

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

**OS LIMITES DA PONDERAÇÃO OTIMIZANTE E A FUNÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE
MODERNA**

**THE LIMITS OF OPTIMIZING BALANCING AND THE FUNCTION
OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN
MODERN SOCIETY**

RVD

Recebido em
05.11.2020

Aprovado em
18.11.2020

Jorge Adriano da Silva Junior¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo compreender os limites da regra da ponderação com pretensão otimizante proposto por Alexy, em face da função dos direitos fundamentais de manutenção da diferenciação funcional dos sistemas sociais na modernidade. Alexy cria uma teoria dos princípios que busca racionalizar a aplicação dos direitos fundamentais e a solução dos conflitos inerentes à solução de casos à luz das normas princípio com base em uma ponderação com pretensão otimizante. Em uma sociedade complexa em que o dissenso valorativo é estrutural, há um risco de desdiferenciação funcional em face da expansão de determinado sistema funcional sobre os demais, o que demanda a aplicação dos direitos fundamentais para manter a sustentabilidade dos sistemas sociais. Ocorre que, através de nossa pesquisa bibliográfica, diagnosticamos alguns problemas na teoria da ponderação de Alexy, principalmente a partir das críticas de Marcelo Neves, e identificamos outros problemas de aplicação da técnica da ponderação no Brasil que vêm reduzindo o cumprimento da função sustentável dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Ponderação. Princípios. Teoria dos sistemas.

ABSTRACT

This work aims to understand the limits of the optimizing balancing rule proposed by Alexy, in view of the function of fundamental rights in maintaining the functional differentiation of social systems in the modernity. Alexy creates a theory of principles that seeks to rationalize the application of fundamental rights and the solution of conflicts inherent in the solution of cases in the light of the principle norms based on a optimizing balancing. In a complex society in which the valuation dissent is structural, there is a risk of functional dedifferentiation in the face of the expansion of a certain functional system over the others, which demands the application of fundamental rights to maintain the sustainability of social systems. Occurs that, through our

¹ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). E-mail: jorgeadrianojr@gmail.com. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4278-2851>

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

bibliographic research, we diagnosed some problems in Alexy's theory of balancing, mainly based on Marcelo Neves' criticisms, and we identified other problems of applying the balancing technique in Brazil, that have been reducing the fulfillment of the sustainable function of rights fundamental.

KEYWORDS: Fundamental rights. Balancing. Principles. Systems theory.

1. INTRODUÇÃO

A tradição positivista que conferia normatividade apenas às regras jurídicas, bem como rechaçava a perspectiva moral na interpretação da norma jurídica, passou a ser fortemente contestada na segunda metade do século XX, principalmente após as atrocidades testemunhas na Segunda Guerra Mundial. Teorias pós-positivistas ganharam fôlego ao apontar as deficiências da perspectiva positivista de interpretação/aplicação da norma jurídica e reivindicar uma análise valorativa na construção e aplicação do direito.

O fortalecimento da normatividade dos direitos fundamentais foi uma das principais apostas do neoconstitucionalismo para superar o paradigma positivista, controlar a discricionariedade judicial e conter o arbítrio do poder político. A teoria dos princípios de Alexy busca, nesse contexto de avanço do paradigma pós-positivista, auxiliado umbilicalmente a uma teoria do discurso, racionalizar a contenção da discricionariedade judicial mediante um procedimento argumentativo.

A redução da discricionariedade judicial é uma tarefa árdua e que não pode negligenciar o dissenso estrutural presente em nossa sociedade complexa, nem mesmo os riscos de desdiferenciação do direito que, colateralmente, os modelos que pretendem essa redução podem causar. Portanto, este trabalho busca compreender os limites da regra da ponderação com pretensão otimizante proposto por Alexy, em face da função dos direitos fundamentais de manutenção da diferenciação funcional dos sistemas sociais na modernidade.

Com esse desiderato, investigamos com base em pesquisa de revisão bibliográfica os conceitos trabalhados por Alexy que fundamentam sua teoria dos princípios e máxima da ponderação, bem como analisamos criticamente esse marco

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

teórico à luz da teoria dos sistemas sociais, principalmente a partir das reflexões de Niklas Luhmann e Marcelo Neves.

Na primeira parte do trabalho, buscamos compreender a divisão do conceito de norma jurídica entre regras e princípios e suas implicações para a solução jurídica do conflito entre essas normas, com recorte especial à máxima da proporcionalidade sustentada por Alexy. Em seguida, introduzimos alguns conceitos essenciais da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann que iluminará a discussão acerca dos limites da ponderação otimizante. Por fim, diagnosticamos alguns problemas inerentes à teoria da ponderação de Alexy, principalmente a partir das críticas de Marcelo Neves, bem como apresentamos os problemas práticos de aplicação da técnica da ponderação no Brasil.

2. A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ALEXY

Alexy busca, através de sua teoria dos princípios, superar o paradigma positivista que negava normatividade aos princípios. Ele constrói não apenas uma análise lógica argumentativa acerca da natureza das normas e suas distinções, mas propõe um meio para a solução dos conflitos oriundo da colisão entre normas, sobretudo, as normas princípios. Nesse sentido, Alexy aposta na racionalidade argumentativa e em um procedimento capaz de promover a construção de consensos e otimizar a satisfação de direitos fundamentais.

