JOSÉ GLADSTON VIANA CORREIA

**SOCIOLOGIA DOS DIREITOS SOCIAIS
ESCASSEZ, JUSTIÇA E LEGITIMIDADE**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR CELSO FERNANDES CAMPILONGO

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2013**

JOSÉ GLADSTON VIANA CORREIA

**SOCIOLOGIA DOS DIREITOS SOCIAIS
ESCASSEZ, JUSTIÇA E LEGITIMIDADE**

Dissertação apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de São
Paulo para obtenção de título de
Mestre em Direito.

Área de Concentração: Filosofia e
Teoria Geral do Direito.

Prof. Orientador: Celso Fernandes
Campilongo.

**SÃO PAULO
2013**

NOME: José Gladston Viana Correia

TÍTULO: Sociologia dos Direitos Sociais: Escassez, Justiça e Legitimidade.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção de título de Mestre em Direito.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Titular Celso Fernandes Campilongo

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Sintetizar em poucas linhas todas as contribuições que recebi na elaboração desta dissertação não é tarefa fácil. Foram três anos de muitos debates, aulas, críticas, sugestões e vivências que deram contornos a este trabalho. Claro que a responsabilidade por seus defeitos é inteiramente deste autor. Quanto a eventuais méritos, divido-os com todos os que, de algum modo, colaboraram nesta fase.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador, professor Celso Campilongo. Desde o início da minha tese de láurea, ainda na graduação, e ao longo de todo o mestrado, o professor ofereceu várias oportunidades – monitorias, aulas e debates – que muito enriqueceram minha experiência acadêmica. Em especial, sou grato pelo privilégio de poder acompanhar de perto a elaboração de sua tese de titularidade, período de grande aprendizado para mim.

Não posso deixar de mencionar os professores que, desde o início da graduação, fizeram-me nutrir grande interesse pela sociologia jurídica. Agradeço ao professor Ronaldo Porto Macedo Junior, pelas oportunidades de participar de suas monitorias e de seus grupos de estudo, e ao professor José Eduardo Faria, pelo espaço de discussão aberto no Programa de Educação Tutorial. Também sou grato à professora Maria

Paula Bertran, com quem tive o orgulho de compartilhar monitorias de Lógica e Metodologia Jurídica.

Aos professores Orlando Villas Bôas Filho e Samuel Rodrigues Barbosa, agradeço pelas relevantes sugestões e críticas feitas no exame de qualificação.

Sou enormemente grato aos amigos Luiz Felipe Ramos, Airtom Marquezini e Priscilla Soares, pelos comentários, apontamentos e, principalmente, pelas críticas feitas a este trabalho.

Agradeço aos colegas que dividiram comigo momentos de aprendizado na elaboração de artigos durante estes três anos: Pedro Henrique Ribeiro, Flávio Prol e Luiz Felipe Ramos. A influência deles sobre o resultado final deste mestrado é inegável. Também foi de grande valia compartilhar monitorias de Introdução ao Estudo do Direito com Ana Carolina Cavalcanti, Caio Santiago e Habacuque Sodré.

O ciclo do mestrado não teria sido tão prazeroso sem a presença constante dos meus amigos. Agradeço, principalmente, a Alice Matsuo, Ana Clara Tenório, João Paulo Godoy, Alexandre Frigério, Fábio Martins, Renan Quinalha, Guilherme Falco, Bianca Tavolari, Guilherme Santoro, Mariana Zago, João Mendes, Fábio Rocha, Danilo Cymrot, Fabricio Viana, Gustavo Seferian, Claudia Aguirre, Mariana Guarda, Sheila Freitas, Rebeca Fraga, Gabriela Martins, Alexandre Gomes, Danielle Barreto, João Serpa, Gabriela Lousada, Mary Takano, Alexandre Giffoni, Danilo Abu, Thais Sarmento, Julia Gama, Finn Tore, Marcio Diniz, Rafael Negreiros e Amanda Almeida.

Finalmente, o agradecimento mais especial vai para toda minha família. O apoio constante dos meus pais, avós, tios e primos se fez presente mesmo quando, fisicamente, estiveram muito distantes. À minha mãe, nunca terei palavras para agradecer por todo o amor e dedicação com que sempre pude contar. À minha prima Fabiana, exemplo pessoal e profissional, todo agradecimento também é pouco.

Mas antes de eu começá,
Eu premeramente vou
Dizê que o dinheiro é
O maió tresformadô,
Apois sabe o mundo intêro,
Que este bichinho dinhêro,
Com sua força e podê,
A sua manha, o seu jeito,
Tem feito munto sujeito
Sisudo se derretê.

Dinhêro tresforma tudo,
Dinhêro é quem leva e traz,
Eu nem quero nem dizê
Tudo o que o dinhêro faz.
Apenas aqui eu conto
Que ele pra tudo tá pronto,
Ele é cabrêro e treidô,
É carrasco e vingativo,
Só presta pra sê cativo,
Não presta pra sê senhô.

Patativa do Assaré, *Escrava do Dinheiro*.

RESUMO

CORREIA, José Gladston Viana. *Sociologia dos Direitos Sociais: Escassez, Justiça e Legitimidade*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013.

Após a promulgação da Constituição de 1988, os tribunais brasileiros se depararam com novos tipos de demandas, relacionados às prestações devidas pelo Estado como decorrência dos direitos sociais. A positivação destes direitos no texto constitucional permitiu que se buscasse no Judiciário a conformação de políticas públicas aos padrões nele previstos, o que gerou enormes controvérsias na dogmática jurídica e nas decisões judiciais. O objetivo desta dissertação é investigar esta judicialização de direitos sociais a partir da ótica sociológica da teoria dos sistemas. Analisa-se a complexidade da judicialização dos direitos sociais a partir da forma sistema/entorno com o escopo de delinear as possibilidades e as limitações do sistema jurídico diante de outros subsistemas sociais, em especial economia e política.

Palavras-chave: 1. Direitos Sociais; 2. Teoria dos Sistemas; 3. Estado de Direito; 4. Inclusão Social; 5. Sociologia jurídica.

ZUSAMMENFASSUNG

CORREIA, José Gladston Viana. Soziologie der Sozialrechte: Knappheit, Gerechtigkeit und Legitimität. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013.

Nach der Verkündung der Verfassung von 1988 entstanden in den brasilianischen Gerichten neue Arten von Forderungen, die sich auf Leistungen durch den Staat als Folge der Sozialrechte beziehen. Die Positivierung dieser Rechte in der Verfassung erlaubte, in der Justiz die Anpassung der öffentlichen Richtlinien an die verfassungsrechtliche Normen durchzusetzen. Das sorgte für riesige Kontroversen in juristischer Dogmatik und in gerichtlichen Entscheidungen. Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Gerichtsbarkeit der Sozialrechte aus der soziologischen Perspektive der Systemtheorie zu untersuchen. Ausgehend von der Form System/Umwelt wird die Komplexität der Einklagbarkeit der Sozialrechte analysiert, um die Möglichkeiten und Grenzen des Rechtssystems vor anderen sozialen Subsystemen, insbesondere der Wirtschaft und Politik, zu skizzieren.

Stichwörter: 1. Sozialrechte; 2. Systemtheorie; 3. Rechtsstaat; 4. Soziale Inklusion; 5. Rechtssoziologie.

SUMÁRIO

Introdução	1
1. Direitos sociais na sociedade complexa	5
a. Escassez, justiça e legitimidade	6
b. Primeira complexidade: paradoxo da escassez	14
c. Segunda complexidade: Estado de Direito	23
d. Terceira complexidade: inclusão social.....	31
2. Escassez econômica, direito e política	38
a. Escassez e dinheiro: autonomia do sistema econômico	39
b. Preços e necessidades: indiferença da economia aos direitos sociais	46
c. Políticas públicas como programas finalísticos: correção da indiferença.....	52
d. Controle jurídico de políticas públicas: resposta perante indiferença à indiferença.....	60
e. Eficácia jurídica dos direitos sociais: sensibilidade/indiferença à resposta.....	67
3. Autodescrições do sistema jurídico sobre direitos sociais prestacionais	77
a. Casos difíceis, direitos sociais e o papel da dogmática.....	78
b. Reserva do possível e mínimo existencial: a economia do direito.....	83
c. Proibição da insuficiência e insuficiência dos valores	91
d. Ativismo judicial e normas programáticas: política como semântica jurídica	100
e. Entre leis e precedentes: o direito desempenha sua função?.....	109
4. Sociologia dos direitos sociais e risco	119
a. Riscos do controle jurídico das políticas públicas.....	120
b. Dogmática adequada dos direitos sociais.....	129
c. Procedimentalização dos direitos sociais.....	139
Conclusão.....	148
Bibliografia citada.....	154

