade da sociedade total em suas relações recíprocas.** Aqui nem existe uma desigualdade única (como no caso centro/periferia), nem uma forma de a sociedade total para relacionar transitivamente todas as desigualdades, evitando relações circulares para atrás. Precisamente estas relações são agora completamente típicas e normais. (grifo nosso.)⁹⁴

O aumento do nível de complexidade moderna faz os sistemas autopoieticos – sociais e também os psíquicos – lidarem com expectativas (variação de possibilidades, suscetíveis de desapontamento) dos mais diversos matizes, contingentes e conforme interesses particulares.

Na sociedade e nos sistemas que a compõe, as expectativas se inter cruzam infinitamente formando-se expectativas sobre expectativas também sujeitas a desapontamento mas que devem ser mantidas, ou seja, garantidas por dizerem respeito à manutenção do próprio sistema. Diante dessa necessidade de garantir algumas expectativas em detrimento de outras é que surge o fenômeno da *institucionalização* das expectativas que designa o grau em que expectativas podem apoiar-se sobre “expectativas de expectativas”.

O direito surge como o sistema responsável por reduzir esta tendência fornecendo estabilização às expectativas no plano normativo ou garantindo ao sistema social que haja uma generalização congruente dessas expectativas;

⁹² Dos quais Luhmann extrai fundamentos para a teoria autopoietica.

⁹³ Há constante ameaça de entropia do sistema social.

⁹⁴ Niklas Luhmann. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Herder, 2006, p. 486.

que elas sejam mantidas em patamares satisfatórios para a manutenção do sistema em sua totalidade.

A normatização significa a possibilidade de uma segunda redução da complexidade por meio da seleção, *i.e.*, se as normas alcançam o objetivo de generalizar coerentemente as expectativas sociais, os comportamentos que a elas se referem passam a ser passíveis a receber restrições advindas de uma segunda decisão tomada sempre de acordo com as normas.⁹⁵

Celso Campilongo explica que o sistema do direito explora as diferentes acepções que versam sobre determinados fatos conflituosos entre si, com a finalidade de formar e reproduzir expectativas comportamentais generalizadas de modo coerente, adequado.⁹⁶

Generalizá-las significa, em última instância, imunizá-las contra a contingência externa, ou seja, estabilizá-las em três dimensões distintas: 1) temporal; 2) social; e 3) material.

O direito contribui com a diminuição da complexidade social por meio de suas próprias estruturas internas (como normas, instituições e corpos profissionais) para alcançar o objetivo de simplificar e selecionar as alternativas de comportamentos desejáveis que são postas à disposição dos indivíduos e dos demais sistemas sociais.⁹⁷

Esta função é executada mediante o código binário específico do direito: “lícito/ilícito”, “conforme o direito/não conforme o direito”. Ou seja, as operações realizadas dentro do sistema fechado e autopoietico do direito são separadas pela diferenciação entre aquilo que é conforme o direito e aquilo que

⁹⁵ Sobre seletividade e normatividade em Luhmann, explica Pilar Giménez Alcover. **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**: “A possibilidade de mudança das normas, ou de algumas normas, obriga-o a buscar critérios de seleção. Se a norma é produto de uma seleção, como ou por que se tem selecionado? Esta é a função que segundo Luhmann cumpre a ideia ou o princípio de justiça. Este simboliza a unidade do direito e portanto a congruência da generalização das expectativas normativas. Mas com isso estão assentadas as bases que permitiram avançar um passo a mais neste desenvolvimento do direito e que conduziram a um sistema jurídico como o atual que se caracteriza por sua positivação e por ser um sistema autopoietico. (p. 237).

⁹⁶ Celso Fernandes Campilongo, **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 81.

⁹⁷ Idem, *ibidem*.

não é conforme o direito. Tal diferenciação entre direito/não-direito delimita o âmbito de atuação do sistema jurídico em relação aos demais sistemas sociais, dando-lhe unidade permanente.

A ideia de seleção emerge neste ponto: artificialmente o direito seleciona a realidade fática a que dará prioridade, aquela em que há possibilidade de atualização, sempre atentando para a luta pela manutenção da forma sistêmica, de acordo com o código imutável que serve para *marcar* as fronteiras entre sociedade e sistema jurídico.

Fruto dessa seletividade, surge uma característica peculiar a ele: ocupa-se basicamente de *expectativas normativas* que se diferenciam das *expectativas cognitivas*, próprias de outros sistemas sociais, porque aquelas não se adaptam aos fatos: são, portanto, *expectativas contrafáticas*⁹⁸ às quais o direito tem por função estabilizar.

Tercio Sampaio Ferraz⁹⁹ explica que as expectativas cognitivas são aquelas que têm sua durabilidade social garantida por meio de generalização das possibilidades observáveis de modo que empiricamente se torna possível estabilizar a previsão das expectativas sociais. Caso a generalização sofra desapontamento porque a conduta deixa de ser realizada em novas situações observáveis e então há a adaptação da regra cognitiva aos fatos. De outro lado, as expectativas normativas têm sua durabilidade garantida por generalizações não adaptativas ou, em outros termos, os fatos que causam desapontamento são considerados irrelevantes para as expectativas já generalizadas.¹⁰⁰

As expectativas normativas dão origem a normas que, como dito, são estabilizadas de forma contrafática, impondo-se independentemente do cumprimento ou descumprimento das ações que eram esperadas, ou nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Júnior:

⁹⁸ Ver André-Jean Arnaud et ali. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁹⁹ **Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação**, p. 103-104.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*.

Elas não referem *regularidades* do comportamento, mas prescrevem sua *normatividade*. Ou seja, a diferença entre uma lei científica e uma lei jurídica, nesse caso, estaria em que a primeira *descreve* a normalidade, e a segunda *prescreve* a normalidade do comportamento.¹⁰¹

Há, pois, constante oposição entre normas jurídicas e fatos, uma vez que os últimos não se resumem às previsões contidas naquelas, a constatar-se pela elevada complexidade da sociedade atual, uma vez que o aumento da complexidade implica maior número de possibilidades fáticas postas à disposição dos sistemas psíquicos e sociais. Apenas quando as expectativas cognitivas ganham certa relevância para algum ou alguns dos sistemas sociais e para uma gama de sistemas psíquicos é que elas se tornam hábeis a passar pelos mecanismos de acoplamento sociais até chegarem, após amplo processo de “digestão”, ao sistema do direito no qual tomam *forma* e qualificam-se como normas jurídicas por estarem garantidas por *prescrições* e devem, caso haja conflito com as primeiras, ter preferência em relação a elas porque logram estabilizar os comportamentos sociais.

Cumprido distinguir que, se de um lado há a invariabilidade do código binário do sistema (lícito/ilícito), fonte de diferenciação do sistema em relação ao ambiente e *critério primário de seleção* no qual o direito funda seu funcionamento, de outro lado existem, no interior do sistema jurídico, estruturas *programáticas* dotadas de variabilidade (por programas, no sistema do direito, entenda-se as normas, os julgados, os contratos).

O conceito de *programa*¹⁰² – situado no nível da *auto-estruturação do sistema* – remete ao sentido de que os problemas a serem solucionados pelo sistema devem ser definidos com a especificação das condições restritivas de suas soluções (*constraints*).¹⁰³ Ou seja, a solução que será dada aos problemas trazidos ao direito, por meio de decisões jurídicas devem se lastrear nestas condições predefinidas. Além disso, o caráter decisório também remete ao sentido de que essa definição a ser dada ao problema que é proposto

¹⁰¹ Idem, *ibidem*.

¹⁰² Luhmann, **Sociologia do direito**, v. 2, p. 27.

¹⁰³ Em linguagem de informática podem ser definidas como restrições postas em colunas de dados.

deverá calcar-se nos processos decisórios tomados pelo sistema do direito, também testada pelas decisões anteriores (isto interessa diretamente ao problema da justiça do sistema autopoietico do direito).¹⁰⁴

Para Luhmann apenas os valores contrapostos situados na codificação binária não formalizam um critério suficiente para a determinação do direito (e do não direito); devem existir outros pontos que indiquem como os valores do código lícito/ilícito são atribuídos seja de modo correto, seja de modo incorreto. A esta semântica adicional Luhmann chama “programa”. Os códigos geram programas: são distinções internas do código; são a contraface da forma na qual a codificação configura a face. A distinção entre codificação e programação produz a autodeterminação autopoietica do sistema.¹⁰⁵

O código binário representa o caráter imutável do sistema e é responsável pela demarcação dele em relação ao ambiente; já os programas situam-se no nível da adaptabilidade sistêmica. Graças a eles o sistema ganha adaptabilidade em relação às novas informações que são comunicadas ao sistema a partir dos mecanismos de acoplamento ou frutos da reflexividade sistêmica.¹⁰⁶

Autodeterminar é movimentar-se para o cumprimento de sua função e, para isso, faz-se necessária a diferenciação entre codificação (campo invariável) e programação (campo da variabilidade) para que haja essa movimentação de modo coerente. Ambos os planos, o do código binário (invariável) e o dos programas (variáveis) operando funcionalmente e somados a outras estruturas internas, como os mecanismos de acoplamento que permitem ao sistema fechamento e abertura simultâneos. Com a diferenciação entre codificação e programação se pode resolver o problema da invariabilidade e a capacidade de adequação do sistema.¹⁰⁷

Luhmann acrescenta ainda que a distinção entre código e programa torna possível verificar o problema da segurança jurídica como referência à

¹⁰⁴ Luhmann, **Legitimação pelo procedimento**, p. 27 e ss. (nesta obra Luhmann divide, basicamente, os procedimentos jurídicos em três: **judiciário**; **legislativo** e; **administrativo**).

¹⁰⁵ Luhmann, **El derecho de la sociedad**, p. 227, 248-249, 252.

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*.

garantia de que os assuntos trazidos ao direito serão tratados exclusivamente de acordo com o código do direito e não como relações de poder ou qualquer outra ordem.¹⁰⁸

Para ele o direito trabalha apenas com programas condicionais (se/então), pois somente estes são capazes de delimitar os fatos que devem ser considerados no procedimento jurídico. A aplicação de programas finalísticos no direito – próprios, por exemplo, da política –, é possível apenas quando inseridos no interior dos condicionais.

Os programas condicionais possibilitam a diferenciação do sistema jurídico por assumirem, neste sistema, a função de atribuir valores extraídos a partir do código binário aos casos específicos e, assim, estabelecem as condições para se averiguar se algum fato é ou não conforme o direito.

A fixação à *forma* do sistema jurídico dos programas condicionais se relaciona diretamente com a função do direito dentro do sistema social, ou seja, diz respeito diretamente à estabilização das expectativas normativas da sociedade: é justamente para o caso em que as expectativas não se cumpram é que elas se “plasmam” na forma de normas.¹⁰⁹ A substituição da segurança das expectativas pela insegurança do cumprimento delas no futuro requer compensações estruturais: o que se pretende sempre em direito é garantir a segurança do fato no momento da decisão (e não quando a expectativa ainda não sofreu qualquer instabilidade quando à possível decepção de seu cumprimento) e isso somente pode ser garantido sob a forma de programas condicionais.

A sociedade é, como dito, um sistema estruturado de ações comunicativas dotadas de significação. Neste plano o ser humano considerado concretamente (síntese unitária de sistema biológico somado a sistema psíquico) passa a fazer parte do ambiente, do mundo circundante estranho ao universo das comunicações. Em outros termos, a conexão de sentido própria dos sistemas sociais não coincide com a das ações do ser humano ontologicamente considerado.

¹⁰⁸ Idem, p. 253.

¹⁰⁹ Idem, 258.

Seres humanos e sociedade passam a representar entre si, complexidade e contingência de modo a criar uma dicotomia entre eles e não há que se criar qualquer confusão de identidade entre as duas espécies de sistemas, ou seja, não há que se imaginar o ser humano como parte integrante dela.¹¹⁰

A consequência lógica dessa dicotomia está em que a “juridicidade das relações inter-humanas” não pode ser deduzida a partir da natureza humana, pois o direito vive, apesar dos seres humanos considerados individualmente; apesar de suas consciências individuais. Admitindo-se o contrário, seria necessário esquecer a autonomia, a independência e toda circularidade operativa que representa o fechamento operacional do direito, como dos demais sistemas sociais.¹¹¹

Por ser uma estrutura sistêmica à qual é transmitida uma determinada especialidade funcional e, portanto, capaz de definir seus limites é que o direito é indispensável à existência da sociedade já que torna possível a estabilização de expectativas nas interações fenomênicas realizadas por sistemas sociais e sistemas psíquicos.

Ele “neutraliza a contingência das ações individuais”, diminuindo-as a níveis de menor complexidade, conseqüentemente, tornando possível aos demais seres humanos e aos sistemas sociais, esperar reciprocamente, com um mínimo de garantia de segurança jurídica, qual será o comportamento dos outros. O direito dá segurança jurídica de *previsibilidade*¹¹² das ações e reações que acontecerão nas diferentes relações que se formam.

Esta redução de incerteza se dá tanto pela mutabilidade das manifestações de vontade humanas como pelas contingências da vida ou diante daquelas oriundas da natureza, inclusive relacionadas ao aspecto temporal.

¹¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹¹ Idem, ibidem.

¹¹² Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior: “Para que haja um mínimo de garantia, é preciso que as partes possam ter uma relativa certeza de que o combinado agora prevalecerá no futuro” (Apresentação da obra de Luhmann: **Legitimação pelo procedimento**, p. 4 e ss.).

O estabelecimento de *normas* (uma das formas de programas condicionais) servirá como reação social contra essas contingências, gerando, assim, a aludida garantia de segurança mínima das expectativas recíprocas. As normas garantem as expectativas contra desilusões embora não possam fazê-lo quanto aos comportamentos que correspondem à relação inicialmente levada a efeito, são, portanto, expectativas de comportamento seguras de modo contrafático, ou seja, que garantem a duração apesar das variações constantes.

A normatividade é a possibilidade de uma segunda redução da complexidade por seleção normativa, *i.e.*, se as normas conseguem generalizar de modo coerente as expectativas, os comportamentos que a elas se referem são passíveis de uma segunda redução lógica por meio de uma segunda decisão baseada de acordo com as normas.

2.3 A justiça, propriamente dita, na teoria dos sistemas autopoieticos

Luhmann começa a tratar da justiça na obra *Sociologia do direito* publicada em 1972¹¹³ e, posteriormente, na obra *A diferenciação do direito*, de 1981.¹¹⁴

Após a “virada” autopoietica, Luhmann insere o tema em **O direito da sociedade**, na qual reserva tratamento especial para a justiça¹¹⁵ em capítulo central da obra.

Em **Sociologia do direito**, menciona a justiça em tópico no qual retornava às sociedades primitivas, referindo-se a fase anterior à positivação do direito.

¹¹³ **Sociologia do direito**, v. 1, p. 223-225.

¹¹⁴ Versão utilizada: **La differenziazione del diritto – Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto**. Bolonha: Il Mulino, 1990.

¹¹⁵ Será esta a edição utilizada na formulação do presente trabalho – **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

Discorre sobre a ideia de justiça e liga seu surgimento à Grécia antiga, asseverando que

Justiça, em última análise, é um símbolo para a congruência da generalização de expectativas normativas sobre expectativas. Ela é definida como igualdade, ainda mística mas já racionalmente. Mas igualdade significa manter a expectativa ao longo do tempo, consistência material, capacidade de consenso – ou seja aquela concordância que convence e é duradoura. Além disso, e com intenção correspondente, lança-se mão da ideia da moderação e da média, daquela distância igual com respeito a todos valores e todas posições extremas, onde se encontra o razoável. Isso também expressa uma síntese, no sentido de garantir o consenso expectável e a vigência duradoura através do mesmo distanciamento com respeito a valores extremados. **O princípio da justiça só é juridicamente relevante porque atinge a essência e a função do direito** – e não porque parece ser uma bonita virtude, como para a ética posterior.¹¹⁶ (grifo nosso.)

Ora, o autor atribui uma função simbólica à justiça. Símbolo sugere a representação de algo; signo que arbitrariamente posto, serve para representar ou reduzir as possibilidades de representação de objetos.

O símbolo tem função limitadora da complexidade, pois afasta diversas possibilidades de representação de algo, tomando para si essa responsabilidade. Já “congruência” revela a ideia de harmonia, de conformidade.

Luhmann recorda que esse caráter simbólico aos poucos vai desaparecendo

As elaborações posteriores do tema justiça por parte de *Aristóteles* já se afastam desse simbolismo, cuja função nunca chegou a ser plenamente compreendida, impedindo que os continuadores da tradição da filosofia do direito a ele tivessem acesso. A partir do ângulo das funções de congruência do direito elas pareciam ser especificações conceituais demasiadamente racionais e realísticas. Ambos os tipos da justiça comutativa e da distributiva se referem à diferença básica entre estratificação social segmentária (igual) e a funcional (desigual), mas não mais permitem identificar nessa divisão qual é a noção de justiça que tem a ver com o direito e porque ela simboliza o princípio do direito. **O postulado da justiça é desmistificado, etificado e dirigido ao senhor e ao juiz como uma norma, ou seja: não determina a função do direito,**

¹¹⁶ **Sociologia do direito**, v. 1, p. 223.

mas apresenta uma espécie de supernorma às normas jurídicas vigentes e impõe ao senhor sua virtude. Nos direitos mais elaborados, ou seja no direito romano e na *common law*, isso leva a uma confusão entre a justiça e a justeza (*aequitas, equity*), sendo que as melhorias no sentido de uma **justiça compreendida em termos universais ocorrem juntamente com modificações particulares do conjunto normativo existente segundo o modelo regra-exceção e através da introdução de recursos jurídicos para casos até então não considerados.**¹¹⁷ (grifo nosso.)

A partir da tradição que se funda em Aristóteles, a justiça ganha contornos mais concretos. A própria construção teórica que se forma a partir dele, com a busca da excelência pela prática (pela ação), favorece essa mudança de eixo na sociedade,

Essa atenuação e concretização não pode ser explicada por casualidades do pensamento da história das ideias; ela corresponde à estrutura da sociedade, ao grau de complexidade atingido pela sociedade, à impossibilidade de desenvolver-se critérios programáticos para o estabelecimento do direito. Seu princípio jurídico de justiça atua em parte como reflexão e racionalização da imperfeição do direito, em parte como provocação de novos desenvolvimentos no direito que resultam em importantes modificações, mas não em um direito justo. Também nesse contexto é característico para as culturas antigas que elas assumam uma situação intermediária entre o processamento concreto ou abstrato da experiência, e a realização incompleta das possibilidades que se anunciam.¹¹⁸

Luhmann aqui não se aprofunda no tema, mas a ideia acima exposta é o embrião da teoria de justiça desenvolvida depois e que se estende após a virada autopoietica.

Por meio do método de análise histórica, ele explora o mecanismo de evolução da ideia de justiça dentro do direito que, também, evolui a partir das sociedades arcaicas.

¹¹⁷ Idem, p. 223.

¹¹⁸ Idem, p. 224.

Desde o início da construção teórica percebe-se que cada elemento pertencente à descrição funcional é posicionado de modo que a totalidade do conjunto, conduz ao desenho do sistema concebido, o que equivale a dizer que nenhum elemento foi aleatoriamente incluído, não havendo nada desprezado de sentido, pois busca apresentar um movimento progressivo que comprove a funcionalidade das estruturas sistêmicas e do próprio sistema: todos os elementos se imbricam conformando o todo, não é diferente com a justiça. Justiça, em Luhmann se desdobra em dois conceitos complementares. São eles que serão investigados a seguir.

2.3.1 Justiça como complexidade adequada do sistema jurídico

Luhmann começa a falar da sociedade moderna, diferenciada funcionalmente e de caráter positivo, a partir do volume II da *Sociologia do direito*.¹¹⁹ O primeiro conceito de justiça de Luhmann é desenvolvido em textos como *A diferenciação do direito*.¹²⁰

Afirma que justiça pode ser entendida como *complexidade adequada do sistema jurídico* que remete à capacidade do sistema de produzir decisões coerentes à sua operatividade (fidelidade do sistema do direito para com o próprio sistema do direito) e não a uma direta adequação do direito à sociedade. Há a suposição, portanto, de um enfoque intrassistêmico e global (por isso a referência interna de “sistema dentro do próprio sistema” o que,

¹¹⁹ **Sociologia do direito – v. 2.** Biblioteca Tempo Universitário, n. 80, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

¹²⁰ **La differenziazione del diritto – Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto.** Bolonha: Il Mulino, 1990.

portanto, significa dizer que apesar de estar no nível das normas a justiça não diz respeito a normas ou ações isoladas).¹²¹

Para compreender o sentido do conceito de “complexidade adequada do sistema jurídico”, importante lembrar a questão da diferenciação funcional do direito em relação à sociedade e a diferenciação interna do próprio sistema jurídico que permitem o melhor desempenho do direito e o aumento das prestações funcionais que o sistema realiza para a sociedade. Em outros termos, o aumento da própria complexidade do sistema ocorre para que este suporte o aumento cada vez mais intenso da complexidade social. E a diferenciação funcional auxilia na manutenção da complexidade sistêmica em níveis suportáveis.¹²²

Há uma série de postulados que são discutidos dentro do direito desde sua formação nas sociedades pré-modernas mas que continuam a ser trazidos para dentro do sistema de diferentes formas cada vez mais complexas, como questões sobre validade, legitimação, igualdade. E, dentro deste universo cada vez mais complexo e diferenciado funcionalmente, o direito não “sobreviveria” como sistema autopoietico se:

não se introduzisse uma espécie de contrapeso no sistema que impeça a própria destruição do sistema pela sobrecarga de prestações contraditórias à que lhe submetem os outros sistemas, pelo excesso de complexidade, pela falta de unidade à que pode conduzir a diferenciação.

¹²¹ Jesús Ignacio Martínez García. Justicia e igualdad en Luhmann. **Anuario de Filosofia del Derecho**, Madrid, n. 4, Nueva época, 1987, p. 43-87.

¹²² Pilar Giménez Alcover, **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 284.

Para solucionar esta questão Luhmann apresenta sua noção de justiça como adequação da complexidade sistêmica.

Quanto maior e mais complexas forem as demandas apresentadas ao sistema do direito, maior será a possibilidade de que decisões que sejam tomadas em seu interior conflitem entre si. A única forma de preservar a atividade sistêmica em níveis sustentáveis, aqui recordando a necessidade de manutenção da forma, é por meio de um elemento que aponte sempre na direção a ser seguida pelo sistema de modo a manter a unidade em determinados casos. Este conceito retira da justiça qualquer característica ética.

já não assinala os bons fins a trabalhar, sequer do tipo especial de ação que são as decisões jurídicas, e não se refere tampouco a um critério para julgar a correção material, nem tampouco formal, das normas individuais. “Complexidade adequada” significa, para Luhmann, em uma primeira aproximação, consistência das decisões do sistema.¹²³

Passa a ser, a justiça, o estabelecimento dos limites de compatibilidade entre a capacidade do sistema em decidir e as exigências de decisão a ele direcionadas pelo ambiente.

O sistema jurídico há de poder conjugar um alto grau de complexidade interna para responder às demandas de outros subsistemas sem entrar em colapso, vale dizer, sem quebrar sua própria coerência interna ou a integração de suas decisões. A expressão “justiça” refletiria uma unidade do sistema pese a sua complexidade, isto é, pese o número de decisões; a sua diversidade; a interdependência interna destas decisões; seu grau de generalização; e a velocidade de mudanças destas.¹²⁴

¹²³ Idem, p. 284-285.

¹²⁴ Idem, p. 285.

A sociedade atual e seu nível de risco e complexidade forçam o direito com um aumento cada vez maior de demandas a serem decididas em todos os níveis, com crescimento das variações de relações sociais que acabam por aumentar diversidade de fatos que passam a merecer solução nas instâncias jurídicas, aumento do grau de generalização dessas relações e aumento da velocidade das alterações.

Ou seja: retornamos aos elementos que tratam da evolução do sistema. Como dito anteriormente, a variação, a seleção e a estabilização são elementos que compõem a ideia de evolução mas que não são coordenados entre si. Diante desse possível descompasso, a justiça como adequação da complexidade do sistema surge como mecanismo de balanceamento e frenagem à disposição do sistema para que este continue a realizar sua função.

As variações que são apresentadas não podem aumentar de forma ilimitada e de modo a esgotar a coerência (congruência) do sistema.

Tampouco podem fazê-lo de forma descompensada, vale dizer, aumentando alguma delas muito mais que as outras. A “adequada complexidade” ou a justiça é a combinação contínua destas variáveis e da coerência interna ou, em outros termos, a expressão do problema permanente de otimizar o aumento da complexidade, em todos os sentidos mencionados, e o aumento de coerência. Daí que se trate sempre de um conceito relativo – mais ou menos justiça – e que possam existir tendências como as que Luhmann observa no direito moderno, a sacrificar a coerência em razão da complexidade.¹²⁵

É por meio da adequada complexidade que se possibilita ao sistema continuar a decidir todos os casos que se apresentam, de modo a manter a coerência interna.

¹²⁵ Idem, *ibidem*.

Justiça, portanto, caminha lado a lado com a questão da decisão já apontada em capítulo anterior. Mas não sob as formas que o problema era visto antes da teoria dos sistemas autopoieticos.¹²⁶

Na teoria dos sistemas de cunho luhmanniano, o problema da decisão se aproxima muito mais da necessidade de manutenção da coerência do sistema do direito que, por exemplo, da legitimidade de uma decisão tomada. O que está em jogo é a continuidade do andamento das operações sistêmicas e não o problema de como e por que as decisões se legitimam ao serem manifestadas.

Passa a ser importante, de modo a diminuir a complexidade sistêmica que casos iguais sejam decididos de igual modo. Este ponto ajuda a manter a coerência do sistema e a suportabilidade dos níveis de complexidade nos quais ele opera.

Destaque-se, neste ponto, a diferenciação de procedimentos decisórios surgida nos trabalhos de Luhmann desde a obra *Legitimação pelo procedimento*, e que aqui volta à tona, pois, com o objetivo de manter a coerência sistêmica é necessário que haja uma divisão de tarefas: ao legislativo cumpre apresentar ao sistema o máximo de complexidade por meio das variações que são postas em decisão e ao judiciário cabe assegurar, por sua vez, a coerência do sistema, ou seja, a aplicação dos postulados de justiça.¹²⁷

A dogmática jurídica está atrelada ao processo decisório no instante que a ela

permite aumentar a coerência e a compatibilidade das decisões judiciais, fixando as semelhanças e as diferenças entre os casos, de modo que, mediante uma boa conceitualização jurídica, poderiam manter um mesmo sentido normativo em ambos os âmbitos decisoriais. [âmbito judicial – esfera da coerência das decisões; e âmbito legislativo – esfera de oferecimento de “matéria prima” de cunho normativo]¹²⁸

¹²⁶ A questão estava mais próxima da imposição de uma vontade soberana, como observava, como já visto, Carl Schmitt.

¹²⁷ Pilar Giménez Alcover, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, p. 285.

¹²⁸ *Idem*, 286.

Também a dogmática está inserida no contexto do processo de estabilização sistêmica, posto garantir a unidade de entendimento dos diversos mecanismos teóricos do direito. Com bons conceitos e boas classificações aumenta-se a consistência¹²⁹ das decisões, regando as escolhas do órgão que decidirá.

Ela aparece, assim, como contraponto à justiça pois, esta reflete a unidade do sistema e a dogmática deve refletir sua complexidade.

A justiça como perfeição da unidade do sistema se refere às exigências globais da sociedade para o direito e a Dogmática expressa o nível intrajurídico em que estas exigências se reespecificam e se operacionalizam. A Dogmática é, por consequência, a modelação interna de uma complexidade que somente é representável como unidade se se põe ao sistema em relação com seu ambiente.¹³⁰

Parecem ser, portanto, pontos complementares. Enquanto a justiça representará a unidade do sistema apresentando essa unidade para a sociedade, ou seja, para fora do sistema do direito, a dogmática representa a forma como o próprio sistema trabalha os conceitos e variáveis jurídicos do ponto de vista interno.

Enfim, a compreensão da ideia de justiça nesta fase de Luhmann aponta para a própria definição de direito sustentada pelo autor: sistema social responsável pela *generalização congruente de expectativas de conduta*.

A “generalização” das expectativas normativas será “congruente”, ou seja, coerente, se estiver de acordo com a *complexidade em níveis adequados para o sistema jurídico*. A coerência que deve ser o móvel principal de funcionalidade do sistema do direito quando ele trabalha com adequado nível de complexidade.

¹²⁹ Em última instância, objetivo da justiça.

¹³⁰ Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 20-21, *apud*, Pilar Giménez Alcover, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, p. 285.

Apresentados os principais pontos da questão da justiça como analisada por Luhmann na primeira fase de suas obras, em seguida, passaremos à questão após a virada autopoietica do autor.

2.3.2 Justiça como fórmula de contingência

Após a primeira fase de construção de sua teoria funcionalista, Luhmann incorpora os fundamentos da *autopoieses* à sociologia. A partir daqui passa a conceituar justiça como “fórmula de *contingência* do sistema do direito”.¹³¹ O conceito é introduzido na teoria dos sistemas autopoieticos a partir da obra *O direito da sociedade*.¹³²

É ela comparada a “fórmulas de contingência” de outros sistemas sociais – como o são, por exemplo, a escassez no sistema econômico, a ideia de deus no sistema religioso e democracia no sistema político¹³³ – e é exatamente essa noção que, se não substitui outros conceitos definidores de justiça, tais como virtude, princípio, ideia, valor (que, como assevera Jean Clam,¹³⁴ são conceitos que criam um abismo entre a justiça e o direito), é o

¹³¹ Ao final deste capítulo será possível comparar os dois conceitos.

¹³² **El derecho de la sociedad.** Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2002.

¹³³ Já na fase inicial funcionalista, embora não usasse a expressão “fórmula de contingência”, Luhmann já aproximava a justiça de outros elementos que, posteriormente, entendeu pertencerem à mesma “classe”: “O conceito de democracia de Luhmann cumpre no sistema político uma função similar à desempenhada no sistema jurídico pelo conceito de justiça, pois ambos se referem à adequada complexidade e diferenciação dos respectivos sistemas. Por isso Luhmann chama democracia tanto a sistemas políticos em que existe uma pluralidade de partidos, quanto a sistemas monopartidários. A diferença entre ambos os sistemas residiria nem tanto em seu grau de complexidade quanto no diferente papel que neles desempenha a ideologia (ou valoração de valores) e a estruturação do direito como programa condicional. Nos sistemas de partido único, os mecanismos reflexivos que reduzem a complexidade do sistema se centram em valores sociais e a ideologia (como variação de valores) tem um importante papel como fator de integração política enquanto o direito é primordialmente final ou planejador. Nos “estados de direito” o mecanismo reflexivo por excelência é o direito positivo (a programação da programação) e as ideologias cumprem o papel secundário de ‘sacralizar as condições dos processos de positividade e excluí-los da luta política’ (**Positives Recht und Ideologie, en Soziologische Aufklärung I, 194**)” (GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 260).

¹³⁴ Justiça, tornando-se uma virtude e um valor perde a sua ligação íntima com a lei e sua função.” Tradução livre para: “La justice en devenant une vertu et une valeur perd son intime liaison au droit et à sa fonction” (**Droit et société chez Niklas Luhmann – La contingence des normes.** Paris: PUF, 1997, p. 208).

conceito que Luhmann julga ser o mais apropriado para o direito como sistema autopoietico.