Seguindo a tradição pós-positivista de Dworkin de superar o modelo puro de regras, Alexy (2008, p. 90) sustenta que os princípios são mandados de otimização e, portanto, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. A satisfação dos princípios, dessa forma, pode ocorrer em graus variados. Todavia, no caso das regras, elas são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, contendo determinações das possibilidades fáticas e jurídicas de sua aplicação (ALEXY, 2008, p. 91).

Além disso, os princípios são caracterizados como razões *prima facie*, exigindo que algo seja realizado na maior medida possível a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, não possuindo toda a extensão de seu conteúdo semântico

<https://doi.org/10.20873/uff.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

previamente à colisão de princípios. Por sua vez, as regras, são mandados definitivos que delimitam a extensão de seu conteúdo fático e jurídico, exigindo o cumprimento exato daquilo que foi normativamente determinado.

Essa distinção qualitativa entre regras e princípios se revela mais importante quando estamos diante da colisão entre normas jurídicas. O conflito entre regras apenas é possível, no modelo de Alexy, em caso de previsão em uma das regras de uma exceção à aplicação de outra regra, do contrário, uma dessas regras é inválida (ALEXY, 2008, p. 92). A colisão entre princípios, por sua vez, não é solucionada no campo da validade das normas. Em caso de colisão, um princípio pode ceder para a aplicação de outro princípio sem que haja necessidade de previsão de cláusula de exceção nem a declaração de sua nulidade. Os princípios possuem pesos diferentes em cada caso concreto, sendo que o princípio de maior peso tem precedência em face dos demais (ALEXY, 2008, p. 93-94). Portanto, enquanto o conflito entre regras é resolvido com o critério validade/invalidade, a colisão entre princípios é solucionada mediante ponderação racional realizado no procedimento judicial, e também no legislativo, mediante o cálculo das argumentações presentes em um caso concreto que motivaram a decisão acerca da precedência de um princípio em face de outro.

O cálculo que envolve a ponderação com pretensão otimizante em caso de colisão entre princípios é dividido em três máximas parciais, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) (ALEXY, 2008, p. 117).

O primeiro critério está associado a uma tradição que busca fazer um cálculo entre meios e fins no direito. Nesse sentido, a adequação demanda observarmos se o meio é adequado à consecução do fim previsto em um princípio ou não. Portanto, uma “medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido” (SILVA, 2002, p. 37). Enquanto mandados de otimização, os princípios não poderiam sofrer restrição se sequer o meio atinge a finalidade do outro princípio em colisão. A segunda fase é descrita como a máxima da necessidade, que demanda a análise da decisão com medida menos gravosa ao princípio cedente. A limitação de um direito fundamental só seria necessária se a concretização do objetivo perseguido não pudesse ser promovida, com a mesma

<https://doi.org/10.20873/uff.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

intensidade, por outro meio menos gravoso ao direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p. 38). Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito representa o “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 40). Para Alexy (2008, p. 118) a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) está associada às possibilidades jurídicas dos princípios, já a adequação e a necessidade estão associadas às possibilidades fáticas dos princípios.

Na teoria de Alexy, os princípios e a máxima da ponderação são dois lados da mesma moeda. Enquanto o primeiro estaria associado ao tipo teórico-normativo, o outro, seria o lado metodológico (ALEXY, 2011, p. 64). A ponderação seria uma técnica prescrita como uma lei: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 167). Nesses termos, considerando que os princípios são mandados de otimização e a ponderação a metodologia de sua aplicação, a ponderação possui uma pretensão de otimização dos direitos fundamentais, devendo essas normas serem satisfeitas na maior medida possível a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Por outro lado, o procedimento argumentativo consubstanciado na máxima da proporcionalidade, servirá para que, em um caso concreto, o intérprete consiga extrair uma norma de decisão a um caso concreto envolvendo princípios. Dessa forma, a aplicação da técnica da ponderação pressupõe o atendimento de diversas regras da argumentação jurídica que legitimariam a decisão judicial, sendo a construção da teoria da argumentação de Alexy influenciada diretamente pela teoria do discurso de Habermas.

Alexy (2009) sustenta, ainda, que a legitimação do direito não se fundamenta apenas pelas normas positivadas, mas sim por um procedimento racional argumentativo de correção (ALEXY, 2009, p. 151). A pretensão de correção do direito impõe uma análise moral discursiva sobre a norma, perquirindo se ela atende não apenas sua legalidade, mas também a justiça. Essa pretensão pressupõe uma argumentação jurídica racional que fundamentaria as normas, demandando um

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

“constitucionalismo discursivo” (ALEXY, 2011, p. 9). Os tribunais ganham extrema relevância nesse constitucionalismo discursivo, ao decidirem os casos imbuídos de uma pretensão de correção moral.

Portanto, a teoria dos princípios de Alexy aposta na construção racional e argumentativa de uma decisão envolvendo conflitos entre princípios jurídicos mediante a máxima da proporcionalidade, que envolve a ponderação entre os bens envolvidos em um caso concreto visando a otimização dos princípios enquanto formas jurídicas dotadas de força normativa.

3. A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Niklas Luhmann desenvolve a teoria dos sistemas sociais almejando compreender, sobretudo, o funcionamento da sociedade moderna. É possível compreender essa sociedade ocidental sob o prisma da evolução das suas estruturas comunicativas e operacionais. Essa evolução não se confunde com a perspectiva darwinista social racista, pois não se trata do “aprimoramento” de uma racionalidade ocidental em relação às demais, nem se aplica o fator superior/inferior, ou se admite uma progressão teleológica da sociedade.