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco na relação entre direito e política. O poder político, livre da rigidez do controle jurídico durante a ditadura militar, tornou-se passível de ser tematizado no Judiciário. Após a entrada em vigor do novo texto constitucional, não eram mais os conchavos políticos, mas as dinâmicas dos tribunais, os responsáveis por decidir que tipos de freios o texto constitucional impunha ao Legislativo e ao Executivo. Com isso, abriu-se espaço para a tematização dos mais diversos embates políticos no Judiciário. Ocorre que a ausência de uma corrente hegemônica na Assembleia Constituinte levou os inúmeros grupos políticos a adotarem, no texto promulgado, um caráter conciliador. Ao lado das liberdades públicas tradicionais, positivaram-se os direitos sociais prestacionais, como educação, saúde, moradia, alimentação e assistência aos desamparados. Desse modo, instaurou-se nova arena para a disputa sobre a implementação destes direitos sociais. Enquanto antes de 1988 os debates sobre as políticas públicas que efetivavam direitos sociais se restringiam ao âmbito político, no período democrático os debates se infiltraram também nos tribunais e nas faculdades de direito. O foco da disputa passava da positivação para a interpretação dos

direitos. Afinal, se a Constituição garante direitos sociais, qualquer decisão política sobre eles deve ser considerada lícita apenas por provir de representantes do povo? E nos casos em que se considere insatisfatória a implementação dos mandamentos constitucionais pelo Legislativo e Executivo?

Não tardou a que o espaço de disputa aberto pela Constituição nos tribunais fosse preenchido por variados tipos de demanda. Se a política não é capaz de garantir acesso a serviços adequados de saúde e educação ou a moradias dignas, o direito poderia ser a última esperança. Como resultado, cresceram em número e em repercussão as ações judiciais que pleiteavam prestações estatais consideradas decorrentes dos direitos sociais. Passou-se a postular por medicamentos não distribuídos voluntariamente pelos entes públicos, a se requerer a abertura de vagas em creches e escolas infantis, enfim, a se pretender obrigar o poder público, pela via judicial, a tornar eficazes os comandos constitucionais. As modificações sociais desde então ocorridas não são desprezíveis. Problemas antigos como a pobreza, a legitimação política e o espaço destinado ao Judiciário na tripartição de Poderes ganham novas dimensões.

O objetivo deste trabalho é investigar, sob viés sociológico, essas novas possibilidades trazidas ao direito com a judicialização da dimensão prestacional dos direitos sociais. A irritação que este fenômeno provocou no direito é clara. Ganhou força uma nova semântica para tratar dos direitos sociais recém-positivados: ativismo judicial, reserva do possível, mínimo existencial, norma programática e proibição da atuação insuficiente. As críticas também se multiplicaram a partir de vários pontos de vista: politização do Judiciário, desconsideração da escassez econômica, falta de legitimidade dos tribunais para formulação de políticas públicas e despreparo dos profissionais do direito são alguns exemplos. Uma abordagem sociológica pode lançar algumas luzes sobre estes desenvolvimentos. Por não se prender às amarras internas do sistema jurídico, a sociologia do direito é capaz de visualizar os paradoxos, as tautologias e os autoenganos presentes nas operações jurídicas que tratam dos direitos sociais. As perguntas a serem respondidas, aparentemente triviais, escondem complicados emaranhados de observações, operações e descrições do direito e de outros âmbitos da sociedade: o que são escassez econômica e poder político? Por que tematizar prestações decorrentes de direitos sociais é complexo? Qual a relação entre escassez, poder e justiça? Enfim, quais as possibilidades do direito diante da nova complexidade?

O enfoque escolhido para este estudo é o da teoria dos sistemas. Os motivos para tanto são vários. Em primeiro lugar, trata-se de teoria que mostra com clareza e sem simplismos as relações entre os âmbitos da sociedade moderna – de modo especial, direito, política e economia. Considerar estas relações sob olhar sistêmico pode afastar as discussões sobre direitos sociais do senso comum, daí advindo ganhos explicativos para a ciência. Ademais, a teoria dos sistemas justifica e possibilita a observação externa dos problemas jurídicos. Permite tratar da judicialização dos direitos sociais sem adotar como distinções-bases as diferenças lícito/ilícito, ter/não ter e governo/oposição. Desta maneira, evita-se a tomada de posições internas ao direito, à política ou à economia. Esta é uma autolimitação da teoria dos sistemas que lhe permite, paradoxalmente, ampliar os seus horizontes. Desvinculado da necessidade de chegar a conclusões jurídicas, políticas ou econômicas, o estudo sistêmico pode se dedicar à análise da inserção dos direitos sociais prestacionais na sociedade moderna, com seus múltiplos pontos de vista, seus potenciais conflitos e sua incomensurável complexidade.

Em suma, será utilizada a diferença sistema/ambiente para analisar um problema surgido no sistema jurídico após a promulgação da Constituição de 88: a judicialização da dimensão prestacional dos direitos sociais. Será demarcado em que termos isto é uma novidade e investigado o modo como o direito lida com a nova complexidade trazida por este fenômeno. Para tanto, o trabalho será dividido em quatro capítulos. O primeiro deles terá por escopo averiguar por que os direitos sociais aparecem para o sistema jurídico como estruturas mais complexas. Ou seja, verificar-se-á por que as possibilidades do direito se multiplicam quando nele se tematizam as prestações decorrentes de direitos sociais. Não se pretende oferecer nova definição de direitos sociais, mas apenas esmiuçar particularidades dos direitos assim qualificados pela doutrina jurídica.

O segundo capítulo será dedicado à análise do modo como os direitos sociais prestacionais são tematizados em três subsistemas sociais – direito, economia e política – e ao estudo da relação entre estes três âmbitos quando ocorre a judicialização de tais direitos. Afinal, prestações decorrentes de direitos sociais ganham significados diversos a depender da diferença sob a qual são construídas. A contraposição destes diversos sentidos no mesmo sistema social é importante fonte de conflitos e de possibilidades para o sistema jurídico.

No terceiro capítulo, as atenções serão centradas no direito. Será investigado o modo como abstrações do sistema jurídico – dogmática e teoria do direito – reagem diante da complexidade que emerge com a judicialização dos direitos sociais prestacionais. Como questões de fundo, figurarão as seguintes indagações: o direito desempenha sua função quando direitos sociais são levados aos tribunais? A dogmática e a teoria do direito auxiliam nesta tarefa?

Finalmente, no último capítulo, serão apontados alguns caminhos que auxiliariam o direito a lidar com o fenômeno estudado. Não se pretende dar respostas prontas ao Judiciário para lidar com os direitos sociais prestacionais. Uma teoria científica que tenha este objetivo perde grande parte de seu potencial explicativo. Corre o risco de adotar dogmas para chegar a decisões concretas e, assim, desfigurar-se enquanto construção científica. O intuito, então, será apenas o de apontar, nas peculiaridades operativas do direito, alguns fatores que podem ser melhor aproveitados no tratamento jurídico dos direitos sociais prestacionais.

Ao longo desta pesquisa, a grande maioria dos exemplos dirá respeito à judicialização de prestações referentes ao direito à saúde. O motivo é simples: é o setor mais repleto de material empírico e de controvérsias doutrinárias. Porém, as conclusões não se restringem ao direito à saúde. Os chamados direitos sociais envolvem problemáticas comuns quando têm sua dimensão prestacional judicializada, como se apontará já no primeiro capítulo. Isto justifica o seu tratamento em conjunto.