Com a diferenciação de sistemas funcionais particulares, se desenvolvem fórmulas de contingência (referentes a cada um deles) que podem afirmar o que para cada sistema constitui o especificamente indiscutível: por exemplo, a escassez para o sistema da economia, **a legitimidade para o sistema político**, a justiça para o sistema do direito, a limitacionalidade para o sistema da ciência. Mas o fato de estas fórmulas estarem ligadas a sistemas particulares de funções deixa em aberto o que significam no conjunto da sociedade. A partir da metade do século XIX, a fórmula a que se pede redenção é a dos valores. Mas esta fórmula também está exposta ao mesmo processo de corrosão. Uma vez posta no mundo, permite que se fale de “transmutação dos valores” ou de “mudança de valores”.¹³⁵⁻¹³⁶ (grifo nosso.)

O conceito de fórmula de contingência não tem o condão de encerrar as discussões sobre o significado da justiça, apenas indica qual é a função desta para o sistema do direito altamente diferenciado na sociedade moderna. Há uma aproximação entre direito e justiça, uma inserção desta no interior daquele, mas as dúvidas quanto à sua conceituação, extensão e alcance para a sociedade global continuam em aberto.

Luhmann não se estende na produção de um conceito mais acurado para a ideia de *fórmula*. Ela pode, extraindo-se o entendimento da conformação geral do sistema e por um detalhe deixado por Luhmann em *Sociedade da sociedade*,¹³⁷ ser compreendida como expressão simbólica de uma série de operações que servem como regra para resolver outras situações similares, o

¹³⁵ Luhmann. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2006. p. 371.

¹³⁶ Note-se que em **La sociedad de la sociedad** Luhmann faz uma modificação na análise do sistema político: antes colocava a democracia – “O conceito de democracia de Luhmann cumpre no sistema político uma função similar à desempenhada no sistema jurídico pelo conceito de justiça, pois ambos se referem à adequada complexidade e diferenciação dos respectivos sistemas.” (Pilar Giménez Alcover, **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 260) – em papel similar ao da justiça para o sistema do direito. No texto acima, como fórmula de contingência do sistema político, insere a legitimidade. Democracia carrega consigo a questão da legitimidade do poder decisório mas não é sinônimo deste.

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 94: “(...) Quer dizer que para isso deve formar sistemas simbólicos especializados como são, sobretudo, o sistema da religião e também as ‘fórmulas de contingência’ dos diversos sistemas funcionais”.

que vem de encontro com o fato de Luhmann ter utilizado elementos retirados da matemática de Spencer Brown.¹³⁸

Remete, portanto, à ideia de preceito estabelecido para regular determinados atos, modelo que contém os termos formais pelos quais um ato deve ser concebido.

Por *contingência*, entende-se o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.

Luhmann verifica que a contingência¹³⁹ está relacionada à observação.¹⁴⁰ Assevera,

afrontamos o intento de interpretar o conceito de contingência através do conceito de observação. Deste modo, desembocamos em uma teoria que é de grande valor para a compreensão da sociedade moderna.

Para lograr este objetivo, devemos tomar o conceito de observação a partir de um ponto de vista formal pouco frequente, já que somente assim se adquire o enlace com a teoria modal da contingência. A observação refere a todo tipo de operação que consuma uma diferença para indicar assim uma parte (e não outra). A dependência da indicação respeita a uma diferença por trás contingente à citada indicação. O fato de que a indicação depende da diferença se dá a contingência mesma, já que com outra diferença o indicado (a sua vez com outro nome) adquiriria um significado bem dispar.

O abstrato conceito de observação não depende de quem o realiza; tampouco depende da maneira como se consuma, sempre que a característica do diferenciar e o indicar sejam levados a cabo, isto é, sempre que as duas partes se executem em unísono ao mesmo tempo.¹⁴¹

Para ele, no que concerne à observação no sistema jurídico

se encontra o decisivo processo de desenvolvimento para a total positivação do direito, para a substituição da diferença direito natural/direito positivo pela de direito constitucional/direito normal que se inicia no século XVIII. Isto provoca que seja observado com o olhar posto na questão de

¹³⁸ George Spencer Brown (**Laws of form**, Londres, 1971; Nova Iorque, 1979).

¹³⁹ La contingencia como atributo de la sociedad moderna. In: LUHMANN, Niklas. A. Giddens, Zigmunt Bauman e U. Beck. **Las consecuencias perversas de la modernidad – Modernidad, contingencia y riesgo**. Coleção Autores, Textos y Temas – Ciencias Sociales. Barcelona: Ed. Anthropos, 2000. v. 12, p. 173 e ss.

¹⁴⁰ Luhmann conceitua observação, observador e observação de segunda ordem em várias de suas obras: **Introducción a la teoría de sistemas**. México: ITESO/Anthropos, 1996;

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. **La contingencia como atributo de la sociedad moderna**, p. 177.

como se tem decidido ou como será decidido. Interpretação e prognóstico são formas de produção de textos que procedem de textos e com eles formas de observação de segunda ordem. Isto não é sinônimo de arbitrariedade, como indica a censura do decisionismo, mas de autolimitação. Já que o arbitrário não se poderia interpretar, vale dizer, prognosticar.¹⁴²

O direito realiza observações de segunda ordem que,

possibilitam a co-interpretação da contingência e a reflitam conceitualmente. São observações de observações. Se pode tratar de observações de outro observador ou de observações do mesmo ou outro observador feitas em outros momentos. Segundo estas variantes as dimensões social e temporal se diferenciam na produção de sentido. Isto torna possível que a contingência seja uma forma que aceita a dimensão objetiva do meio Sentido quando a dimensão social e temporal espargem diferenciações em diversas direções. Dito de outro modo: tudo se converte em contingente quando o que é observado depende de quem é observado. Esta eleição encerra também a eleição entre autoobservação (observação interior) e observação exterior (observação externa).

O observar de segunda ordem se baseia em uma rigorosa redução da complexidade do mundo de possíveis observações: o observar é observado e assim se procura a mediação do mundo que se dá na diferença entre igualdade e diferença das observações (de primeira e segunda ordens). Vale dizer: a redução da complexidade é o meio de construção da complexidade.¹⁴³

A conclusão a que se chega é eu estamos na esfera dos sentidos e nela está encerrada a ideia de justiça para Luhmann. Então justiça pode ser compreendida como fórmula de contingência do sistema do direito, ou seja, expressão simbólica a ser utilizada pelo sistema para solucionar outros casos similares (com análise de diferenças do semelhante), mesmo diante da contingência, das constantes possibilidades de tomada de decisões diferentes em casos iguais ou que guardem semelhança. É, portanto, um mecanismo de controle do sistema jurídico, dentro do próprio sistema jurídico.¹⁴⁴ É a forma de lidar com a diferença e com a similitude dos casos concretos. A forma de

¹⁴² Idem, p. 194-195. Aqui, novamente, um ponto de diferenciação entre a teoria dos sistemas e o decisionismo de cunho schmittiano.

¹⁴³ Idem, p. 178-179.

¹⁴⁴ “Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais está lá.” (Niklas Luhmann. **Sociologia do direito** – v. 1, p. 45-46).

interpretar esses casos de maneira a manter a coerência do sistema, como uma observação de segunda ordem.

Complexidade e contingência são termos que acabam por caminhar juntos. Nas palavras de Luhmann: “Em termos práticos, *complexidade* significa seleção forçada, e *contingência* significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”.¹⁴⁵

Ambos, ao final, remetem à questão da decisão, pois, a grande quantidade de situações complexas, remete à necessidade de decisão em um único sentido o que acarretará, desapontamento em relação às situações não escolhidas.

A ideia de *fórmula de contingência* toma o lugar de outros conceitos anteriormente utilizados para conceituar justiça, mas não os substitui totalmente¹⁴⁶ porque, segundo Luhmann, somente um observador externo, ou seja, aquele sistema que realize a observação de segundo grau tem capacidade para perceber as fórmulas de contingência enquanto o interior do *próprio sistema*, nas operações realizadas internamente, designa o critério com o qual identifica a justiça, se como ideia, princípio ou valor.¹⁴⁷ Assim é no interior do sistema que a fórmula de contingência será recebida como irrefutável.¹⁴⁸

O raciocínio construído por Luhmann para explicar a justiça no sistema do direito, é iniciado firmando a premissa de que o sistema tem sua unidade interna garantida, primeiramente, a partir de uma *seqüência de operações* que asseguram a reprodução autopoietica.

¹⁴⁵ Idem, p. 46.

¹⁴⁶ Fora do sistema do direito, a justiça pode tomar as mais diferentes acepções, entretanto, essas acepções integram a categoria dos meios de comunicação simbolicamente generalizados e servem como instrumentos de comunicação, mas não podem ser impostos a todos diretamente por representarem visões subjetivas sobre a justiça (baseados em critérios “fracos” de justiça).

¹⁴⁷ A Constituição, conforme Luhmann, representa o mecanismo de acoplamento entre o sistema do direito e o sistema político (**El derecho de la sociedad**, p. 340 e ss.). É por meio dela que o sistema político transmite as expectativas cognitivas que entende relevantes ao sistema do direito a ponto de firmar-se como uma **expectativa normativa generalizada** a ser estabilizada. A Constituição carrega uma série de programas finalísticos (por exemplo, nas normas programáticas) repletos de carga política e que passarão por um processo de filtragem dentro do sistema do direito até tornarem-se programas condicionais ou finalísticos diretamente relacionados a um programa condicional.

¹⁴⁸ **El derecho de la sociedad**, p. 280.

Esta ideia de *sequência* encerra o sentido de *sucessão coerente de operações*, o que deixa claro que a realização de operações concatenadas ordenadamente, com obediência à ordem interna, possibilita ao sistema garantir sua unidade, de modo a assegurar a reprodução autopoietica do todo.¹⁴⁹

Sequência remete ao conceito de ordenação¹⁵⁰ como expressão da disposição racionalmente apreensível das operações comunicativas do sistema jurídico. Em outras palavras: *sequência* carrega consigo a concatenação lógica dos elementos comunicativos que são levados a efeito pelo sistema.

A movimentação ordenada do sistema do direito por meio de operações sequencialmente dispostas torna possível a verificação reflexiva da pertinência interna delas (operações) em relação ao sistema, de modo a preservar-se a capacidade de diferenciação entre ambiente e sistema, ou seja, de autorreferência do sistema; a capacidade de suas regras criarem novas regras, de suas decisões elaborarem novas decisões.¹⁵¹

Indiretamente é retomada a questão do procedimento no sistema jurídico, a legitimar seus movimentos internos e a diferenciá-lo do ambiente social global e dos demais sistemas sociais.

É na distinção entre sistema e ambiente que se realiza a atualização da autorreferência, ou seja, é neste ponto que são atualizados os marcos por meio dos quais o sistema do direito se auto-designa e preserva sua identidade, diferenciando-se dos demais.

A noção de atualização sistêmica¹⁵² carrega a ideia de movimento, de impulso em direção às novas perspectivas sociais que serão consideradas pelo sistema como realidade, dotando-o de mecanismos de *renovação* frente aos fenômenos novos oriundos da complexidade social. Em última instância, é o

¹⁴⁹ Idem, p. 275.

¹⁵⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. 12.

¹⁵¹ Sobre decisão vimos: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 81.

¹⁵² Atualização sistêmica está relacionada à evolução do sistema por meio dos mecanismos de variação, seleção e estabilização que reaparecem em **El derecho de la sociedad**, p. 301 e ss.

reconhecimento da complexidade e da contingência que se mostram ao mundo e que serão objeto de apreciação do sistema. É por meio do mecanismo de atualização sistêmica que o sistema torna-se capaz de acompanhar as inovações que ocorrem no ambiente, reconhecendo tudo quanto pode representar perigo à forma que se desenvolveu e, conseqüentemente, conservando-o atual frente ao ambiente.

Todo sistema é concebido para exercer certa atividade vital para a manutenção global do sistema social (especialização por funções); não havendo mencionada vitalidade da função, estaria comprometida a própria razão de existir do sistema, o que releva a necessidade de atualização do sistema que, apesar da necessidade de proteção interna contra os constantes ataques desferidos pelo ambiente, deve manter-se em sintonia com os fenômenos sociais, afastando-se a possibilidade de engessamento interno do sistema que redundaria em torná-lo obsoleto e, conseqüentemente, causando sua destruição.

Cabe lembrar que, apesar de sua unidade, o sistema está mergulhado no ambiente e, para conservar a individualidade, deve *atualizar-se* constantemente, o que traz à baila outro problema: é extremamente complexo, senão impossível, imaginar o sistema completamente atualizado, pois, em seu interior, as engrenagens das diversas operações que são realizadas trabalham com *marcações temporais* situadas em momentos diversos criando, portanto, diferentes graus de atualização.¹⁵³

A solução para este problema está em criar, a cada operação, um círculo¹⁵⁴ autorreferencial que se repete, a cada momento, e se desdobra em uma “infinitude linear” que se perpetua na sucessividade operacional do sistema.

¹⁵³ Luhmann, **El derecho de la sociedad**, p. 279 e ss.

¹⁵⁴ Douglas Hofstadter, citado por Teubner, percebe a circularidade essencial do direito, característica que contesta o caráter piramidal da teoria pura do direito, ao mencionar as **tangled hierarchies** (hierarquias labirínticas) que reportam ao fenômeno perceptível de que, não raras vezes, ao se chegar ao alto da escala das normas retorna-se ao início do debate, perfazendo, desta forma um caminho circular inusitado, ou seja, o fenômeno pelo qual o nível mais alto da hierarquia normativa simplesmente remete ao nível mais baixo do mesmo movimento pelo qual torna-se claro que quem decidirá a questão é a norma inferior (Hofstadter, Gödel, Escher, **Bach: na eternal golden braid**, *apud* Günther Teubner. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 5).

Para tornar possível a atualização autorreferencial por meio de movimentos sucessivos temporalmente repetitivos, o sistema deve *reconhecer* as operações realizadas, observando sua qualidade de *operações reiteradas*; neste contexto de atualização temporalmente diversa, nota-se que a autorreferência do sistema somente se torna possível mediante mecanismos de *repetição*, ou seja, por meio da reiteração das operações é que se torna possível identificá-las. Este ato de *reconhecimento* das operações sistêmicas reiteradas é feito em situações mutáveis, ou seja, modificáveis, de modo que o sistema ao realizá-lo mostra-se capaz de criar *generalizações*.

Este complexo processo de identificação das operações é mencionado por Spencer Brown como “unidade de condensação e confirmação das operações recorrentes do sistema”.¹⁵⁵ Por esta identificação, as operações normalmente desempenhadas no interior do sistema são condensadas, *i.e.*, agregadas e concentradas, o que lhes confere *sedimentação de identidade*. Além disso, são confirmadas dentro do sistema por semelhança em relação a situações inicialmente vistas como diversas, conforme cada caso.

Condensação é o mecanismo operacional por meio do qual é feita a pressuposição e a sedimentação das identidades. *Confirmação* é a operação por meio da qual as outras operações são separadas de acordo com critérios de semelhança, em situações casuisticamente diversas. Ambas possibilitam ao sistema formar uma *unidade experiencial de identidade e horizonte*, ou seja, um núcleo atualizado com significado específico que remete inúmeras outras possibilidades de fato.¹⁵⁶

Condensação e confirmação emergem da experiência e, deste modo, o núcleo operacional atualizado, dotado de significado específico, tem relação direta com a experiência vivenciada, ou seja, o sistema realiza estas operações tendo por norte experimentações fáticas internas ao sistema, perceptíveis sensivelmente.

¹⁵⁵ Luhmann, **El derecho de la sociedad**, p. 276.

¹⁵⁶ Idem, p. 276 e ss.

Por outro lado, este núcleo atualizado, remete a *inúmeras outras possibilidades fáticas* (condensadas em um só ponto). A utilização de método experimental conduz à vivência da *relação formada*, o que impossibilita a recuperação integral – plena – do sentido das operações, pois o sistema não consegue apreender o significado de toda reflexão por ele mesmo realizada, vez que simultaneamente às reflexões, deve movimentar-se para frente, ou seja, deve dar prosseguimento ao seu funcionamento, a partir do que se tem percebido que o sistema depende de uma autorrelação que não pode ser apreendida na operação de reflexão.

A solução para o problema que se estabelece – de um lado a realização da autorreflexão sistêmica e, de outro, a necessária marcha para adiante –, está em recorrer a referências locais de menor abrangência, ou seja, aquelas que envolvem parcelas menores do sistema, como, por exemplo, textos específicos com capacidade de mutação que representam parcelas do direito vigente como, por exemplo, os textos de lei e os contratos. Estes expedientes constituem símbolos formais de validade jurídica (programas) e servem para facilitar a referencialidade sistêmica sobre aquilo que está sendo perseguido, mas que não correspondem à integralidade do conteúdo do sistema. Em outras palavras: os textos de lei e os contratos (programas condicionais) servem como ponto de referência formal do sistema; não se confundem com a totalidade deste e têm por característica a possibilidade de serem atualizados com maior facilidade, pois representam apenas parcelas do sistema, além do que permitem ao sistema continuar a realizar sua função principal. Tornam, portanto, possível a reflexão sobre alguns pontos momentaneamente importantes e, também a marcha em direção ao exercício efetivo da função a que está destinado.

Dos argumentos acima expostos deriva o seguinte: uma vez que cada observação tem que se sustentar em distinções para que determinado objeto seja individualizado, a unidade da própria operação reflexiva fica fora dessa operação individualmente considerada. Cada uma das autorreflexões realizadas no interior do sistema importam diferenciações que servem para singularizar objetos e que, ao fazê-lo, ficam excluídas do ato de reflexão em si, ou seja, do próprio ato de observar, a menos que se faça presente alguma

outra diferenciação para a qual valeria o mesmo raciocínio. Deste modo, a observação, e, principalmente o observador, somente tem acesso a si mesma por meio de um paradoxo: a operação formará uma unidade em si mesma que terá identidade distinta da operação anterior.

Em outros termos: a *diferenciação* é o componente primordial necessário para que haja a singularização de objetos, e as operações de observação que são realizadas no interior do sistema devem valer-se dessas diferenciações; entretanto, o próprio ato de observar fica de fora da reflexão realizada, é, pois, externo ao objeto observado, a menos que haja outro observador a realizar outra observação que valerá como uma nova diferenciação e que utilize o mesmo raciocínio. Tanto a observação como o observador somente têm acesso a si mesmos quando estiver presente um paradoxo por meio do qual se percebe a unidade daquilo que tem que se verificar como algo diverso.

Seguindo um passo adiante: partindo-se do conceito de diferenciação até chega-se à percepção de que o código binário formador de determinado sistema tem sua unidade representada por meio de *paradoxos* que se estendem de diversos modos, traduzindo-se incessantemente em novas distinções.¹⁵⁷

O paradoxo pode desprender-se de diversas maneiras, traduzindo-se em novas distinções. Esse “estender-se de modo diferente”, produzindo novas distinções acontece, por exemplo, na já mencionada *operação de observação de segunda ordem* na qual há a distinção de outro observador e de seus instrumentos; há um “observar o ato de observar”, sendo a própria observação de primeiro grau objeto de outra observação realizada por outro observador externo.

O sistema jurídico diferencia-se dos demais e opera por meio do código binário lícito/ilícito que carrega um paradoxo fundamental no qual contrapõe-se, de um lado, o que é peculiar ao direito e o que por ele é rechaçado (não-direito). Somente o direito usa a distinção (ou diferencia-se) a partir do código

¹⁵⁷ Retornamos à ideia de paradoxo de autorreferência desenvolvida em capítulo anterior.

binário direito/não direito, esta é a diferenciação *a priori* na qual transparece a unidade do sistema jurídico e, todas as distinções que a partir daqui surgem, têm por base esta primeira distinção. Trata-se do plano imutável do sistema, aquele que o torna singular perante os demais e perante a sociedade.¹⁵⁸

A tentativa teórica, proposta por Luhmann, de explicar a singularidade de cada sistema social em relação ao ambiente, a partir de sua redução a conceitos funcionais como o de *código binário* tem a vantagem de possibilitar que sejam formulados enunciados específicos (textos orais ou escritos específicos) que têm a vantagem de criar o *esquecimento* de que a unidade última do sistema residirá sempre em um paradoxo que permanece sempre invisível. Ou seja, o ato de manipular as diferenças dentro do sistema, as operações e movimentos internos trazem o esquecimento de que a unidade última do sistema se dá por meio de paradoxos.

Aos conceitos de sequência, diferenciação, código binário, paradoxo, pode-se acrescentar a diferenciação entre *código* e *programas* pois é com base nessa noção que se torna possível *tecnificar* o código binário, *decompondo-o e reduzindo-o a uma relação formal* de intercâmbio entre os dois valores que formam o paradoxo do código binário. Ou seja, no âmbito do sentido de programa dispõe-se de elementos para responder aos questionamentos sobre o valor positivo ou negativo, cuja tarefa é aclarar quais critérios devem ser aplicados em cada caso, em cada situação, para distinguir entre a adoção correta ou incorreta dos valores, tarefa reservada à teoria do direito.

Tecnificar significa aplicar critérios objetivos para questionar, para perguntar a respeito dos *valores* positivos ou negativos. E isso remete ao direito positivo, teoricamente sistematizado em regras e princípios de modo que se chega à instância concreta do sistema jurídico moderno: o direito positivo, positivado por meio de normas.

Neste ponto, algumas correntes se dão por satisfeitas e abandonam qualquer aferição sobre a justiça; para os sectários destas, a pergunta clássica sobre a justiça perde seu significado prático, pois, não se pode acrescentá-la

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 280 e ss.

como terceiro valor independente da relação conformidade/discrepância com o direito. Para eles, a justiça tampouco indica qualquer um dos programas do sistema jurídico, não havendo, portanto, ao lado da lei positivada uma outra dita “lei justa”.

Como consequência deste raciocínio, certas correntes entendem que as perguntas sobre a relação entre direito e justiça reduzem-se a questões meramente éticas, como, por exemplo, aquelas questões que inferem sobre a legitimação do direito em meio à moral e, então, as soluções que reputam como possíveis caminham ou no sentido de que se deve buscar um lugar para a ética dentro do direito,¹⁵⁹ ou, de outro lado, que se considere a *justiça como um princípio que afeta toda a sociedade*, e, pois, que tem validade, repercussão em todos os sistemas, em todos os âmbitos e que para o direito apenas toma uma forma específica.

Questionar-se-ia, neste ponto, se a moral pode ou não formar um sistema autônomo. A resposta para essa questão é negativa: de maneira alguma a moral pode formar um sistema, pois, assim como o poder e o dinheiro, pertence a outra categoria da teoria dos sistemas de Luhmann: a dos “meios de comunicação simbolicamente generalizados” (*symbolisch generalisiertes Kommunikationsmedium*), cuja principal característica é a inexistência de um código binário (dinheiro, verdade/mentira, moral/imoral etc.).

Trata-se de uma categoria conceitual derivada do pensamento de Parsons mas ampliada por Luhmann que nela incluiu a verdade científica, o amor, a religião, a arte etc. Os *meios de comunicação simbolicamente generalizados* são estruturas que têm por objetivo assegurar o sucesso da comunicação, transformando improbabilidade em probabilidade, ou seja, fazendo com que a seleção de *alter* seja aceita por *ego*. Operacionalmente, o sucesso de uma comunicação é improvável enquanto *ego* for capaz de recusar a seleção proposta por *alter* (um pedido, uma proposta, uma ordem). A relação

¹⁵⁹ Não podemos aceitar a afirmação costumeira de que sobre a justiça há que se debater em um nível diferente das distinções atinentes às questões jurídicas, já que aqui a evasão, a saída do paradoxo conduz rápida e evidentemente para um novo paradoxo: a pergunta pela unidade da diferença de níveis, ou seja, regressaríamos imediatamente à questão da auto-observação do sistema.

estabelecida entre seleção e motivação visando assegurar a aceitação da primeira não é automática e diante dessa situação de contingência e improbabilidade é que são acionados os *meios de comunicação simbolicamente generalizados*: aceita-se porque do contrário há multa (*alter* tem poder); aceita-se porque é uma verdade científica; aceita-se porque se ama o outro; aceita-se porque é um dogma religioso etc.

A par disto, o sistema jurídico não guarda *qualquer* dependência em relação à moral, mas sofre a ação desta. O que pode explicar a quantidade de decisões judiciais imorais que seriam impraticáveis se a moral fosse um sistema estruturalmente acoplado ao sistema jurídico.

Importante destacar que os conceitos de “aceitação” e “motivação” direcionados ao acolhimento de uma seleção (em vista a obter sucesso na comunicação) são usados sem qualquer relação com os sistemas psíquicos. Ou seja: não são categorias psicológicas. A *aceitação* não implica qualquer concordância interior, e a *motivação* não requer qualquer situação psíquica. Essas categorias são usadas exclusivamente como condição de sucesso da comunicação.¹⁶⁰

Sobre isso, Reese-Schäfer¹⁶¹ assevera que o primeiro passo para compreender a comunicação (operador central) é a análise dos meios, que funcionam como a “argamassa” comunicativa que mantém a comunicação social. Entre esses meios figuram a religião e a moral.

Sobre a relação entre direito e moral, segundo esse autor, na teoria dos sistemas autopoieticos haveria igualdade no que concerne à tendência de aumento dos conflitos e quanto à possibilidade de firmar-se a paz, *i.e.*, esta teoria aceita a possibilidade de uma catástrofe social completa que causaria o fim da sociedade e conseqüentemente do direito. Diferentemente do pensamento de Durkheim, o direito não guarda a função de “integração moral da sociedade”, mas de resguardo das possibilidades de conflito em proporções que não ameacem as estruturas sociais.

¹⁶⁰ Luhmann reserva uma obra ao tema do amor como meio de comunicação simbolicamente generalizado: **O amor como paixão**: para a codificação da intimidade. São Paulo: Difel, 1991.

¹⁶¹ Citado por Luhmann: **Como introdução**. Hamburgo: Junius, 1999.

Aqui haveria mais uma razão pela qual há ruptura epistemológica entre Luhmann e Habermas,¹⁶² uma vez que, para o último, o direito deve caminhar em conformidade com a moral,¹⁶³ sob o risco de incorrer em ilegitimidade e ineficiência; para Luhmann, ao contrário, não há qualquer vinculação necessária entre o procedimento jurídico e a moral, o que, sob a ótica empírica, parece razoável, levando-se em consideração as dificuldades para se observar decisões judiciais completamente sintonizadas com a moral de uma época. Há, indubitavelmente, influência de uma esfera em outra e casos de grande repercussão pública representam claros exemplos disso, entretanto, esta relação é melhor explicada na teoria luhmanniana, para a qual moral está ligada à ideia de *meio de comunicação simbolicamente generalizado*, funciona como meio de “convencimento”, por assim dizer sem correlação necessária.

Não seriam apenas as lacunas e as formas de interpretação da lei que possibilitariam decisões imorais, mas sim a própria natureza do direito que não guarda vinculação com a moral, mas apenas com seus próprios procedimentos, com sua própria lógica.

Mas, por mais indiscutível que seja a qualidade ético-moral da justiça, a Teoria Geral do Direito não se satisfará com tais soluções parciais; o direito não pode abandonar a pretensão de justiça para a ética e simplesmente vê-la incorporada a esta última, descompromissando-se totalmente com o ideal de atingi-la. Assim, diante do raciocínio acima exposto conclui-se que não deve ser identificada meramente como questão de cunho moral, parcial e subjetiva: deve, antes disso, encontrar espaço no direito como função a ser desempenhada em seu interior.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 317-318.

¹⁶³ Afirmamos que conformidade não significa identidade (no sentido empregado por Marcelo Neves), há uma subordinação do direito à moral em Habermas, mas não a determinação direta. (**Têmis e Leviatã**, p. 106 ss.). Não há consenso sobre este ponto (da relação entre direito e moral em Habermas), muitos equívocos e más interpretações são cometidas pelos intérpretes. Certamente, o direito tem uma dimensão de fundamentação moral, no que diz respeito à sua indisponibilidade. Porém, Habermas é enfático em dizer que a moral não determina o direito, muito pelo contrário, o direito é fenômeno mais complexo que a moral. O fundamento moral, juntamente com o fundamento político, ético e pragmático, representa apenas uma das instâncias procedimentais. É justamente nesse ponto que Habermas critica Alexy, por reduzir a fundamentação do direito à moral. Para maiores detalhes: Habermas, **Direito e democracia**, v. 2, p. 310 e ss.

O conceito de fórmula de contingência é formulado para evitar essa situação. Há que se considerar que o sistema jurídico “juridifica” as normas morais, pois normalmente as traz para dentro de si, incorporando-as, o que pode ser facilmente aferível por meio de textos jurídicos que fazem menção à moral, à ética, à boa-fé, posto não serem elas dedutíveis necessariamente da fundamentação das decisões jurídicas.

O problema vai além e se situa no nível da discussão e aplicação dos *padrões técnicos*, no âmbito do melhor debate e da prática das competências técnicas do direito, ou seja, na esfera das *disposições* particulares do sistema jurídico. Conclui-se, portanto, que sistema jurídico não deve pôr de lado a ideia de justiça, mas, antes disso, deve reconsiderar a *localização teórica* dessa ideia dentro de si.

Há que se recordar que, fora do âmbito da justiça, no *plano do código binário* a auto-observação e a auto-descrição são derivadas de um paradoxo: a unidade do sistema é extraída a partir das diferenciações que conduzem ao paradoxo, pois se assim não fosse, o sistema identificaria coincidentemente o direito e o não-direito.

Resta analisar se no *plano dos programas sistêmicos* haveria ou não uma projeção de unidade, ou seja, se há ou não um programa responsável por todos os outros programas. É aqui que se situa a ideia de justiça como fórmula de contingência.

Enquanto em outros âmbitos, as auto-descrições são produzidas pelo sistema em forma de teoria, tornando-se, portanto, discutíveis, a ideia de justiça requer uma *qualidade normativa* que na Europa antiga, tradicionalmente, é identificada e compreendida como “harmonia social” e diz respeito à sociedade em geral. Neste sentido, a sociedade ganha a conotação de “convivência juridicamente constituída”, mas tal visão não conduz a qualquer diretriz que seja concretamente aferível, isto é, que seja concretizável, pois a premissa de uma sociedade juridicamente constituída não é, do ponto de vista luhmanniano, realista.

No contexto sistêmico, justiça é, pois, uma *norma de orientação das outras normas, um programa para todos os programas: é a representação da unidade do sistema no sistema*. Não pode, ser considerada critério de seleção das operações sistêmicas e, portanto, dotada de estabilidade, pois, em caso contrário, criar-se-ia um supercódigo justo/injusto, impossível de perenizar-se.