O termo evolução está associado à reprodução das operações sistêmicas voltadas à complexidade social e adaptação ao ambiente a partir dos processos sistêmicos de variação/seleção/estabilização (LUHMANN, 2006). O elemento variação significa a reprodução desviante, e surpreendente de elementos do sistema; através da seleção elege-se referências de sentido que formem estruturas que possibilitem a capacidade de reprodução da expectativa desviante fruto da variação, ou, em sentido contrário, promovam a exclusão dessa variação; por último, a estabilização é a incorporação das mudanças estruturais no complexo de estruturas já existentes no sistema (LUHMANN, 2006, p. 385).

Na sociedade moderna a estabilização da variabilidade de forma diferenciada foi possível pela normalização da alta complexidade e da contingência, o que produz mais incertezas. As instâncias religiosas/morais ou o poder absoluto monárquico perderam a capacidade operacional de fecharem imediatamente as possibilidades de seleção de

<https://doi.org/10.20873/ufv.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

estruturas para a variação de expectativas sociais. Na modernidade, houve uma “superação” da moral conteudística e hierárquica válida para todas as esferas de “agir” e de “vivenciar”² (NEVES, 2012, p. 123). A destituição de sistemas hierárquicos que ordenem de forma total a sociedade promoveu uma policontextualidade e necessária observação parcial da realidade social a partir do ponto de vista de cada sistema social, não cabendo mais leituras totalizantes sobre todos os fenômenos sob um único ponto de partida. Da mesma forma, a pluralidade ideológica, religiosa e dos diversos valores que passaram a buscar “reconhecimento” e possibilidade de reprodução social, ampliou os dissensos sociais, a complexidade e contingência.

Para compreender esses fenômenos modernos, Luhmann (2009, p. 184) observa a complexidade enquanto a existência de possibilidades, elementos e relações maiores do que são possíveis de realizar. A pluralidade de expectativas e concepções de mundo abrem um arsenal de escolhas e alternativas de futuro. Associada à complexidade, a contingência moderna representa a possibilidade de seleção de qualquer opção entre as possíveis. As decisões tomadas poderiam ser diferentes em razão da não “necessidade” dos seus elementos. As inúmeras possibilidades de decisão promovem uma pressão seletiva contingente na sociedade, que precisará reduzir a complexidade de forma a operar com sentido, o que reflete e é reflexo, paradoxalmente, na diferenciação funcional da sociedade em diversos subsistemas. Cada um dos sistemas diferencia-se de seu entorno de forma a manejar a complexidade suficiente para suas operações (LUHMANN, 2006, p. 599).

A diferenciação funcional e pluralidade de expectativas sociais na sociedade também ampliam a superprodução de possibilidades e, conseqüentemente, de pressão seletiva. Todavia, ela é a “forma na qual a alta complexidade social torna-se organizável” (LUHMANN, 1983a, p. 176). Esses subsistemas são diferenciados não em uma lógica vertical, mas sim funcional. A compreensão da sociedade moderna, dessa forma, não pode ser realizada por uma ótica única. Portanto, é necessário compreendermos como funcionam esses sistemas sociais para entendermos, em

² O conceito sistêmico-funcional de “agir” e “vivenciar” estão relacionados com a definição de “eficácia” e “vigência”, em uma perspectiva sociológica. Enquanto a eficácia se encontra no plano do “agir”, a vigência se apresenta no plano do “vivenciar” (NEVES, 2011, p. 52).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

seguida, o funcionamento do sistema jurídico e o papel dos direitos fundamentais a partir desse paradigma.

3.1. Subsistemas Sociais

Os sistemas sociais, na teoria luhmannian, são autopoieticos e, portanto, definidos como sistemas que “*por sí mismos producen no sólo sus estructuras, sino también los elementos de los que están constituidos en el entramado de estos mismos elementos*” (LUHMANN, 2006, p. 44). Esses sistemas operam de forma fechada (autorreferência) e se diferenciam de seu ambiente não de forma a criar um isolamento solipsista, pois promovem uma abertura cognitiva que possibilite a capacidade de aprendizado do sistema (heterorreferência). Trata-se de processos simultâneos e interligados, pois é o fechamento operacional do sistema que possibilita a abertura cognitiva do direito ao ambiente (LUHMANN, 2016, p. 102).

A sociedade é uma espécie de sistema constituinte de sentido que reproduz suas comunicações a partir de comunicações próprias, constituídas apenas de suas operações (LUHMANN, 2006). A autonomia e a identidade dos referidos sistemas sociais surgem a partir da diferença entre sistema/ambiente, sendo o sistema produto dessa diferença de dois lados. A partir dessa diferenciação, a evolução da sociedade moderna acarretou na formação de diversos sistemas, quais sejam, direito, economia, política, arte, saúde, etc. Esses sistemas operam por códigos binários e programas próprios. A economia com seu código ter/não ter (*haben/nicht haben*), o direito com seu código direito/não-direito (*recht/unrecht*) e a política com o código governo/oposição (*Regierung/Opposition*), ilustram as unidades de dois lados enquanto valores que definem o sistema. Considerando que os sistemas operam comunicativamente de forma autorreferencial, cada sistema se fecha, operando apenas com seu código interno.