1. DIREITOS SOCIAIS NA SOCIEDADE COMPLEXA

Não são novos os questionamentos acerca da distinção entre direitos civis, sociais e políticos. Principalmente nos debates sobre direitos humanos no plano internacional, defende-se a ausência de diferenciação ontológica entre as três “dimensões” e afirma-se a indivisibilidade desses direitos desde meados do século XX. Não obstante isto, a distinção prevaleceu nas descrições do direito e ganhou enorme força, no Brasil, com a promulgação do texto constitucional de 1988. O escopo deste capítulo será buscar características da sociedade moderna que expliquem a afirmação dos direitos sociais como categoria autônoma de direitos e a construção de uma semântica específica para seu tratamento jurídico. Não se trata de buscar novas diferenças ontológicas. Apenas se analisará, a partir da forma sistema/ambiente, por que a semântica dos direitos sociais prevalece apesar de todos os questionamentos. Para isso, o primeiro item é dedicado à síntese de alguns desenvolvimentos da teoria dos sistemas, que servirão como arsenal teórico em todo este trabalho. Em seguida, a peculiaridade da dimensão prestacional dos direitos sociais será localizada no maior desnível de complexidade entre o sistema jurídico e o entorno social. A relação com o problema econômico da escassez, as novas alternativas da interação entre direito e política após o fortalecimento do Estado de Direito e o

problema da inclusão social serão apresentados como fatores que aumentam o número de possibilidades com que o sistema jurídico precisa lidar ao tratar dos direitos sociais em juízo.

a. Escassez, justiça e legitimidade

Os direitos sociais são produto da sociedade moderna. Foram criados nesta e para esta. Afirmar como estas, embora simples, escondem enorme complexidade. O que é a sociedade? Como ela lida com problemas sociais e extra-sociais? Quais os motivos do advento e da positivação de direitos sociais? Que contribuições pode dar a sociologia para estes questionamentos? Com base em perguntas aparentemente banais como estas – nem sempre respondidas a contento – é possível ingressar na teoria dos sistemas. Seu maior representante, NIKLAS LUHMANN, incorporou à sociologia diversos desenvolvimentos de outras áreas científicas para explicar a sociedade, em geral, e o sistema jurídico, em particular. Isso implicou a utilização de termos até então pouco usuais no campo sociológico, o que torna sua teoria bastante complexa. Este não era um problema para LUHMANN. Afinal, somente uma teoria complexa seria capaz de fazer frente à altíssima complexidade da sociedade moderna. De qualquer forma, analisar os direitos sociais com base na teoria dos sistemas torna necessário aclarar alguns termos centrais, tais como observação, paradoxo, fechamento operativo, abertura cognitiva e diferenciação funcional. É o que se fará neste item, embora de modo sintético, visto que explicações sobre conceitos básicos da teoria dos sistemas estão presentes na maioria das obras que partem desse paradigma.

Para LUHMANN, o elemento constitutivo da sociedade é a comunicação. Não há comunicação fora da sociedade. Tudo o que é social é comunicativo. Observar a sociedade, consequentemente, é observar comunicação. Entende-se por observação, aqui, a operação que estabelece uma diferença e indica um dos seus lados, ou seja, estabelece um lado marcado e um ponto cego, o *unmarked space*.¹ Observar, nesse sentido, não pressupõe sensibilidade físico-biológica. Não é só o homem que pode realizar essa operação. A comunicação também pode observar: basta que estabeleça uma distinção e marque um dos

¹ Niklas LUHMANN. *The Paradox of Observing Systems*, p. 43. Para uma análise mais aprofundada da operação de observação, veja-se, do mesmo autor, *Einführung in die Systemtheorie*, pp. 143 e ss.

lados. Por exemplo, a teoria de LUHMANN é, ela própria, uma observação. Insere uma diferença (sociedade/não-sociedade ou comunicação/não comunicação) e marca um dos lados: sociedade ou comunicação. Deixa tudo o que não é comunicação no *unmarked space*. E mais: a teoria luhmanniana é uma observação comunicativa da comunicação. É, assim, auto-observação da sociedade. Os direitos sociais, enquanto parte da sociedade, são comunicação. E observá-los sociologicamente é também auto-observação social.

Um mesmo objeto pode ser observado de várias maneiras. A sociedade pode ser observada de vários modos e, na definição de observação, não há qualquer indício sobre o modo como ela deve ser feita. Característica da observação é que ela parte sempre de uma distinção.² E muitas são as distinções possíveis para que se observe a sociedade. Em termos metafóricos, a sociedade pode ser observada por diversos olhos. Basta que se pense nas diferenças capital/trabalho, centro/periferia, amigo/inimigo, real/ideal etc. Todas essas distinções permitem que se enxergue, ao mesmo tempo, mais e menos. Todas elas, quando usadas em observações, geram pontos cegos, *unmarked spaces* diversos. A distinção permite que se vejam minuciosamente alguns fenômenos, mas, ao mesmo tempo, impede que se enxerguem outros com o mesmo detalhamento. Os “olhos” que permitem à teoria enxergar também limitam o alcance de sua visão. Paradoxalmente, invisibilidade é consequência da visibilidade. E mais: a própria distinção de que parte uma observação não é observável pela mesma operação. Situa-se no ponto cego: o olho não consegue enxergar a si mesmo.³ De qualquer modo, se a teoria da sociedade é uma observação, como escolher uma distinção-base adequada?

LUHMANN propõe que a sociedade seja observada a partir da binariedade sistema/ambiente.⁴ Como todas as outras, esta distinção permite enxergar, ao mesmo tempo, mais e menos. Tem também seus pontos cegos. Porém, sua utilidade se justifica pelo fato de ela permitir que se percebam características peculiares da Modernidade encobertas por outras distinções. Pense-se, por exemplo, na hipercomplexidade, na diferenciação funcional, na ausência de um centro social integrador, na contingência, na

² Niklas LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie*, pp. 144 e s.

³ Para LUHMANN, “[a] operação de observação, portanto, inclui a exclusão do inobservável, incluindo, ademais, o inobservável por excelência, a própria observação, o observador em operação.” Niklas LUHMANN. *The Paradox of Observing Systems*, p. 44. No original: “The operation of observing, therefore, includes the exclusion of the unobservable, including, moreover, the unobservable par excellence, observation itself, the observer-in-operation.” Em termos metafóricos, podem-se resumir as palavras do sociólogo alemão deste modo: o observador não consegue enxergar o próprio olho.

⁴ Sobre as diferenças usadas nas teorias e sobre a forma sistema/ambiente, veja-se Niklas LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie*, pp. 66 e ss.

indeterminação e na inexistência de uma explicação hegemônica da sociedade, características típicas do sistema social contemporâneo. Distinções que mantenham essas características na penumbra ou que não as vejam como centrais são dotadas de pouco potencial explicativo para a sociedade contemporânea, em geral, e para problemas modernos, como os direitos sociais, em particular.

A partir da constatação de que a observação envolve, necessariamente, visibilidade e invisibilidade, percebe-se que LUHMANN se aproveita do potencial explicativo dos paradoxos.⁵ Joga luz sobre paradoxos e, a partir deles, observa a sociedade. Paradoxo, aqui, pode ser descrito como afirmação que se refere a si mesma – ou seja, autorreferente. Basta que se pense na proposição de Epimênides: “esta frase é falsa”. Condição de verdade desta afirmação é, concomitantemente, sua condição de falsidade. Se aquele que enuncia estiver falando a verdade, está mentindo. Se estiver mentindo, fala a verdade. Ora, a sociedade também pode ser vista como sistema constituído de modo autorreferente, paradoxal. O sistema social é a unidade de uma diferença.⁶ É unidade da comunicação. Mas é unidade da diferença sistema social/ambiente, já que não há um lado da forma sem o outro.

Essa explicação a partir da autorreferência e do paradoxo pode ser aplicada a qualquer outra forma. Por exemplo, no código moral bem/mal, cada um dos lados é a negação do outro. Ao mesmo tempo, cada um desses lados somente pode ser compreendido caso se pressuponha o outro. Não há bem sem mal. O bem não existe apenas *apesar* do mal, mas também *devido* a ele. Paradoxalmente, o aumento da bondade implica também aumento da maldade. E mais: é bom ou mau diferenciar entre o bem e o mal?⁷ O paradoxo não pode ser resolvido, mas somente escondido. Por isso, difere-se da contradição, solucionável por métodos lógicos.⁸ Ora, o paradoxo é resultado precisamente da lógica. Qualquer tentativa de resolvê-lo finda por ingressar em sua autorreferência, como se percebe nos exemplos mencionados.

⁵ Para uma importante referência utilizada por LUHMANN acerca dos paradoxos e invisibilidades da observação, ver Heinz von FOERSTER. *Sistemi che osservano*.

⁶ De modo mais geral, sobre o sistema como a unidade de uma diferença, veja-se LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie*, pp. 91 e s.

⁷ Niklas LUHMANN. *Die Moral der Gesellschaft*, pp. 260, 372.

⁸ Nesse sentido, ver Niklas LUHMANN. *The Paradox of Observing Systems*, p. 46. Também LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 53. Sobre paradoxos, ver também CORSI, ESPOSITO E BARALDI. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, pp. 123-126.

Considere-se, então, outro paradoxo presente no sistema social: a abertura e o fechamento. O sistema social é simultaneamente aberto e fechado. E mais: é aberto porque é fechado e consegue se manter fechado por ser aberto. Por um lado, é fechado de modo operativo. Só há na sociedade um tipo de operação: comunicação encadeada a outras comunicações. Nada mais que isso. Por outro lado, o sistema social é cognitivamente aberto: pode comunicar sobre o entorno da sociedade. Ou seja, não há comunicação apenas sobre comunicação, mas também sobre o ambiente – natureza, sentimentos, desastres etc. Combinam-se, portanto, fechamento operativo e abertura cognitiva como condições para a reprodução do sistema social.