Se é norma, ou seja, se lhe é imprescindível uma qualidade normativa, então a justiça mesma está sujeita a *decepção* e é desta característica que surge sua contingência: um caso jurídico pode ser julgado de uma maneira ou de outra, tendo em vista sua complexidade e diferenciação. Há certa possibilidade de variação das decisões de modo a tornar a frustração uma possibilidade sempre presente. Estando inserida neste âmbito, diante da neutralidade funcional da justiça – que é a forma de interesse do sistema do direito –, torna-se claro que podem existir sistemas jurídicos “injustos” ou “mais ou menos justos”. E mais: nem o processo de *autopoiesis* operativa do sistema, nem o código binário necessariamente invariável, podem ser justos ou injustos.¹⁶⁴

Diante dos argumentos acima mencionados, Luhmann dá à justiça qualidade normativa e deixa transparecer sua paridade com os *programas condicionais* – do tipo se/então, próprio do sistema jurídico –, em contraposição aos *programas finalísticos* – do tipo erro/acerto, inerentes ao sistema político. Dentro desse contexto, a noção de justiça está inserida e reduzida: 1) à produção de decisões consistentes e; 2) à obrigatoriedade da tomada das decisões.

A teoria de Luhmann sobre a justiça procura combater, quanto possível, as ideias predominantes nas sociedades tradicionais, erigindo uma

¹⁶⁴ Aqui há relevante ponto de partida dentro do pensamento de Luhmann, uma vez que a teoria dos sistemas autopoieticos está assentada no conceito de *diferenciação por funções*, perspectiva diversa da que predominou nas sociedades tradicionais nas quais a representação do mundo era estática e, em razão disso, era possível dar-se por satisfeito com uma concepção de justiça imutável e perene, vista como bem supremo, valor universal ou princípio inatacável. Renova-se as antigas colunas sobre as quais apoiava-se o conceito de justiça, tanto quanto há a tentativa de abandonar o ideário de comprovação da existência de um suposto direito natural, pois, como assevera Luhmann, a própria natureza não é justa em nenhum sentido compreensível. Tampouco, pode-se aceitar uma divinização do conceito de uma pretensa justiça retributiva, na qual os interesses e a ordem da sociedade eram deixadas de lado.

teoria que explique não mais se é possível uma ordem social justa, mas sim como uma ordem social complexa é possível e em que medida pode ela ser justa. Talvez seja a partir destes argumentos que alguns afirmem que o sistemismo de Luhmann representa uma neutralização ética da teoria da sociedade.

Os paradigmas adotados na sociedade atual são diversos dos anteriores: enquanto nas sociedades estratificadas ou segmentárias, pré-modernas, a contingência imanente à ação e à decisão humanas era ligada à ideia de perfeição, buscando-se, pois, uma idealização de “justiça justa” e de “verdade verdadeira”, que servia como mecanismo de bloqueio da própria contingência, uma vez que, segundo essa visão precedente a perfeição regularia naturalmente o mundo, ordenando-o de modo a obstar-se a diferenciação funcional; desta forma, a única diferenciação possível advinha dos estratos ou segmentos sociais.¹⁶⁵

Atualmente, porém, na sociedade pós-moderna, há uma ruptura com a tradição e a diferenciação principal passa a situar-se na distinção entre sistema-ambiente, entre cada um dos componentes que formam o corpo social; cada qual com suas características, peculiaridades e distinções internas, cada qual com suas respectivas funções e acoplados aos outros com os quais se comunicam e se aperfeiçoam em um movimento circular e complexo que guia toda a sociedade para novas diferenciações, novos horizontes, por exemplo, dentro do sistema científico.

¹⁶⁵ Pilar Giménez Alcover, comenta as críticas de Luhmann acerca dos programas voltados para fins da seguinte maneira: “A crítica que Luhmann formula é a de como, mediante a autonomia de uns papéis e alguns procedimentos, se pode garantir que se falará a verdade ou que se tomará a decisão correta e como pode, ademais, compatibilizar-se esta finalidade com a exigência de decidir acerca de todos os problemas que se levantem (*Legitimation durch Verfahren*, 21). Tampouco satisfaz ao aior a utilização de um conceito de verdade ou de justiça débil, implícito naquelas concepções do procedimento que sem afirmar que este justifique a decisão se consideram que fundamenta a presunção de sua correção material. Esta concepção da verdade ou da justiça como metas ou fins do procedimento é para Luhmann um a priori ou um prejuízo inaceitável. Um sistema político não poderia se estabilizar estabelecendo umas metas tão altas ou inalcançáveis e se isso fosse possível não se levantaria o problema de sua legitimidade ou de seu reconhecimento. Se uma decisão é justa não há de legitimar-se ulteriormente e se é verdadeira não há de reconhecer-se porque a verdade é autoevidente, é a transmissão de representações graças a sua certeza intersubjetiva (*Legitimation durch Verfahren*, 24)” (**El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 260).

Deste modo, assertivas do tipo “a justiça é justa” nada explicam na sociedade pós-moderna, porque são questões ancoradas no antigo padrão de perfeição já ultrapassado e, portanto, devem ser substituídas por afirmações como “a justiça é *contingente*, portanto, a sociedade almeja uma decisão *consistente*”, afirmação esta mais adequada a um direito positivo variável, adaptável às situações, próprio das sociedades diferenciadas funcionalmente.

Diante deste cenário, eis que Luhmann apresenta o posicionamento sistêmico da justiça dentro do direito como *fórmula de contingência* o que significa dizer que é ela a *representação da unidade do sistema no sistema*, ou, em outros termos, pode ser vista como um “símbolo que circula no sistema” e que “enlaça operações ao manter na memória os resultados das operações” realizadas, para tornar possível uma futura e recorrente reutilização. A justiça trata, pois, de uma *auto-observação* e da *auto-descrição* do sistema jurídico.

Fórmula de contingência serve para designar unidade da descrição funcional do sistema e é desenvolvida a partir da função que será desempenhada dentro dele.

Trata-se de uma espécie de “memória” que armazena e relembra ao sistema a função que deve ser realizada pelo conjunto. Não é uma descrição da própria função em si mesma, mas um conceito geral que serve para designá-la, uma confirmação da autorreferência sistêmica.

As fórmulas de contingência não correspondem à plenitude do sentido que lhe é dado pelos sistemas psíquicos (seres humanos), ou seja, as expectativas que eles criam sobre o alcance e a extensão delas são maiores do que aquilo que efetivamente elas representam.

A percepção comum dos seres humanos (sistemas psíquicos) sobre a justiça é de um ideal, inatingível pela realidade social. Em outros termos: quando nos restringimos a analisar o sistema jurídico, por exemplo, chegamos à conclusão de que não haveria direito se a sociedade, ambiente no qual ele está inserido, fosse plenamente justa, pois “o nada requisitaria a confirmação de nada”; não haveria paradoxo e nem haveria diferenciação, essenciais à existência do sistema, o que significa dizer que as fórmulas de contingência

estão em grau de inalcançabilidade em relação ao potencial de comunicação possível: pode-se falar delas, mas não se pode reduzi-las a termos limitados nem podem ser eliminadas do sistema, pois isso representaria o fim da comunicação que é operação básica e conseqüentemente o fim do sistema social.¹⁶⁶

Conseqüentemente, como complementação das afirmações feitas no parágrafo anterior, que remetem a uma relatividade das fórmulas de contingência e, em especial, da justiça, fica claro que utilizar este conceito redundante, também, na refutação do senso jusnaturalista formado sobre a justiça, pois, conforme argumenta Luhmann, a própria natureza não pode ser considerada, em um sentido compreensível, como justa. Ou seja, não há relação direta entre o *natural* e o *justo* conforme pretendia a tradição jusnaturalista. Como resultado da *evolução natural das coisas* pode-se, no máximo, considerar como possível uma espécie de *equilíbrio* na natureza, no sentido de compatibilidade, mas este ponto não se confunde com justiça. Transportando, de forma mais concreta, esta ideia para o direito, talvez se chegue à conclusão de que a prática jurídica chegue a alcançar certo equilíbrio quantitativo das causas (problemas e delitos) que lhe são apresentadas, considerado normal, mas isso não leva à conclusão de que as normas e decisões jurídicas sejam justas.

A *ordem* traz o equilíbrio e é, portanto, um resultado fático da evolução da organização natural, mas toda ideia normativa mantém-se independente desta ordem de evolução natural ou, em outros termos, existe algo mais do que uma simples evolução da natureza. Ou seja: apelar a esta ideia foi a única forma encontrada pelos jusnaturalistas para criticar o direito positivo então vigente e com o qual não concordavam.

Já a aferição da justiça como fórmula de contingência leva a caminhos diversos.

Na teoria dos sistemas autopoieticos, presunções sobre a natureza dão lugar a *suposições sobre a auto-especificação da fórmula no interior do*

¹⁶⁶ MASCAREÑO, Aldo. Sociología de la felicidad: lo incomunicable, **Revista Cinta de Moebio**, n. 23, set. 2005, Santiago: Universidad de Chile.

sistema. As fórmulas de contingência têm a forma de conclusões circulares, e servem para reembarosar os limites entre determinabilidade e indeterminabilidade¹⁶⁷⁻¹⁶⁸ e é nisto que reside a originalidade e a força de sua cogência, de tal modo que a dissolução delas se torna mais difícil. Para desempenhar essa função, são utilizados fatores plausíveis historicamente dados. Isso resta demonstrado no conceito lógico de “desprendimento” dos paradoxos ou das tautologias.

Há diferenciações, como acima dito, no interior dos paradoxos a partir e dentro do código binário. Essas diferenciações dão ao sistema social unidade em relação aos demais e em relação ao ambiente. Por outro lado, causam desprendimentos, descolamentos de pequenos pontos operacionais dentro do mesmo paradoxo que tendem a se dissipar e, desta forma, passam para o plano da indeterminação; ou seja, as pequenas diferenciações destacadas do paradoxo inicial tendem a se abrir, soltando-se definitivamente do paradoxo unitário. As fórmulas de contingência têm, portanto, a função de limitar esse afrouxamento tornando as novas diferenciações determináveis.¹⁶⁹

O movimento acima expresso pode, também, ser designado dentro da teoria dos sistemas autopoieticos pela capacidade de observar, de fazer observável o inobservável ao fazer-se uma substituição de determinada diferenciação por uma unidade que somente pode ser descrita como paradoxo ou tautologia.

¹⁶⁷ Há certa dificuldade em compreender o plano da indeterminabilidade e da determinabilidade do direito. Teubner, assevera que o direito determina-se a si mesmo por meio da autorreferência, com base em sua própria positividade. A validade do direito é retirada por ele mesmo dessa autorreferência que estará à vista quando do momento em que se realiza a determinabilidade, o que leva à conclusão de que a validade do sistema jurídico é extraída de seu interior. Ao concluir sobre o tema esclarece: “(...) O direito, pelo contrário, caso seja tomado efectivamente na acepção do direito autônomo dos rabinos, deveria ser entendido como um sistema de sentido auto-reprodutivo e, atenta a dependência das operações jurídicas dos seus próprios elementos sistémicos internos, como uma ‘máquina não-trivial’: sendo sinteticamente determinado, ele é analiticamente indeterminável; sendo dependente do passado, ele é imprevisível. A determinação do direito aparece assim directamente relacionada com a sua autonomia” (TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 2-3). Como exemplo da indeterminação do direito, tem-se em vista as cláusulas gerais frequentemente utilizadas pelo sistema, por exemplo, no direito civil.

¹⁶⁸ **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 282.

¹⁶⁹ Unidade paradoxal → Desprendimento → Novas diferenciações dentro do paradoxo → Essas diferenciações passam para o plano da indeterminabilidade → Aplicação da fórmula de contingência → Conclusões circulares com aplicação de fatores plausíveis → DETERMINABILIDADE.

A dimensão de contraposição entre indeterminabilidade e determinabilidade não se refere aos fatos concretos já consumados, mas à possibilidade de manejá-los de outra maneira, sob novas perspectivas, e para isso invoca-se a ideia de fórmula de contingência.

Um sistema que processa suas operações internas por meio de comunicação, sempre terá à sua disposição outras possibilidades, *i.e.*, sempre haverá alternativas disponíveis: sempre haverá orientação por *contingência*.

No direito, esta característica se reforça quanto mais o sistema se encontra submerso na positivação, pois fica claro que todas as normas, decisões, causas e argumentos poderiam tomar outra forma, outra direção, sem negar que tudo quanto “sucede, sucede tal como sucede”. Em outras palavras: a positivação do sistema é parte “de um jogo de escolhas e opções”.¹⁷⁰

As decisões tomadas o são de modo a afastar outras possibilidades que inicialmente se mostravam possíveis. A seletividade fica muito clara neste ponto e as *fórmulas de contingência* têm por característica atuar de forma que a escolha efetuada pelo sistema esteja de acordo com a unidade deste. Ou seja, as fórmulas de contingência atuam como unificadores das decisões tomadas de modo que a própria unidade do sistema seja preservada. Daí a ideia de conclusão circular, de movimento uniforme dentro de um círculo que objetiva reembar os limites nas situações em que houver descolamento dos paradoxos iniciais, tornando essas determinadas, apesar da indeterminabilidade que lhes acomete no momento em que se desatam da unidade paradoxal.

Entretanto, havendo várias possibilidades de orientação das decisões que são tomadas no sistema jurídico e a escolha de apenas uma delas, redundando que as fórmulas de contingência não podem ser legitimadas por esta função (tornar determinável o indeterminado), pois o cruzamento entre o determinado e o indeterminado deve realizar-se *inadvertidamente*, subitamente sem mencionar-se e sem que haja uma menção expressa, ou seja, esta função

¹⁷⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 81.

deve ser cumprida de forma latente, pois, revelá-la traria à tona o paradoxo inicial e o paradoxo de que indeterminabilidade e determinabilidade estão compreendidas na mesma fórmula, como se fossem o mesmo e o contrário aconteceria se se vinculasse sua legitimação pela função.

A função de invisibilização do paradoxo fundamental tem que permanecer imperceptível¹⁷¹ e isso é exatamente o que acontece quando as fórmulas de contingência instituem a si mesmas e evidenciam sua *capacidade de adequação* no sistema. O mesmo ocorre com a justiça.

Retomando o pensamento de Luhmann no sentido de que o direito tem por função estabilizar as expectativas normativas da sociedade, e que esta função precípua situa-se no nível normativo, conclui-se que a justiça logicamente *também se situará no âmbito das normas*, sendo, portanto, uma delas. Diante deste raciocínio, apesar da característica unificadora da fórmula de contingência justiça, ela não pode ser considerada um critério de seleção (determinado, fixo) – como mencionado acima – ou como um programa determinado, pois se assim o fosse estaria em pé de igualdade com outros programas e perderia sua função de representação do sistema na totalidade do sistema. Haveria, assim, engessamento e estagnação porque isso impossibilitaria a atualização de operações já referida.

Partindo-se deste pensamento decorre que se deve aceitar a norma de justiça sem que se possa prever quais decisões surgirão a partir dela e quais interesses serão favorecidos, e deve-se aceitar que a prática de decisões em torno dos casos individuais e as propostas de soluções em termos de legislação se orientam melhor pela impressão do que é injusto em certas

¹⁷¹ Neste sentido ensina Raffaella De Giorgi: “Os sistemas sociais não podem admitir nem tautologias nem paradoxos. Entretanto, devem conviver com ambos. Por isso escreve Luhmann, deve ser desenvolvido no sistema um discurso sobre o sistema, que tem uma referência secreta à tautologia e ao paradoxo, mas, ao mesmo tempo, cala-se sobre esta referência. Este discurso e a descrição que o sistema faz de si mesmo, a continuidade das próprias operações, refletindo sobre si mesmo. A reflexão do sistema, que se apresenta como uma espécie de ‘auto-referência concentrada’. Teoria do direito constitui, no sistema do direito, este sistema de reflexão do direito sobre si mesmo. Por meio da própria reflexividade o sistema procede à própria *Enttautologisierung* e à própria *Entparadoxierung*. A história da reflexão do sistema jurídico, escreve Luhmann, é a história desses processos” (Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. Texto inserido em: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 192).

regras que propriamente pela norma de justiça. É mais fácil identificar um sintoma que a realização perfeita da função de um sistema.

Nas tradicionais escolas de reflexão sobre a justiça, a separação entre fórmula de contingência e critério de seleção passa despercebida, sobretudo, quando a justiça se apresenta como virtude, exigível daqueles a quem se a atribui.

Por outro lado, também não é possível compreender as fórmulas de contingência como fórmulas de incremento ou como indicadores de uma direção evolutiva almejada pelo sistema como, por exemplo, metas de obtenção de “mais justiça”, “menos escassez”, “mais educação”. Tais formulações podem ter sido corretas em outros momentos históricos, mas atualmente, nas sociedades complexas, não. Não passam de interpretações históricas que podem ser válidas se se ignorar os custos (efeitos negativos, disfunções, riscos, desvios crescentes no interior do sistema) relacionados com o ato de forçar a seleção para determinado rumo, como era possível nas sociedades antigas. A seletividade deve ocorrer naturalmente dentro do sistema sem que haja a necessidade de indução forçada para alguma direção em específico. O único compromisso do sistema está em manter seu próprio funcionamento em relação ao ambiente social.

A complexidade da sociedade e sua conseqüente multiplicidade estrutural eliminam a possibilidade de indicação de caminhos por meio de vetores previamente estipulados pelo poder dominante, ou por qualquer outro grupo específico, que pretenda sobrepor-se em relação aos demais. E, em relação ao direito, o sistema do direito funciona para racionalizar as expectativas normativas da sociedade e suas decisões se caracterizam pela “exigência de validade contrafática” sustentável mesmo nos casos em que haja decepção. Em outras palavras: não há outro entendimento para o sentido de norma que seja diferente de exigência, ou seja, de coercibilidade, sentido imperativo de validade contrária aos fatos e vontades que lhe sejam contrários.

Mas, também nestes casos de frustração a norma não é entendida de outra forma senão como exigência de *validade contrafática* sustentável mesmo

em caso de frustração (quebra de expectativa). O mesmo se dá com a norma de justiça, ainda que se ignore os custos sociais da imposição de rumo por parte do poder, mantêm seu caráter *normativo* a exigir validade contrafática.

Especificamente quanto à norma de justiça, o problema da validade contrafática parece situar-se no campo de sua *generalização e especificação*. Nenhuma operação do sistema deve ficar excluída da *expectativa de ser justa*, ou seja, todos os acontecimentos levados para decisão do sistema jurídico têm em si a pretensão de obter uma decisão justa porque, caso se se aceitasse expectativa diversa, perder-se-ia a referência das normas em *relação à unidade* do sistema.

É neste movimento entre a generalização, ou seja, quando o caso concreto é alçado até o plano abstrato da norma para que seja verificada sua subsunção ou não a ela e o seu retorno ao plano concreto, na reespecificação, quando a decisão do direito é dada conforme a relação entre de pertinência ou impertinência do fato em relação à norma que poderá ou não haver injustiça.

Neste movimento de reentrada (*re-entry*) que haverá ou não atendimento à expectativa de justiça. Esta é a orientação para a qual aponta o sistema e a expectativa de justiça.

Entretanto, quando aplicada aos casos individuais, em específico, a norma de justiça deve transmitir uma orientação, mas não se deve concluir simplesmente que, por causa da pertinência da operação realizada no sistema jurídico, a norma aplicada casualmente seja justa. Em um sentido geral e abstrato a justiça tradicionalmente identificada com a ideia de *igualdade*.¹⁷²

Ao discorrer sobre a justiça em sociedades arcaicas e seu componente simbólico, Luhmann assevera:

Ela [a justiça] é definida como igualdade, ainda mística mas já racionalmente. Mas igualdade significa manter a expectativa ao longo do tempo, consistência material, capacidade de consenso – ou seja aquela concordância que convence e é duradoura. Além disso, e com intenção

¹⁷² “Justice et égalité sont, dans cette vision des choses, des concepts authentiquement et *purement juridiques* qui, ont un lien nécessaire et immédiat à la question d’un critère du droit qui renseigne ultimement sur le degré de congruence des attentes normatives” (CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann – La contingence des normes**, p. 206-207).

correspondente, lança-se mão da ideia de moderação e da média, daquela distância igual com respeito a todos valores e todas posições extremas, onde se encontra o razoável. Isso também expressa uma síntese, no sentido de garantir o consenso expectável e a vigência duradoura através do mesmo distanciamento com respeito a valores extremados. O princípio da justiça só é juridicamente relevante porque atinge a essência e a função do direito – e não porque parece ser uma bonita virtude, como para a ética posterior.¹⁷³

Na igualdade há momento formal genérico que contém todos os componentes de justiça, mas que significam tão somente: *regularidade* ou *consistência*. Nesse sentido a justiça, como obrigatoriamente todas as fórmulas de contingência, é vista como “princípio” que se autofundamenta, não há, pois, necessidade de fundamentação externa das decisões que devem ser tomadas: a justiça não precisa ser fundamentada externamente.

Com o conceito de fórmula de contingência, tem-se que a justiça não é nem uma afirmação em torno da essência ou da natureza do direito, nem um princípio fundador da validade jurídica, nem um valor que faça o direito aparecer como algo digno de preferência para o corpo social. A fórmula de contingência é, assim, *unicamente um esquema de busca de fundamentos ou valores que não podem obter validade dentro do direito salvo quando tomarem a forma de programas*.

O conceito de fórmula de contingência oferece uma *abstração* e por isso corresponde ao princípio formal de igualdade e igualdade não designa nem essência, nem valor, nem fundamento de qualquer assunto.

Cada resposta às perguntas colocadas deve encontrar resposta no próprio sistema jurídico, por meio da mobilização de sua própria recursividade: o sentido de justiça, não pode ser introduzido do exterior do sistema, ou seja, o que é justo não pode ser imposto por opiniões advindas do ambiente, mas, antes disso, devem surgir dentro do próprio sistema. É esse sentido que interessa ao direito e não os juízos particulares de justiça acerca das coisas, oriundos de outros sistemas que representam apenas meios de comunicação simbolicamente generalizados. E igualdade, por sua vez, designa unicamente

¹⁷³ **Sociologia do direito**, v. 1, p. 223.

um conceito formal que traz a conotação do que significa desigualdade e a exclui.

Ainda sob esse viés, Luhmann associa a sua ideia de justiça não a qualquer espécie de igualdade, mas ao princípio da igualdade formal, pois este conceito encerra em si um grau de abstração, que não designa a essência, nem o fundamento, nem o valor de qualquer coisa, garantindo, assim, neutralidade. Ao conectar a justiça com princípio da igualdade formal, esgota a possibilidade de entendimento de seu conceito em relação ao direito e aos casos jurídicos em tratar de maneira igual os iguais e de forma desigual os desiguais: esta seria a verdadeira função do Direito, realizável por meio de programas condicionais (se/então), e não pelos finalísticos (erro/acerto). Tercio Sampaio Ferraz Júnior classifica o critério de justiça formal como um critério forte por ser mais facilmente objetiva enquanto o critério material de justiça é considerado fraco, pois é mais suscetível a variações subjetivas.¹⁷⁴

Igualdade tem essa mesma conformação e designa, assim, unicamente um conceito formal que *conota* e exclui a desigualdade. Entretanto, verifica-se que, por outro lado, também se pode sujeitar o outro lado da fórmula, ou seja a desigualdade ao princípio de justiça quando se impõe a exigência de que se trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Somente pela utilização de ambos os lados na igualdade/desigualdade é que se torna possível completar a *fórmula do sistema*, ou seja, somente desta maneira é que a igualdade torna-se relevante a todas as decisões tomadas no interior do sistema do direito e é desta sorte que se traduz também o paradoxo a que se pretendia alcançar com a fórmula de contingência: a razão pela qual a unidade do sistema do direito exige que se trate tudo quanto for igual de forma igual e o desigual de forma desigual e deste modo que reste expressa a unidade da diferenciação: igual/desigual.

No balanço das especificações se ilumina o paradoxo que se pretendia encobrir com a fórmula de contingência: porque a unidade do sistema exige

¹⁷⁴ **Estudos de filosofia do direito** – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito, *passim*; **Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 330.

que se trate de maneira igual os iguais e de modo desigual os desiguais, de modo que fique expressa a unidade da diferença entre igual e desigual.

Tanto no sentido de descolamento entre o paradoxo da unidade sistêmica que se expõe (entre igual e desigual), como para verificar o sentido de *forma* (que possibilita a designação, o apontamento de um dos lados da distinção por meio da não designação do outro), o princípio de justiça é “competente” – pertinente – para o sistema (se é que se pode assim dizer).

Conforme as circunstâncias históricas e estruturais da sociedade, a fórmula de contingência pode tomar características diversas. Todas as fórmulas de contingência possuem esse significado nuclear exposto por Luhmann, mas, conforme as circunstâncias sócio-estruturais, há opção por *diferentes reespecificações*, conforme cada caso. Esta mesma assertiva vale para o princípio de igualdade (refere-se a uma ação do Estado e não a ações particulares dos cidadãos) que está ínsito na justiça.

Diante desses motivos é que, diferentemente do ponto de vista aplicado à sociedade tradicional, assevera Luhmann, que, ao tentar construir a *norma de justiça* dentro de um sistema jurídico *diferenciado e complexo*, a reespecificação da norma de justiça permanece indeterminada. O sistema do direito independentemente dos fatos que ocorrem no mundo fenomênico, almeja ser *justo*, mas o ato de reespecificar a norma não é passível de determinação. Em outros termos, no sistema do direito a indeterminabilidade da norma de justiça é de rigor, na sociedade complexa e contingente, diante da multiplicidade de situações inerente a essa nova sociedade e diante da alteração das circunstâncias sócio-estruturais.

O mesmo problema da tomada de reespecificações diversas é válido para o princípio de igualdade da justiça. Por exemplo: a justiça distributiva de Aristóteles pressupõe uma sociedade estratificada na qual é irrefutável que os homens se diferenciam pelo nascimento em livres/não-livres conforme o nível social a que se submetem no nascimento. Partindo-se daí, existem critérios claros para designar o que corresponde ou não ao ser humano e aquilo que vale para um não vale para outro. Nesse antigo contexto, visões teóricas do

tipo *suum cuique tribuire* (atribuir a cada um o que é seu) ganhavam sentido, pois o entendimento sobre o que, de fato, correspondia a um ser humano não correspondia a todos. Perdendo-se de vista estas circunstâncias histórico-estruturais, a fórmula de contingência retorna a uma situação *abstrata* quase meta-histórica e, sob este ponto de vista, parece lógica a necessidade de procurar novos *contatos concretos* que possam concretizar a fórmula como, por exemplo, nas palavras de Luhmann, “substituir a referência orientada para a categoria pela referência orientada para o sistema funcional”.

Para Luhmann já as elaborações posteriores do tema *justiça* por parte de *Aristóteles* se afastam do simbolismo primitivo que era dado ao termo ao identificá-lo, nas palavras de Luhmann, como “símbolo para a congruência da generalização de expectativas normativas sobre expectativas” e

cuja função nunca chegou a ser plenamente compreendida, impedindo que os continuadores da tradição da filosofia do direito a ele tivessem acesso. A partir do ângulo das funções de congruência do direito elas pareciam ser especificações conceituais demasiadamente racionais e realísticas. Ambos os tipos da justiça comutativa e da distributiva se referem à diferença básica entre a estratificação social segmentária (igual) e a função (desigual), mas não mais permitem identificar nessa divisão qual é a noção de justiça que tem a ver com direito e porque ela simboliza o princípio do direito.¹⁷⁵

Em sua relatividade histórica e sócio-estrutural, a sociedade exige tomadas de decisões que sejam consistentes e, além disso, necessário que se complete com outra característica: a complexidade adequada.

A consistência das decisões poderia ser facilmente alcançada se houvesse baixa diversidade dos tipos de decisões a serem tomadas, mas nas sociedades desenvolvidas e complexas, com prática jurídica diferenciada, não é esta a realidade. Por tais motivos somente se pode falar em justiça no âmbito, no sentido *da complexidade adequada, pertinente, na tomada de decisões consistentes*, ou seja, a fórmula de contingência deve adaptar-se, deve estar adequada à complexidade que é apresentada. Não é, portanto, qualquer justiça que se pretende, mas justiça adequada à complexidade social.

¹⁷⁵ **Sociologia do direito**, v. 1, p. 223-225.

Esta adequação da complexidade resulta da *relação* que se estabelece entre o sistema do direito e o sistema social e, nesse sentido, tem-se falado, segundo Luhmann, em “capacidade de resposta” do sistema jurídico. Nesta perspectiva, a complexidade interna somente reage em relação à exigência de justiça no caso de ser *compatível* com a consistência no *momento* da tomada de decisão.¹⁷⁶

Dentro de sua complexidade, o sistema do direito não dá conta de todas as situações sociais. Deve reduzir a complexidade externa, como qualquer sistema em relação ao ambiente, e proteger sua própria construção de complexidade por “muros altos” de indiferença (desconsideração) em relação a determinadas situações. Ou seja: volve-se à ideia de *seletividade*.

Tudo quanto for selecionado nas operações anteriores e ajustado pelas operações de condensação e condicionamento deve ser protegido por barreiras e a complexidade interna do sistema somente responde, reage à exigência de justiça se esta for compatível com a consistência no momento em que for tomada determinada decisão.

De outro lado, no desenvolvimento histórico, o problema da justiça primeiramente aparece relacionado a conquistas recíprocas. Desta forma não se pode exigir mais do que o próprio esforço ou exigir do causante mais do que o ressarcimento exato do dano. Disso se deduz a *regra de reciprocidade* das tradicionais sociedades segmentárias. Aristóteles, por exemplo, tratou este princípio como um tipo especial de justiça sinalagmática, bilateral. Já na Idade Média, a regra passou a ser conhecida como *justiça comutativa*, pensamento ainda hoje seguido por diversos autores.

Nas sociedades mencionadas, a máxima da reciprocidade adaptava-se às circunstâncias estruturais da sociedade, ou seja, de acordo com a sociedade e a época ela aparecia, por exemplo, como uma dádiva concedida pelos nobres ou pelas castas mais abastadas ou, em casos extremos, como dádiva divina.

¹⁷⁶ Luhmann volta ao tema em capítulo referente à argumentação com o conceito de variedade/redundância.

Atualmente, pelo contrário, nas sociedades complexas a regra da reciprocidade perde seu significado prático, pois em vários casos como, por exemplo, verificação de que a avaliação do preço de determinado produto não é equânime em relação às regras de mercado, surge um problema justamente na falta de relação de equilíbrio entre o valor do bem (valor do objeto) e o preço. Nestes casos, não há, pois, reciprocidade real, mas, apenas uma ficção extremamente dependente das forças de mercado.

Por outro lado, esta regra de reciprocidade chega a ser rechaçada em determinadas situações como, por exemplo, em relação aos juízes que, caso recebam algo em compensação pelos “serviços prestados” restará configurada corrupção. Tudo isto equivale a dizer que nas sociedades complexas a reciprocidade não pode representar a unidade do sistema por meio de uma máxima.

Em contrapartida, a prática jurídica orientada por textos, quer sejam textos conceituais, quer sejam dogmáticos (conceitos, dogmas), permite uma compreensão distinta do problema da justiça. Ela (a justiça) pode *relacionar-se* de uma forma diversa com a igualdade.

Este relacionamento moderno entre a justiça como fórmula de contingência e a igualdade se dá na forma de *regras de decisão* utilizáveis para se decidir igualmente os casos iguais e desigual nos casos desiguais, ou seja: a justiça pode ser designada como *consistência na tomada de decisões*.¹⁷⁷

Para complementar o raciocínio da justiça identificada como consistência na tomada de decisões, Luhmann retoma, para analisar cada caso, as noções de justiça comutativa e justiça distributiva.