Por outro lado, a abertura sistêmica cognitiva à complexidade e variabilidade do ambiente ocorre através dos programas, que adjudicam critérios que determinem um dos polos do esquema binário a partir do código específico do sistema (GONÇALVES, 2013, p. 113). Ou seja, os programas são condições que estabelecem em que circunstância os valores positivo e negativo serão atribuídos (LUHMANN, 2006, p. 294).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

Após o diagnóstico da complexidade e contingência da modernidade, bem como sua fragmentação em subsistemas parciais da sociedade mundial, precisamos compreender o funcionamento do sistema jurídico, em específico.

3.2. O Sistema Jurídico

A possibilidade de dizer o direito a partir do sistema jurídico de forma autopoietica só se manifesta na sociedade moderna. Nesse contexto, o direito é compreendido como direito positivo, o que implica dizer que o direito é posto e alterável através de decisão e não está vinculado às antigas fórmulas estáticas de limitação do futuro (LUHMANN, 2016, p. 718). Ou seja, o direito passa a produzir e reproduzir suas operações através do direito positivado pelo sistema. Além do mais, a positividade representa a autodeterminação do direito, ou seja, a manutenção/alteração do sistema depende dos critérios, elementos e operações do próprio sistema (NEVES, 2018, p. 41).

Em um ambiente plural e dissensual, diversas expectativas normativas precisam de estabilização jurídica para a manutenção do convívio entre as pessoas e manutenção dos sistemas diferenciados. Nesse sentido, o direito seleciona estruturas para viabilizar a generalização de determinadas expectativas sociais em detrimento de outras. O sistema jurídico funciona para viabilizar a convivência entre os indivíduos através da segurança de determinação prévia de quais expectativas estão em conformidade com o direito.

A compreensão da função jurídica pressupõe a diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas. Segundo Luhmann (1983b p. 56), enquanto as expectativas cognitivas, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade, as expectativas normativas, ao contrário, elas não são abandonadas se alguém as transgredir. A função do direito é a generalização de expectativas e não de comportamentos. Assim, os sujeitos podem se comportar de forma contrária ao quanto positivado, o que manifesta a contingência e imprevisibilidade social. O ganho evolutivo na diferenciação das expectativas sociais se dá com o fato de que a expectativa normativa generalizada não deverá ser abandonada pelo sistema jurídico em caso de frustração. Além de sua

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

função, o sistema jurídico produz “prestações” aos demais sistemas sociais, sendo, as mais comuns: a solução de conflitos gerados nos sistemas sociais em que estes são incapazes de resolver (NEVES, 2018, p. 233); e a disponibilização de “*institutos normativos que servem à garantia de estruturas e operações em outros subsistemas sociais*” (NEVES, 2018, p. 233).

A diferenciação funcional do direito exige, entretanto, uma diferenciação própria entre códigos e programas como dois lados de uma forma (LUHMANN, 2016, p. 253). O código do direito consiste na forma direito/não-direito. Assim, a decisão judicial não deve se orientar pelos códigos dos demais subsistemas sociais, mas aplicar o código do direito determinando o que está ou não conforme o direito. A orientação da aplicação correta do binômio direito/não-direito, por sua vez, decorre de programas criados pelo próprio direito. Os vetores de orientação são formados em conformidade com o direito, mas possuem seu conteúdo a partir dos fluxos de sentido do ambiente social. Conforme afirma Campilongo (2002, p. 77), os programas do sistema jurídico são normativos e regulam os comportamentos sociais através de leis, contratos, regulamentos, bem como os precedentes judiciais.

Os programas do direito podem ser classificados como condicionais ou finalísticos. Os programas condicionais possibilitam o enlace contínuo entre heterorreferência e autorreferência do sistema jurídico (LUHMANN, 2016, p. 259). A forma de programas condicionais vincula-se à estabilização das expectativas contrafáticas e cumprimento da função do direito. Essa estabilização programática contribui para a segurança jurídica no momento das decisões (LUHMANN, 2016, p. 265). Os programas condicionais desafogam o sistema jurídico através da simplificação do processo decisório (LUHMANN, 1983a, p. 30). Por meio de sua fórmula (se-então), o programa condicional estabelece as condições de determinação da conformidade ou não com o direito. Por sua vez, os programas jurídicos podem ser finalísticos. Esses programas guiam as estruturas do sistema. Em que pese a orientação programática possa ser uma perspectiva política sensata, são programas imprecisos do ponto de vista técnico-jurídico (LUHMANN, 2016, p. 264-268).

A partir dessa abordagem sistêmica do direito, explanada de forma introdutória, precisamos compreender que mecanismo viabiliza a sustentabilidade entre os sistemas

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

sociais modernos. Para isso, investigaremos a função dos direitos fundamentais como um meio de comunicação que viabiliza a possibilidade de diferenciação funcional.

4. A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na continuidade da nossa pesquisa visando compreender a perspectiva da teoria dos sistemas sociais sobre nosso objeto de estudo, podemos dizer que os direitos fundamentais, segundo Luhmann (2010, p. 297), são uma instituição moderna que têm por função bloquear a desdiferenciação funcional da sociedade, na medida em que protege os subsistemas sociais do risco de expansão da política sobre as demais ordens sociais. De forma similar, Luhmann, ao aprimorar³ sua teoria sobre os direitos humanos, afirma que esses direitos têm como função “*manter aberto o futuro das reproduções autopiéticas diversificadas do sistema*” (LUHMANN, 2016, p. 155). Luhmann, todavia, restringe sua concepção de direitos humanos aos casos de ofensas “inequivocamente evidentes”, como “desaparecimento de pessoas acobertado pelo Estado, a deportações forçadas e aos banimentos, à morte, apreensão e tortura” (LUHMANN, 2016, p. 781). Com razão, Neves (2009, p. 252) critica essa restrição luhmaniana do sentido dos direitos humanos, na medida que isso deixa de levar em consideração que a dignidade humana também é violada pela exclusão social absoluta de diversos grupos humanos na sociedade mundial.