Embora toda a história da sociedade possa ser descrita como evolução do sistema formado por comunicações, percebe-se que este sistema se organizou de modos diversos com o passar do tempo. A maior complexidade – enquanto quantidade de possibilidades – das comunicações irrita a própria sociedade, que responde com novos modos de se diferenciar para promover redução de complexidade. Assim, o sistema social já teve como paradigma preponderante de diferenciação características naturais das pessoas (homem/mulher, jovem/idoso, forte/fraco). Era o modo segmentário de organização, típico de organizações tribais. Também já se diferenciou hierarquicamente, a partir das distinções entre aristocracia e plebe ou senhores e escravos. Ainda, diferenciou-se geograficamente, com base nas diferenças cidade/campo e metrópole/colônia.⁹

O modo como o sistema social se diferencia na Modernidade é diverso de todos esses que ocorreram anteriormente. Não tem como parâmetro preponderante características naturais das pessoas, hierarquias nem localização geográfica das comunicações. Na Idade Moderna, o sistema social se diferencia funcionalmente. Isso significa que a diferença sistema/ambiente se reproduz também no interior da própria sociedade. Esta passa a ser composta por vários subsistemas, cada um dos quais desempenha função específica para o sistema social. Arte, direito, economia, política, religião e outros âmbitos comunicativos, anteriormente imbricados entre si em correspondência ao modo como o sistema social se diferenciava, tornam-se sistemas autônomos.

Cabe lembrar que a descrição da teoria dos sistemas é somente mais um modo de observar. Não é o único modo nem, muito menos, o único correto. Afirmar o oposto

⁹ LUHMANN combina teoria dos sistemas à teoria da evolução. Veja-se, sobre a evolução social, Niklas LUHMANN. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 413 e ss.

seria incoerente com os pressupostos pós-ontológicos admitidos por LUHMANN. Assim, é insuficiente dizer que o sistema social moderno *é* diferenciado funcionalmente. Mais adequado é afirmar que a sociedade *pode ser* observada como tal. De qualquer maneira, tendo como pressuposta a distinção-base sistema/ambiente, analisar a sociedade moderna significa estudar os subsistemas parciais dos quais ela é formada. É o que fez LUHMANN em sua vasta obra e é o que se fará neste item, em breves linhas, em especial sobre os sistemas do direito, da economia e da política, devido à importância destes para que se compreendam os direitos sociais.

Ao identificar na sociedade contemporânea subsistemas que continham em si todos os elementos necessários para sua autorreprodução, LUHMANN procurou designar características que se repetiam em todos esses sistemas parciais. Em primeiro lugar, todos os sistemas funcionais se autolimitam na sociedade moderna e, com isso, aumentam a própria importância. A economia, por exemplo, não permite mais, atualmente, que se manipulem a salvação da alma ou o poder político. E assim consegue se concentrar na tarefa de satisfazer necessidades e produção, lidando com a escassez.¹⁰ Mas essa não é a única semelhança entre os subsistemas. LUHMANN identificou funções, códigos, programas e fórmulas de contingências típicos de cada sistema parcial, além de características constantes, como o fechamento operativo e a abertura cognitiva. Os subsistemas sociais, por serem autopoieticos, evoluem autonomamente em relação aos outros. Porém, são identificáveis paralelismos, exposto a seguir.

Assim como o sistema social, os subsistemas funcionais também são operativamente fechados.¹¹ Embora todos sejam formados exclusivamente por comunicação, em cada um deles há operações de tipo específico. O que garante essa característica de fechamento dos subsistemas são os códigos binários. O direito observa somente a partir da binariedade lícito/ilícito. Já a política moderna tem outra dualidade basal: governo/oposição. A economia, enfim, opera a partir da diferença ter/não ter. O código é uma dualidade formada por dois valores que, ao mesmo tempo, excluem-se e implicam-se mutuamente. Licitude, por exemplo, é o contrário da ilicitude. Mas também pressupõe a ilicitude, pois não existe sem ela. O código, assim, contribui para o desdobramento do paradoxo constitutivo dos sistemas. Isso porque transforma a unidade

¹⁰ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 67.

¹¹ Sobre fechamento operativo, veja-se Niklas LUHMANN. *Einführung in die Systemtheorie*, pp. 91 e ss.

em uma diferença.¹² Há sempre um valor marcado e outro subentendido, como em qualquer outra forma. São esses códigos binários que garantem a conexão entre as operações do sistema e, assim, fecham-no operativamente. Toda operação que parta da dualidade lícito/ilícito faz parte do direito e se conecta, com isso, a outras operações jurídicas. O mesmo ocorre com a política e com a economia em relação aos seus próprios códigos e operações. Os códigos são os elementos estáveis dos sistemas parciais da sociedade. A atribuição dos valores pode mudar, mas sempre haverá os dois valores.

Apesar de operativamente fechados, esses sistemas não se isolam dos respectivos entornos. Pelo contrário, é precisamente o fechamento operativo que garante a abertura cognitiva: caso não fossem operativamente fechados, dissolver-se-ia a diferença entre sistema e ambiente. Já se viu que os códigos binários garantem o fechamento. Mas como se opera a abertura? Para tanto, faz-se logicamente necessário introduzir uma nova diferença: código/programa. O código, repita-se, é formado apenas por dois valores. Não dá parâmetros para a escolha entre ambos. O que seria, afinal, lícito ou ilícito? Para que se responda esta pergunta, são necessários programas que indiquem quando cada valor deve ser aplicado. É o papel desempenhado pelas normas no sistema jurídico. São elas que, ao apresentar condicionalidades (se/então, fato jurídico/consequência jurídica), estabelecem o que é lícito e o que é ilícito. São esses programas que permitem que o sistema observe o ambiente e aplique o próprio código binário.¹³ Possibilitam, portanto, a abertura cognitiva. Ao contrário dos códigos, são altamente variáveis: um fato atualmente lícito pode, no futuro, deixar de sê-lo. A economia e a política também são dotadas de programas de tipo próprio. A política trabalha com programas finalísticos: visa-se a metas e, a partir delas, tomam-se decisões conservadoras ou progressistas, com maior ou menor atuação do Estado.¹⁴ A economia, por sua vez, programa-se pelos preços: são eles que orientam a correta aplicação dos valores *ter* e *não ter*, variam de acordo com observações da economia sobre seu entorno e permitem a transformação de ter em não ter por meio dos pagamentos.¹⁵

¹² Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 51.

¹³ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 55.

¹⁴ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 113.

¹⁵ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, pp. 69, 80.

A partir da abertura e do fechamento dos sistemas parciais da sociedade, pode-se entender como ocorre a relação entre eles. A afirmação de que esses sistemas são operativamente fechados significa que não há interferências diretas. Não há operações jurídicas na política, nem operações econômicas no direito. As informações do ambiente não entram no sistema.¹⁶ Enunciar o contrário equivaleria a relativizar a própria distinção sistema/ambiente. Porém, fechamento operativo não é sinônimo de isolamento. Os sistemas parciais podem se relacionar, desde que a partir das próprias operações. O direito pode observar a economia e construir, internamente, informações sobre ela. Pode irritar-se por operações políticas e reagir juridicamente. O que não consegue é comunicar de modo econômico ou reagir politicamente. No direito, há apenas comunicações jurídicas. Para descrever esse modo de relação, LUHMANN¹⁷ usa o conceito de ressonância. Isso quer dizer que os sistemas não se relacionam com os respectivos entornos a partir de uma lógica de *output* e *input*.¹⁸ Por serem operativamente fechados, eles se autoirritam ao observarem o ambiente. Não conseguem intervir diretamente nos outros sistemas, mas somente mudar o próprio estado interno e criar a expectativa de que as novas operações sejam observadas por outros sistemas. Essas observações, por sua vez, não ocorrem necessariamente e, caso ocorram, seus resultados não são previsíveis. Em suma, os subsistemas sociais não conformam o entorno nem são conformados por ele.¹⁹ O que há são autoconformações de cada sistema, a partir de auto-observações e hetero-observações. Não se trata de relação de causalidade, mas de seleção. Compreender essa relação por meio de ressonância é de grande importância para que se entenda o modo como os sistemas sociais reagem a comunicações sobre direitos sociais.

Cada subsistema social, dotado de códigos e programas próprios, desempenha uma função para a sociedade. Ou seja, suas operações são especializadas na resolução de um determinado tipo de problema. O direito tem como função generalizar

¹⁶ Neste sentido, baseado nas ideias de LUHMANN, CIRO MARCONDES FILHO, ao desenvolver teoria da comunicação, afirma: “comunicação, portanto, jamais pode ser vista como transmissão, deslocamento, transferência, como se fosse um objeto que eu pegasse de um lado e pusesse em outro, como eu faço com as fichas de jogo; como se fosse possível eu retirar uma idéia, uma sensação, uma impressão, um sentimento de dentro de mim e abrir a cabeça da outra pessoa para colocá-lo lá dentro. Não dá.” CIRO MARCONDES FILHO. *Para entender a comunicação*, São Paulo: Paulus, 2008, p. 15. Ver, do mesmo autor, de modo mais detalhado, *O escavador de silêncios. Formas de construir e de desconstruir sentidos na comunicação*. São Paulo: Paulus, 2004, pp. 419 e ss.