Com relação a elas (justiça comutativa e justiça distributiva) alcança-se um passo maior de abstração que pressupõe a existência de um sistema jurídico diferenciado, deve-se levar um ponto específico à abstração própria dos sistemas jurídicos diferenciados: o plano dos casos jurídicos.

¹⁷⁷ Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Direito e filosofia – A noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 145.

Na atualidade, a questão principal acerca da justiça já não se situa em saber se o que alguém obtém seja por intercâmbio, seja por adjudicação pode ser medido de maneira justa e sim se um caso jurídico, de que se ocupa o sistema jurídico é decidido de modo justo. Em outras palavras: já não se questiona se a aquisição de algo por alguém é justa em si mesma, se as relações jurídicas que se estabelecem são ou não justas, mas se as *decisões jurídicas são justas ou injustas*.

Neste desiderato, perde sentido a velha exigência de se alcançar o *justo meio*, da *justa medida entre dois extremos* (critério Aristotélico). O ponto de comparação passa a ser se, na armação recursiva da reprodução de decisões dentro do sistema do direito, as situações trazidas à discussão são tratadas como iguais ou desiguais.

A comparação passa do “mais ou do menos”, das estimativas para o que a malha recursiva da reprodução de decisões no sistema trate como igual ou desigual. Este ponto deve passar por maiores abstrações:

Um determinado caso juridicamente relevante adquire *unidade* por conta da parcela do texto jurídico (lei ou contrato) que deve ser interpretado e em relação às partes cujo conflito requer uma decisão.

As partes somadas às particularidades do caso dão-lhe unidade e é nessa unidade que residirá a necessidade de decisão. A decisão jurídica se baseia na possibilidade de delimitar o caso específico em relação a outros casos por intermédio da aplicação de regras de decisão que possam ser consideradas justas quando selecionam, separam, isolam *consistentemente* entre casos iguais e os casos desiguais. Em última instância, diante da objetividade da *seleção consistente* entre casos iguais e casos desiguais já se exclui a possibilidade de identificação da justiça como virtude dentro do sistema do direito (talvez ainda seja possível para fins da moral e da ética).

O *princípio da consistência das decisões* fica isolado, separado de outros juízos de valor comuns no seio da sociedade como, por exemplo, se as partes envolvidas no caso a ser decidido são ricas ou pobres, ou qual a conduta moral ou religiosa delas. Estes juízos de valor somente poderão ser

computados na decisão quando ficarem registrados na “estrutura programática do direito positivo”, por exemplo, quando configurarem “causas do delito”.

O princípio é neutro quanto a valorações, salvo se essas valorações estejam incluídas na própria estrutura do direito positivo, única forma de fazer com que haja redução da complexidade e estabilização das expectativas normativas. Assim é que se torna possível a ordem social, respondendo à indagação de como é possível a ordem social complexa.

Mas a estrutura programática deve estar suficientemente desenvolvida como estrutura sensível aos valores – diferenciada e suficientemente complexa. Enquanto não estiver suficientemente maturada far-se-á acompanhar por um *conceito compensatório* de equidade (*aequitas*) que tem por objetivo equilibrar as relações estabelecidas no interior do sistema.

O conceito compensatório de equidade é responsável pelo acompanhamento da estrutura programática do sistema quando este não esteja suficientemente desenvolvido quanto à sensibilidade em relação aos valores.

Como dito anteriormente, o princípio da consistência das decisões deve ter como ponto crucial a neutralidade das decisões que são tomadas em relação aos valores subjetivos que ocupam a sociedade.

Esses valores ficam excluídos da decisão, sob pena da quebra da imparcialidade, salvo se este valor estiver registrado na estrutura programática do direito positivo, ou seja, quando já incorporado e operacionalizado. Quando já estiver equacionado pelo sistema (ex. homicídio cometido por relevante valor moral).

Mas, em alguns casos a estrutura programática pode não estar suficientemente desenvolvida a ponto de sensibilizar-se com os valores, ou seja, ainda percebe-os e valora-os de modo incoerente. Neste caso, faz-se necessário recorrer ao conceito de equidade enquanto elemento compensatório capaz de reequilibrar a situação. Reequilíbrio quase que em um sentido de equilíbrio natural.

O conceito compensatório de equidade pressupõe a existência de competências especiais no interior da jurisdição geral como, por exemplo, câmara de julgamento de nobres; ou, na estrutura paralela da religião: a decisão tomada por misericordiosa.¹⁷⁸

O que parece é que, na falta de elementos recursivos consistentes e coerentes no interior do sistema, o conceito compensatório permitiria o recurso a uma estrutura paralela que traga complementações suficientes para reequilibrar determinadas situações. Por exemplo, o recurso a conceitos religiosos, tomando algum elemento destas que resolva a celeuma envolvendo a valoração e o caso apresentado. Ex. a clemência. Há unidade final do caso nestas situações para quem toma a decisão como soberana, que advém do paradoxo desprendido do sistema do direito e formado por justiça/equidade (justo *versus* justeza), ou em termos de virtude, justiça/clemência.

Através desses argumentos, diz-se, com Luhmann que

o postulado da justiça é desmistificado, retificado e dirigido ao senhor e ao juiz como uma norma, ou seja; não determina a função do direito, mas apresenta uma espécie de supernorma às normas jurídicas vigentes e impõe ao senhor sua virtude. Nos direitos mais elaborados, ou seja no direito romano e na *common law*, isso leva a uma confusão entre a justiça e a justeza (*aequitas, equity*), sendo que as melhorias no sentido de uma justiça compreendida em termos universais ocorrem juntamente com modificações particulares do conjunto normativo existente segundo o modelo regra/exceção e através da introdução de recursos jurídicos para casos até então não considerados. Essa atenuação e concretização não pode ser explicada por causalidades do pensamento da história das ideias; ela corresponde à estrutura da sociedade, ao grau de complexidade atingido pela sociedade, à impossibilidade de desenvolver-se critérios programáticos para o estabelecimento do direito. Seu princípio jurídico de justiça atua em parte como reflexão e racionalização da imperfeição do direito, em parte como provocação de novos desenvolvimentos no direito que resultam em importantes modificações, mas não em um direito justo. Também nesse contexto é característico para as culturas antigas que elas assumam uma situação intermediária entre o processamento concreto ou abstrato da experiência, e a realização incompleta das possibilidades que se anunciam.¹⁷⁹

O raciocínio acima empregado pode conduzir à possibilidade de desenvolvimento paralelo de diferentes jurisprudências dentre as quais uma servirá ao direito, sendo designada por *equity* (*Common Law*). No entanto, isso

¹⁷⁸ Citado por Luhmann em **El derecho de la sociedad**, p. 290.

¹⁷⁹ **Sociologia do direito**, v. 1, p. 223-225.

se tornou obsoleto quando o desenvolvimento do direito passou para a jurisprudência e os tribunais ganharam maior autonomia e liberdade de interpretação.

Na fase atual da sociedade complexa e contingente, os tribunais estão mais livres para interpretar e as reflexões sobre a justiça se fazem mais manifestas pelo aumento da legislação que modifica o conteúdo do direito necessariamente conflita com a exigência de decisões consistentes, por permitir que existam casos de decisões iguais em situações diferentes e decisões diferentes em situações iguais, segundo a decisão seja tomada antes ou depois do advento da nova lei.

Algumas cautelas devem ser tomadas para a prática deste rompimento da consistência como, por exemplo, a previsão de algumas regras de transitoriedade. Mas as modificações na legislação dependem da velocidade da sociedade atual, cujas estruturas mudam com tanta rapidez que as divergências temporais não chegam a ser consideradas injustas ou muito ligeiramente assim são vistas. Luhmann toma como possível a atual identificação da justiça com a moral, como questão ética ou como princípio de cunho apelativo-emocional ou como valor que retrocede quando em choque com outros valores, e esta tendência talvez seja uma reação contra a injustiça temporal acima mencionada, referente ao período em que há a quebra da consistência pela alteração legislativa.

A fundamentação da quebra de consistência, nestes casos, transfere-se ao sistema político que realiza as modificações com intenção positiva, de melhorar as relações sociais, quando, por exemplo, intitula a alteração como “reforma”.

Somando-se à “desculpa” política, o próprio sistema jurídico possui uma gama de aparatos capazes de conter a quebra da consistência da decisão como, por exemplo, os princípios da legalidade e da anterioridade ou, no plano do direito privado, temos a estabilidade contratual.

Por tudo isso, a exigência de tomada de decisão consistente e regularmente complexa torna-se uma caracterização insuficiente da ideia de

justiça, ainda que isto não justifique o fato de o ordenamento jurídico não levá-la em consideração. Neste ponto, torna-se a verificar o porquê das tentativas de criar formulações que atendam à ideia de justiça e que modifiquem as bases dos sistemas do direito e do político. Entretanto, no significado intrínseco dos valores, a justiça se volta como um valor entre tantos, o que nos guia necessariamente para o critério da análise individual das questões que são colocadas.

À ideia de consistência liga-se sua identificação com a noção de *redundância*, que circularmente resulta do fato de que a informação precedente deve ser tomada em conta na operação seguinte a ser realizada pelo sistema do direito. Então se justiça é a consistência das decisões, é também redundância,¹⁸⁰ levando-se em consideração que, em uma sociedade complexa, tende-se a almejar a prevenção de erros, vistos aqui como prevenção contra inconsistências, razão pela qual a redundância, como *condensação de sentido de observação de casos jurídicos*, passa a ter fundamental relevância na reutilização de informações precedentes, já utilizadas para garantir a produção de novas decisões cada vez mais consistentes e adequadas à complexidade.

Passando para outro ponto da discussão torna-se claro que o problema da fórmula de contingência não pode ser resolvido por intermédio de definições particulares e para solucionar o problema, Luhmann aponta como possível solução a circunscrição da fórmula de contingência para o centro do sistema jurídico, para o âmbito do núcleo da jurisprudência, uma vez que é aí que se atualiza o paradoxo da tomada de decisões sobre fatos indecidíveis.¹⁸¹ Agindo dessa forma, todas as estruturas marginais de produção de validade jurídica do sistema (contratos, legislação) ficariam excluídos da operação de aplicação da fórmula de contingência diante de seus estreitos contatos com outras dinâmicas dos demais sistemas (político, econômico etc.) apesar de produzirem validade dentro do sistema jurídico.

¹⁸⁰ Ver Niklas Luhmann, **El derecho de la sociedad**, p. 284-285. Como exemplos de redundância observados na aplicação do direito: o princípio de ausência de responsabilidade sem culpa, o da boa fé, o da responsabilidade objetiva.

¹⁸¹ Idem, *ibidem*.

Estas formas marginais apoiam-se na disciplinalização proveniente de outros sistemas, e, ainda quando surgem sem controle da justiça, não podem emergir arbitrariamente. Nesse diapasão, o princípio da não-exclusão de qualquer conflito da apreciação do Poder Judiciário e o princípio da proibição da denegação da justiça são condições suficientes para dar à fórmula de contingência justiça uma base real e ampla.

Como exemplo cite-se as constantes críticas de Luhmann ao estado de bem estar social e sua tendência a instituir programas finalísticos, orientados por determinados fins, como mais uma razão para a necessidade de estabilizar o sentido de justiça e garantir a sua circulação nas circunstâncias atuais.¹⁸²

Nessa conformação estatal, há seleção de meios (programas finalísticos) por meio da implementação de políticas públicas que constroem desigualdade e cuja legitimação política situa-se em uma pretensa inclusão social. A assertiva pode ser estendida para estados, como o brasileiro, que, apesar de não abrigarem abertamente o estado de bem estar social, adotam uma forma híbrida com aplicação de políticas liberais mescladas a visões de cunho social e lampejos de estado regulatório.

O gigantesco maquinário do estado de bem estar social, calcado no princípio da redistribuição, não pode ser considerado “justiça distributiva” porque lhe falta base jusnaturalista e além disso nele está inserida a contingência da decisão política que não pode ser considerada justa por estar motivada em pretensa redistribuição, presa à ideia amplamente difundida de que a desgraça ou é merecida ou justifica o direito à ajuda prestado por outrem, no caso o Estado.¹⁸³

Por outro lado os “beneficiários” do programa serão considerados favorecidos, mas não se questiona que outras pessoas serão alijadas desse benefício o que gerará prejuízo. Exemplo disso são os contribuintes não agraciados, por exemplo, com isenções tributárias.

¹⁸² Luhmann indiretamente já criticara esta postura quando pôs em xeque as atuais tentativas de forçar a seleção para determinado rumo. O autor já expusera que a seletividade deve ocorrer naturalmente dentro do sistema sem indução forçada para alguma direção específica.

¹⁸³ Ver Niklas Luhmann, **El derecho de la sociedad**, p. 284 e ss.

A dicotomização simplificante de problemas complexos que não dependem das estruturas sociais reembase o Estado de cunho intervencionista e parece formar parte de uma correlação particular que dissolve os problemas do estado do bem-estar social no que tange à sua aceitação no âmbito político. Luhmann cita que esta ideia de “justiça” parece ter mais referência ao pensamento de Leibniz em seu *perfectio circa mentes* do que qualquer outra coisa que o sistema jurídico tenha que cumprir.¹⁸⁴

Os problemas que surgem a partir deste ideário, ocupam, pelo menos na Alemanha, a jurisprudência constitucional.¹⁸⁵ Nesta se entende que haja o *controle do equilíbrio dos valores*, no entanto, somente ocorre a substituição de um critério por outro (eventualmente) distinto e, assim, a fronteira entre o sistema político e o sistema jurídico, da qual depende a própria jurisdição constitucional (tanto jurídica como politicamente), vai se apagando.

Luhmann relembra que a “suplementação” do código direito/não-direito e com ela a reespecificação da fórmula de contingência requer *programas condicionais* e a *abstração* das condições da relevância jurídica é a condição para poder diferenciar entre “igual” e “desigual” e para atribuir-lhes consequências diversas. A programação condicional não é unicamente um apoio cognitivo com relação ao “igual” e ao “desigual”, é, antes disso, a condição essencial para que a ideia de justiça possa verter-se na fórmula de igualdade (ou igual à normatividade).¹⁸⁶

Por não configurar mero apoio cognitivo é que não se deve buscar a igualdade no interior das relações no velho sentido de “justiça de mudança e retribuição” ou, ainda, no sentido de uma comparação entre causas de algum delito. Deve-se buscá-la nas relações condicionadas: na igualdade/desigualdade dos “se é” dos programas condicionais.

Se é na correlacionalidade das relações condicionadas, nos “se é” dos programas condicionais que se deve buscar a igualdade, então não se exclui a

¹⁸⁴ Idem, ibidem.

¹⁸⁵ O texto de Luhmann critica o estado de bem estar social adotado por países europeus em período anterior à atual crise econômica europeia que pode ter sido agravada por esta conformação de Estado.

¹⁸⁶ Idem, ibidem.

possibilidade de que os programas finalísticos também se submetam ao controle da justiça. Mas isso não conduziria a um equilíbrio dos valores, mas somente à sua *recondicionalização*. A justiça não consiste então, na “finalidade dos programas finalísticos” nem nas suas restrições iminentes como, por exemplo, as vantagens dos custos ou mesmo na proporcionalidade dos meios utilizados.

Justamente por não configurar um programa finalístico é que se fazem presentes as críticas ao estado de bem estar social e seu ideal de justiça material com a produção inflacionária de leis, em uma tentativa desesperada de tudo prever, como se o sistema jurídico a tudo pudesse oferecer solução.

A justiça, sob este aspecto, não consistiria na “finalidade dos programas finalísticos”, e tampouco em suas “restrições iminentes” como, por exemplo, nas vantagens dos custos, ou na proporcionalidade dos meios. Estaria melhor posicionada como *condicionamento adicional* que determinaria, por exemplo, quais as características devem estar presentes para que se possa aplicar um programa de fins: a justiça não estaria, por exemplo, na compatibilidade ecológica das medidas jurídicas (permissões, proibições etc.), mas na compatibilidade jurídica da política ecológica.

Diante dos problemas acima apontados, cujo aumento é induzido politicamente pelas ingerências legislativas no direito ou pela programação voltada para a consecução de determinados fins, se pode compreender porquê a crise do princípio de justiça não pode ser resolvida socorrendo-se ao direito natural, anterior ao processo de positivação do direito moderno e que, portanto, já está inserido dentro desse contexto.

A crise não será resolvida com o mero deslocamento da questão da justiça para o âmbito da ética, nem com a tentativa de equilibrar os valores. Esses elementos somente transferem o problema para o plano da fundamentação do direito positivo, mas como somente é válido o direito positivado, ou seja, aquele posto por decisão e autorizado a utilizar dos símbolos de validade do sistema; escolhido dentre vários outros igualmente possíveis (do ponto de vista material), mas excluídos ou mitigados no decorrer

do processo decisório que levou à escolha de uma alternativa entre várias outras,¹⁸⁷ não há que se questionar sobre critérios externos, mas apenas internos ao sistema do direito. Estes critérios internos se colocam por meio da pergunta de “como, apesar da complexidade crescente do sistema, ainda se pode falar em decisões consistentes?” ou “como ainda é possível distinguir entre igual e desigual?”.

Pode ser que eticamente ainda se prefira um direito justo, mas isso não é subentendido como demonstra a tradição.

Uma separação entre justiça e juízo moral (reflexão ética), não é somente questão de autonomia do sistema jurídico, ela garante também a independência jurídica da evolução das questões jurídicas. É condição (a separação) de possibilidade de que se possa saber, de que se trata um assunto quando se coloca a pergunta pela qualidade moral e ética da justiça.¹⁸⁸

Durante todo tempo, as perguntas sobre igualdade e desigualdade têm permanecido as mesmas o que dificulta a possibilidade de reconhecer na fórmula mudanças que se realizem na transição histórica entre as antigas sociedades e a sociedade moderna, esta última estruturada de modo diverso. Para resumir a análise quanto a este ponto, Luhmann retorna ao problema do direito natural.

No contexto jusnaturalista podia-se partir da ideia de que as coisas se diferenciavam pela sua essência, em relação à natureza eram iguais ou desiguais. Tudo estava atrelado à essência e não se podia dela prescindir. Diante dessa busca pela essência das coisas, elas eram reconhecíveis por meio da operação de observação de primeira ordem (quem julgava de modo distinto estava, necessariamente, equivocado). Os problemas jurídicos restringiam-se apenas em designar quem estava certo e quem estava errado mediante, por exemplo, a utilização do método dialético ou as técnicas

¹⁸⁷ CAMPILONGO. Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 149.

¹⁸⁸ A tradição da antiga Europa tendia, pelo menos em suas correntes, melhor ajustar o conceito ético de justiça enquanto ao seu conteúdo, como direito – por exemplo no sentido de que a justiça se refere à ação externa (operações, atos) em vista de outros (*ad alterum*), e ao que se devia segundo a lei (*sub ratione debiti legalis*), como se disse nas fórmulas da escolástica.

medievais de solução de disputas. Assim as decisões baseavam-se em conhecimento de causa e na autoridade.

Já o direito racional moderno, que se julga legatário do direito natural, rompe com essa tradição ao generalizar e singularizar os direitos individuais de liberdade e igualdade, classificando-os como “direitos humanos”, portanto, fundamentais e inatos.

Nada disso continua válido em uma sociedade na qual o direito passou por um processo de positivação. Positivação não no sentido pejorativo que se começou a dar ao termo diante das correntes positivistas, mas positivação no sentido de sistematização de um direito contingente e que precisa ser congruente regido por regras dispostas em leis. De um direito posto e, portanto, mutável em dadas circunstâncias, principalmente de cunho procedimental.

Tendo-se em vista essa acepção moderna de direito positivado, hoje, o que se entende por “natureza” não contém nenhuma informação acerca das restrições imanentes à natureza, ao contrário das ciências naturais. Ao contrário: a ideia de superioridade de uns homens sobre os demais é rechaçada com base nos princípios inatos de liberdade e igualdade.¹⁸⁹ Ou seja: esses princípios se avultam diante de questões naturais. Mas os princípios de liberdade e igualdade que se sobrepõem em relação a qualquer situação natural, como compreendem as ciências naturais, não é capaz de garantir a interpretação do direito vigente. Eles, se vistos de acordo com o ponto de vista jusnaturalista, mais conflitam (entram em contradição) com o ordenamento jurídico do que se harmonizam com ele, uma vez que as normas jurídicas somente podem formular-se como delimitação da liberdade e motivo para o tratamento desigual.

Liberdade nega a *necessidade* com a finalidade de conquistar a possibilidade de autodeterminação, por meio das casualidades, ou seja, das coincidências históricas. Mas esta autodeterminação por meio das causalidades pressupõe sistemas ordenados, ou seja, sistemas restritos, que podem se determinar a si mesmos com motivação das oportunidades que se

¹⁸⁹ Luhmann infere que essa superioridade, pela experiência, parece evidente.

lhes apresentam. A liberdade pura plena e irrestrita torna-se, portanto, um conceito paradoxal e seria o mesmo que a necessidade. A liberdade irrestrita em todos os sentidos neutralizaria a *identidade* que se deve pressupor para poder tomar decisões sobre o igual e o desigual. A liberdade seria uma ideia paradoxal que se declararia, a si mesma, como impossível.

Na pós-modernidade a forma mais importante do desprendimento dos paradoxos trabalha com uma diferenciação histórica: se expressa na distinção entre estado natural e estado de civilização. No nível dos direitos humanos universais, por exemplo, a liberdade é vista como *exclusão de restrições externas* e igualdade tem o sentido de *exclusão de desigualdade*. Neste nível é somente assim que se pode compreender esses direitos (humanos) em abstrato como distinção e designação, mas, de outro lado, isto faz regressar ao velho paradoxo do jusnaturalismo no sentido de que o direito somente se apresenta, se torna visível a partir dos casos que configuram desvio do próprio direito. A solução desse paradoxo se encontra em uma *re-entry* (reentrada) da distinção no objeto por ela já distinguido, um retorno à distinção por ele já feita.

A liberdade deve se submeter a restrições, a limitações juridicamente aceitas e a igualdade tem que submeter-se a desigualdades juridicamente aceitas.¹⁹⁰

Aqui o “outro lado” da liberdade e da igualdade se incluem no direito: a própria diferença se converte em objeto de regulações jurídicas que pode dispor de ambos os lados das duas distinções. Deste modo, é confirmada novamente a diferenciação do sistema jurídico já que a regulação deve se dar no interior do sistema jurídico, e cuida-se de restrições *introduzidas de maneira juridicamente válida* (não apenas de restrições racionais) e deve-se tratar não da desigualdade entre homens, mas da desigualdade dos casos jurídicos. Com este desprendimento e a conseqüente exibição do paradoxo passa-se a postular todo direito como contingente, ou seja, positivo. E, assim, a formulação dos pontos de partida na qualidade de princípios, direitos ou valores serve unicamente para encobrir a fatídica realidade de que o alicerce do direito não reside em uma ideia que aparece como princípio mas sim que este o direito é

¹⁹⁰ O que é aferível por meio do conceito de *discrímen*.

contingente e sua estrutura não se fundamenta em outra ideia senão em um paradoxo e qualquer outra formulação inicial como princípios ou valores serve apenas para encobrir este paradoxo.

Erguer o véu que encobre o paradoxo torna evidente como o postulado da justiça como fórmula de contingência. Ao se aceitar a contingência na formulação do direito possibilita utilizar, servir-se das mudanças jurídicas e com isso abre-se a possibilidade de o direito expor-se a si mesmo à observação de segunda ordem com a finalidade de dispor de maneira distinta do *contexto* de liberdade/ restrição ou igualdade/desigualdade.

Esta exposição à observação de segunda ordem com a finalidade de dispor diferentemente dos contextos é válida para a sociedade moderna em geral como forma contínua de sua autodeterminação operativa.

Paralelamente ao processo de diferenciação dos sistemas funcionais como forma de *diferenciação dominante*, a sociedade tem se reorientado, reordenado para um modo de observação de segunda ordem: com o objetivo de não se perder em situações artificiais há que se observar aos observadores.¹⁹¹

Provavelmente isso se dá em todos os sistemas sociais funcionais e é válido também para o discurso intelectual da modernidade e para o direito. Toda decisão sobre questões jurídicas tem que colocar-se, guardar pertinência a si mesma no contexto de outras decisões, tem que observar como o direito é observado por outros observadores. Neste sentido se pode tratar dos legisladores: então tudo depende de como o tribunal define o problema do caso e mediante quais considerações fundamentará sua decisão. O *common law* tem desenvolvido cuidadosamente investigações, práticas e teóricas sobre as *rationes decidenti*, a adesão aos casos precedentes.

Dentro deste contexto, a distinção entre aquilo que é igual e aquilo que é desigual, ou seja, a pergunta pela decisão justa em cada caso obtém uma função nova, contemporânea. Inicialmente poder-se-ia pensar que atuar em observação de 2.^a ordem poderia tornar o sistema conservador porque haveria

¹⁹¹ Tema aprofundado a diante na conclusão do capítulo.

decisão idêntica entre observadores e observados, ou seja, as decisões seriam sempre tomadas em conformidade com as decisões tomadas pelos observadores anteriores que agora são observados, pois, de acordo com a natureza do problema, não se espera qualquer oposição e, por outro lado, se tudo é contingente e poderia ser de outra forma então poder-se-ia manter tudo como feito até agora, *i.e.*, estaticamente. Isto é válido em maior grau para o sistema do direito que tem diferenciado seus mecanismos de transformação na forma de leis e contratos e que dispõe, na organização estrutural dos tribunais, na organização de hierarquia sugere e, por vezes até obriga às instâncias inferiores se orientarem pelas orientações das instâncias superiores da jurisdição.¹⁹² É esta tendência, especialmente utilizada no direito, de orientar-se segundo decisões precedentes aquela que se corrige mediante a fórmula de contingência. A tendência do direito de referir-se aos precedentes, de trabalhar conforme ou primariamente em *output* e, deste modo, voltar-se sempre para traz e manter a ordem precedente é que se corrige com a fórmula de contingência.

Exatamente porque as decisões devem ser tomadas como contingentes é que haveria uma provocação contida na pergunta se em relação com as decisões precedentes está posta uma relação de igualdade ou de desigualdade para a qual há que se tomar uma decisão. O esquema igual/desigual introduz uma bifurcação no sistema que *tende à repetição* (com boas razões, por exemplo, pela necessidade de segurança jurídica). Por ser um sistema fechado operativamente deve evitar as clausuras internas, sob pena de colapso. Isto sucede principalmente e com maior clareza por intermédio dos mecanismos que modificam a validade das decisões (leis e contratos). Mas são mecanismos que dependem de pressupostos incertos, em um futuro incerto e isto justifica uma segunda correção: uma correção de maior alcance, denominada de *segunda instância*, que situe os casos concretos no contexto dos já acontecidos e assim produza novamente situações abertas para a tomada de decisões (*re-entry*).

¹⁹² A súmula vinculante e a uniformização de jurisprudência são exemplos dessa tendência.

Comparar, sob o ponto de vista igual/desigual, diz respeito às distinções sobre as quais tem-se que decidir de novo, novamente, ela parece cumprir esta função de manter a novidade do sistema apesar de sua tendência de guiar-se pelos precedentes. Sondar a evolução da intenção do legislador ou daquele que firma o contrato é, então, somente uma possível alternativa por meio da qual se pode examinar se a interpretação da vontade daquele que criou uma determinada situação jurídica corresponde à sua própria intenção, ou seja, se se parece ou não com aquilo que se pretendia criar. Adicionalmente pode-se realizar comparações retrospectivas ou prospectivas sobre as decisões para comprovar a consistência da mudança e assim expor as decisões a outros processos de observação.

Neste sentido a justiça está especificamente configurada segundo um esquema de observação de segunda ordem. E assim faz sentido a afirmação de que se trata, sobretudo, de um esquema de observação pensado para o tribunal para o qual o legislador simplesmente produz matéria nova que deve ser examinada.

2.3.3 Complexidade adequada x fórmula de contingência

Descritos os conceitos de justiça desenvolvidos por Luhmann ao longo de sua produção intelectual, cumpre asseverar que ambos não são excludentes, antes, na verdade, são complementares e ajudam na compreensão do tema.

Ao longo do capítulo foi necessário comentar alguns elementos da teoria dos sistemas para aclarar a compreensão do tema “justiça”. Conceitos como diferenciação funcional, evolução, redundância, variação, seleção, estabilização imbricam-se e resultam em uma visão singular sobre a justiça, por meio da qual o autor procura superar as visões positivistas e jusnaturalistas.

Ao contrário da tradição positivista, Luhmann não exclui a justiça das instâncias jurídicas. Argumenta mesmo que o direito não deve abandonar sua pretensão ao justo.¹⁹³

O que carece é o posicionamento da justiça em relação ao sistema funcional do direito.

Da mesma forma, ao contrário da tradição jusnaturalista, exclui qualquer ilação metafísica da compreensão do justo, ao menos dentro do sistema do direito, asseverando que a natureza não é, de forma alguma, justa, mas equilibrada.¹⁹⁴

Cada um dos dois conceitos carrega alguns elementos essenciais da teoria luhmanniana: de um lado a *complexidade*, de outro a *contingência*.

Contingente e complexo, o direito moderno tende à evolução, da mesma forma que o restante da sociedade. Cada vez mais imerso em um ambiente cuja velocidade aumenta e com ela os riscos¹⁹⁵ e a complexidade das relações sociais, sua independência e, inclusive, sua sobrevivência estão diretamente relacionadas à capacidade de redução dessa complexidade e ao modo de lidar com as consequências da contingência social, ou seja, com a cada vez maior probabilidade de irritação advinda das decepções surgidas da não concretização de suas expectativas individuais – tanto de sistemas sociais como de pessoas.

Há um verdadeiro bombardeio de informações que são postas sob a análise do sistema responsável por lidar com a generalização das expectativas normativas.

Justiça está no centro dessa problemática; ela é expressão da unidade do sistema jurídico dentro do próprio direito e que se reflete na visão externa que os demais sistemas formam a respeito do direito. Na observação de segunda ordem externa ao sistema.

¹⁹³ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 279-281.

¹⁹⁴ Idem, p. 281.

¹⁹⁵ LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: LUHMANN, Niklas; GIDDENS, A.; BAUMAN, Zigmud e BECK, U. **Las consecuencias perversas de la modernidad – Modernidad, contingencia y riesgo**. Coleção Autores, Textos y Temas – Ciencias Sociales. Barcelona: Ed. Anthropos, 2000. v. 12, *passim*.

Justiça é manter coerência e a consistência no momento de decidir. É cuidar das interpretações, das diferenciações que se realizam tanto no âmbito do poder judiciário e em outras instâncias como na dogmática do direito.

Em cada um dos conceitos Luhmann chama a atenção para pontos específicos que convergem ao final para dois pontos nevrálgicos: ao tomar decisões jurídicas é necessário preservar a coerência do sistema e a manutenção dessa coerência interna leva à consistência de todo o sistema sendo possível aos observadores externos tê-lo como “justo”.