De modo diverso ao proposto por Luhmann, mas também em um contexto sistêmico e qualitativo, Teubner (2012, p. 140-141) vai observar que a função dos direitos fundamentais não está mais limitada à proteção dos sistemas sociais de um determinado Estado em face da expansão totalitária do sistema político, como descrito por Luhmann (2010). Em razão da autonomia dos sistemas em escala global, os direitos fundamentais seriam uma instituição que protegeria os indivíduos e a sociedade contra a expansão dos diversos subsistemas sociais. Teubner (2012) distingue três dimensões para os direitos fundamentais: “direitos institucionais”, “direitos pessoais” e

³ Como explana Neves (2009, p. 251), inicialmente Luhmann não desenvolve uma teoria dos direitos humanos, por considera-lo “eterno”, não sendo a teoria dos sistemas um aporte para lidar com esses direitos. “Los derechos fundamentales se relacionan con este momento del desarrollo civilizatorio de la sociedad —por eso son algo enteramente distinto a “derechos humanos” eternos— y lo confirman en la medida en que intentan contrarrestar las tendencias involutivas contenidas en él” (LUHMANN, 2010, p. 99).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

“direitos fundamentais”. Segundo essa classificação, os direitos humanos estariam, portanto, limitados à proteção da integridade do corpo e da mente (“alma”) dos indivíduos em face da expansão totalizante dos subsistemas da sociedade mundial. É nesse sentido que Teubner (2012, 140-141) afirma que os direitos humanos estariam associados ao “efeito excludente” dos “direitos fundamentais” na sociedade, na medida em que conteria a expansão dos processos de comunicação anônimos da sociedade civil global e protegeria/excluiria a mente e corpo dos indivíduos dessa hipertrofia sistêmica. Os “efeitos inclusivos” estariam atribuídos aos direitos fundamentais “pessoais”, que garantiriam a inclusão de “toda população” nas funções dos sistemas sociais (TEUBNER, 2012, p. 137).

À proposta de Teubner de diferenciação qualitativa entre direitos fundamentais e humanos, cabe a crítica de Neves (2009, p. 254-255), que sustenta que a inclusão e exclusão como forma de dois lados associada tanto aos direitos humanos como fundamentais. Somente com a inclusão dos indivíduos nas funções dos sistemas sociais, manifesta-se a garantia de integridade do corpo e da mente dos sujeitos em face da expansão das comunicações anônimas da sociedade. Conforme Neves (2009, p. 253), os direitos humanos valem para o sistema jurídico mundial de múltiplos níveis, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial. Os direitos fundamentais, por sua vez, são validamente limitados pelas dimensões estatais que os positivaram. Mediante essa compreensão, Marcelo Neves (2009, p. 255) conceitua direitos humanos como “expectativa normativa de inclusão jurídica generalizada nas condições de dissenso estrutural da sociedade mundial”. Esse mesmo conceito seria aplicado aos direitos fundamentais, limitado, todavia, ao Estado em que foram positivados.

Teubner defende, ainda, que os direitos fundamentais, na modernidade, não são produzidos apenas mediante positivação estatal. Em função da alta fragmentação dos sistemas sociais da sociedade, os demais sistemas sociais, como a economia, saúde e ciência, possuem comunicações sociais internas entre o âmbito espontâneo e o âmbito organizado capazes de produzir mediante suas operações constituições e direitos fundamentais próprios. A “politização” dos âmbitos espontâneos em face da expansão dominante dos âmbitos organizados do subsistema produz a “constituição social” que

<https://doi.org/10.20873/uff.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

tem por função salvaguardá-los através de limitações internas (TEUBNER, 2012, p. 91). Esse fenômeno se desencadeia em momentos de colapso iminentes, o que favorece o surgimento das constituições sociais, pois a constitucionalização das sociedades civis globais limitaria as forças expansivas dos âmbitos organizados, evitando a autodestruição (TEUBNER, 2012, p. 81-82). Todavia, discordamos dessa teoria de Teubner, pois, como bem observa Carneiro (2018, p. 140), os âmbitos internos dos sistemas sociais não produzem direitos fundamentais, “seja porque não estão vinculados à clássica institucionalização ‘da’ política, seja porque não correspondem à noção de consolidada no constitucionalismo moderno”.

Acerca da função inclusiva dos direitos fundamentais, esta não garante a efetiva inclusão nas prestações dos diversos sistemas sociais. A inclusão consiste como acesso e dependência dos sujeitos às prestações dos sistemas sociais (NEVES, 2011, p. 76). Entretanto, abertura para o “futuro”, promovida pelos direitos fundamentais, apenas viabiliza a operação autopoietica dos sistemas sociais, para que possam operar a partir de suas próprias comunicações internas, evitando que uma instância moral hierarquicamente válida subordine todas as comunicações sociais e bloqueie a reprodução autopoietica dos sistemas. A inclusão real dos sujeitos nos sistemas sociais, entretanto, ocorre apenas com a concretização dos direitos fundamentais. Por sua vez, essa concretização depende das próprias condições de possibilidade fáticas criadas pelos sistemas, pois a regulação da inclusão/exclusão, bem como subinclusão/sobreinclusão (NEVES, 2018a), são manipuladas pelos sistemas sociais autopoieticos (LUHMANN, 2006).