¹⁷ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, pp. 27 e ss.

¹⁸ Sobre a lógica de input/output, presente nas máquinas triviais, e cujo potencial explicativo da sociedade é negado por Luhmann, veja-se Niklas LUHMANN. *Einführung in die Systemtheorie*, pp. 93 e ss.

¹⁹ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, pp. 25 e ss.

congruentemente expectativas normativas. A política, diversamente, possui a função de gerar decisões coletivamente vinculantes para a sociedade. A economia, por fim, lida com o problema da escassez. Cada subsistema desempenha apenas uma função. E cada função é desempenhada em apenas um sistema parcial. Isso quer dizer que os subsistemas não são fungíveis.²⁰ Economia não consegue gerar decisões vinculantes para a coletividade. Direito não consegue lidar com a escassez. Política não pode generalizar congruentemente expectativas normativas. O mesmo raciocínio se aplica aos demais sistemas. Em outros termos, a universalidade do sistema para a resolução de dados problemas é correlata de seu particularismo – somente resolve um tipo de problema social.

Com a operacionalização desses mecanismos internos de diferenciação, os subsistemas parciais conseguem criar complexidade própria e, ao mesmo tempo, reduzir a complexidade observada no ambiente. Trata-se de mais um paradoxo: cada subsistema, simultaneamente, diminui e aumenta a complexidade da sociedade. O entorno é sempre mais complexo que o sistema. Mas este, ao reduzir a complexidade, produz novas comunicações, novas possibilidades de encadeamento comunicativo. Com isso, produz maior complexidade. Ou seja, o sistema responde à maior complexidade ambiental com maior complexidade interna.²¹

Nesse contexto, LUHMANN não atribui aos subsistemas sociais estabilidade permanente. Pelo contrário, a instabilidade é característica estável nesses sistemas, os quais conseguem aliar instabilidade a reprodutibilidade. Variam seus programas, mas respeitam a redundância dos próprios códigos. Geram mudanças, mas somente as consistentes com os pressupostos intrassistêmicos. Essas combinações entre complexidade e unidade ou entre consistência suficiente e adequação social podem ser simbolizadas, em cada sistema, pelo que LUHMANN designa como fórmulas de contingência. Direito, economia e política são dotados de fórmulas de contingência próprias: justiça, escassez e legitimidade. Estas fórmulas viabilizam a variabilidade da aplicação dos valores dos códigos (lícito/ilícito, ter/não ter, governo/oposição) sem perda da integridade de cada sistema.²²

²⁰ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 64.

²¹ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 23.

²² Ver, respectivamente, para direito, economia e política, Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 214 e ss.; Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 177 e ss.; e Niklas LUHMANN. *Die Politik der Gesellschaft*, pp. 118 e ss.

Ora, nada impede que todos esses sistemas observem o que se costuma designar como direitos sociais. A economia pode observá-los, desde que economicamente. Serão considerados encargos financeiros por alguns e oportunidade de ganho por outros. Na política, segue-se a lógica governo/oposição: a defesa de direitos sociais pode ser vista como possibilidade de a oposição se tornar governo. A implementação desses direitos, por outro lado, pode ser oportunidade para que o governo prossiga sendo governo. Por fim, no sistema jurídico, os direitos sociais são observados juridicamente, a partir de estruturas normativas e do modo operativo típico do direito. É justamente o modo como esses direitos se relacionam com outros subsistemas sociais que o torna peculiares. Isso será melhor detalhado nos itens seguintes.

b. Primeira complexidade: paradoxo da escassez

Se indicar é distinguir, faz-se necessário questionar: como os direitos sociais se distinguem dos outros tipos de direito? Qual a peculiaridade deles? Por que o sistema jurídico adotou a semântica dos direitos sociais para alguns tipos de direito, a partir do início do século XX, em especial com a promulgação da Constituição Alemã de Weimar e da Constituição Mexicana? Respostas a essas perguntas são variadas, mas muitas delas centram atenção apenas no modo como o sistema jurídico trata essa situação mais complexa. Um caminho razoável parece ser diferente: identificar que tipo de complexidade está envolvida nos direitos sociais e, somente após, verificar que construções o sistema jurídico adota para lidar com ela. Essa divergência de caminhos pode ser percebida por meio de exemplos.

Para alguns, a particularidade dos direitos sociais está na imposição ao Estado de algum tipo de ação. Diferentemente dos direitos fundamentais tradicionais, pensados como garantias individuais, os direitos sociais não seriam mera proteção contra o poder estatal. Implicariam prestações positivas por parte do Estado. Essa resposta é excessivamente simplificadora. Direitos individuais também reclamam atuação positiva do Estado. O direito de propriedade mobiliza aparatos judiciais, policiais e administrativos consideráveis. Também onera os cofres públicos. O direito à vida, à integridade física e as demais garantias individuais dos presos tornam mais cara a manutenção de cárceres. Implicam também prestações estatais positivas.

Há também quem diga que os direitos sociais são peculiares devido à sua estrutura normativa. Ao positivar direitos sociais prestacionais, a Constituição teria estabelecido normas programáticas.²³ Diferentemente das regras tradicionais, as programáticas não gerariam direitos subjetivos. Fixariam metas a serem alcançadas pelos poderes públicos, a partir da ação estatal planejada. Essa argumentação foca no modo como o direito enfrenta o novo tipo de problema, e não neste em si. Afinal, quem estabelece a diferença entre direitos sociais e direitos individuais, entre normas exigíveis e normas programáticas? Se o sistema jurídico detém o monopólio da aplicação do código lícito/ilícito, somente ele pode estabelecer juridicamente o caráter programático das normas.²⁴ Portanto, pode-se dizer que a programaticidade é resposta do sistema jurídico à complexidade especial envolvida nos direitos sociais. É modo criado pelo direito para reduzir a complexidade do entorno. Não há direitos, em si, programáticos ou exigíveis. Há, isto sim, direitos aos quais o sistema jurídico aplica a diferença programático/exigível. A programaticidade é um dos resultados da alta complexidade trazida pelos direitos sociais. Também não se diga que essa diferença é imposta pela política. O sistema político pode, é verdade, estabelecer em lei alguns direitos como meramente programáticos. Mas o direito, operativamente fechado, é dotado de mecanismos que permitem desconsiderar esse caráter programático. Poderia, por exemplo, observar a programaticidade como inconstitucional ou, até mesmo, permanecer indiferente a ela. A mesma linha argumentativa pode ser usada para refutar a idéia de que o que diferencia direitos sociais dos tradicionais direitos individuais é o fato de não serem aqueles fruíveis individualmente, como se fossem dotados de uma natureza diversa.²⁵

Mas, então, o que faz com que se adote, no sistema jurídico, soluções novas para os direitos sociais? O que os torna diversos? Depende da perspectiva adotada. Como primeiro passo para uma resposta, pode se revelar útil a análise da evolução do sistema jurídico no que concerne a esse tipo de direito. Não se pretende, obviamente, reproduzir a história dos direitos sociais com todas as suas peculiaridades. Esta tarefa é deixada para os

²³ Nesse sentido, Agostinho PEREIRA e Rafael SIMIONI. “A especificidade dos novos direitos na multiplicidade de suas referências”, p. 235.

²⁴ Portanto, pode-se afirmar que “os novos direitos não podem ser resultado de uma causa exterior ao próprio direito (...). Só se fala em novos direitos porque o próprio direito criou essa diferença entre novos e velhos e disponibilizou-a como variação para as suas novas operações, qual pôde ser suportada (selecionada) e estabilizada na continuidade evolutiva das operações jurídicas”, como se faz em Agostinho PEREIRA e Rafael SIMIONI. *A especificidade dos novos direitos na multiplicidade de suas referências*, p. 232.

²⁵ Veja-se, por exemplo, José Reinaldo de Lima LOPES. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, p. 129.

historiadores. Também não se intenta buscar num passado distante supostas raízes dos direitos sociais.²⁶ Esses direitos são típicos da Modernidade. Surgiram quando a sociedade já se organizava funcionalmente, diferenciada em sistemas autopoieticos. Firmaram-se no direito positivo, posto e legitimado por decisão. Visam a resolver problemas modernos. Seria, por fim, demasiadamente simplista reproduzir a história dos direitos fundamentais a partir do lema da Revolução Francesa e ligar os direitos sociais à igualdade. Retoricamente, esta pode ser uma boa tática. Analiticamente, parece simplista em excesso. Direitos civis e políticos também afirmam a igualdade. Por outro lado, direitos sociais reclamam tratamento, em alguns casos, desigual. Relacionar os primeiros com liberdade e os segundos com igualdade impede que se enxergue a complexidade envolvida nas dimensões daquilo que, de maneira muitas vezes heróica e retórica, designa-se como cidadania.