Ao tratar do tema justiça na visão de Luhmann, Marcelo Neves¹⁹⁶ assevera que

A justiça pode ser compreendida, desde o ponto de vista da teoria sistêmica, como uma complexidade adequada do sistema jurídico (desde uma perspectiva externa) ou como uma consistência de suas decisões (desde uma perspectiva interna) (LUHMANN, 1988: 26 s., 1981: 388 ss.). De acordo com essa formulação, a justiça se concebe como fórmula de contingência do Direito, em referência à “diferença entre determinabilidade e indeterminabilidade” (LUHMANN, 1993: 220). Mas tal compreensão sistêmica cai no vazio se a “justiça no sentido de uma complexidade adequada do decidir consistente” (*id.*, *ibid.*: 225), que se apresenta como uma fórmula de contingência do sistema jurídico, não está relacionada com o princípio da igualdade, que pressupõe a forma-diferença “igual/desigual” e cujo objetivo é o tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais (*id.*, *ibid.*: 110 ss. e 223 ss.). Assim, pois, partindo de que o Direito se apresenta como “mecanismo de tratamento igual/desigual” (TEUBNER, 1996a: 211), conceituarei a justiça na presente conferência como *o modelo normativo de avaliação do tratamento consistente e adequadamente complexo da diferença “igual/desigual” que se constrói com pretensões de universalidade no plano da observação de segunda ordem do sistema jurídico.*¹⁹⁷

Frise-se a partir da teoria de Luhmann, Marcelo Neves conceitua justiça como *modelo normativo* de avaliação do tratamento consistente e adequadamente complexo da diferenciação entre “igual/desigual” que se constrói com pretensões de aplicação universais no plano da observação de segundo grau do sistema jurídico.

De um ponto de vista mais concreto, justiça equivale à *norma da igualdade*, o que impõe uma análise firme e precisa do princípio da isonomia,

¹⁹⁶ Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. **Revista Doxa**, n. 24, 2001.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 350.

“a fim de evitar assim uma retórica ambígua e vaga, tão comum quando se discute acerca de tal princípio”.

De início, há que se rejeitar qualquer concepção que veja a isonomia como “igualdade de fato” no Estado de Direito, pois, “o princípio da igualdade surge exatamente como forma de neutralizar as desigualdades no âmbito do exercício dos direitos”. O princípio da isonomia aqui tratado, segundo Marcelo Neves, se refere “melhor ao tratamento isonômico que se obtém mediante a integração ou o acesso igualitário às instituições e aos procedimentos jurídicos”.¹⁹⁸

Ou seja: isonomia significa tratamento equânime na integração ou no acesso às instituições e aos procedimentos jurídicos. Não tem a pretensão de estabelecer igualdade de fato na sociedade.

Ele também não se confunde com a questão da homogeneidade da sociedade (ideia tão difusa na sociedade atual).

Ao contrário, a complexidade e a heterogeneidade social são pressupostos para a emergência e concretização do princípio jurídico da igualdade. A “homogeneidade estratificada pré-moderna é incompatível com o princípio da igualdade. É a diversidade de valores, interesses, crenças e etnias no mesmo espaço social e político que torna possível a implantação da igualdade. Frente às diferenças, se pode assumir um modelo autocrático, seja este autoritário ou totalitário, ignorando e reprimindo a heterogeneidade e pluralidade da sociedade, ou reconhecer e incorporar sem privilégios as diferenças. Neste sentido, o princípio da igualdade somente se leva a efeito enquanto possibilita o respeito recíproco e simétrico das diferenças.”¹⁹⁹

Não estamos a falar de igualdade de fato e também não se busca criar uma homogeneidade social. Mesmo assim, persistem dificuldades para a delimitação semântica do princípio da igualdade. Sobre este aspecto, Marcelo Neves pensa que

O caráter problemático do princípio resulta de que somente pode ser formulado se incorpora a desigualdade como um de seus polos. Em outras palavras, o princípio da igualdade se apresenta inicialmente por meio da

¹⁹⁸ Idem, p. 353.

¹⁹⁹ Idem, p. 354.

diferença entre igual e desigual. Não nos restringimos aqui, sem considerar as diferenças de contextos históricos, a retomar a formulação aristotélica de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente aos desiguais. No mundo grego esse modelo implicava que se justificasse inclusive a escravidão. É inegável, no entanto, que a formulação clássica do princípio da igualdade é suscetível de uma releitura ou reconstrução que o torne compatível com as exigências da sociedade contemporânea.²⁰⁰

Diante da dificuldade para lidar com o tema do princípio da igualdade, recorre a Luhmann para reafirmar o princípio da igualdade.

Assim é como, reinterpretando o princípio da igualdade desde uma perspectiva sistêmica, Luhmann define a igualdade como um conceito formal (uma diferença), que depende da existência de outra vertente, a desigualdade: “A igualdade sem desigualdade não tem sentido – e vice-versa. Se o igual deve ser tratado igualmente, o desigual deve ser tratado como desigual. [...] Se se renuncia ao conceito normativo de igualdade, se chega à regra aristotélica de tratar igualmente o igual e desigualmente o desigual. Se trata, portanto, de um esquema de observação que sugere o desenvolvimento de normas e preferências, mas que em si não fixa, em última instância, a preferência pela igualdade” (LUHMANN, 1993: 111). Dentro dessa orientação a desigualdade é, em primeiro lugar, uma forma que estabelece uma diferença “igual/desigual”. E, nesse sentido, é adaptável aos mais diferentes tipos sociais, ainda incluso nas sociedades estratificadas (id., *ibid.*: 112).²⁰¹

Em outros termos: a semântica do princípio da isonomia remete à ideia de paradoxo, inúmeras vezes mencionada por Luhmann. Apenas na existência de sua negativa (desigualdade) é possível reafirmar o positivo (a igualdade). Tal assimetria deixa claro a necessidade do recurso à fórmula de contingência.

Situações que negam a igualdade tornam necessária sua permeação no sistema jurídico como norma,

Somente quando a igualdade se transforma de uma forma numa norma é quando pode compreender o papel específico do princípio da igualdade no direito da sociedade moderna. Luhmann, considerando que o papel do princípio formal da igualdade é unicamente descrever a autopoiesis do sistema, destaca que o salto lógico reside na interpretação da forma como norma (id., *ibid.*). Desse modo, o paradoxo da forma se converteria na “assimetria de uma regra aplicável” (id., *ibid.*). De acordo com o princípio

²⁰⁰ Idem, *ibidem*.

²⁰¹ Idem, *ibidem*.

normativo de igualdade, o tratamento igual seria a regra cuja exceção seria o tratamento desigual (id., *ibid.*: 111 s.).²⁰²

O desigual confirma o igual, descreve a autopoiese do sistema, sai do nível do código binário e adentra nos limites dos programas sistêmicos, a forma se converte em norma a partir da assimetria criada pelo paradoxo. Assim, a regra passa a ser o tratamento igual e sua exceção o tratamento desigual. Ao olhar para a atividade interna do sistema, o observador de segunda ordem confirma as regras estabelecidas e chancela toda a ação como justa. Justiça é, portanto, *norma* na teoria dos sistemas autopoieticos. Dentro desta perspectiva,

o princípio da igualdade, em sua dimensão jurídica exige especificamente que se tratem os casos igualmente. Em sua utilização política exige que se trate aos homens igualmente (LUHMANN, 1993: 113).²⁰³

É desta forma que, segundo Marcelo Neves, Luhmann reduz o princípio da igualdade à exigência de regularidade na aplicação normativa que, como positivação do direito moderno significa o “princípio da legalidade”. Disso não se deve subentender que Luhmann

ignore que “o mandamento constitucional da igualdade, enquanto norma jurídica, conduz ao fato de que a igualdade política se interprete juridicamente como igualdade/desigualdade de casos” (id., *ibid.*). E quando se discute sobre o princípio constitucional de isonomia como expressão da justiça no Estado democrático de direito, é a igualdade na lei a que está sob exame. O tema do debate é em primeiro lugar a integração igualitária dos homens (como pessoas) no ordenamento jurídico, somente secundariamente, o tratamento igual de casos e situações jurídicas.²⁰⁴

O princípio da igualdade, enquanto tal, não se restringe à integração sistêmica igualitária. A noção de integração procedimental igualitária pode ler-se desde duas perspectivas diversas e inseparáveis. Desde o ponto de vista

²⁰² Idem, p. 355.

²⁰³ Idem, *ibidem*.

²⁰⁴ Idem, *ibidem*.

sistêmico, a questão se refere à neutralização das desigualdades fáticas na consideração jurídica de indivíduos e grupos. Mas, por outro lado, é imprescindível que na esfera pública pluralista se tenha plenamente desenvolvida a ideia de que as diferenças sejam recíprocas e simetricamente respeitadas.

Isso exige que os procedimentos constitucionais se apresentem como sensíveis à convivência do diferente e, desse modo, lhes possibilitem um tratamento jurídico igualitário. Sob outra perspectiva, Marcelo Neves afirma ainda que

a justiça como igualdade aspira à universalidade. Esta não será entendida aqui desde uma perspectiva histórica. Antes, o universalismo da justiça se relaciona com uma conquista da modernidade, cujo objetivo é o acesso generalizado de indivíduos (como pessoas) e grupos ao direito. Isso exige, certamente, a neutralização de desigualdades sociais, em especial daquelas de natureza econômica e política, no plano do exercício de direitos estabelecidos como fundamentais.²⁰⁵

A teoria dos sistemas autopoieticos tem a pretensão de descrever a sociedade sem marcação de fronteiras, universal. Da mesma forma, analisar a justiça como fator interno do sistema do direito significa reconhecer a universalidade da fórmula de contingência.

Ao modelo comunitarista se pode contrapor o argumento tradicional de que uma elevação dos valores grupais, já sejam os de preferência ou os de identidade, a critério de legitimação última da ordem político-jurídica impede qualquer possibilidade de crítica consequente a regimes totalitários de base étnica ou nacionalista. Por impede qualquer possibilidade de crítica consequente a regimes totalitários de base étnica o nacionalista. Por adição, cabe destacar que a concepção comunitarista, na sociedade global supercomplexa e culturalmente heterogênea de hoje, se mostra profundamente inadequada. Não somente entre as diversas fronteiras estatais se observa uma forte diversidade de valores e etnias, senão também no âmbito do território de cada Estado se fazem presentes os mais diversos valores grupais, que pelo geral se encontram em relação de conflito. A partir deste dado inegável, me parece equivocada uma fundamentação ética (referente à autorrealização do grupo ou a suas preferências) ou étnica (referente à identidade do grupo) dos sistemas político e jurídico, já sejam estes estatais ou supraestatais e, sobretudo, da sociedade mesma. Tendo em conta a diversidade cultural e étnica da sociedade global de hoje, inclusive dentro dos respectivos territórios

²⁰⁵ Idem, p. 358.

estatais, a insistência em um modelo comunitarista de ordem político-jurídico impede uma análise consistente e um tratamento adequado dos problemas estruturais da sociedade global de hoje, vinculados no plano da prática política a formas de nacionalismos étnicos e fundamentalismos religiosos que são incompatíveis com o Estado democrático de direito.²⁰⁶

Luhmann observa esta sociedade multicultural na qual a convivência entre os diversos está sempre presente. Trata-se da constatação da ruptura dos padrões unitários existentes na sociedade antes do atual que tanto perturbaram e continuam a perturbar a humanidade. Dentro desta perspectiva visão universalista de uma justiça que se insurge contra a desigualdade (assimetria fática) desmotivada, de modo que:

O universalismo da justiça se afirma, a despeito das diferenças étnicas e valorativas, como uma igualdade de tratamento jurídico dos diferentes grupos e uma igualdade de acesso dos mesmos aos procedimentos jurídicos-políticos, excluindo qualquer discriminação ou privilégio. Mas a justiça como igualdade somente está assegurada se se impõem restrições efetivas aos grupos que, baseando-se em uma identidade étnica ou em valores ético-religiosos pretendam destruir a própria ordem normativa, a qual fundamenta o universalismo inerente à igualdade de tratamento e de acesso jurídico-político dos diferentes grupos. O universalismo da diferença somente se afirma, portanto, como universalismo da igualdade.²⁰⁷

É certo, porém, que sistemas como o direito e a política gozam de maior dificuldade para promover a universalização, ao contrário da economia, cujos postulados favorecem um avanço sem se importar com fronteiras, normas jurídicas e espaços políticos.

Concluindo: a visão de Marcelo Neves²⁰⁸ sobre conceitos teóricos baseados em Luhmann afirmam a justiça como igualdade, como fórmula de contingência utilizada pelo sistema do direito para tornar simétricas situações de desigualdade jurídica que precisam ser corrigidas. E este padrão de justiça recuperado e separado de questões meramente metafísicas ou abstratas, deve

²⁰⁶ Idem, p. 359.

²⁰⁷ Idem, p. 361.

²⁰⁸ Sobre os desdobramentos dados por Marcelo Neves à questão da Justiça, ver: **Transconstitucionalismo**, p. 62-82.

ser visto como um padrão universal, pronto para agir em uma sociedade esfacelada, na qual o respeito pelo diferente se torna medida de rigor.

Orlando Villas Bôas Filho também desenvolve texto específico sobre a justiça a partir da obra de Luhmann.²⁰⁹

O texto se concentra na ideia de controle de consistência das decisões tomadas pelo direito, ligada ao conceito de justiça como fórmula de contingência, própria da fase autopoietica do autor, mas relembra a questão da complexidade que permeava a justiça como “complexidade adequada”:

Ao definir a justiça em termos de fórmula de contingência, Luhmann passa a lhe atribuir a tarefa de garantir o controle da complexidade do subsistema jurídico que, como se sabe, é submetido a enormes pressões por parte de seu ambiente, o qual, ao sobrecarregá-lo com demandas que ele não pode cumprir, lhe impõe um grau de complexidade que deve ser devidamente reduzido, sem que isso, entretanto, implique solipsismo dogmático baseado no fechamento cognitivo. Ora as fórmulas de contingência, dentre as quais a justiça, visam justamente fornecer um ponto ótimo que permita lidar com o grau de complexidade que é imposto pelo ambiente sem que isso importe comprometimento da consistência do sistema.

Villas Bôas conjuga os elementos luhmannianos que aparecem em ambos os conceitos de justiça com os quais trabalha a questão: as fórmulas de contingência têm por objetivo otimizar a complexidade imposta pelo ambiente ao sistema do direito. Em seguida salienta que

trata-se de um mecanismo interno ao próprio direito que lhe permite dar respostas consistentes às irritações provenientes de seu ambiente. É por essa razão que Gunther Teubner afirma que, enquanto fórmula de contingência, a justiça refere-se à relação do direito com seu ambiente, sendo, portanto, “complexidade adequada do sistema jurídico, a melhor consistência interna possível diante das exigências do ambiente extremamente divergentes”.

Aqui é importante retomar a questão de que justiça de um lado e dogmática jurídica encontram-se em polos opostos mas complementares.

²⁰⁹ Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Direito e filosofia – A noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007.

A justiça refere-se ao ambiente enquanto a dogmática remete a um papel efetivamente interno de conformidade, de coerência das interpretações que são feitas aos diversos conceitos e institutos jurídicos, observando-se para dentro do sistema. Tercio Sampaio Ferraz Junior retoma Luhmann para mencionar a relação entre justiça e dogmática jurídica ao afirmar que

Estas concepções são fortalecidas e implementadas pela própria Ciência Dogmática do Direito na qual, por exemplo, a ideia corrente de que o direito está a serviço da justiça permite a canalização absorvente de diversas e variadas pretensões sociais para um endereço único. Neste sentido observe-se que a definição dominante de justiça, abstração feita de suas variações materiais, é dada pelo esquema da igualdade/desigualdade, como na conhecida fórmula "tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente". O esquema adapta-se a uma espécie de operacionalização da multiplicidade em termos de unidade, permitindo classificações dicotômicas e hierarquizantes, capazes de responder, então, a perguntas postas na forma de dualidades: houve apropriação ou não? há propriedade ou posse? discute-se a propriedade ou só a posse? a aquisição é viciosa ou legítima? houve esbulho ou não? Tais questões, em nome de um princípio concebido de modo suficientemente abstrato, podem assim ser tratadas de modo universalista (cf. Luhmann: **Rechtssystem and Rechtsdogmatik**, 1974, p. 29), ou seja, conforme critérios internos do sistema jurídico, sem prender-se primariamente a situações concretas, mantendo-se a ideia de que o direito, com todas as variações, é sempre, num espaço e tempo, um só. Esta orientação universalista da dogmática jurídica institucionalizada em larga medida na consciência jurídica dos grupos social, política, cultural e economicamente dominantes é típica nas sociedades complexas do Ocidente. Ela permite, na verdade, que, por exemplo, as chamadas sociedades industriais tenham sido e sejam ainda capazes de absorver enormes incertezas e diferenças sociais, no sentido de que, através dela, se mentalize a pressão imediata exercida pelo problema da distribuição social do poder e dos recursos, transportando-a para dentro do sistema jurídico no qual ela é, então, mediatizada e tornada abstrata, facilitando a sua operacionalização e controle.²¹⁰

Feitas essas considerações sobre ponto que se interliga à questão da justiça, voltemos a Orlando Villas Bôas que continua, a dissertar sobre a justiça, lembrando a questão da observação de segunda ordem:

²¹⁰ SAMPAIO FERRAZ JR., Tercio. O Oficial e o Inoficial – Ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e especialmente concomitantes. **13º Colóquio Internacional da International Association for the Semiotics of Law**, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997, pp. 588-609. Republicado digitalmente em 2011 em: [<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/33>].

Enquanto observação, de caráter normativo, dirigida aos programas condicionais, a justiça se coloca mais propriamente no plano daquilo que Luhmann denomina observação de segunda ordem, funcionando como uma autodescrição, ou representação, da unidade do direito, o que faz com que ela, enquanto tal, seja “canonizada” de modo a tornar-se irrefutável dentro desse subsistema. Como uma espécie de norma dirigida a todos os programas condicionais que compõem o direito, a justiça, que em si não é um programa condicional, consiste apenas num esquema para a obtenção de razões ou valores que, por sua vez, só se tornam válidos por meio de sua conversão em programas condicionais.²¹¹

Em seguida conclui sobre a questão da igualdade, mencionada nos textos de Luhmann e também lembrada por Marcelo Neves para concluir,

A justiça, enquanto fórmula de contingência, tradicionalmente está associada à igualdade, consistindo no tratamento igualitário e sólido dos casos jurídicos, o que, em última instância, expressa a própria estrutura do programa condicional ao qual se volta: “dado o fato ‘x’, ‘y’ é legal”. Ou seja, tal como já ressaltava Luhmann em sua Sociologia do direito, “a justiça torna-se agora a implementação uniforme do direito, por causa de sua vigência”. Isso significa que o que se pode reputar um direito justo consiste na aplicação universal de critérios para a decisão, sem que haja a consideração das pessoas implicadas.

Ora, isso quer dizer que a igualdade passa a funcionar, no âmbito do subsistema do direito, como um postulado regulador da congruência jurídica. Tal como enfatiza Jean Clam, os efeitos da generalização pela igualdade revelam uma racionalidade sistêmica que, por meio da validação universal fornecida pelo princípio da igualdade, provoca uma restrição das possibilidades decisórias do direito (*rétrécissement des voies de la décision juridique*), que corresponde a uma redução de complexidade.²¹²

Fórmula de contingência e complexidade adequada do sistema são duas realidades que caminham lado a lado e não podem ser esquecidas ao tratarmos da justiça no contexto da teoria dos sistemas de base luhmanniana. Igualdade está presente na formulação do conceito de justiça desde antes da fase autopoietica e concretiza a conceituação teórica.

Luhmann repete argumentos nas duas – embora o momento autopoietico seja mais recente – o que demonstra a progressividade e não a substituição dos postulados no correr dos anos.

²¹¹ Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Direito e filosofia – A noção de justiça na história da filosofia**, p. 144-145.

²¹² Idem, p. 146.

Por derradeiro, após a descrição dos conceitos, tomada nos tópicos anteriores, é possível concluir que ambos são relevantes à compreensão do tema objeto da presente investigação e a leitura aproximada dos mencionados autores brasileiros é bastante elucidativa por revelar a complementariedade dos conceitos de justiça lançados por Luhmann nos diversos momentos de sua criação intelectual.

2.4 Por que Luhmann recorre à semântica da justiça em sua teoria dos sistemas autopoieticos?

Mesmo trabalhando com a perspectiva da alta complexidade da sociedade atual, Luhmann preserva a antiga temática da Justiça nos debates sobre a sociedade funcional de caráter autopoietico.²¹³

Não sem razão. Dentro do direito ainda persistem as discussões sobre o tema e a questão continua longe de ser superada. Mesmo autores como Kelsen e sua busca por uma teoria “pura” a ser aplicada ao direito não conseguiram superar o problema da justiça.

No caso específico de Kelsen, o direito positivo poderá contrariar as ordens atinentes à esfera da justiça²¹⁴ (conceito mais ético) sem que, em razão disso, seja considerado inválido. Na teoria pura, direito é direito posto (*positum* – posto e positivo)²¹⁵ decorrente da *auctoritas* do legislador, considerado válido por respeitar às condições formais previamente estabelecidas dentro de determinado sistema jurídico. Assim, fica adstrito ao plano da validade e, portanto, não precisa observar um conteúdo ético mínimo, pois sua natureza está garantida com a existência de “valor jurídico”. Validade e justiça são juízos de valor diferentes podendo uma mesma norma ser considerada: válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta.

²¹³ Com a alteração da estrutura de uma sociedade pré-moderna para uma sociedade moderna funcionalmente diferenciada, também a questão da justiça se altera substancialmente. Com o abandono da semântica jusnaturalista pré-moderna e a assunção de uma semântica moderna positivista, a ideia de Justiça se descarrega de seu antigo *status* metafísico e ontológico, deixando de lado toda e qualquer herança que a remeta ao jusnaturalismo atípico aristotélico, ao jusnaturalismo típico e ao jusracionalismo, que apenas se desmantela após Hegel e os pandectistas (Ver: **El derecho de la sociedad**, p. 281 e ss).

²¹⁴ **O que é justiça? – Justiça, direito e política**. São Paulo: Martins Editora, 2011.

²¹⁵ **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Kelsen tenta expulsar da teoria do direito qualquer preocupação com o que seja considerado justo ou injusto. Entende que justiça contém valoração relativa sobre a qual não há consenso teórico ou mesmo no âmbito da *praxis*. Em outros termos, discutir sobre justiça seria tarefa da ética, ciência que se destina a analisar as normas morais e, assim detectar o que pode ser considerado justo ou injusto.

Importante lembrar que esta tentativa de extração da justiça das discussões internas do direito, não significa que Kelsen não esteja preocupado em discuti-la e em investigar uma concepção para ela. Significa apenas que pretendia colocar a questão em outros campos de estudo. É na ética que, para ele, será possível debater sobre justiça ou injustiça em vários níveis (como o político, o econômico).

Luhmann, inversamente, capta o sentido e a necessidade atrelar a justiça para a teoria do direito. Resgata seu sentido sob a perspectiva autopoietica e a trata dando uma função específica e curial ao sistema do direito: é a fórmula de contingência do sistema.

O fato é que impossível excluir esta discussão do direito. No âmbito de aceitação (pode-se inclusive, inocar o âmbito da eficácia) do direito pelos destinatários finais das comunicações sociais a ele relativos, a questão da justiça é de primeira ordem. É o primeiro ponto a ser questionado e o primeiro a ser rechaçado: uma determinada situação jurídica é justa?

De modo sagaz Luhmann aproveita o conceito de justiça (como faz ao estudar outros sistemas sociais autopoieticos)²¹⁶ inserindo-o na esfera de correção das atividades sistêmicas. Passa ser ela, a Justiça, como acima desenvolvido, a ser interpretada como: *fórmula de contingência* ou *complexidade adequada do sistema jurídico*.

Havendo situações conflituosas no interior do sistema, aplica-se a fórmula para corrigir a contingência ou, em termos diversos, adéqua-se a complexidade do sistema, reduzindo o nível de conflituosidade sistêmica.

²¹⁶ “Com a diferenciação dos sistemas funcionais particulares, se desenvolvem fórmulas de contingência (referentes a cada um deles) (...)” (**La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2006. p. 371).

São fórmulas aplicáveis a casos extremos nos quais haja dúvida de modo a afirmar “o que para cada sistema constitui o especificamente indiscutível”.²¹⁷ São exemplos de fórmulas de contingência: a escassez para a economia, a legitimidade para o sistema político, a justiça para o sistema jurídico, a limitacionalidade para o sistema científico.

Fórmula de contingência importa naquilo que sempre está em questão dentro do sistema, ou seja, é a instância em que algo apenas pode ser definido de momento em momento sem uma resposta final ou definitiva. Trata-se de uma condição essencial para a continuidade da circulação comunicativa autopoietica no sistema. No caso específico do direito, justiça seria aquilo que é definido como consistente internamente e adequado ambientalmente no caso especificamente tratado.

Ou seja: há para o sistema do direito como para outros sistemas sociais, uma fórmula de correção sempre presente, mas aplicável especialmente para os casos de difícil solução, quais sejam, aqueles que apresentam paradoxo autorreferencial,²¹⁸ serve para apontar quais os pontos do sistema não são discutíveis e, claramente, nestes casos, se determinada decisão contraria tais pontos indiscutíveis estará a contrariar a própria lógica (aqui entendida no sentido de forma) de todo o sistema, no caso do direito, esta diretriz inviolável é aquilo que convençamos chamar *justiça*.

Por mais que esteja baseada em ambiente filosófico, a justiça reflete problemas que dizem respeito à sociedade, guarda em si problemas reflexivos os quais a humanidade tem debatido há muito tempo e não superado: a racionalidade e a objetividade.

Por mais que variem os teóricos, seja na teoria da ação individual, seja na teoria dos sistemas, como bem separa Habermas,²¹⁹ escondida atrás da justiça há a questão da razão.²²⁰

²¹⁷ Idem, *ibidem*.

²¹⁸ O paradoxo da autorreferência, como decorrência lógica da própria *autopoiesis*, é superado fundamentalmente pelo “*re-entry* criativo”, que desparadoxiza o sistema, e ao mesmo tempo desparaliza sua circularidade operacional e recursiva (SPENCER BROWN, **Laws of form**, p. 69 e ss.).

²¹⁹ **A constelação pós-nacional**. Ensaios políticos, p. 167 e ss.

Como em toda situação multifacetada, aqui também o problema aparece com duas faces: de um lado a faceta individual eclipsada na teoria dos sistemas pela coletividade, ou seja, o que quer dizer “justiça” para os sistemas psíquicos e sistemas sociais que não sejam o direito? De outro lado, aparece a faceta mais proeminente da teoria dos sistemas autopoieticos: o que significa justiça em termos de uma sociedade de comunicação autorreferencial?²²¹

Para analisar cada uma dessas perguntas é necessário ousar agir do modo sugerido por Norberto Bobbio,²²² ao analisar o desenvolvimento do pensamento de Kant sobre o direito, no sentido de que “antes, quem se apega ao direito positivo, como faz o jurista, não poderá nunca estabelecer o que é justo e injusto (*quid sit jus*), mas poderá somente estabelecer se um determinado fato ou ato seja lícito ou ilícito sob o ponto de vista jurídico (*quid sit jus*). Em linguagem moderna, poderíamos dizer que o jurista que não domina o direito positivo pode, sim, estabelecer o que é *válido* sob o ponto de vista jurídico (ou problema da *validade* do direito) mas não o que *vale* como direito (ou problema do *valor* do direito). A única maneira para se chegar a compreender o direito como valor, ou seja, como ideia de justiça, é abandonar o terreno empírico, ou seja, à *razão pura*”.²²³

²²⁰ Utilizamos aqui afirmação exposta na “teoria do discurso” de Habermas. Para Luhmann, a racionalidade remete a apenas uma dimensão possível dos sistemas funcionais. No que concerne à razão, como projeto inacabado do iluminismo, Luhmann o abandona definitivamente, o considerando esgotado e ultrapassado, nesse sentido se aproximando de Adorno.

²²¹ Para esclarecer a essa questão, Marcelo Neves recorre à obra de Michael Walzer (**Esferas de justiça**).

²²² A compreensão de Bobbio sobre o pensamento de Luhmann deve ser vista com ressalvas. Embora o autor italiano tenha procurado analisar a teoria dos sistemas, o fez de forma limitada em **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. (Apresentação de Celso Lafer. Barueri: Manole, 2007). Da mesma forma, qualquer vinculação de Luhmann a Kant é insípida. Numa série de artigos, Luhmann esclarece, que sua postura não é nem crítica e nem empírica (positivismo científico), mas sim de pesquisador como artefato semântico do sistema da ciência, disso decorre sua perspectiva descritiva a partir do sistema científico que opera com o código verdade/falsidade.

²²³ BOBBIO, Norberto. Os problemas fundamentais do direito no pensamento de Kant. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 1992.

Tal postura é eminentemente filosófica o que demonstra a necessidade de aproximação entre filosofia e sociologia para compreender o sentido de justiça que é dado por Luhmann na teoria dos sistemas autopoieticos.²²⁴

Nesse mesmo sentido, o que *vale*²²⁵ como direito, na teoria dos sistemas autopoieticos, não apenas o que é lícito ou ilícito, fator de diferenciação do sistema do direito em relação a outros, o que lhe é trivial, é também se a contingência a que o sistema é submetido em níveis cada vez mais complexos, está adequada a ponto de manter a forma de todo o sistema. Somente dentro de limites adequados de contingências e complexidade é que o sistema pode ser considerado justo.

Somente quando a fórmula de contingência é devidamente aplicada, o sistema pode ser tido com *valeroso* e não apenas como *válido*.²²⁶

Esse movimento racional em que há a aplicação correta da fórmula de contingência do sistema, ou seja, a justiça, tal qual compreendida por Luhmann, serve como mecanismo de universalização das instâncias do direito, tornando racionais as decisões tomadas no decorrer do processo decisório.

Além de, ao movimentar-se dessa forma, refletir as expectativas sociais (sociologicamente, portanto) no que tange ao direito, o sistema do direito encontra seu respaldo lógico, legitimando-se, validando-se e valorando-se da forma correta em cada caso tratado.

²²⁴ Habermas (**A constelação pós-nacional: ensaios políticos**) chega a discutir a aproximação entre sociologia e filosofia com o intuito de entender a modernidade enquanto fase histórica.

²²⁵ Entenda-se “validade” jurídica apenas como símbolo que circula no sistema jurídico, ver: **El derecho de la sociedad**, p. 154-167.

²²⁶ Este ponto de vista guarda relação com o núcleo do trabalho desenvolvido.

3. APLICAÇÃO DA FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO. O CASO DO RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO: UMA HIPÓTESE

Neste capítulo analisaremos uma questão que chegou aos tribunais brasileiros para concluir se ela pode ou não ser vista como aplicação da fórmula de contingência, ou seja, se é um caso decidido de forma justa pelo Judiciário brasileiro.

Recentes modificações na maneira de a sociedade brasileira lidar com a questão dos relacionamentos homoafetivos, podem ter culminado com uma aplicação da fórmula de contingência dentro do sistema jurídico brasileiro.

Trata-se de espécie de relacionamento humano que até pouco tempo havia sido excluído dos ordenamentos jurídicos no processo de escolha das situações fáticas acolhidas e protegidas por todo o sistema.²²⁷ Em outros termos: durante o processo de positivação das normas, os legisladores excluíam estas relações do rol daquelas que eram vistas como merecedoras de proteção legal e em muitos lugares, inclusive, configuravam crime.