Em relação à função dos direitos fundamentais de manutenção da diferenciação funcional da sociedade, precisamos compreender que autopoiese não representa isolamento, mas fechamento operacional e abertura cognitiva ao ambiente. O sistema se diferencia do ambiente, mas aprende com ele e possui intensa relação de troca de prestações. Portanto, o direito, deve ser responsivo às demandas ambientais no processamento de sua função, o que impõe adaptações e modificações internas operadas por seu código e programas. É nesse sentido que Luhmann (2010, p. 85-86) afirma que os direitos fundamentais são instituições consistentes em um complexo fático de expectativas de comportamento socialmente generalizados que servem para

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

mediar a atualização em situações concretas. Da mesma forma, Carneiro (2018, p. 138) observa que os direitos fundamentais mediarão, como “eclusas”, o fluxo de sentido entre o sistema jurídico e seu ambiente, conciliando a capacidade cognitiva do sistema jurídico (função de heterorreferência) com o fechamento do sistema (função de autorreferência). A variação do fluxo de sentido entre sistema e ambiente com “ganho de racionalidade prática”, deve ser observado em todas as dimensões da variação de sentido, quais sejam: “social (que varia entre “consenso”/dissenso), a temporal (que marca as variações entre o antes/depois) e, por fim, a objetiva (que registra as diferenças entre o fora/dentro dos sistemas)” (CARNEIRO, 2018a, p. 146).

A construção de consensos na produção de normas jurídicas em uma sociedade complexa e plural é inviabilizada pelas múltiplas expectativas conflitantes que emergem da sociedade. Para Carneiro (2018a, p. 147) a dimensão social dos direitos fundamentais não é construída no “consenso” de seu “conteúdo”, mas sobre uma pretensa base consensual em torno dos meios de comunicação simbolicamente generalizados. Esses meios garantem um “acoplamento maleável” e generalizável, cuja força simbólico-institucional é recursivamente ampliada pela comunicação especializada do direito. O conteúdo material dos direitos fundamentais é construído nos hiperciclo reflexivos do sistema jurídico, marcada pela recursividade da força simbólica de um meio de comunicação generalizante, enrijecendo a “camada interna” que separa o direito de seu ambiente (CARNEIRO, 2018a, p. 148-149). O dissenso estrutural do complexo ambiente é estruturado comunicativamente pelos direitos fundamentais que, ao operar no recursivo hiperciclo do direito, devolveriam ao ambiente uma “aposta” provisória de estabilidade de expectativas normativas congruentes equivalente ao “consenso” das sociedades tradicionais (CARNEIRO, 2020).

Por sua vez, a variação temporal de sentido dos direitos fundamentais se refere ao controle da alteração do conteúdo da norma, restringindo as possibilidades de sua mudança. As cláusulas pétreas e procedimentos especiais são exemplos dessa tentativa restritiva, o que não significa a impossibilidade de alteração constitucional. A alta pressão seletiva do ambiente demanda certo “cuidado” do sistema ao promover esse fechamento, considerando que é necessário que o sistema se abra ao ambiente,

<https://doi.org/10.20873/uff.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

sob risco, inclusive, de uma revolução com poderes constituintes (CARNEIRO, 2018a, p. 150-152).

Por fim, a dimensão objetiva da variação de sentido dos direitos fundamentais se manifesta quando o direito reflete (dentro do sistema) os sentidos que estão no ambiente. Ou seja, os direitos fundamentais espelham internamente a variação das racionalidades ambientais e as reconstróem enquanto “esferas de fundamentalidade”, ampliando a heterorreferência do sistema. A redução de complexidade, portanto, não pode bloquear as diferenças sociais e racionalidades produzidas no ambiente, bem como os conflitos que nela surgem (CARNEIRO, 2018a, p. 152-153).

As teorias sobre os direitos fundamentais e sobre a solução dos conflitos que envolvem essa norma precisam apresentar mecanismos adequados à complexidade social moderna, observando os direitos fundamentais não apenas como direitos individuais e coletivos isolados e desconectados de uma função sistêmica de manutenção da diferenciação funcional dos sistemas sociais e psíquicos.

5. OS LIMITES DA PONDERAÇÃO OTMIZANTE

A pluralidade de formas de vida e orientações valorativas e morais, características da modernidade, revelam que o dissenso social é estrutural e acarreta constantes conflitos sociais de maior ou menor intensidade, que precisam ser solucionados através da prestação do direito aos demais sistemas sociais. A policontextualidade dos subsistemas sociais autopoieticos, funcionando de forma heterárquica na sociedade, demanda a institucionalização de meios de comunicação genericamente simbolizados que visem manter a sustentabilidade da sociedade em face do risco de expansão de um sistema sobre os demais. Como vimos, os direitos fundamentais são esses meios de comunicação que preservam a diferenciação funcional da sociedade moderna (LUHMANN, 2010). Para Luhmann (2010, p. 85-86), os direitos fundamentais são instituições consistentes em um complexo fático de expectativas de comportamento socialmente generalizados que servem para a mediação de sua atualização em situações concretas.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