O que se pretende com a redescritção da evolução dos direitos fundamentais é, tão somente, verificar qual tipo de complexidade está envolvida em sua positivação. Para LUHMANN, o fato de serem os sistemas parciais da sociedade operativamente fechados permite que eles evoluam autonomamente, embora em permanente referência aos respectivos entornos.²⁷ Ou seja, a evolução se dá pela variação, seleção e estabilização de estruturas por meio de operações internas de cada sistema. Mas decorre da diferença de complexidade entre o próprio sistema e seu ambiente, sempre mais complexo.²⁸ A evolução ocorre quando as estruturas tradicionais do sistema não conseguem mais reduzir a complexidade do ambiente. É dizer: a utilização de novas semânticas pelo sistema jurídico pode ser considerada aquisição evolutiva para lidar com a maior complexidade do entorno.²⁹ Complexidade ambiental funciona como pressão para que o sistema operativamente fechado selecione estruturas.³⁰ A análise da evolução da cidadania e dos direitos fundamentais pode ser esclarecedora neste ponto. Quando, afinal, os direitos sociais surgem como informação, como novidade? Que diferença de complexidade entre

²⁶ Criticamente em relação a tentativas como esta, veja-se Luciano OLIVEIRA. “Não fale do Código de Hamurabi! A pesquisa jurídica na pós-graduação em direito”.

²⁷ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 243.

²⁸ Há, assim, requisitos internos e externos a cada sistema para a evolução. Internos são a ocorrência de variação, seleção e estabilização. Já o requisito externo é o desequilíbrio de complexidade do ambiente quando comparado ao sistema. Sobre isso, veja-se Pilar ALCOVER. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, pp. 131 e s. Deve-se ressaltar que evolução, para Luhmann, não é sinônimo de progresso. É apenas o estudo das mudanças de estrutura, para explicar a diversificação e o aumento de complexidade social. Veja-se, sobre isso, Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 240 e ss.

²⁹ Veja-se, por exemplo, Niklas LUHMANN, Luhmann. “The paradox of observing systems”, p. 37.

³⁰ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 241.

sistema jurídico e ambiente social provocou autoirritação do direito e decisões acerca de direitos sociais?

Em texto clássico, MARSHALL descreve a evolução da cidadania. Estudou essa aquisição evolutiva como igualdade básica entre os homens que guarda coerência com desigualdades específicas – por exemplo, a desigualdade econômica. Em outros termos, a tese do autor é de que a desigualdade de classes é legitimada pelo amplo reconhecimento da cidadania.³¹ Historicamente, esse mecanismo de legitimação teria se formado com a agregação de dimensões, criadas em períodos diversos: (i) dimensão civil, garantida no século XVIII; (ii) política, afirmada no século XIX; e (iii) social, implementada com o Estado Social do século XX.³² Desse modo, a evolução da cidadania é apresentada como um progresso lógico: com base nos direitos civis, exige-se direito à participação política. Pela participação na decisão política, elegem-se representantes responsáveis por introduzir direitos sociais.

De acordo com MARSHALL, reconhecer os direitos políticos e civis teria como consequência lógica a busca pela implementação de políticas com vistas à redução da desigualdade material. A ampliação da cidadania era, nesse sentido, um processo. O proletariado já havia percebido a deterioração de suas condições de vida, paralelamente ao aumento da produção e dos lucros no setor industrial. Se, por um lado, industrialização gerou abundância, por outro, produziu também escassez. Os direitos políticos representaram um modo de canalizar esse descontentamento e de organizar, oficialmente, os interesses dos proletários contra os empregadores e o Estado, supostamente – ou realmente – representante dos interesses da classe capitalista. Por isso, diferentemente dos direitos civis, que tornavam o acesso ao trabalho independente do *status* e com isso contribuíam para a economia de mercado, os direitos políticos podiam representar ameaça ao capitalismo.³³ Seriam forma de extravasar o descontentamento do proletariado com as suas condições econômicas. A resposta do sistema político foi a incorporação dos direitos sociais ao *status* da cidadania. Com ela, segundo MARSHALL, dava-se a “criação de um direito universal a uma renda real que não é proporcional ao valor de mercado do reivindicador.”³⁴ O Estado observava politicamente a economia e agia economicamente –

³¹ Thomas MARSHALL. *Cidadania, classe social e status*, p. 62.

³² Thomas MARSHALL. *Cidadania, classe social e status*, pp. 63-66.

³³ Thomas MARSHALL. *Cidadania, classe social e status*, p. 85. O autor não descarta a possibilidade do uso de direitos civis contra o próprio capitalismo. Veja-se p. 86.

³⁴ Thomas MARSHALL. *Cidadania, classe social e status*, p. 88.

com o meio dinheiro – para garantir a distribuição de renda. O escopo não era tornar as rendas absolutamente iguais, mas somente garantir que a desigualdade fosse legitimada por uma equidade mínima.³⁵

Essa análise de MARSHALL pode ser válida para o contexto inglês, por ele analisado. Mas seria precipitado ver o percurso descrito por esse autor como aplicável a qualquer conjuntura. É o que demonstrou JOSÉ MURILO DE CARVALHO ao analisar a evolução da cidadania no Brasil. Em primeiro lugar, a evolução da cidadania brasileira foi marcada pela preferência pelos direitos sociais.³⁶ Ademais, a implementação de direitos sociais no Brasil se deu, de modo geral, em períodos autoritários, como modo de aumentar o apoio popular aos regimes. Precisamente devido ao autoritarismo, esses direitos sociais não vinham, em geral, acompanhados de direitos civis e políticos. Há na História exemplos significativos. O Varguismo assegurou direitos sociais, como a CLT e a ampliação da previdência social. Mas isso ocorreu num contexto de pouca participação política democrática, fato evidenciado pelo amplo controle estatal sobre a atividade sindical. Protegiam-se os empregados contra patrões, mas não contra o Estado.³⁷ Fenômeno similar ocorreu na ditadura militar. Universalizava-se e unificava-se a previdência, criava-se o Banco Nacional de Habitação e o Ministério da Previdência e Assistência Social, mas tudo acompanhado de repressão política e restrição aos direitos civis.³⁸ Ao conceder direitos sociais, o Estado garantiria o apoio dos trabalhadores. Evitava que a percepção do paradoxo da escassez, evidenciado com a industrialização, colocasse em risco a continuidade das ditaduras.

Dessa maneira, a evolução da cidadania no Brasil contradiz qualquer tentativa de transplantar diretamente a descrição de MARSHALL para o caso brasileiro. E não há aí qualquer surpresa. Causalidades são sempre observadas *a posteriori*. Apostar na repetição de relações causais, quando se trata da relação entre sistemas operativamente fechados, não triviais e construídos historicamente – como são os sistemas parciais da sociedade moderna

³⁵ Thomas MARSHALL. *Cidadania, classe social e status*, p. 94.

³⁶ José Murilo de CARVALHO. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, pp. 11 e s. Em sentido similar, Celso CAMPILONGO afirma que “[o] esquema de evolução dos direitos formulados por Marshall pressupõe concepções de cidadania muito específicas e pouco relacionadas com a realidade social brasileira. Entre nós, o processo que vai dos direitos civis aos políticos e destes aos direitos sociais não foi nem linear nem cumulativo. Ao contrário, de modo imperfeito, truncado e simultâneo, a luta pela cidadania desenvolveu-se e desenvolve-se em todas essas frentes”. Celso CAMPILONGO. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, p. 31.

³⁷ José Murilo de CARVALHO. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, pp. 110-116.

³⁸ José Murilo de CARVALHO. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, pp. 170 e ss.

– é sempre arriscado. De toda maneira, observar essas descrições da evolução da cidadania, seja nos contextos democráticos, seja nas ditaduras, permite concluir que a positivação de direitos sociais foi uma resposta do sistema político à percepção, em especial pela classe trabalhadora, de que a maior escassez de seus recursos era correlata à maior abundância da produção industrial. Esse paradoxo foi descrito por MARX como contradição, ao tratar da mais-valia: o capitalismo tem como base a apropriação, pelo empregador, de parcela do resultado produzido pelo trabalhador – quanto mais um ganha, mais o outro perde.³⁹ Não basta, portanto, dizer que a dificuldade do sistema jurídico em manusear os direitos sociais decorre de sua relação com a escassez econômica. Lidar com a escassez é complexo porque a escassez é um paradoxo – depende da abundância, como se verá no próximo capítulo. E só a economia consegue lidar com esse paradoxo.