Com o passar do tempo, principalmente após a revolução cultural dos anos 60-70, alguns países passaram a optar pela modificação legislativa para abrigar estes fatos sociais, qualificando-os como jurídicos.

No Brasil, até o momento, os debates continuam, mas o Poder Legislativo parece não querer confrontar a questão, talvez por receio de desagradar as parcelas mais conservadoras do eleitorado. Por conta desta inércia legislativa, o Poder Judiciário tem sido chamado a solucionar o

²²⁷ Sobre o processo de decisão que culmina com a produção das normas e a escolha de algum fato social em detrimento de outros, remeto a aula inaugural de curso realizada por Celso Fernandes Campilongo na Sociedade Brasileira de Direito Público em agosto de 2006 (curso **O Direito como Sistema**). Nesta aula o professor explicou a positividade do direito como decisão, escolha dos fatos sociais contemplados pelo Direito em exclusão a outros fatos que passam a não receberem a chancela do Direito.

problema do tratamento desigual que historicamente tem sido reservado aos parceiros homoafetivos em relação às relações afetivas que já estavam previstas e gozavam de proteção legal.²²⁸

No final do século XX, surgiram os primeiros debates sobre a aplicação de regras do direito previdenciário para casos em que parceiros homoafetivos conviviam há muito tempo e, com a morte de um, o outro ficava desamparado do ponto de vista previdenciário.

A partir deste ponto, outras questões começaram a ser levantadas como propriedade de bens adquiridos no transcurso dos relacionamentos, sucessão, adoção de filhos, guarda de filhos (havidos em relacionamento anterior), enfim, uma infinidade de problemas que acabavam sendo tratados de forma diferente pela sociedade, com base na distinção biológica e na inexistência de previsão legal. Ficou nítido que apenas seguir a estrutura legislativa atual não resolveria o problema.

Esta questão passou a patamares mais críticos a partir de 1988 com o retorno da democracia ao país, o advento da Constituição atual e, com ela a nova forma de observação do sistema jurídico nacional.

Com o decorrer dos anos, direitos decorrentes destas formas de relacionamento paulatinamente passaram a ser reconhecidos, culminando, primeiro, com o reconhecimento pelo STJ da paridade dessas relações com a união estável (alargando-se, interpretativamente, o texto do art. 226 da Constituição) e, agora, com a recente decisão do STJ que equipara a espécie ao casamento civil.

Decisão, por maioria, da 4.^a Turma daquele tribunal admitiu a possibilidade de *casamento* de pessoas do mesmo sexo.²²⁹

O mecanismo utilizado pelas autoras da ação foi o de procurar a habilitação em cartório. Ao ter o pedido negado, procuraram o Judiciário para

²²⁸ Há projeto de lei em trâmite no Senado Federal a ser votado. Em termos de teoria dos sistemas autopoieticos, quando esta lei entrar em vigor, será material ainda a ser trabalhado pelo Poder Judiciário e, portanto, ainda passível de ser modificado pelo sistema do direito antes de compor sua estrutura. Há alguns anos a questão continua em debate no Poder Legislativo brasileiro.

²²⁹ **Quarta Turma admite casamento entre pessoas do mesmo sexo.** Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103687]. Acesso em: 04 nov.2011.

reverter a negativa. Com base no direito positivado, a ação foi julgada improcedente em primeira instância e perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que afirmou “não haver possibilidade jurídica para o pedido, pois só o Poder Legislativo teria competência para instituir o casamento homoafetivo”.

“No recurso especial dirigido ao STJ, elas sustentaram não existir impedimento no ordenamento jurídico para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Afirmaram, também, que deveria ser aplicada ao caso a regra de direito privado segundo a qual é permitido o que não é expressamente proibido.”²³⁰

No STJ, o relator Ministro Luis Felipe Salomão,²³¹ seguido pela maioria da Turma, concluiu que “a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento”.

O relator termina sua argumentação no sentido de que “legislador poderia, se quisesse, ter utilizado expressão restritiva, de modo que o casamento entre pessoas do mesmo sexo ficasse definitivamente excluído da abrangência legal, o que não ocorreu”.

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento.

O Min. Marco Buzzi, em seu voto, destacou que

a união homoafetiva é reconhecida como família. Se o fundamento de existência das normas de família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, e se o casamento é o principal instrumento para essa opção, seria despropositado concluir que esse elemento não pode alcançar os casais homoafetivos. Segundo ele, tolerância e preconceito não se mostram admissíveis no atual estágio do desenvolvimento humano.

²³⁰ **Quarta Turma admite casamento entre pessoas do mesmo sexo.** Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103687]. Acesso em: 04 nov. 2011.

²³¹ O voto do Ministro Luiz Felipe Salomão, de 11 de abril de 2012, pode ser acessado em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=21240632&formato=PDF]. Está anexado ao final do presente trabalho.

De modo divergente, o Min. Raul Araújo, que havia acompanhado o relator em sessão anterior que havia sido suspensa, retificou seu voto, pois, segundo ele,

o caso envolve interpretação da Constituição Federal e, portanto, seria de competência do STF”. E ainda que “o reconhecimento à união homoafetiva dos mesmos efeitos jurídicos da união estável entre homem e mulher, da forma como já decidido pelo STF, não alcança o instituto do casamento.

Houve, ainda, por parte do Min. Raul Araújo a defesa da transferência do julgamento do recurso para a Segunda Seção do STJ, que reúne as duas Turmas responsáveis pelas matérias de direito privado, como forma de evitar a possibilidade de futuras decisões divergentes sobre o tema no Tribunal.

Atestou o Ministro que “a questão tem forte impacto na vida íntima de grande número de pessoas e a preocupação com a “segurança jurídica” justificaria a cautela de afetar o caso para a Segunda Seção”. Esta proposta foi rejeitada por três a dois.

3.1 A questão em termos de aplicação da fórmula de contingência

Como mencionado, esta decisão do STJ pode ser observada sob a ótica da aplicação prática dos movimentos do sistema jurídico em termos de aplicação da fórmula de contingência – Justiça –, sob a ótica da teoria de Luhmann.

Sob a ótica da diversidade social, quebra do padrão totalizante e a forma sistêmica de lidar com as diferenças é possível perceber que a limitação do casamento às relações entre homem e mulher gera uma assimetria no tratamento jurídico do sistema quanto a relações similares entre pessoas do mesmo sexo. O fator biológico não é suficiente para justificar o tratamento desigual em relações similares, nas quais o afeto é determinante para a união entre as pessoas. Não há um critério racional claro para a diferenciação fática.

Não se pode esquecer dos avanços históricos que acontecem em todo o sistema social. Situações que antes eram observadas como negativas do ponto de vista da maioria do corpo social, hoje já não enfrentam níveis de rejeição tão volumosos. Ademais, os princípios norteadores do sistema do direito foram modificados pendendo muito mais para a aceitação e a inclusão dentro deste universo tão grande e complexo que se tornou a sociedade humana atual.

Aqui a evolução social pode ser invocada. A situação que não havia sido incluída no ordenamento por conta da franca relação entre direito e moral na sociedade pré-moderna é trazida para análise do sistema do direito já na conformação moderna da sociedade brasileira, embora em estágio diferente de outros países.

A “modernidade” não pode ser vista como um padrão aplicável a todos os países de forma igualitária. Há gradações no processo de modernização e cada país poderá estar em estágio de maior ou menos profundidade. Este ponto fica claro se considerarmos, por exemplo, que mesmo no continente europeu há situações diversas. Os países nórdicos, por exemplo, estão em um nível aparentemente mais profundo enquanto outros mesclam avanços e retrocessos em diversas áreas; mesmo na Europa não há total homogeneidade e isto não significa atraso suficiente para que os países sejam considerados menos modernos que outros.²³²

O Brasil, frente a sua heterogeneidade, não é diferente.²³³ Encontra pontos de extrema modernidade e outros de atraso a ser corrigido, mas esta heterogeneidade não esconde os avanços do país e sua importância no mundo atual.²³⁴

A sociedade brasileira trabalha dentro da lógica funcional e este é traço fundamental para determinar o caráter moderno do país. Embora haja situações de desvio, que frequentemente são postas para correção dos

²³² Com argumentos contrários a uma concepção homogeneizada da modernidade: Orlando Villas Bôas Filho, **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**, cit.

²³³ Idem, p. 266 e ss.

²³⁴ Há que se considerar que para Luhmann há uma sociedade global e não sociedades isoladas. E sobre a maior “facilidade” do sistema econômico em desenvolver-se em relação aos sistemas do direito e da política por lidar com instâncias mais universais da comunicação global.

próprios sistemas,²³⁵ de um modo geral, a sociedade brasileira tem se comportado como moderna.

Luhmann assevera que o sistema econômico é aquele que melhor opera com caráter global e, por conta disso, da melhor circularidade mundial das questões econômicas é nele que encontramos um maior aprofundamento moderno.

Sistemas como o jurídico e o político cuidam de questões mais localizadas nos diversos países e têm, assim, maior dificuldade de universalização. Mesmo com esta limitação, diversas expectativas cognitivas advindas da economia são postas para análise, por exemplo, do direito e, ao final, passam a ser consideradas expectativas normativas, influenciando na evolução do sistema (variações que são selecionadas e passam a compor a sociedade). Desta forma, o direito brasileiro é muito mais funcional, hoje.

O mesmo ocorre no que tange aos relacionamentos homoafetivos. Neste tipo de fato social, já em termos luhmannianos, invoca-se a questão da evolução. Tais fatos sociais configuram variação estrutural para o direito.

Em diferentes fases (desde as questões previdenciárias e sucessórias que chegaram até o Judiciário durante a década de 90 do século XX, até esta última questão da habilitação ao casamento), o Judiciário tem sido instado a apresentar sua visão sobre a questão. Ou seja, os fatos sociais foram sendo remetidos ao sistema do direito como variações que foram paulatinamente irritando o sistema do direito brasileiro e requerendo dela novas adequações de sua complexidade até culminar com a atualidade.

Esses fatos estão sendo operacionalizados no direito e selecionados conforme a lógica intrassistêmica. Seletividade dos fatos sociais e atualização do sistema social autopoietico que, em seus movimentos internos passam a aceitar e a vincular as situações fáticas recebidas tanto do ambiente como de outros sistemas sociais por meio dos mecanismos de acoplamento estrutural e generalizá-las como normas.

²³⁵ Estas situações de desvio são aquelas em que um sistema atua de forma direta em questões comunicativas que deveriam ser tratadas e solucionadas por outros sistemas.

Há pouco mais de duas décadas questões previdenciárias que envolviam uniões desse tipo eram rechaçadas. Estas questões foram retrabalhadas pelo sistema do direito e hoje compõem normas que tratam do assunto.²³⁶

Por anos, têm sido inseridos no sistema do direito, ainda como expectativas cognitivas e “transformados” em expectativas normativas. Mas o processo de seleção sistêmico é demorado e passa pela manutenção de assimetrias, por exemplo, com as ressalvas em reconhecer direito de adoção aos casais deste tipo.

Esta recepção de novas situações é ponto crítico para o sistema jurídico, pois claramente há situações paradoxais a serem enfrentadas e assimiladas. Durante anos o sistema lidou com a diferenciação dando a ela tratamento variado e, aos poucos, direitos passaram a ser garantidos sem que houvesse uma decisão final em termos legislativos. Talvez por conta de certo receio do Poder Legislativo (este ponto é muito mais político do que jurídico) em lidar com reações de certos setores sociais.

O Poder Judiciário, órgão central do sistema do direito para a teoria dos sistemas autopoieticos, tem exercido, portanto, papel fundamental na correção destas situações.

A via escolhida pelas partes (vistas aqui em termos de sistemas psíquicos) é do procedimento judicial que trará solução para cada caso concreto, sem efeitos *erga omnis* (a irritação que causa no sistema do direito brasileiro é local e culminará também com uma resposta local mas que terá consequências para todo o sistema). Ou seja: o procedimento jurídico legitimará situações fáticas que estão excluídas do processo decisório do sistema político por conta da escolha das prioridades da agenda política que maquia, na verdade, uma tendência à omissão que oculta o receio de indisposição com alguns setores sociais.

A observação interna do sistema aponta para a existência de injustiças, *i.e.*, para situações paradoxais que afrontam o equilíbrio sistêmico: os relacionamentos homoafetivos já não são considerados ilegais pelo sistema

²³⁶ Vide Portaria 513, de 9 de dezembro de 2010 da Previdência Social.

(o que afastaria definitivamente qualquer possibilidade de proteção pelo sistema do direito em qualquer hipótese) de modo que o problema não estava centrado no âmbito do código binário legal/ilegal. Por outro lado o aparato legislativo, tão somente, é insuficiente para resolver a questão.

Expectativas²³⁷ contrafáticas se confrontam no sistema social de modo que o direito é chamado a apresentar soluções que diminuam a complexidade social. O mais curioso neste caso é que de um lado há expectativa de parceiros do mesmo sexo que esperam ter suas situações fáticas reconhecidas como os relacionamentos entre pessoas de sexos diferentes (interesses pessoais bem definidos para um grupo que tem se apresentado perante o sistema pedindo uma solução para a situação), de outro uma resistência social de setores tradicionais que nem mesmo chegam a se apresentar individualmente como portadores da expectativa de negativa de aplicação de regras idênticas para este tipo de relacionamento.

A hipótese discriminatória é clara. Relacionamentos afetivos que sejam baseados na igualdade de sexo recebem por parte do Direito uma resposta normativa diferente daqueles mantidos por pessoas de sexos diferentes. Ou seja: relacionamentos fundados na mesma dimensão fática do afeto recebem respostas diferentes.

A única forma de se justificar essa diferenciação seria dando ao casamento a velha perspectiva da união para a procriação. Entretanto, a solução traria de volta questões já ultrapassadas como a dos casais que não querem ou não podem ter filhos e este ponto seria um retrocesso na evolução do direito, inconcebível para o atual estado sistêmico.

A solução foi dada a partir das observações internas da existência de situações que demandavam a aplicação da fórmula de contingência para suprir a assimetria criada e diminuir a contingência social acerca do tema. Esta aplicação da fórmula começou a ser utilizada paulatinamente a partir dos diversos processos que começaram a irritar o Poder Judiciário.

²³⁷ Este grupo social não é muito claro. Podem ser citados dentro deles os grupos religiosos de diferentes matizes e setores que interpretam o direito de modo mais conservador. Mas este grupo mais rarefeito estabelece pressão sobre as correntes políticas o que obstaculiza a modificação pelo sistema político (alteração legislativa).

Ao aplicar o princípio da isonomia, o STJ completou o sentido do texto da lei e da Constituição, atualizando o sentido das normas.

Não há que se resolver a questão com argumentos parciais *ad hoc* ou *ad hominem*. Necessário uma resposta generalizada, coerente e consistente do sistema do direito sobre o tema que está sendo lenta, pois passa pelos movimentos circulares e operativos de seleção e da estabilização, esta última ainda em fase bastante inicial.²³⁸

Todo o processo de variação, seleção e estabilização estão conduzindo a esta consistência na tomada das decisões que, aos poucos, estão a solucionar o problema.

3.2 A decisão do STJ fere a separação dos poderes? Configura politização do poder judiciário?

Dentro da perspectiva acima aludida, a decisão do STJ não fere a separação dos poderes que configuraria intromissão do Poder Judiciário em esfera do Poder Legislativo.²³⁹

No decorrer dos anos, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, diversas decisões judiciais têm corrigido a questão da proteção aos direitos de pessoas em situação similar à acima apontada.

Aqui, como mencionado, temos situações que anteriormente foram rechaçadas pelo sistema jurídico brasileiro, concordando com ordenamentos jurídicos da maioria dos países ocidentais, no próprio momento de positivação das normas por configurarem situações que, àquela altura, a sociedade, em sua maioria, e por questões morais-religiosas, condenavam. Em outros termos:

²³⁸ Isto porque apenas um caso foi analisado pelo STJ. Ainda há espaços para discussão em tribunais o que poderá demandar, inclusive, discussões no STF.

²³⁹ Com Campilongo ao mencionar: “Se for verdade que o Judiciário assume, na atualidade, vestes de interlocutor da sociedade civil e regulador de conflitos abandonados pelo legislativo e pela administração, ao lado da adjudicação convencional (procedência ou não das ações), os Tribunais, em alguns casos, assumem a feição de gestores de interesses difusos e coletivos em disputa. Uma coisa é decidir um conflito. Outra, diversa, é a ‘governança’ dos litígios.” (**Direito e diferenciação social**, p. 82).

durante o processo de nomogênese, estas situações foram excluídas da proteção legal. A *seletividade* sistêmica havia excluído tais situações.

Ocorre que, como afirmado por Luhmann, a sociedade passa por um processo de aumento de complexidade e algumas situações como, como as em análise, acabam sendo “jogadas” para dentro dos sistemas sociais autopoieticos e, dentro de cada um deles, para o outro (por meio dos mecanismos de acoplamento) de modo a passar pelo movimento da *atualização* do sistema, sendo reintroduzida no sistema e pelo processo autopoietico.

Dentro desta perspectiva, coube aos Tribunais, como órgãos centrais do sistema do direito, a observação dos casos e sua readequação dentro do sistema.

O processo todo, retornando à *Legitimação pelo procedimento*, termina por legitimar a decisão última tomada pelo tribunal. O problema do sistema político se refletiu no sistema jurídico por meio dos mecanismos de acoplamento e, já no interior do sistema, estão em debate e solução pelos órgãos centrais do sistema: os tribunais. A resposta socialmente esperada não foi resolvida no âmbito jurídico mas não pode continuar a contingenciar o direito.

Além da questão do avanço do tribunal sobre a esfera que seria do Poder Legislativo, outros pontos podem ser levantados para criticar a decisão do STJ, como a questão do rompimento dos limites de interpretação do direito pelo tribunal, posto que a decisão, como outras anteriores, vão além dos limites da interpretação extensiva. Quando se fala, por exemplo (em outras decisões), que o artigo 226 da CF contempla a união homoafetiva, está-se a ampliar os horizontes de sentido da letra da lei. Mesmo diante desta realidade hermenêutica, parte considerável dos tribunais hoje aceitam a tese de que o art. 226 abarca as uniões homoafetivas. E por que?

Em termos luhmannianos decorre uma explicação: houve a atualização sistêmica para diminuir a contingência criada a partir dessa realidade social. É justo que situações similares sejam tratadas de forma similar. Assim, situações de relacionamento homoafetivo que sejam similares

às uniões heterossexuais devem receber do sistema do direito o mesmo tratamento. A *ratio* do sistema deve ser o mesmo, pois o contrário gera constante aumento da contingência social. A questão biológica não é suficiente para excluir estas relações da esfera jurídica. Também a resposta moral ou religiosa não resolve o problema. Assim, na *perspectiva do sistema do direito* (este ponto precisa ser ressaltado, pois a resposta dada pelo direito não afasta a possibilidade de tomada de decisão em sentido diverso pelo sistema político, talvez o único sistema social que tenha interesse direto no assunto) ela começa pelo processo de estabilização.

4. CONCLUSÃO

Com a pesquisa desenvolvida a partir da obra de Niklas Luhmann sobre o lugar reservado para a justiça no sistema do direito, entendido este como um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, responsável pela *generalização congruente das expectativas normativas*, em um ambiente cuja complexidade aumenta a cada dia e no qual as expectativas cognitivas estão expostas permanentemente à contingência, é possível concluir que:

No primeiro capítulo rechaçamos a vinculação de Luhmann ao decisionismo de Carl Schmitt, não por qualquer comprometimento de cunho moral-ideológico, mas em razão da disparidade de pensamentos entre ambos, uma vez que cada um situa sua construção intelectual em momentos e em campos diferentes.

O pensamento de Schmitt permite o retorno a questões que envolvem vontade do soberano e legitimação todas as vezes que a sociedade passa por períodos de exceção. Trata-se de uma lógica linear na qual o jurídico não se emancipa totalmente do político e que permite intervenções arbitrárias.

“O *Führer* protege o Direito”.²⁴⁰ Esta frase resume a personalidade da questão da soberania para Schmitt, pois o soberano coloca-se acima das normas estabelecidas. É ele quem dita as regras. A frase mostra também a forte ligação que Schmitt estabelece entre direito e política.

Luhmann, ao contrário, adota uma lógica circular na qual a legitimação de uma decisão se dá por meio da perfeita adoção dos procedimentos que são tomados para criá-la, de modo que não se retorna à questão da legitimação inicial que deu origem à sequência.

²⁴⁰ PORTO, Ronaldo. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**, p. 177 e ss.

Assim, Luhmann adota uma lógica evolutiva²⁴¹ mesmo no qual o retorno a questões iniciais (como a possibilidade de intervenção de um soberano), primitivas, significariam um processo de “desdiferenciação” funcional, a perda da independência sistêmica em relação à sociedade global, a incapacidade do sistema em manter-se autorreferente e autopoietico.

Luhmann critica a permissibilidade da teoria de Schmitt em relação a arbitrariedades. Aceitar essas arbitrariedades influenciaria na própria questão da justiça na teoria dos sistemas, pois, em última análise, justiça é o resultado de decisões e, tê-las como produto de arbitrariedades, significaria ter um sistema passível de decisões tomadas com base na vontade individual de um soberano e, por consequência, dariam azo a inconsistências e incoerências.²⁴²

A construção intelectual de Luhmann pode ser dividida em dois períodos: o primeiro centrado na questão da funcionalidade dos sistemas sociais e o segundo mais atual no qual desenvolve a teoria da autopoiese social.

Em cada um deles Luhmann apresenta um conceito do sentido de justiça para o sistema do direito. O primeiro conceito é *complexidade adequada do sistema* funcional do direito. O segundo é *fórmula de contingência* do sistema jurídico (após chegar a usar a expressão “fórmula de consistência”²⁴³).

Os conceitos, por sua vez, encerram outros elementos essenciais da teoria luhmaniana (complexidade e contingência) que precisam ser conhecidos para que a interpretação da teoria seja correta e corresponda ao pensamento do autor.

²⁴¹ Luhmann se afasta de Darwin e do neodarwinismo (“Selfish gene” de Richard Dawkins). Ao que parece, Luhmann o critica por estar vinculado apenas aos mecanismos de variação e seleção (nesse sentido seguindo a crítica de Maturana e Varela, encontrada na obra “A árvore do conhecimento”). Luhmann é partidário do evolucionismo sistêmico, afastando a sociobiologia. Ver: **La sociedad de la sociedad**, p. 340 e ss.

²⁴² No Estado Democrático de Direito, as decisões jurídicas partem dos tribunais, organizações que representam o centro do sistema jurídico – o Poder Judiciário está devidamente diferenciado dos demais poderes. Em Schmitt, ao contrário, o juiz supremo é o próprio executor e legislador, o *Führer*.

²⁴³ Orlando Villas Bôas Filho menciona o uso desta expressão em Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Direito e filosofia – A noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007.

Sob esta perspectiva é preciso conjugar os conceitos de justiça por ele expostos, posto que ambos não são excludentes entre si, apenas refletem fases diferentes do pensamento do autor.

Justiça dentro do sistema do direito corresponde, então, ao mecanismo pelo qual a unidade interna do sistema jurídico se manifesta para fora do sistema jurídico, mecanismo responsável pela coerência do sistema e pela consistência das decisões jurídicas, seja no centro do sistema, ou seja, nos Tribunais, seja em outros órgãos decisórios como aqueles que decidem juridicamente mas que não estão no centro decisório do direito, como no caso do cumprimento dos contratos.

A consistência e a coerência das decisões são alcançadas com o tratamento igualitário conferido para situações idênticas e similares de modo que se torna importante ao sistema desenvolver mecanismos que permitam identificar as situações, vinculando-as a decisões anteriores.

No que tange a situações completamente inusitadas, é relevante que o sistema, ao incorporá-las, esteja preparado a observar a situação que poderá representar uma variação estrutural no sistema, selecione-a corretamente e, por fim, incorpore-a ao sistema, guardando-a para que seja reconhecida em situações futuras e [re]utilizada para solucionar as novas repetições.

Do outro lado desta questão coloca-se a dogmática jurídica que é responsável pela análise interna de conceitos, institutos e instituições jurídicas. Necessário, portanto, que a interpretação interna dos postulados jurídicos siga as regras de hermenêutica,²⁴⁴ evitando-se, assim, ambiguidades e equívocos que terminam por influenciar na *consistência das decisões* que são tomadas.

Os conceitos, portanto, são complementares e juntos tornam possível a compreensão do sentido de justiça para a teoria dos sistemas autopoieticos.

²⁴⁴ Luhmann se manifesta sobre a hermenêutica: para ele a legislação proveniente de processos políticos, é reinterpretada no sistema jurídico em cada caso específico. Trata-se de uma observação de segunda ordem sobre o texto legal. Nesse sentido, sua teoria tangência o pensamento de Friedrich Müller e, em certa parte, Gadamer, prevalecendo a dimensão pragmática sobre a semântica e sintática. Ver: **Entre Têmis e Leviatã**, p. 196 e ss.

Diz-se “sentido de justiça para a teoria dos sistemas”, pois Luhmann assevera que o conceito não substitui outros de caráter ético, ideológico ou antropológico. Apenas representa o que “justiça” significa para o sistema do direito e qual seu posicionamento funcional interno no sistema. As percepções individuais ou de outros sistemas (e mesmo da sociedade global) sobre o termo continuam em aberto e dependem de fatores culturais, históricos etc.

A semântica da justiça é resgatada por Luhmann, em ambiente de sociedade moderna, da mesma forma como o autor percebe função de certas expressões para outros sistemas parciais como “escassez” para a economia e “legitimidade” para a política. Percebe que estas expressões que podem ser agrupadas como “fórmulas de contingência” não podem ser abandonadas, pois são pontos a que sempre se recorrem em situações críticas de atuação sistêmica;

Apresentados os termos gerais da teoria de justiça em Luhmann, passamos à apresentação de situação apresentada aos tribunais brasileiros e que torna possível observar a aplicação da justiça sistêmica. Trata-se do caso em que o Superior Tribunal de Justiça admite a habilitação de casamento entre pessoas do mesmo sexo embora não haja lei advinda do Poder Legislativo a permitir tal situação. Cuida-se de situação que representa evolução do sistema jurídico por compreender variação estrutural e seleção, embora ainda não esteja estabilizada no sistema.

O caso mencionado é apenas o último ponto que chega para julgamento do Judiciário, de um processo de evolução sistêmico que o direito tem construído nos últimos anos para tratar esta espécie de fatos sociais que não estavam sob a égide do direito.

Os relacionamentos homoafetivos passaram por momento de rejeição pelo ordenamento até que começaram, paulatinamente, a receber proteção jurídica em diversos níveis (previdenciários, patrimoniais, sucessórios) o que representa um longo processo de igualização em relação aos relacionamentos similares de cunho heteroafetivos.

O sistema jurídico brasileiro, tal qual em outros países modernos, opera de modo a tornar suas decisões coerentes e consistentes, muito embora possa apresentar um grau de modernidade ainda passível de aprofundamento.

Menciona-se o caráter moderno da sociedade brasileira com o intuito de, com Orlando Villas Bôas Filho²⁴⁵ e Celso Fernandes Campilongo,²⁴⁶ afastar as análises em sentido contrário, que entendem o Brasil como país no qual o sistema do direito não consegue desvencilhar-se do sistema político.²⁴⁷

Mesmo em sociedades em que o primado da diferenciação funcional é constantemente violado (como Brasil, México ou Índia), não se deve considerá-los pré-modernos. Nesse sentido, Neves e Villas Bôas convergem em entendimento com relação ao pensamento de Luhmann. Luhmann pensa a sociedade mundial (*Weltgesellschaft*) como moderna, independentemente da efetivação da autonomia sistêmica. A diferença entre os entendimentos de Neves e Villas Bôas está em que o primeiro considera uma distinção fundamental entre modernidade central positiva (Europa e EUA) e uma modernidade periférica negativa (Brasil, etc.). Villas Bôas, por sua vez, não compartilha da distinção de Neves, e não considera a existência de duas modernidades, mas sim de modernidades múltiplas (seguindo o pensamento de S. Eisenstadt), nenhuma melhor que a outra, mas apenas modos peculiares de modernidades.

Toda sociedade inserida na sociedade mundial é moderna para Luhmann, e isso inclui países como o Brasil. Denomina-la como “pré-moderna”, nos levaria a análises weberianas (*Wirtschaft und Gesellschaft*) e, posteriormente, a Raymundo Faoro, sendo que este último classifica o Brasil como país pré-moderno, marcado pelo patrimonialismo, derivado de uma sociedade estamental.²⁴⁸

São estes os pontos principais das conclusões sintéticas extraídas a partir da pesquisa realizada. É questão de grande preocupação no direito e que em Luhmann é possível observar algumas conclusões importantes ao se

²⁴⁵ **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**, *passim*.

²⁴⁶ **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, p. 167 e ss.

²⁴⁷ Por exemplo, Marcelo Neves. **Entre Têmis e Leviatã**, cit.

²⁴⁸ Ver: **La sociedad de la sociedad**, p. 108 e ss.; VILLAS BÔAS, p. 266 e ss.; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**, v. 1, p. 177.

descrever a conformação dos sistemas sociais parciais que, de modo algum, tem a pretensão de encerrar o tema. Ao lado da função que a justiça recebeu no sistema do direito, persistem as impressões individuais e de outros sistemas sociais que continuaram a irritar o sistema do direito, merecendo novas e mais complexas decisões.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, José Engrácia. Prefácio à edição portuguesa. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

ARGÜELLO, Katie. Decisionismo: um confronto entre Max Weber e Carl Schmitt, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, Curitiba, 2000.

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

———. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia no curso de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. A noção de sistema jurídico: contrapontos entre as reflexões de Hans Kelsen e de Tercio Sampaio Ferraz Junior. **Revista da Faculdade de Direito – FAAP**, ano II, n. 2, 2003-2004, p. 70-82.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** – vol. 1. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998.

———. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. Apresentação de Celso Lafer. Barueri: Manole, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

———. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

———. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

———. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZALEZ, Carlos. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

CARVALHO FRANCO Maria Sylvia. Amigo e inimigo na luta política. **Folha de São Paulo**, 03.06.2001.

CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann – La contingence des normes**. Paris: PUF, 1997.

COMMAILLE, Jacques. **Sociologie de l'art juridique: le droit comme science du politique**. Paris, 1990.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. Verbete “paradoja”. **Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann**. Guadalajara: Iteso, 1996.

DE GIORGI, Raffaella. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. In: CAMPILONGO, Celso Antonio. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

———. **Apresentação**. In: CAMPILONGO Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ELMAUER, Douglas. **Direito e modernidade: na teoria dos sistemas e para além**. Monografia de final de curso. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011.

FARIÑAS DULCE, María José; ARNAUD, André-Jean. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – Teoria do garantismo penal. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Joarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006

GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.

GONZÁLEZ OQUENDO, Luis J. La presencia de Talcott Parsons en el trabajo teórico de Niklas Luhmann. **Revista Reflexión Política – Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (IEP-UNAB)**, n. 10, ano 5, dez. 2003, p. 48-56.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo, Littera Mundi, 2001.

———. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

———. **O discurso filosófico da modernidade**. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

IZUZQUIZA, Ignacio. **La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo.** Barcelona: Anthropos, 1990.

JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo.** Buenos Aires: Hamurabi, 2005.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? – Justiça, direito e política.** São Paulo: Martins Editora, 2011.

_____. **Teoria pura do direito.** 8. ed. São Paulo: WMF, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LYOTARD, Jean-François. **La condición post-moderne.** Paris: PUF, 1979.

LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão: para a codificação da intimidade.** São Paulo: Difel, 1991.

_____. El concepto de riesgo. In: NIKLAS, Luhmann; GIDDENS, A; BAUMAN, Zigmunt e BECK, U. **Las consecuencias perversas de la modernidad – Modernidad, contingencia y riesgo.** Coleção Autores, Textos y Temas – Ciencias Sociales. Barcelona: Ed. Anthropos, 2000. v. 12.

_____. **El derecho de la sociedad.** Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en lo sistemas sociales.** Madrid: Editora Nacional, 1983.

_____. **Introducción a la teoría de sistemas.** México: ITESO/Anthropos, 1996.

_____. La contingencia como atributo de la sociedad moderna. In: Niklas, Luhmann, A. Giddens, Zigmunt Bauman e U. Beck. **Las consecuencias perversas de la modernidad – Modernidad, contingencia y riesgo.** Coleção Autores, Textos y Temas – Ciencias Sociales. Barcelona: Ed. Anthropos, 2000. v. 12, p. 173 e ss.

———. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Herder, 2006.

———. Law is social system. **Northwestern Law Review**, v. 83/136, Northwestern University, 1989.

———. **La differenziazione del diritto – Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto**. Bolonha: Il Mulino, 1990.

———. **Legitimação pelo procedimento**. Coleção Pensamento Político, v. 15. Brasília: Ed. UnB, 1980.

———. **Organización y decisión**. Barcelona: Ed. Anthropos, 2005.

———. **Poder**. Barcelona: Ed. Anthropos, 1995.

———. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.

———. **Sistema jurídico e dogmática jurídica**. Trad. Ignacio de Otto Prado. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

———. **Sociologia do direito – v. 1**. Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

———. **Sociologia do direito – v. 2**. Biblioteca Tempo Universitário, n. 80, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

———. The code of moral. **Cardozo Law Review**, v. 14/995.

———. The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history. **Journal of Law na Society**, n. 15, Denver, 1988.

MATOS NOVAIS, Elaine Cardoso de. O Contrato em Kelsen e Luhmann. **Revista de Direito Privado**, n. 11, ano 3, jul.-set., 2002.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. Justicia e igualdad en Luhmann. **Anuario de Filosofia del Derecho**, Madrid, n. 4, Nueva época, 1987, p. 43-87.

MASCAREÑO, Aldo. Sociología de la felicidad: lo incomunicable, **Revista Cinta de Moebio**, n. 23, set. 2005, Santiago: Universidad de Chile.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

———. **Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

———. Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. **Revista Doxa**, n. 24, 2001.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZALEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PORTO MACEDO, Ronaldo. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. **Revista de Cultura e Política**, n. 32, São Paulo, abril 1994.

———. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série Produção Científica.)

RODRIGUEZ MANSILLA, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann, inserido em Niklas Luhmann. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, Colección Teoría Social, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

RUSSEL, Bertrand. **O impacto da ciência na sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

SAMPAIO FERRAZ JR., Tercio. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo: RT, 1976.

———. **Estudos de filosofia do direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação.** 3. ed. São Paulo, Atlas, 2001; 4. ed., 2003; 6. ed., 2012.

_____. O oficial e o inoficial – Ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e especialmente concomitantes. **13º Colóquio Internacional da International Association for the Semiotics of Law**, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997, pp. 588-609. Republicado digitalmente em 2011 em: [<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/33>].

_____. **Teoria da norma jurídica** – Ensaio de pragmática da comunicação normativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999; 4. ed. 2003.

SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. O conceito de justiça em Thomas Hobbes e suas conseqüências jusfilosóficas. **Dissertação de Mestrado em Filosofia.** Universidade São Judas Tadeu. São Paulo, 2007.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição.** São Paulo: RT, 2003.

SUÁREZ GONZALEZ, Carlos; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.** Estudo preliminar, tradução e notas Montserrat Herrero. Madri: Editorial Tecnos, 1996. (Coleção Clássicos do Pensamento.)

_____. **O conceito do político.** São Paulo: Del Rey, 2009.

_____. **Teoria do Partisan.** São Paulo: Del Rey, 2009.

_____. **Teologia política.** São Paulo: Del Rey, 2006.

TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico.** Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n.2, Denver, 1983.

_____. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Lima: Ara, 2005. (Coleção Teoria de Sistemas y Sistema Juridico.)

TORRES NAFARRATE, Javier. Entrevista a Niklas Luhmann. **Revista Estudios Sociológicos**, 1992.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

_____. A teoria dos sistemas aplicada à análise do direito. **Estudos em homenagem ao professor Silas Rodrigues Gonçalves**. São Paulo: Scortecci, 2006.

_____. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Direito e filosofia – A noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. A influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann na teoria da Pena. **Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, v. 0, ano 1, São Paulo, RT, 2004.

ANEXO

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE : K R O

RECORRENTE : L P

ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS.

1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL.

ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito

maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O *pluralismo familiar* engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, *pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família*.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença*. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em

vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem, suscitada pelo Sr. Ministro Marco Buzzi, para submeter o julgamento do feito à

Segunda Seção. Vencidos na questão de ordem os Srs. Ministros Marco Buzzi e Raul

Araújo.

No mérito, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e a retificação do voto do Sr. Ministro Raul Araujo,

para não conhecer do recurso, divergindo do Relator, a Turma, por maioria, deu

provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou

vencido, no mérito, o Sr. Ministro Raul Araújo.

O Sr. Ministro Marco Buzzi (voto-vista), a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RECORRENTE : K R O

RECORRENTE : L P

ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. K. R. O. e L. P. , duas mulheres alegando que se relacionam de maneira estável há três anos, requereram habilitação para casamento junto a dois Cartórios de

Registros Cíveis de Porto Alegre-RS, pedido que lhes foi negado pelos respectivos titulares.

Em seguida, em 25.3.2009, ajuizaram pleito de habilitação para o

casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda

Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, afirmando inexistir óbice no ordenamento

jurídico a que pessoas do mesmo sexo se casem.

A sentença julgou improcedente o pedido de habilitação, por entender que o casamento, tal como disciplinado pelo Código Civil de 2002, somente é possível entre

homem e mulher (fls. 49-52).

Em grau de apelação, a sentença foi mantida por acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO.

AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE

FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º,

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 DO CÓDIGO

CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE

ENTRE HOMEM E MULHER.

Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussets, nos USA, que prevêm o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes.

Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher.

Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo.

Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesejável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar.

Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária.

A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 1.521 do Código Civil de 2002, aduzindo

as recorrentes que o mencionado dispositivo - que prevê os impedimentos para o

casamento -, não indica como tal a identidade de sexos.

Assim, aplicar-se-ia a regra segundo a qual, no direito privado, o que não é expressamente proibido é permitido, conclusão que autoriza as recorrentes a se

habilitarem para o casamento.

Contra-arrazoado (fls. 184-188), o especial foi admitido (fls. 198-203).

O Ministério Público Federal, mediante parecer assinado pelo

Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pelo não

provimento do recurso especial (fls. 212-216).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE : K R O

RECORRENTE : L P

ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS.

1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL.

ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve

uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O *pluralismo familiar* engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, *pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família*.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença*. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela

qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. É por todos conhecido o traço do individualismo voluntarista que marcou os diplomas civis do mundo no início do século XIX, dos quais se destaca, de forma

eloquente, o Código Napoleão (1804), modelo que foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (Código Civil de 1916).

Esse foi o momento da mais nítida separação entre direito público e privado: neste, os partícipes são os particulares, contratantes ou proprietários, e tem-se como

pilar axiológico a autonomia da vontade, naquele, os cidadãos em face do Estado, cujo

cerne valorativo são os limites para o exercício do poder e o estabelecimento de direitos

fundamentais oponíveis verticalmente.

A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, surgindo as chamadas *normas de ordem pública* - em espaços antes

privados por excelência, como a família, a propriedade, o contrato e o trabalho.

A consagração de normas desse jaez, pregoeiras de direitos tidos por indisponíveis, marcou a fase denominada *publicização do direito privado*, segundo a qual

alguns efeitos de atos jurídicos privados eram predeterminados pelo ordenamento, de

forma absoluta, surgindo o germe de temas contemporâneos, como a função social do

contrato e da propriedade.

Na esteira das transformações experimentadas pelo direito privado, depois da *publicização* veio a chamada *constitucionalização do direito civil*, momento em que o

foco transmudou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, a qual, no caso brasileiro, contém normas relativas à família, criança, idoso, adolescente, proteção do consumidor e função social da propriedade.

Assim, os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

Na expressão certa de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não

somente "o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico,

irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de*

direito constitucional contemporâneo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60).

Nessa linha de evolução, penso que também por essa ótica deva ser analisado o papel do Superior Tribunal de Justiça, notadamente das Turmas de Direito

Privado.

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não

me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam "de

costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um

direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não

seja constitucionalmente aceita.

3. A segunda observação introdutória diz respeito ao papel do juiz moderno, ao apreciar demandas que envolvam princípios e conceitos fundamentais para o Estado

Democrático de Direito.

Com efeito, a concepção de casamento como instituição religiosa ou sacramento, assim também os contornos morais e éticos, do ponto de vista filosófico ou

antropológico, evidentemente, não serão objetos de exame no caso em julgamento.

É que vicejam, no particular, as palavras de John Rawls, para quem:

Os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas.

(*Apud.* SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 p. 310)

No mesmo sentido é a filosofia de Chaïm Perelman sobre direito e moral:

[...] pode haver boas razões para que as regras morais não sejam inteiramente conformes às regras jurídicas, pois estas são sujeitas a

condições de segurança, a presunções e a técnicas de prova, com as quais o juízo moral não se embaraça muito. (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.305)

A partir dessa idéia central, colho trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro (STF), ainda na década de 1960 (RMS n. 18.534/SP), mas

bastante atual:

Ninguém contesta o direito de a sociedade, da qual é órgão o Estado, defender-se do obsceno e repugnante e, sobretudo, preservar de influências deletérias o caráter do adolescente e da criança.

[...]

Mas o conceito de "obsceno", "imoral", "contrário aos bons costumes" é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales, assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado *bikini* (ou "duas peças") seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental, há 30 anos.

Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados norte-americanos do Sul, até tempo bem próximo ao atual.

[...]

Os juízes dos tempos de nossos avós e pais, ao que eu saiba, não apreenderam nunca *A Carne*, de Júlio Ribeiro, hoje um clássico. Mostraram com isso compreensão acima de qualquer farisaísmo ou pressão religiosa. Não há motivo para imitarmos o puritanismo da autoridade postal dos Estados Unidos, que proibiu o tráfego de cópias coloridas da *Maya desnuda*, de Goya, pintada no mais católico, preconceituoso e clerical dos países. Seria o mesmo que um *cache-sexe* no *David* de Miguel Ângelo. (RMS 18534, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 01/10/1968, EMENT VOL-00751-03 PP-01156 RTJ VOL-00047-03 PP-00787)

Transcrevo também a reflexão realizada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, também da Suprema Corte, no voto proferido na ADPF n. 132, acerca das

possibilidades de coexistência entre direito e moral:

[...] o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã.

[...]

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces - Barba Martínez (Curso de Derechos Fundamentales: teoría general, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

4. Nesse contexto, a controvérsia instalada nos autos consiste em saber se é possível o pedido de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, tendo as recorrentes recebido respostas negativas, tanto na esfera cartorária, quanto nas instâncias judiciais - sentença e acórdão de apelação. O acórdão, além de invocar doutrina sobre teoria geral do direito e de hermenêutica jurídica, acionou os arts. 1.514, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, enfatizando as alusões aos termos "homem" e "mulher" (ou "marido e mulher"), reciprocamente considerados, cuja união seria a única forma de constituição válida do casamento civil.

Os dispositivos citados contêm a seguinte redação:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

[...]

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

[...]

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Finalmente, concluiu o acórdão recorrido que:

[...] o fato de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser expressamente vedado pelos artigos 1.521 e 1.523 do CC, não significa que esteja permitido, ou que sua existência possa ser "integrada" pelo Juiz, porquanto estreme de qualquer dúvida que a própria substância do conceito de casamento traz ínsita a idéia, milenar, da união entre um homem e uma mulher.

4.1. Ressalto que os óbices relativos às expressões "homem" e "mulher", utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela Constituição Federal, art. 226, § 3º,

foram afastados por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada "união homoafetiva".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte: REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe

Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/9/2008, DJe 6/10/2008; REsp 1085646/RS, Rel.

Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 11/5/2011, DJe 26/9/2011; REsp

827.962/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 21/6/2011,

DJe 08/08/2011.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723, do Código Civil de 2002,

interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o

reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo

como "entidade familiar", "entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'". A Suprema

Corte asseverou que: "... este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras

e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva" (voto do relator,

Ministro Carlos Ayres Britto).

Portanto, o próprio STF, no julgamento da ADPF n. 132, sinalizou que o entendimento então adotado poderia mesmo ser utilizado para além da união estável

homoafetiva, como se denota expressamente de trecho do voto do eminente Relator:

[...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que **o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher".** (sem grifo no original).

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Marco Aurélio (STF), alicerçado em escólio proferido pelo ilustre Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio

Augusto Cançado Trindade, acerca do direito de todo indivíduo à livre formulação de um

projeto de vida:

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no

caso Gutiérrez Soler versus Colômbia, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu **projeto de vida**. O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão temporal. **O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral.** É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: **ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.**

4.2. A questão que ora se enfrenta é saber se o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso dos autos, em que se pleiteia a habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo.

A resposta, a meu juízo, passa, necessariamente, pelo exame das transformações históricas experimentadas pelo direito de família e pela própria família

reconhecida pelo direito, devendo ter-se também em mente a polissemia da palavra

"casamento", o qual pode ser considerado, a um só tempo, uma *instituição social*, uma

instituição natural, uma *instituição jurídica* e uma *instituição religiosa*, ou sacramento, ou,

ainda, tomando-se em metonímia a parte pelo todo, o casamento significando simplesmente "família".

No particular, como antes ressaltado, constituir-se-ia providência inócua investigar qual a concepção de casamento em seu sentido religioso ou sacramental, uma

vez que vigora no ordenamento pátrio o princípio da liberdade religiosa, em razão do qual

o conceito de casamento religioso pode revestir-se de diversos significados.

Releva notar que a doutrina de direito de família menciona diversas seitas e religiões em que se tolera, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo,

verbis :

São exemplos de tolerância as Igrejas da Comunidade Metropolitana

(Estados Unidos e Brasil), Associação Unitária Universalista (Estados

Unidos), Igreja Unida (Canadá), Igreja para Todos, Igreja Cristã

Contemporânea e Comunidade Cristã Nova Esperança (Brasil) etc.

(GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito

comparado. in. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. Coord. Maria

Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71).

Vale dizer, não é por essa ótica que se alcançará a uniformidade semântica do casamento.

Analisando o instituto por outro ângulo, é fato notório que o casamento, no

Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também

distintas funções na sociedade.

Antes da República, diante da parceria política até então existente entre

Estado e Igreja Católica - que vinha desde o "descobrimento" -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída.

Como noticia Arnaldo Wald, o Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito "às determinações do Concílio de Trento, e, portanto, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento" (WALD, Arnaldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006, p. 163).

Somente depois do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, de redação atribuída a Ruy Barbosa, é que o casamento passou a ter natureza civil. O Código Civil de 1916 também manteve a sistemática segundo a qual a única forma válida de constituição de família era mediante o casamento. O seu art. 229 dispunha que "criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos".

Em direção análoga era o § 4º, do art. 72 da Constituição de 1891, a Carta Republicana de 1934, art. 144, art. 124 da Constituição de 1937, art. 163 da Carta de 1946, EC n. 1 de 1969 (Constituição de 69), art. 175.

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, que o foco de proteção estatal era o próprio casamento em si, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido), individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade e igualdade de tratamento perante a lei.

Porém, em meados da década de 80, a realidade se impôs à ficção jurídica, e o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente, que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento - civil ou religioso -, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família.

Inaugura-se em 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo**

familiar em que **arranjos multifacetados** são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado".

Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem

"poréns", quanto à forma de constituição dessa família.

Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente da forma pela qual a família é constituída, porquanto por trás dessa

"proteção especial" reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a

fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Por isso que, em seus parágrafos, o art. 226 da Constituição expõe, **exemplificadamente**, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado.

Nesse ponto, vêm a calhar as palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, na relatoria da ADPF n. 132/RJ, antes invocada, sobre a interpretação do art. 226

da CF/88:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.** (grifado no original)

A bem da verdade, pela Carta de 88, a família foi vista por um nova óptica, um "novo olhar, um olhar claramente humanizado", cujo foco, antes no casamento,

voltou-se para a dignidade de seus membros.

Essa mudança foi analisada na mencionada ADPF 132/RJ:

"O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§ 1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (*caput* do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969). É deduzir: se na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. (grifado no original)

4.3. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única

para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.

Assim,

Se casamento fosse o mesmo atualmente, como o foi nos últimos dois mil anos, seria possível casar-se aos doze anos de idade, com uma pessoa desconhecida, por via de um casamento "arranjado"; o marido ainda poderia vislumbrar a própria esposa como propriedade e dispor dela à vontade; ou uma pessoa poderia ser condenada à prisão por ter se casado com uma pessoa de raça diferente. E, obviamente, seria impossível obter um divórcio, apenas para citar alguns exemplos. (CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199)

Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise jurídica desses fenômenos.

O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores.

Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso.

Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica.

Atentando-se a isso, o **pluralismo familiar** engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF -, impede

se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos

dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e

formadas por casais heteroafetivos.

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas.

O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é **como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado** e, evidentemente, o vínculo

que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil.

Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Não que a Carta Cidadã autorize o legislador infraconstitucional a destinar menos direitos, de forma voluntária, às uniões estáveis - para além dos *deficits* naturalmente existentes -, se comparados com os direitos próprios dos cônjuges casados.

O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a

conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, **pelo casamento, o**

Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor **protege** a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos

pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar,

independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias

constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas

constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus

membros e o afeto.

4.5. O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para

a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos

objetivos fundamentais da República - vale dizer, motivo da própria existência do

Estado - "promover o **bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade

e **quaisquer outras formas de discriminação**" (art. 3º, inciso IV, da CF/88).

Constituindo um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da CF/88), é bem de ver também que a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem

diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas, salvo em casos

justificadamente pré-estabelecidos pelo direito, notadamente quando a própria sexualidade é manejada no desiderato de negar a dignidade e a liberdade sexual de

outrem, como ocorre no caso de crimes sexuais.

De mais a mais, a sexualidade da pessoa encontra-se abrigada naqueles recônditos espaços morais, desde logo gravados pela Constituição com a cláusula da

inviolabilidade, quais sejam a intimidade e a vida privada, ambas, no mais das vezes,

exercitadas também em um espaço tido constitucionalmente como "asiló inviolável".

Nessa linha, a chamada Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) reconheceu a imprestabilidade da orientação sexual como fator determinante à configuração de

violência doméstica e, por consequência, à proteção conferida pelo Estado à família e à

dignidade da pessoa humana:

Art. 2º Toda mulher, **independentemente de** classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

[...]

Art. 1º [...]

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.**

Nesse particular, socorro-me, mais uma vez, dos fundamentos contidos no voto proferido pelo eminente Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF n. 132:

[...] a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.

[...]

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

[...]

[...] **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único**

de ser das pessoas naturais.

[...]

a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.

Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. (grifado no original)

No mesmo sentido, sob a égide do paradigma formado no precedente acima citado, o STF explicitou que o julgamento proferido pelo Pleno, na ADPF n.

132/RJ, "proclamou que ninguém, *absolutamente ninguém*, pode ser privado de direitos

nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual"

(RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe).

No mesmo passo, asseverou o eminente relator:

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o

Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integrem a comunhão nacional.

De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a auto afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias.

Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.

Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226).

É importante ressaltar, ainda, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e

desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela

forma em que se dará a união.

5. Portanto, retomando o curso do raciocínio, fincado nessas premissas, tenho que a interpretação conferida pelo acórdão recorrido aos arts. 1.514, 1.521, 1.523,

1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, observada a máxima vênia, não é a mais acertada.

Os mencionados dispositivos não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

Valho-me, para o caso em apreço, dos mesmos fundamentos utilizados para desempatar o julgamento do REsp. n. 820.475/RJ, no qual se discutia a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Acolheu-se, naquele julgamento, o princípio geral de que, inexistindo vedação expressa na lei ou na Constituição, descabe cogitar-se de impossibilidade jurídica do pedido.

Em síntese, *mutatis mutandis*, foram os seguintes os fundamentos condutores do voto:

[...]

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

[...]

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável,

deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria

Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em

casamento (art. 226, § 3º).

De resto, é interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art. 226, §3º, CF/88, que faz expressa referência a "homem e

mulher", é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento

civil (226, § 1º).

Ademais, como vem sendo amplamente noticiado pela imprensa, algumas

uniões estáveis homoafetivas estão sendo convertidas em casamento, exemplo do fato

ocorrido no Município de Jacareí/SP.

5. Do mesmo modo como ocorreu depois do julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, pela Suprema Corte, não faltarão vozes para arguir o ativismo

judicial do Superior Tribunal de Justiça, caso o entendimento ora proposto seja referendado pelo Colegiado da Quarta Turma.

Em crítica à decisão do STF, afirmou-se, por exemplo, que "[a] tradição existe por algum motivo e não deve ser mudada pelo voto de um pequeno grupo, mas

pela consulta ao grande público ou através de seus representantes, eleitos para isso"

(DOUGLAS, William. *Dois Surdos – Os religiosos e o movimento gay*. Revista Jurídica

Consulex, São Paulo: Consulex, 2011 (345): p. 46-47, 1/6/2011).

O próprio acórdão recorrido afirmou que "a hipótese ventilada não prescinde de discussão parlamentar", já que o ativismo judicial "nem sempre se traduz nas reais

aspirações da sociedade".

Não impressiona, contudo, a tese de que a matéria deve ser apreciada, por primeiro, pelo Congresso Nacional, sobretudo para avaliar se há "aceitação social" do

casamento homoafetivo.

Sem hesitar, é de encontrar resposta negativa a indagação formulada por Ronald Dworkin, segundo a qual "será que uma '*maioria moral*' pode limitar a liberdade de

cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas

personais?" (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*.

Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645).

De fato, a Constituição Federal, em seu preâmbulo, evoca o "povo" como legitimador do poder - "Nós, representantes do povo brasileiro [...]" -, seguindo-se que

"Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou

diretamente" (art. 1º, parágrafo único).

Porém, se o povo é a figura central da democracia, cumpre indagar quem é o povo? (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*.

Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

Isso porque o regime representativo - que possui como fonte de poder o "povo" - não é necessariamente um regime democrático. Vale dizer, pois, que pode

ocorrer "representação" sem democracia, e democracia sem "representação", como

aconteceu a partir da constituição francesa de 1791, cujos eleitos governavam "de costas

voltadas para o corpo político, para o eleitorado, para aquela coletividade democrática, contemporaneamente conhecida pelo nome de povo" (BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. *Revista de Direito Público. RDP 3/99. jan.-ma/1968*).

Nesse passo, importa ressaltar que "povo" - que é sempre a base de toda democracia - é conceito plurívoco, que não exprime identidade com a ideia de maioria da população votante.

É que a democracia é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve isso significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder.

O "estado de direito" só é genuinamente "democrático" se o é em seu conteúdo, e não somente em sua forma.

É dizer: o problema da legitimação democrática possui dimensão mais elástica e, por isso mesmo, nem sempre se resolve singelamente pela regra majoritária, a

qual se presta, no mais das vezes, a justificar apenas o acesso ao poder.

Não fosse por isso, não se explicaria a razão de as ações do Estado dever prestigiar também os não votantes, como, por exemplo, as crianças, os presos, os eleitores facultativos e, de resto, as minorias vencidas pelo voto.

O problema da legitimação democrática só é bem analisado pela lente da universalização das prescrições do Estado, o qual será legitimado quando considerado o

povo não apenas como a fonte do poder, mas também como o destinatário de suas

ações, ou como a "totalidade dos atingidos pela norma", e, em razão disso, algo bem

diferente da maioria votante, como explica Friedrich Müller:

Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como "demo"cracia.

[...]

Esse padrão se repete: o povo não é apenas - de forma indireta - a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como - de forma direta - por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo. Nesse sentido ampliado, vale o argumento também para os não eleitores, e igualmente para os eleitores vencidos pelo voto (tocante ao direito eleitoral fundamentado no princípio da maioria) ou para aqueles cujo voto foi vitimado por uma cláusula limitadora. (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 pp. 53-56)

Essa visão distorcida do que seja democracia - como sendo o governo da maioria - também foi pontuada por Ronald Dworkin, ao criticar processos políticos que, embora formalmente democráticos, relegavam ao ocaso minorias sociais destituídas de expressão político-eleitoral, como foi o caso dos negros e homossexuais, em determinado momento da história dos Estados Unidos.

Confira-se o magistério do filósofo americano, em seu clássico *A Virtude Soberana* :

A hipótese do processo político justo também é duvidosa quando o grupo que perde foi vítima histórica de um preconceito ou estereótipo que torna provável que seus interesses sejam desprezados pelos eleitores.

[...]

Em primeiro lugar, o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhes faltem meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos, que se esperaria que o número de componentes do grupo fosse capaz de produzir. Em segundo lugar, pode ser vítima de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 654-656).

Definitivamente, como bem asseverou Fábio Konder Comparato, no prefácio da obra de Friedrich Müller, a soberania popular não é absoluta, quanto ao exercício do poder e aos destinatários das ações públicas, de modo que a regra da maioria não pode se afastar do fato de que "o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas" (*Op cit.* p. 22).

Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão.

Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente

por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a

Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias.

Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

7. Nesse campo, a bem da verdade, o Brasil ainda caminha a passos lentos

para o reconhecimento legal dos direitos dos pares homoafetivos, contrariamente ao que fizeram diversos países que se adiantaram no reconhecimento legal ou do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou das chamadas "parcerias domésticas" entre homossexuais, em alguns países chamadas uniões registradas, parcerias registradas, acordos de beneficiários ou ainda beneficiários recíprocos.

São exemplos de países que reconheceram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: Argentina, África do Sul, Holanda, Bélgica, Suécia, Canadá, Espanha, Portugal e em diversas unidades federativas dos Estados Unidos, como nos Estados de Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, Connecticut, Iowa e Vermont.

Particularmente interessantes - apenas para ficarmos em poucos exemplos - são as situações de Portugal e do Estado de Massachusetts/EUA. Em Portugal, antes da Lei n. 9-XI de 2010, o Código Civil, art. 1.577º, dispunha que:

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

O art. 1.628º, alínea "e", do mesmo Diploma dispunha que:

É juridicamente inexistente:

[...]

O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

Porém, a Lei n. 9-XI, de 2010, reconheceu explicitamente a possibilidade de parceiros do mesmo sexo contraírem casamento civil, alterando o regramento do instituto

nos seguintes termos:

Art. 1º. Objectivo

A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º. Alterações ao regime do casamento

Os arts. 1.577º, 1.591º e 1.690º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:

"Art. 1.577º. [...]

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código".

[...]

Art. 4º. Norma revocatória

É revogada a alínea e) do art. 1.628º do Código Civil.

Art. 5º. Disposição final

Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no art. 3º.

A mencionada lei foi posta ao crivo preventivo de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Português, decidindo aquela Corte pela improcedência

das dúvidas quanto à constitucionalidade do ato, notadamente tomando-se por parâmetro

o art. 36º, n. 1, da Constituição Portuguesa (Cf. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 213).

Em Massachusetts/EUA, houve reconhecimento judicial da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo a Suprema Corte daquele Estado

decidido que as licenças para casamento civil deveriam ser concedidas também aos

pares homoafetivos, determinando-se que as leis existentes sobre casamento fossem

tornadas neutras quanto ao gênero.

Transcrevo parte dos fundamentos do voto da Juíza Magaret Marshall, da Corte de Massachusetts, no julgamento paradigma, deixando claro a presidenta da Corte

que não seria partidária de nenhuma posição moral ou religiosa sobre o tema:

Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo têm direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral. (*Apud.* SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 318)

Continuando a fundamentação, a Juíza Marshall aduziu que a exclusão do casamento aos pares homossexuais é incompatível com o "respeito à autonomia e à

igualdade dos indivíduos aos olhos da lei". Assim, a liberdade de "escolher se casar e

com quem se casar seria vã" se o Estado pudesse "tolher os direitos do indivíduo de

escolher livremente a pessoa com quem ela queira compartilhar um compromisso

exclusivo". Com efeito, a questão - defende Marshall - não é o valor moral da escolha,

mas o direito de o indivíduo de fazê-la, ou seja, o direito de os reclamantes "de se casar

com o parceiro escolhido" (SANDEL, Michael J. *Op. cit.* p. 318).

Quanto aos traços marcantes do casamento, a Juíza Magaret Marshall também acolhe o entendimento de não ser a fertilidade condição para a realização do

casamento, "é o exclusivo e permanente comprometimento dos parceiros entre si, e não

a concepção de filhos, o *sine qua non* do casamento" (*Ibidem* , p. 320).

Em arremate, afirma que restringir o casamento aos heterossexuais

"confere um selo oficial de aprovação do estereótipo destrutivo de que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são inerentemente instáveis e inferiores

às uniões entre sexos opostos e não merecedores de respeito" (*Ibidem* , p. 321).

Finalmente, é importante noticiar que a Suprema Corte de Massachusetts concedera ao Poder Legislativo local o prazo de 180 dias para adequar a legislação à decisão ora em comento. Durante o prazo, o Senado de Massachusetts formulou consulta indagando se seria possível cumprir a decisão criando uma "união civil" para os homossexuais, que lhes atribuisse direitos e responsabilidades equivalentes aos previstos para os cônjuges casados.

A resposta negativa da Suprema Corte ao pretense eufemismo legislativo foi, de veras, emblemática, como bem noticia Daniel Sarmento, cujos excertos, no que

interessa, transcrevem-se abaixo:

"A proibição absoluta do uso da palavra 'casamento' pelos 'cônjuges' do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as expressões 'casamento civil' e 'união civil' não é inócua; trata-se de uma escolha lingüística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, um status de segunda classe... A Constituição de Massachusetts, como explicado no caso Goodridge, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja". (SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. in. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 8, vol. 32, outubro a dezembro de 2007, p. 43)

8. Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e

proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse

mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático"

formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da

universalização dos direitos civis.

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de

habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas

de contrair matrimônio.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Extrai-se do voto do Ministro Celso de Mello, na ADIn 4.277, que decidiu o Supremo Tribunal Federal, "com efeito

vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar,

da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos

exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de

também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo”.