Ocorre que, do positivismo ao neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais e sua estrutura predominantemente principiológica transitaram entre a ausência de normatividade ao abuso da aplicação discricionária desses direitos. As teorias neoconstitucionalistas buscam a superação do positivismo jurídico e afirmação da normatividade da constituição atribuindo, sobretudo, aos direitos fundamentais um papel essencial na contenção do poder. Entretanto, encontramos nessa tradição problemas referentes a uma tentativa de superação positivista que acaba culminando em problemas de consistência do sistema jurídico e adequada observação da complexidade social. Segundo Carneiro (2018, p. 132) nos encontramos entre os “mitos da impossibilidade sustentada por matrizes conservadoras e as possibilidades mitológicas de um ativismo irresponsável”.

Os direitos fundamentais podem assumir a estrutura de um princípio ou de uma regra (NEVES, 2019a). As normas princípios são mecanismos reflexivos em relação às regras e servem ao balizamento, à construção, ao desenvolvimento, à fortificação ou ao enfraquecimento, à restrição ou ampliação de conteúdo de regras (NEVES, 2019a, p. 131). Esses princípios funcionam no plano da observação de segunda ordem e possuem maior capacidade de heterorreferência do que as regras (NEVES, 2019a, p. 127), entretanto, não oferecem critérios diretos para a solução de um caso, demandando a construção de uma regra de decisão para sua solução (NEVES, 2019a, p. 125). As regras, por sua vez, estão no plano da observação de primeira ordem em relação ao caso, no nível das estruturas de expectativas. Além disso, as normas classificadas como regras servem como razões para a decisão jurídica sem a necessidade de intermediação (NEVES, 2019a, p. 120-121).

Na hipótese de colisão entre princípios e entre regras, a diferenciação entre as normas se acentua. No caso de colisão entre princípios, a ponderação se torna uma das técnicas viáveis à solução do caso concreto. Marcelo Neves identifica, todavia, limitações ao modelo de definição de princípios como mandado de otimização, e, da mesma forma, da solução de seu conflito mediante uma ponderação com pretensão de otimização, como sustenta Robert Alexy. Mediante princípios, selecionam-se expectativas normativas com pretensão de validade, valores-preferência ou valores-identidade de grupos diversos e que circulam de forma conflituosa no ambiente social

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

(NEVES, 2019a, p. 128). Há uma dupla contingência nas relações sociais entre *alter* e *ego* que possibilitam várias leituras sobre os princípios. Assim, na ponderação de princípios devemos observar as posições diferentes na relação jurídica do caso concreto, mas essa busca não resulta em um consenso otimizador ilusório sobre as perspectivas conflitantes. Em verdade, o que se busca com a ponderação é uma tentativa de impedir uma expansão destrutiva de uma perspectiva de *alter* sobre *ego*, é nesse sentido de manter a sustentabilidade dos sistemas sociais que há uma afinidade entre a estrutura dos princípios e direitos fundamentais (NEVES, 2019a, p. 142-143).

O dissenso social inevitável implica em um problema de “incomensurabilidade”. Para Neves (2019a, p. 148-149), a incomensurabilidade⁴ se refere aos diferentes pontos de vista e partida na observação de um objeto, realidade que não se limita ao confronto entre paradigmas científicos, mas que se revela na estrutura comunicacional dos sistemas sociais. A ponderação otimizador não levaria em conta o problema da incomensurabilidade, considerando que parte de uma instância subjetiva supraordenada capaz de determinar de forma definitiva o que cabe a cada esfera de vida (NEVES, 2019a, p. 149). A argumentação jurídica será sempre falível, podendo haver “injustiça” para a leitura de um princípio na aplicação de outro, não havendo uma garantia de otimização e sucesso mediante uma única resposta correta. (NEVES, 2019a, p. 150). Essa compreensão se choca com a concepção de Alexy da possibilidade de “comensurabilidade” dos direitos fundamentais a partir de um ponto de vista unitário: o ponto de vista da constituição (NEVES, 2019b, p. 297). A otimização dos princípios não pode ser entendida como uma decorrência lógica da ponderação entre princípios em colisão. Se observarmos as diferentes perspectivas em contraposição, podemos constatar uma ausência da otimização na ponderação, desde que compatível para a necessária sustentabilidade social. Isso por que em alguns casos a otimização de algum dos princípios em colisão pode levar à desdiferenciação social. Em razão disso Neves prefere falar em uma “ponderação comparativa”.

O problema da ponderação otimizador se revela, ainda, em caso de colisão de princípios entre ordens jurídicas diversas. A pluralidade de ordens jurídicas não apenas

⁴ Para uma análise crítica do conceito de incomensurabilidade e, em geral, do livro “Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais” de Marcelo Neves, Cf. Silva (2016).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

internacionais, mas também transnacionais, demanda uma interpretação adequada dos casos e normas comuns ou conflitantes que reflitam essa complexidade. Neves (2019a, p. 155) sustenta que a busca de uma ponderação otimizante na relação entre “identidades constitucionais” diversas implicaria em ilusões e paralisações narcisistas recíprocas. Nesse caso, é preciso haver uma “reconstrução da identidade constitucional” na abertura cognitiva para as soluções de outros ordenamentos, sem culminar em pura convergência, mas sempre observando a necessária contenção das perspectivas destrutivas por meio de um método transconstitucional.