Na complexidade do paradoxo da escassez, em especial para os sistemas jurídico e político, encontra-se o motor para o aparecimento dos direitos sociais como aquisição evolutiva. Ao mesmo tempo, aí se percebe a improbabilidade dessa evolução. A política passava a decidir diretamente sobre o problema da escassez, das relações produtivas, campo por excelência da economia. Se somente o sistema econômico consegue lidar com o problema da escassez, a “intervenção” política significa autoimposição de dependência e de indecidibilidade. Para lidar com a complexidade econômica, a política se utilizou de dois meios: (i) dinheiro, e aí se evidencia a dependência em relação ao sistema econômico; e (ii) direito, por meio da positivação em leis dos direitos sociais que podiam, então, ser observados pelo sistema jurídico.

Essa resposta política não permaneceu sem reflexos no âmbito jurídico. As leis emanadas do sistema político têm enorme probabilidade de serem observadas pelo direito. Isso é garantido pelo mecanismo de acoplamento estrutural entre os dois sistemas, a constituição. Portanto, a adoção política dos direitos sociais tornava patente o descompasso entre a complexidade do sistema jurídico e a do seu ambiente social, em especial dos sistemas econômico e político, os quais operam em tempos diferentes do tempo jurídico.⁴⁰ O paradoxo da escassez ressoava no direito. Estavam dadas as condições externas para a

³⁹ Também no sentido do surgimento de direitos sociais a partir de contradições sócio-econômicas, veja-se José Eduardo FARIA. “Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”, p. 16.

⁴⁰ A economia, por funcionar de modo mais veloz e ter atingido modernamente maior complexidade, pode ser considerada motor da evolução quando observada por outros sistemas. Afinal, dizer que a economia aumenta sua complexidade equivale a afirmar que o ambiente do direito e o da política se tornam mais complexos. Parece ser o caso aqui tratado. Sobre essa possibilidade, veja-se Pilar ALCOVER. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, p. 140.

possível – mas não necessária – evolução do sistema jurídico. Ao adotar políticas públicas visando a lidar com a desigualdade econômica, a política abre para o direito várias possibilidades. Os programas legais que implementavam direitos sociais podem ser observados, juridicamente, de várias maneiras. Isso não muda o fato de que o sistema jurídico não consegue lidar com o paradoxo da escassez. Por isso a maior complexidade dos direitos sociais.

Mas, afinal, por que é mais complexo lidar com a escassez nos casos que envolvem direitos sociais? É fato que as operações jurídicas não se especializaram como modo de tratar dos paradoxos da escassez. Desempenhar essa função é especialidade do sistema econômico, com tipos de operação e estrutura próprios. Mas o direito tradicionalmente lida de modo indireto com a escassez, por exemplo, ao dispor sobre a propriedade e sobre os contratos.⁴¹ Por que, no caso dos direitos sociais, as polêmicas parecem ser maiores? Pode-se creditar isso a dois fatores. Em primeiro lugar, a escassez não é a única problemática dos direitos sociais. Serão mostradas nos itens seguintes outras formas de complexidade que tornam o tratamento jurídico dos direitos sociais ainda mais complicado. Além disso, os direitos sociais estão mais intimamente ligados à escassez, e não apenas por sua implementação ser mais custosa – o que nem sempre ocorre –, mas também por tratarem diretamente de questões de produção e consumo usualmente deixadas para a economia.⁴² Os direitos sociais se relacionam, assim, mais diretamente com o paradoxo da simultaneidade entre abundância e escassez.

É importante fixar que lidar com a escassez somente se tornou estorvo para o direito porque ele assim decidiu. A evolução, vale revisar, é mudança de estrutura que decorre da diferença de complexidade entre sistema e ambiente. No caso aqui abordado, pode-se dizer: decorre da percepção, no direito, dos paradoxos de outros sistemas que operações jurídicas não conseguem desdobrar. Mas a evolução ocorre no interior do sistema. O desenvolvimento dos direitos sociais não é exceção a isso. Quando há desequilíbrio de complexidade entre direito e os sistemas político e econômico, abrem-se dois caminhos para o sistema jurídico: aumentar a própria complexidade ou aumentar a

⁴¹ Por este motivo, são interessantes as pesquisas acerca da coevolução entre economia e direito. Ver, a respeito disto, Simon DEAKIN. “Legal evolution: integrating economic and systemic approaches”; Ana LOURENÇO. “Autopoietic social systems: the co-evolution of law and the economy”.

⁴² José Reinaldo de Lima LOPES diferencia direitos econômicos dos direitos sociais. Os primeiros estariam relacionados às classes populares enquanto consumidoras e os segundos, às mesmas classes enquanto produtoras. Aqui, contudo, adotamos designação diversa: direitos sociais prestacionais como aqueles relacionados ao consumo. Veja-se José Reinaldo de Lima LOPES. “Dos direitos civis aos direitos sociais. Experiência brasileira no final do século XX”, p. 39.

própria indiferença.⁴³ Selecionar ou rejeitar variações. Ou ainda: fazer ambos ao mesmo tempo – o que parece ter sido o caso quando se estudam direitos sociais, como se demonstrará adiante.

Fato é que o direito observou e reagiu à evolução ambiental concernente aos direitos sociais. Promoveu variação ao comunicar expectativas normativas não-esperadas. Irritou-se internamente com comunicações do ambiente.⁴⁴ E o modo como o direito reagiu demonstra a alta complexidade de qualquer tratamento jurídico de um paradoxo econômico. Evidência dessa alta complexidade, em primeiro lugar, é o fato de não serem eles facilmente compatibilizados com os mecanismos jurídicos mais tradicionais. Basta citar os direitos subjetivos, técnica desenvolvida em especial na Modernidade que deu maior abstração às relações jurídicas por possibilitar relações complementares, em que uma das partes tem somente direitos e outra somente deveres.⁴⁵ Anteriormente, tais relações eram tidas como ilegítimas. A reciprocidade era a regra. Até mesmo relações de vassalagem servem como exemplo: eram relações hierárquicas, mas havia reciprocidade entre direitos e deveres dos nobres e servos. A técnica de abstração fornecida pelos direitos subjetivos permite lidar com maior complexidade. Não há necessidade de compensar a atribuição de direitos a um sujeito com a atribuição também de um dever. Por ter esse grau de abstração, os direitos subjetivos são mais adequados a mudanças estruturais. Ao mesmo tempo em que se adequam à variação, fornecem proteção contra a variação.⁴⁶ Possibilitam a mudança do direito sem afetar a função deste, de generalizar congruentemente expectativas normativas.

Com a semântica do direito subjetivo, o equilíbrio e a reciprocidade das relações passavam a ser questão política. O direito não precisava se preocupar mais com a reciprocidade, mas somente com a identificação de direitos subjetivos.⁴⁷ Por essa capacidade de lidar com situações complexas, a técnica do direito subjetivo foi largamente utilizada no direito moderno. Por isso, o fato de não serem facilmente compatibilizados com direitos sociais é indicativo da dificuldade do sistema jurídico em lidar com a nova complexidade. Quem seriam os sujeitos destes direitos? Os cidadãos, individualmente?

⁴³ Pilar ALCOVER. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, pp. 142 e s.

⁴⁴ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 257, 277.

⁴⁵ LUHMANN investiga essa evolução em *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, pp. 364 e ss.

⁴⁶ Niklas LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 369.

⁴⁷ Niklas LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 369.

Enquanto coletividade? A nação? Organizações? Quem são os sujeitos do dever correspondente? Todos os cidadãos? O Estado?⁴⁸ A decisão jurídica sobre isso só pode ser tomada no direito – e a tautologia, aqui, é proposital. Mas o sistema jurídico não está isolado do resto da sociedade. Para tomar decisões como estas, lida com a diferença sistema/ambiente. Autorreferência e heterorreferência. E aí se depara, mais uma vez, com o paradoxo do sistema econômico. Como garantir direitos subjetivos a saúde, moradia, educação e segurança, se tudo isso é custoso? Por que considerar custoso algo que é abundante? O direito observa como ilícito o paradoxo de que a escassez aumenta, na era industrial, juntamente com o aumento da abundância. Mas não tem meios para mudar essa situação – não consegue atuar como o sistema econômico.