Se o Supremo, intérprete máximo da Constituição, estabeleceu que a menção a “homem e mulher”, no art. 226, §3º, da CF, não exclui, da abrangência do

instituto da união estável, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pelo mesmo

motivo, a referência a “homem e mulher”, no art. 1.514, do Código Civil, não pode

ser interpretado com esta restrição, afirmada inconstitucional pelo STF. O Direito é

um sistema lógico e as normas legais devem ser interpretadas em consonância com

os parâmetros assentados pelo Supremo, no controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, se a Constituição, segundo a leitura vinculante do STF,

estabelece o direito dos conviventes homossexuais à união estável, afirmando, ainda, o art. 226, §3º, que a lei deve facilitar sua conversão em casamento, não há

como se lhes negar essa conversão (ou, pelos menos motivos, a celebração diretamente do próprio casamento), na linha do disposto no art. 1.726, do Código

Civil, segundo o qual “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante

pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”

No sistema da Constituição vigente, a união estável é protegida, mas deve ser estimulada a sua conversão em casamento. Isso porque o regime legal do

casamento destina-se a proteger mais eficientemente não somente os cônjuges -

oficializando-lhes a união e dispensando-lhes qualquer outra prova do estado familiar – mas também a sociedade, na medida em que todos os que com eles convivem e contratam ficam cientes do estado civil respectivo, o que tem

implicações patrimoniais relevantes, no âmbito do regime de bens do casal, da economia familiar, do direito sucessório, do regime de impedimentos legais (para

fins processuais e eleitorais, por exemplo), dos direitos perante o Estado,

notadamente o sistema de previdência social, e também no que concerne aos interesses de eventuais credores, presentes e futuros.

Em face do exposto, acompanho o voto do Relator, para afastar o

óbice relativo à diversidade de sexos, determinando o prosseguimento do processo

de habilitação, salvo se houver outro impedimento ao matrimônio.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE : K R O

RECORRENTE : L P

ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, inicialmente, cumprimento Vossa Excelência pelo primoroso voto apresentado e destaque a

qualidade da sustentação oral produzida pelo advogado, Dr. PAULO ROBERTO LOTTI

VECCHIATTI. Cumprimento também os eminentes Ministros RAUL ARAÚJO e MARIA ISABEL GALLOTTI pelas elevadas e criteriosas considerações oferecidas em seus votos.

A lei e a jurisprudência têm procurado ao longo do tempo ampliar os conceitos sobre a união estável de modo a conferir a ela, em vários aspectos, a mesma

extensão e a segurança jurídica do casamento.

A Constituição de 1988 – a Constituição Cidadã – reconheceu a união estável como entidade familiar. Mas, conforme se destacou da tribuna e também registrou a eminente ministra Maria Isabel Gallotti em seu voto, ainda existem repercussões decorrentes das diferenças entre a união estável e o casamento, sobretudo de ordem patrimonial, embora no Código Civil de 2002 o legislador tenha dado guarida às uniões estáveis sem casamento. Isso ocorre, particularmente, no que concerne ao regime de bens

e no âmbito do direito sucessório em relação ao cônjuge viúvo.

Senhor Presidente, Vossa Excelência destacou em seu voto (na página 12) que é o casamento civil o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias. Por isso,

conforme Vossa Excelência também destacou, o artigo 226, parágrafo terceiro, da Constituição Federal prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em histórico julgamento de 05 de maio deste ano, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, dando interpretação

conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1723 do Código

Civil que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como

entidade familiar. Entendo que os fundamentos determinantes que respaldaram essa decisão também são aplicáveis ao casamento.

A Constituição Federal, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, não restringe o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como unidade

familiar. Não cabe, pois, ao STJ, em decorrência dos mesmos princípios e valores constitucionais invocados pelo Supremo Tribunal Federal, oferecer restrições ao exercício de direitos pelos homoafetivos, previstos na legislação infraconstitucional, próprios da

relação jurídica heteroafetiva, onde se inclui o direito ao casamento e à segurança jurídica

que dele advém.

Essa matéria, sem dúvida, enseja incontáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais e o ideal seria que o legislador aprimorasse a correspondente construção

legal a propósito do assunto, considerando o atual estágio social e os princípios e valores

que nortearam a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união estável homoafetiva.

No entanto, enquanto isso não ocorre, não se pode prejudicar o jurisdicionado. Nessas condições, cabe a este Superior Tribunal de Justiça decidir o caso

concreto, em face da legislação infraconstitucional, de modo coerente e harmônico com a já

mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, levando em conta seus reflexos no âmbito da lei civil (Código Civil, Lei de Registros Públicos, legislação eleitoral, dentre outros diplomas).

Em tais circunstâncias, Senhor Presidente, cumprimentando-o mais uma vez pelo primoroso voto, acompanho Vossa Excelência, dando provimento ao recurso especial, nos termos de sua decisão.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUARTA TURMA

Número Registro: 2010/0036663-8 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.183.378 / RS**

Números Origem: 10900882917 70030975098 70034045450

PAUTA: 20/10/2011 JULGADO: 20/10/2011

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA MARIA GUERRERO GUIMARÃES

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : K R O

RECORRENTE : L P

ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, pela parte RECORRENTE: K R O

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão

realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, Luis Felipe Salomão, dando provimento ao recurso,

no que foi acompanhado pelos votos dos Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e

Antonio Carlos Ferreira, pediu vista o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO:

A controvérsia inserta no recurso especial cinge-se à análise da viabilidade de pedido de habilitação para casamento civil, formulado por duas pessoas do mesmo sexo, as quais sustentam que essa situação não estaria elencada entre as causas de impedimento ao matrimônio, previstas no art. 1.521 do Código Civil de 2002.

O pedido foi recusado nas instâncias ordinárias, atentos os órgãos julgadores para o fato de que os dispositivos legais que tratam do casamento civil (CC/2002, arts. 1.511

a 1.570), especialmente os arts. 1.514, 1.535 e 1.565 do CC/2002, empregam expressamente

os termos "homem" e "mulher".

Do mesmo modo, vê-se que a Carta da República, fazendo referência expressa a "homem" e "mulher", quando trata da união estável, consagra as seguintes espécies de

entidades familiares: (I) aquela formada com o casamento civil (CF, art. 226, §§ 1º e 2º); (II) a

decorrente de união estável (CF, art. 226, § 3º); e (III) as chamadas famílias monoparentais,

ou seja, as constituídas por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º).

Diante de tais previsões constitucionais, não se mostra viável, mediante atuação restrita ao âmbito legal, pretender resolver em sede de recurso especial a questão ora

sob exame, pois não se poderia aqui sanar omissão ou interpretar normas que, na essência,

revelam-se de cunho eminentemente constitucional, sujeitas, portanto, ao crivo da egrégia

Corte Suprema.

De fato, a compreensão, ou não, da relação homoafetiva como susceptível de formar uma das mencionadas entidades familiares admitidas no ordenamento jurídico

brasileiro, no caso com a possibilidade de aplicação das normas inerentes ao instituto do

"casamento civil", ou a necessidade ou possibilidade de criação de uma nova entidade

familiar, além daquelas previstas no texto constitucional, depende de digressão no conteúdo

normativo e principiológico da própria Lei Fundamental.

É que as leis civis, quanto ao tema, apenas cumpriram papel regulamentador das normas constitucionais, disciplinando as espécies de entidades familiares expressamente

reconhecidas pela Carta de 1988. A atuação do legislador, até esta parte, limitou-se, no plano

infraconstitucional, ao estabelecimento de normas aplicáveis às entidades familiares reconhecidas como tais pela Magna Lei. Parece ter entendido que não havia como ir além das

espécies previstas no texto constitucional, por serem as únicas explicitamente autorizadas.

Destarte, eventual omissão somente pode ser sanada por interpretação ou integração de normas e princípios insertos na Constituição Federal e, assim, está para além do

alcance do Superior Tribunal de Justiça, incumbido da uniformização e interpretação do

direito infraconstitucional, o conhecimento do presente recurso especial, cujo mérito traduz

tema que passa, necessariamente, pela antecedente análise de normas e princípios

constitucionais. A exegese do tema é, preponderantemente, extraída da própria Constituição

Federal, e não das normas infraconstitucionais invocadas. E foi o que, *data venia*,

impropriamente, fez o eminente Relator em seu bem elaborado voto.

O próprio egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento conjunto da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ – as quais tratavam do reconhecimento de

união estável homoafetiva como entidade familiar -, registrou claramente a proeminência da

questão constitucional, como se constata de trechos dos votos proferidos por seus eminentes

Ministros.

A título exemplificativo, cito:

(i) o eminente Relator, Ministro **AYRES BRITTO**, que diz, em seu voto:

“Desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes em

ambas as ações. Pedido de 'interpretação conforme à Constituição' do dispositivo legal

*impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto **nela mesma, Constituição, é que se***

encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões

homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público

(não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de

***constituição de uma família”** (grifo nosso);*

(ii) trecho do voto do eminente Ministro **CELSO DE MELLO**: *“Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional*

dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa

proclamação, pois, assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento –

que já se mostra impregnado de densa significação histórica -, estará viabilizando a plena

realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representa,

fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática”;

Ademais, transcrevo trecho da ementa:

“3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. **Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas .”** (grifo nosso)

Consideradas essas premissas estabelecidas pela própria colenda Corte Suprema, parece confirmar-se o entendimento de que, em última instância, a interpretação da

norma infraconstitucional, na espécie sob exame, fica a depender da prévia compreensão

acerca dos preceitos constitucionais relacionados, que se sobrepõem.

No presente recurso especial, esta eg. Quarta Turma acha-se instada a dizer da

possibilidade de se aplicar os regramentos normativos relativos ao instituto do "casamento

civil" à relação homoafetiva, fazendo previamente obrigatórias digressões no âmbito

constitucional, para dali, e somente dali, ou seja, da Constituição Federal, extrair

interpretação de normas e princípios que solucionem a lide. Sabe-se, no entanto, que ao

egrégio Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, a Carta Magna reservou a competência para dirimir conflitos com base em interpretação de normas infraconstitucionais (CF, art. 105, III). Ao colendo Supremo Tribunal Federal (arts. 102, 103 e 103-A) foi que incumbiu de interpretar as diretrizes constitucionais a respeito de qualquer temática.

No julgamento do presente recurso especial, entendendo atuar sob efeito vinculante decorrente das decisões proferidas nas referidas ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, esta colenda Corte de Justiça, na realidade, está interpretando indevidamente aqueles acórdãos e, possivelmente, ampliando o conteúdo daqueles julgados do Pretório Excelso naqueles feitos. Ali, reconheceu-se a possibilidade de haver união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, enquanto aqui se está deliberando acerca de um outro instituto, o casamento civil, o qual não é um mero consectário ou apêndice (acessório) de uma união estável. O tradicional e milenar casamento civil e a inovadora e recente união estável são institutos jurídicos independentes, com previsões constitucionais e regramentos próprios. Ter-se-ia observância de efeito vinculante caso o presente recurso especial tratasse de ação cujo mérito discutisse algum consectário de união estável homoafetiva, como, por exemplo, o regime de bens dessa união, a possibilidade de os companheiros fazerem em conjunto a declaração de ajuste anual de imposto de renda, o pagamento de pensão alimentícia, enfim, qualquer tema ligado a efeito ou atributo da união estável homoafetiva reconhecida pelo Supremo Tribunal. Mas não é isso. O que se tem aqui é a discussão em torno da possibilidade de haver casamento civil entre duas pessoas de mesmo sexo. E sobre esse tema, parece, a egrégia Corte Suprema nada deliberou, por ocasião do julgamento daquelas ações constitucionais.

Então, não se está aqui apenas aplicando o efeito vinculante decorrente daquelas decisões, mas pretendendo dar-se a uma decisão do eg. Supremo Tribunal Federal uma interpretação legítima, o que, no entanto, transborda dos limites de competência do colendo STJ. Qualquer eventual segura interpretação no sentido de que aquelas decisões alcançariam também o instituto do casamento civil, que tem previsão constitucional própria, merece ser dada apenas pela eg. Corte Suprema.

Ressalte-se, por oportuno, que os eminentes **Ministros Ricardo Lewandowski** e **Gilmar Mendes**, naqueles julgamentos, advertiram a eg. Suprema Corte quanto às ilações que poderiam ser feitas a partir da extensão de todos os efeitos da união estável heteroafetiva às homoafetivas, inclusive quanto à questão da facilitação da conversão da união estável em casamento.

A respeito do tema, ponderou o eminente **Ministro RICARDO LEWANDOWSKI** que as ações deveriam ser julgadas procedentes “*para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, **excluídas aquelas que exigam a diversidade de sexo para o seu exercício**, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações*” (grifo nosso).

No mesmo diapasão, salientou o eminente Ministro **GILMAR MENDES**:

“Destaco que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do eminente Ministro Relator Ayres Britto quanto ao resultado deste julgamento, embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação de seu voto, ou pelo menos algumas explicações em relação à divergência de minha fundamentação.

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, § 3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação - , os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.

Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas – evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível.

Até porque também tenho certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e

simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas. O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos -, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdermos, produzindo lacunas. Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento? Da mesma forma, no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, também há deveres e restrições a todos impostos, que deverão ser considerados. É o caso da aplicação das regras de vedação ao nepotismo, por exemplo. Em relação à legislação eleitoral, também se exige a adequação dessa nova realidade, como antes mencionei, para causas de inelegibilidade. O reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar equiparada para todos efeitos à união estável entre homem e mulher suscitaria ainda, a reflexão de sua repercussão no âmbito penal. Essas questões, mutatis mutandis, também afligem os próprios cultores do Direito Comparado. Eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo e lá houve a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Há outro recente exemplo: a lei recente da Argentina que aprovou o casamento de pessoas do mesmo sexo, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio – nada mais, nada menos do que quarenta e dois artigos.

O que busco enfatizar aqui, de qualquer forma é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita, podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. As escolhas aqui são de fato dramáticas e difíceis.

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicativos pelo ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável – naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos." (grifo nosso)

Destarte, o alcance da presente decisão transborda do âmbito do recurso especial, pois está para além dos limites do exame de norma infraconstitucional. Por isso, entende-se que somente o egrégio Supremo Tribunal Federal, seja dando eventual extensão interpretativa às decisões proferidas naquelas citadas demandas, seja interpretando a Carta

Magna, em sede de recurso extraordinário ou de ação constitucional, poderá deliberar sobre o mérito do presente recurso.

Pelas razões expostas, pedindo vênia ao ilustrado Ministro Relator e aos eminentes Ministros que o acompanham, entendo que não deve ser conhecido este recurso especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Cuida-se de recurso especial, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou a habilitação a casamento de

duas mulheres, fazendo-o ante a ausência de norma legal que preveja a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, omissão essa, segundo a Corte Local, não suscetível de suprimento pelo Poder Judiciário sob pena de violação ao princípio da tripartição dos poderes (art. 2º, da CF).

O eminente relator, Min. Luis Felipe Salomão, **votou no sentido de prover o recurso, admitindo a continuidade do procedimento de habilitação, no**

que restou acompanhado pelos demais integrantes desta Colenda Turma, os Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antônio Carlos Ferreira.

Não obstante o brilho dos votos dos colegas, senti-me na contingência de formular o pedido de vista, não por divergir quanto ao mérito da solução adotada

pela já assentada maioria da Turma, mas para buscar conforto e segurança no tocante às questões atinentes à competência desta Turma para conhecer da matéria, notadamente em virtude da forte carga constitucional necessária para que

se empreste provimento ao recurso.

Passo ao meu voto.

1 - Matéria Constitucional – Art. 2º da CF – Inexistência de prejudicialidade

O primeiro tema que me chamou à atenção na sessão em que se deu o início do julgamento deste recurso especial adveio do fundamento utilizado pelo

Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, para negar o pedido de habilitação. No

caso, desprovendo a apelação, referiu-se aquela Corte local à ausência de comando legal que ampare o pedido de casamento de pessoas do mesmo sexo e,

mesmo nutrido os julgadores do órgão fracionário simpatia pela ideia de admitir a

consagração da união oficial entre pessoas do mesmo sexo, a rejeitaram por entender que apenas o Poder Legislativo deteria tal prerrogativa. Em amparo a essa

conclusão, houve invocação ao art. 2º da Constituição Federal, cujo conteúdo estabelece o curial princípio da separação entre os três poderes da República.

Diante disso, poder-se-ia indagar se a matéria constitucional ali suscitada não constituiria questão prejudicial, a atrair a aplicação do art. 543, parágrafo 2º, do

Código de Processo Civil, que faculta ao Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do relator do recurso especial, remeter os autos ao Supremo Tribunal

Federal, para prévio julgamento do recurso extraordinário.

E, após reflexão, somente posso concluir pela resposta negativa.

Primeiro, porque a matéria discutida na ação e, por consequência, no presente recurso especial, reside essencialmente **na tese de violação a artigos do**

Código Civil, que disciplinam o casamento à luz das diretrizes de cunho genérico dispostas no art. 226 da CF.

A menção ao artigo 2º da CF pela Corte de origem é meramente

retórica, justo que as autoras desta ação não buscam a concessão de direito subjetivo desprovido de densidade normativa ou a elas vedado pelo ordenamento

jurídico; ao revés, pretendem apenas o reconhecimento de que direitos, atualmente

consagrados somente aos casais heterossexuais, sejam-lhe estendidos, mediante

interpretação extensiva das normas que regem o casamento civil.

Ademais, a omissão do Legislativo, por si só, não acarreta a improcedência do pedido ou permite a negativa de prestação jurisdicional. Basta

lembrar o que dispõe o art. 126 do CPC (“*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos*

costumes e aos princípios gerais do direito”).

Isso é: verificando a inexistência de suporte jurídico ao pedido, basta ao juiz rejeita-lo com base no art. 269, I, do CPC, sendo totalmente despicienda a invocação do art. 2º da CF quando da prestação jurisdicional de resposta negativa

ao pedido. Do contrário, em todo julgamento de improcedência em que o togado

fundamentasse sua decisão na falta de respaldo legal, estaria a parte, então, obrigada a questionar o art. 2º da CF para reverter a decisão, o que soa absurdo.

Tocante à menção, no aresto de origem, acerca do art. 226 da CF, também não se vislumbra a necessidade de aguardar julgamento do recurso extraordinário. Vale lembrar que, em âmbito constitucional, a única disposição acerca do casamento não proíbe nem autoriza que ele seja realizado entre pessoas do mesmo sexo, trazendo o parágrafo primeiro do art. 226 a mera enunciação de

que “o casamento é civil, e gratuita sua celebração”, concluindo-se, assim, que o

dispositivo **traz conteúdo totalmente aberto, deixando a cargo do legislador**

ordinário conformar-lhe o respectivo conteúdo.

A par disso, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 132 (convertida em ADIN), procedeu à exaustiva análise do mencionado dispositivo, podendo se extrair

dessas premissas a conformação constitucional a ser obedecida na interpretação

das normas infraconstitucionais.

Nesse panorama, a análise do art. 226 da CF, neste caso concreto, não é primordial em relação ao exame dos artigos infraconstitucionais que disciplinam

o

casamento, uma vez que a leitura de tal dispositivo já foi devidamente realizada pela

Corte Suprema, nada impedindo, ademais, que, após o presente julgamento, seja o

recurso extraordinário enfrentado pelo STF, porquanto a interpretação a ser aqui

conferida aos dispositivos do Código Civil poderá lá ser questionada em confrontação ao mencionado dispositivo constitucional.

Em função disso, não vislumbro, como também não vislumbraram os eminentes colegas, eventual prejudicialidade do julgamento do recurso

extraordinário em relação ao presente recurso especial.

2 – Afetação à Corte Especial – Improriedade

A segunda temática, que impulsionou meu pedido de vista, diz com suposta necessidade de declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso,

dos dispositivos que normatizam o casamento civil, por traduzirem eventual óbice ao

acolhimento do pedido deduzido nesta ação. Nessa conjuntura, despontaria a incompetência deste órgão fracionário para prosseguir no julgamento, ante a cláusula de reserva de plenário inscrita no art. 97 da CF, matéria que também é alvo

da Súmula Vinculante n. 10 do STF.

Todavia, novamente aqui a resposta é negativa.

Para que se dê provimento ao recurso especial não é necessário diminuir o alcance de qualquer dispositivo do Código Civil, mas apenas alargar-lhes a abrangência. É dizer, não constitui pressuposto, para admitir o casamento civil entre

casal homoafetivo, afastar a vigência de qualquer dispositivo legal, porquanto em

diploma algum de nosso ordenamento jurídico existe uma norma que vede expressamente essa união.

Existe, é verdade, um conjunto de normas que disciplina o casamento entre casal heterossexual, entretanto, em nenhum momento esse mesmo ordenamento estabelece regra específica enunciando que somente será admitido o

casamento para pessoas de sexo diverso, tampouco que proíba pessoas do mesmo

sexo em contrair o casamento.

Logo, permitir o prosseguimento do pedido de habilitação não depende da declaração de inconstitucionalidade propriamente dita de artigos do Código Civil.

Usa-se, aqui, a técnica da interpretação extensiva, inspirada na exegese dada pelo STF ao artigo 226 da CF, ampliando o alcance desses mesmos artigos

que já disciplinam o casamento heterossexual, de modo a entender cabida a mesma proteção jurídica a eles dispensada também aos casais homoafetivos.

Essa interpretação ampliativa detém forte amparo jurídico, justo que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF n. 132-RJ (convertida

em ADIN), ao interpretar o art. 1.227 do CC (que trata da união estável entre casais

homoafetivos) à luz do disposto no art. 226 e seus parágrafos da CF, externou, em

decisão dotada de efeitos *erga omnes*, a firme compreensão de que a Carta Máxima veda discriminação que tenha por pressuposto a orientação sexual do indivíduo. Reconheceu, assim, com base na técnica de interpretação conforme à

constituição, a higidez da união estável entre casais homoafetivos nos mesmos moldes e termos daquela referente aos casais heterossexuais.

Ora, se o Supremo Tribunal Federal ditou o exato conteúdo do art. 226

da Constituição Federal, vedando distinção jurídica entre casais em razão de sua

orientação sexual, por óbvio que todo e qualquer diploma infraconstitucional deverá

ser reinterpretado em consonância ao decidido pela Corte Suprema.

Ou seja, a nova orientação constitucional causa impacto direto e imediato em todos os diplomas de inferior hierarquia em vigor no ordenamento jurídico.

Isso possibilita aos órgãos fracionários dos Tribunais, valendo-se exatamente daquela mesma linha de exegese constitucional, declarar o novo alcance dos dispositivos legais que tratam do assunto, sem violação à cláusula de

reserva de plenário, ***sobretudo por não deter referida orientação caráter negativo e sim extensivo.***

Sobre o tema, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o exercício de interpretação conforme à Constituição de dispositivos infraconstitucionais não reclama a reserva de plenário, por não importar em total supressão de incidência da norma:

Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). "Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição.." (cf.

RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97).

No mesmo rumo, esta Corte tem assentado:

A interpretação extensiva da norma infraconstitucional efetuada pelos órgãos fracionários que compõem o Superior Tribunal de Justiça não se confunde

com a declaração de inconstitucionalidade, que requer rito próprio, nos termos do

art. 97 da Constituição Federal (AgRg no REsp 1237371/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe

15/08/2011).

Logo, como não se trata de afastamento de incidência das normas que disciplinam o casamento civil, mas sim de ampliação de seu alcance, à luz de interpretação dada pelo STF ao art. 226 da CF, torna-se impróprio cogitar em remeter a questão à Corte Especial deste STJ.

3 – Afetação à Seção – Discricionariedade

Outro ponto que chamou à atenção deste signatário condiz com eventual afetação da matéria, para que seja julgada diretamente pela 2ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, o que se afigura possível ante o teor do artigo 14, III, do RISTJ.

Tal providência, entendo, seria de suma importância, tendo em conta a relevância da matéria em jogo, a qual tem o condão de repercutir diretamente na

vida de milhares de pessoas que se estejam em situação jurídica idêntica, gerando

uma verdadeira corrida ao judiciário para regularização das uniões estáveis já existentes e, quiçá, a celebração originária de casamentos.

Ainda se desconhece a orientação que eventualmente poderá vir a ser seguida pela Terceira Turma desta Casa, sendo que eventual divergência daquele

órgão fracionário quanto à linha de decisão aqui e agora adotada potencializaria

grave insegurança jurídica em âmbito nacional, o que, se possível, deve ser evitado,

mormente em sede de assunto que afeta tão fortemente o íntimo e o próprio cotidiano dos interessados.

Não desprezo a orientação “política” de nossa Turma, na esteira de somente levar para julgamento ante a Seção matérias sobre as quais já haja um

mínimo número de decisões em idêntico sentido.

No entanto, a relevância da temática sugere a quebra dessa nossa praxe, porquanto não se está aqui lidando com assuntos cotidianos, de cunho meramente

patrimonial. Em realidade, o assunto aqui tratado envolve a felicidade, a vida privada, o *status* social e o estado civil de milhares de pessoas.

Por isso, a definição do assunto, desde logo, pelo órgão responsável por ditar a palavra final em legislação infraconstitucional de direito privado no Brasil deteria, inegavelmente, muito mais força e geraria muito maior segurança jurídica a

todos, do que a decisão tomada isoladamente na Turma, além de permitir, em um

colegiado maior, a troca de ideias e discussão mais abrangente do tema, a formar

uma conclusão judicial dotada de insuperável autoridade e uniformidade.

De toda sorte, ainda que, quanto ao mérito, entenda no mesmo sentido já externado pelos eminentes pares, todavia, lanço ao exame desse colegiado a questão acima suscitada.

4 – Mérito

Superadas as considerações iniciais, no mérito, resta imperioso admitir

seja conferida a proteção familiar, típica do regime do casamento, aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, ao casal homoafetivo, porquanto não existe um único argumento de cunho jurídico a obstar o reconhecimento da validade

jurídica de tal união.

Qualquer empecilho que se levante à admissão da validade dessa proteção parte unicamente de restrições ideológicas, discriminatórias da orientação

sexual, o que não mais se admite no moderno Estado Democrático de Direito.

Entre as finalidades do Estado também está a de tutelar valores morais, preservar costumes, permitir o convívio de diversidades e variados referenciais, atento a que a sociedade da era do consumo, ainda que distanciada do modelo humanístico, admita uma infinda variedade de *ethos vivendi*, gerados a contar da

coexistência entre individualidades típicas e padrões plúrimos de convivência, não

tendo mais lugar (o Estado) **apenas para impor** ao jurisdicionado parâmetros estereotipados. Agregar e fundar a fraternidade, a união das pessoas, protagonizar

a tolerância e não criar normas que as deixem à margem do ordenamento jurídico, em função de credo, da classe social, da raça, da orientação sexual, precisamente

porque o Estado não existe apenas para satisfazer ou legitimar os interesses das

maiorias, e mesmo das classes dominantes, cumprindo-lhe velar também pelos direitos das minorias, sob pena de omitir-se exatamente no cumprimento de uma

das suas principais funções, que é a de propiciar alternativas e sistemas de inclusão, repudiando discriminações que apenas aguçam o marginalizar de condutas destes que, como se está a ver, não mais se contentam em, acudados, ver

como que apenas toleradas as suas opções de perfil sócio-familiar, almejando e

merecendo, sim, se ver admitidos, sentir-se lúdima e legitimamente incluídos, sem

sobressaltos, no cotidiano rotineiro das gentes.

Toda intervenção direta do Estado na vida privada das pessoas somente se justifica, no atual ordenamento jurídico, de cunho democrático, caso tenha por

escopo realizar a proteção do indivíduo, para garantir-lhe direito ou cobrar-lhe obrigações.

Assim, como já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a preocupação maior da Constituição Federal, ao estabelecer diretrizes ao direito de família está

em proteger esse núcleo de pessoas, indispensável à formação do Estado.

Não pode ser outro o entendimento retirado a partir da redação do art.

226 do texto constitucional. Pela imponência de sua redação faço questão de transcrevê-lo: **“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”**.

Conceituando a família, não contém a Carta Magna qualquer comando

discriminatório. Reconhece-a em função da coexistência afetiva entre pessoas, não

vinculando sua existência à conformação clássica de família surgida somente a partir do casamento entre homem e mulher. É o afeto, a vida em comum, o traço

marcante a caracterizar uma família.

Indubitável, assim, sobretudo após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 132-RJ, que o núcleo de pessoas surgido da união de

casal homoafetivo se constitui em família.

De outro lado, o casamento, desde os tempos remotos, constitui-se no instrumento jurídico principal a conferir segurança às relações familiares, pois ele

estabelece oficialmente, ante ao ordenamento e à sociedade, os vínculos e deveres

conjugais, regime patrimonial, dentre outra elevada gama de obrigações e direitos,

garantindo, assim, a plena vida em comum do casal.

Ora, se a união homoafetiva é reconhecidamente uma família, se o fundamento da existência das normas de direito de família consiste precisamente

em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, e se o casamento é o principal instrumento para essa proteção, seria totalmente despropositado concluir que esse

elevado instrumento jurídico do casamento não pode alcançar os casais homoafetivos.

Interpretação nesse sentido, reitera-se, somente pode ser obtida mediante o foco do preconceito e da intolerância, o que não se mostra admissível

em nosso atual estágio de evolução humana.

Por todas essas razões, considerando que o Supremo Tribunal Federal já examinou matéria atinente à proteção familiar com foco incidente na mesma discussão agora em debate (união homoafetiva), e, entendendo que a solução aqui

assinalada não tem, por si, o condão de afastar as vezes do legislador, no caso posto, por interpretação extensiva e à vista da inexistência de vedação normativa à

tutela estatal daqueles que pretendem constituir uma entidade familiar por homoafetividade, é de se reconhecer a proteção familiar, típica do regime do casamento, aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, motivo pelo qual:

a) para não contrariar minha própria exposição, suscito, preliminarmente, a questão de ordem para que o presente recurso tenha o seu julgamento afetado à

Segunda Seção ante a relevância da matéria;

b) todavia, caso não seja este o entendimento desta egrégia Turma, acompanhando o eminente relator, voto no sentido de dar provimento ao Recurso

Especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE : K R O

RECORRENTE : L P

ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, concordo com Vossa Excelência. A competência para julgamento deste recurso especial é

da Quarta Turma, o juiz natural para esse caso. Sabemos, é claro, que o assunto é relevante, que tem repercussão e desconhecemos a convicção dos eminentes Ministros

integrantes da Terceira Turma a propósito do tema. Penso que, nessa hipótese, poderíamos afetar o próximo recurso à Seção. A própria Terceira Turma também poderá

julgar um recurso da espécie ou submete-lo à Seção, ou poderíamos aguardar o julgamento

de eventuais embargos de divergência. Por isso concordo com Vossa Excelência.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUARTA TURMA

Número Registro: 2010/0036663-8 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1183378 / RS**

Números Origem: 10900882917 70030975098 70034045450

PAUTA: 20/10/2011 JULGADO: 25/10/2011

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : K R O

RECORRENTE : L P

ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem, suscitada pelo Sr. Ministro Marco Buzzi, para submeter o julgamento do feito à Segunda Seção. Vencidos na questão de ordem os Srs. Ministros Marco Buzzi e Raul Araújo. No mérito, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e a retificação do voto do Sr. Ministro Raul Araújo, para não conhecer do recurso, divergindo do Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votou vencido, no mérito, o Sr. Ministro Raul Araújo.

O Sr. Ministro Marco Buzzi (voto-vista), a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr.

Ministro Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.