Dessa forma, podemos dizer que uma ponderação compatível com a função dos direitos fundamentais seria aquela que não necessariamente otimizaria a satisfação dos princípios, mas a que manteria a sustentabilidade do sistema social. A interpretação dos direitos fundamentais em conflito pressupõe racionalidades conflitantes entre sistemas sociais também em conflito na sociedade. A solução do caso concreto demanda uma observação da sustentabilidade ambiental e limitação da expansão destrutiva de uma racionalidade sistêmica sobre a outra.

A argumentação sobre princípios no Brasil tem se revelado um mecanismo de ocultação da discricionariedade judicial, sendo a ponderação um véu que instrumentaliza essa prática, o que acentua os limites do próprio modelo e sua finalidade. Neves (2019a, p. 133) sustenta que a fascinação pelos princípios em detrimento das regras bloqueia a consistência do direito e oferece risco de desdiferenciação social a partir da intrusão de códigos de outros sistemas no sistema jurídico, concluindo que “o caráter amorfo da fumaça principialista torna o direito inconsistente e, simultaneamente, não adequado aos fatores sociais do seu ambiente”.

Érica Teixeira e Saulo Bahia (2018, p. 109), em que pese sustentem que a ponderação seja o método mais adequado para se mensurar quais interesses devem prevalecer em casos envolvendo disponibilidade orçamentária da Fazenda Pública, ao observar a aplicação da técnica da ponderação no Brasil, afirmam que “o acolhimento da ponderação de interesses perante a ordem jurídica interna pode se mostrar como um facilitador para abrir portas ao cometimento de arbitrariedades sob o manto da legitimidade e da justiça”. Para os referidos autores, a ponderação endossou o discurso

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

da intangibilidade dos direitos fundamentais de forma a comprometer a concretização dos direitos fundamentais da coletividade (TEIXEIRA; BAHIA, 2018, p. 110).

Há, ainda, uma aplicação pela metade da teoria de Alexy que favorece a discricionariedade. Carneiro (2020b) destaca que, no Brasil, em que pese haja constante invocação do conceito de “mandado de otimização” e dos pressupostos da ponderação como “concordância prática” o controle argumentativo-procedimental proposto por Alexy é ignorado, revelando um *deficit* teórico-social sobre a complexidade ambiental. A pluralidade incontável de princípios nomeados em nosso ordenamento é sintoma desse problema (CARNEIRO, 2020b).

O que notamos é que a argumentação sobre princípios se tornou uma fórmula holística para a solução de casos difíceis que demandam maior fundamentação. De fato, a abertura semântica de sua estrutura possibilita uma construção contingente da norma jurídica, viabilizando uma maior discricionariedade na aplicação do direito em muitos casos, desde que não haja mecanismos de controle das decisões judiciais.

O principiologismo instrumentalizado pela ponderação, além de evidenciar os limites do modelo teórico, enfraquece a autonomia jurídica e amplia a intrusão de códigos dos demais sistemas sociais no direito, ou seja, contribuindo para a corrupção sistêmica ou mesmo a diferenciação funcional. Com isso, a função dos direitos fundamentais de servir como meios de manutenção da diferenciação funcional se fragiliza, não oferecendo ao ambiente social uma sustentabilidade devida.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da ponderação de princípios no Brasil, desacompanhada do procedimento argumentativo proposto por Alexy, revela a discricionariedade decisional e um problema grave para a consistência do sistema jurídico. Todavia, não se trata apenas de um problema de incorreta aplicação, mas também de insuficiências da ponderação com pretensão otimizante apontadas neste trabalho a partir de horizonte da teoria dos sistemas sociais.

O dissenso estrutural da sociedade inviabiliza a construção de consensos por meio de um sujeito transcendental e externo que mediará proceduralmente e

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

racionalmente os interesses em conflito e alcançaria uma decisão otimizada. A função dos direitos fundamentais na modernidade depende de uma análise dos impactos ambientais da decisão judicial visando a manutenção da diferenciação funcional, ainda que isso implique em contenção dos direitos fundamentais e não sua otimização.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 2008.

_____. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica heterorreflexiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da Constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global**. Revista Direito Mackenzie, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020.

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

_____. Os princípios do direito: entre Hermes e Hades. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). **Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global**. Andradina: Meraki, 2020b.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

- _____. **Teoría de la acción comunicativa I**. Madrid: Taurus, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Ed. UnB, 1980.
- _____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. **Introducción a la teoría de sistemas**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. **Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1998.
- _____. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: Herder, 2006.
- _____. **Los derechos fundamentales como institución (Aportación a la sociología política)**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- _____. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger, São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- _____. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- _____. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2019a.
- _____. O profeta, os discípulos e o “enviado”: comentários a Virgílio Afonso da Silva. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 1, p. 269-316, 2019b. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/320>. Acesso em: 14 de out. 2020.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 18 de set. 2020.
- _____. O Supremo Tribunal Federal precisa de lolau: Resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 2, n. 1, p. 96-118, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24545>. Acesso em: 10 de out. 2020

<https://doi.org/10.20873/uff.2359-0106.2020.v7n2.p245-266>

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, É. S.; BAHIA, S. J. C. A captura da teoria do sopesamento e a importância da consideração dos limites materiais e jurídicos à realização dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 4, n. 1 p. 95–113, Jan/Jun, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/4140/pdf>. Acesso em: 15 de out. 2020

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.