Portanto, a alta complexidade do fenômeno pode ser constatada no modo inovador como o direito observou e reagiu às mudanças do ambiente social. Como resposta à percepção do problema da escassez relacionado com direitos sociais, o sistema jurídico observou os textos constitucionais e legais sobre direitos sociais e inseriu a diferença texto/interpretação. Evoluiu a partir de variações interpretativas, como a norma programática, a reserva do possível e o mínimo existencial. Utilizou-se da forma por excelência para lidar com mudanças no entorno: a interpretação.⁴⁹ As operações jurídicas observam os textos legais situados na periferia do direito, que funcionam como um filtro da complexidade do entorno para os tribunais e, com isso, respondem, por meio de interpretações, às mudanças do ambiente que ressoarem no direito. E faz isso de modo inovador, com argumentos e técnicas diferenciadas que parecem escapar das categorias jurídicas tradicionais como o direito subjetivo. Adota-se nova semântica para lidar com a maior complexidade.⁵⁰ O que se percebe é que não há diferença de essência entre direitos

⁴⁸ Essa dificuldade decorre do fato de que os direitos sociais “foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações de classes a que pertencem”. José Eduardo FARIA, “O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira”, p. 105. Não se pode olvidar, contudo, que a atribuição dos direitos sociais não a indivíduos, mas a grupos, é decisão jurídica contingente – podia ser diferente.

⁴⁹ Mais especificamente, o direito evolui com a seleção sobre quem é competente para interpretar e como a interpretação deve ser feita. Ver Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 253-256. Segundo o autor, “a pergunta sobre se há um sentido univocamente fixado é, ela mesma, questão de interpretação. A interpretação permanece, com isso, também em sua auto-limitação, soberana. Ela é competente para todo o direito e não apenas para as partes fixadas de modo obscuro”. Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 256, tradução livre. No original: “Anderseits ist die Frage, ob es sich um eindeutig fixierten Sinn handelt, selbst eine Frage der Interpretation. Die Interpretation bleibt mithin auch in ihrer Selbstlimitierung souverän. Sie ist für das Gesamtrecht zuständig und nicht nur für die unklar fixierten Teile”.

⁵⁰ Essa necessidade autoimposta de inovação no sistema jurídico foi tematizada já nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988. José Eduardo FARIA, por exemplo, em relação às inovações, afirmava:

sociais e direitos individuais. Há, isto sim, semânticas diversas, desenvolvidas artificialmente no sistema jurídico para lidar com o novo tipo de complexidade social e com os paradoxos do ambiente observados pelo direito.

Finalmente, a dificuldade do direito para lidar com a escassez no campo dos direitos sociais aqui tratados pode ser percebida pela comparação com direitos sociais não-prestacionais, mais especificamente, os direitos trabalhistas. São também estes direitos relacionados com a economia, pois dispõem sobre fatores de produção que, vistos da ótica dos capitalistas, são escassos: os trabalhadores. Mas, nesse setor, o sistema jurídico conseguiu utilizar o aparato tecnológico tradicional. Enxergou os trabalhadores como sujeitos dos direitos sociais, tanto individual quanto coletivamente.⁵¹ O mesmo ocorre no direito do consumidor: por meio da técnica dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o direito consegue atuar nesse campo, também imprescindível para a circulação econômica. Esses são indícios de que a complexidade dos direitos sociais prestacionais não decorre somente da relação com o paradoxo da escassez. Por isso, serão abordadas outras peculiaridades dos direitos sociais, nos itens seguintes.

c. Segunda complexidade: Estado de Direito

A complexidade envolvida pelo paradoxo da escassez não é capaz de explicar, isoladamente, a atual polêmica acerca da judicialização e eficácia dos direitos sociais.

“a dogmática jurídica forjada pelo positivismo normativista vai sendo obrigada a assumir tarefas com dimensões ignoradas pelas premissas que a inspiraram, tendo de substituir o caráter individualizante dos códigos tradicionais por soluções meta-individuais que, com o advento dos novos ‘direitos sociais’ quase sempre desorganizam a estrutura lógico-formal do ordenamento jurídico”. José Eduardo FARIA. “Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”, p. 27. O mesmo autor afirma que “esse poder [Judiciário] também vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às situações inéditas no âmbito de uma sociedade urbano-industrial profundamente estigmatizada pelas contradições econômicas, pelos antagonismos sociais e pelos paradoxos políticos”. José Eduardo FARIA. “As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais”, p. 53. No mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes afirma que “tipicamente, *novos* direitos sociais, espalhados pelo texto constitucional, diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos. Não se distinguem apenas por serem coletivos, mas por exigirem remédios distintos. Mais ainda, têm uma implicação política inovadora na medida em que permitem a discussão da justiça geral e da justiça distributiva, para retomarmos a distinção clássica”. José Reinaldo de Lima LOPES. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, p. 127. Uma observação pode, aqui, ser feita: a diferença entre direitos sociais e subjetivos não é em sua essência. É o sistema jurídico que, artificialmente, estabelece essa diferença.

⁵¹ Essa diferença foi percebida em José Reinaldo de Lima LOPES. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, p. 126.

Afinal, a percepção do paradoxo da escassez já havia ocorrido desde a positivação dos direitos sociais, com previsão em Constituições anteriores, promulgadas ou outorgadas. Portanto, parece haver outro motivo para a polêmica. Para explicá-lo, revelar-se-á útil observar a Constituição não como texto normativo, mas enquanto acoplamento estrutural entre direito e política. Trata-se de mecanismo de diferenciação social que torna distintos e, ao mesmo tempo, relaciona os dois sistemas. Mantém-nos operativamente fechados, mas em constante irritação recíproca. O assunto merece maiores detalhamentos.

Como se ressaltou anteriormente, sistemas autopoieticos são fechados. Mas isso não significa isolamento, nem ausência de relações com o entorno – são cognitivamente abertos. Se no ambiente há outros sistemas, não se excluem, também, relações entre cada sistema autopoietico e outros que operam no seu entorno. Segundo LUHMANN, o mecanismo por excelência dessa relação entre sistemas autopoieticos é o acoplamento estrutural. Este pode ser definido como forma de dois lados que permite a um sistema, de modo duradouro, que se autoirrite a partir de fenômenos ocorridos em outro sistema. Nas palavras de LUHMANN, acoplamento estrutural “é simplesmente a forma específica mediante a qual o sistema pressupõe estados específicos ou mudanças no seu ambiente e se baseia nelas.”⁵² O autor complementa a ideia com um exemplo: não há na sociedade pensamentos. Apenas comunicação. Mas comunicação pressupõe sempre atenção dos sistemas psíquicos. Baseia-se nessa pressuposição para poder prosseguir. O acoplamento estrutural entre comunicação e consciência é a linguagem, meio presente em ambos os sistemas que permite a ambos se autoirritarem mutuamente.⁵³ Dessa maneira, acoplamentos estruturais viabilizam autoirritação recíproca entre sistemas, causada por surpresas ou frustração de expectativas.

Os subsistemas sociais modernos também são dotados de acoplamentos estruturais que os mantêm operativamente fechados e intermediam irritações mútuas. A constituição⁵⁴ é a forma de acoplamento estrutural entre sistema jurídico e sistema político. Como acoplamento estrutural, não faz com que operações políticas tenham

⁵² Niklas LUHMANN. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”, p. 1432, tradução livre. No original: “[i]t is simply the specific form in which the system presupposes specific states or changes in its environment and relies on them.”

⁵³ Ver LUHMANN, Niklas. *Einführung in die Systemtheorie*, pp. 118 e ss.

⁵⁴ Ressalte-se, desde já, que constituição enquanto acoplamento estrutural não significa texto constitucional. Também não há correspondência entre constituição, como aqui exposta, com os sentidos sociológico, histórico ou normativo. Constituição como acoplamento estrutural, repita-se, é forma de dois lados que relaciona dois sistemas. Ou seja, é nova diferença (constitucional/inconstitucional) inserida nas diferenças basais de cada sistema.

automaticamente importância jurídica. Para serem juridicamente relevantes, operações políticas precisam ressoar no direito. O que a constituição faz é tornar essa ressonância provável. Portanto, o acoplamento estrutural não viabiliza troca de informações entre sistemas como relação *input/output*. Apenas torna possível e organiza perturbações recíprocas. Ou seja, é mecanismo adequado ao modo como sistemas não-triviais se relacionam com os respectivos entornos: por irritações. Isto é, a constituição inclui e exclui – “canaliza” – influências entre esses sistemas.⁵⁵ O direito se autoirrita por novidades da política e a recíproca é verdadeira. E isso é viabilizado pelo reingresso da diferença constitucional/inconstitucional nos dois sistemas, cada um dos quais constrói formas diversas. Pense-se, por exemplo, nas mudanças legislativas. A Constituição torna provável que estas sejam observadas no direito, mas não garante que haverá mudança na atribuição dos valores lícito/ilícito, posto que a mudança legislativa pode ser julgada juridicamente como inconstitucional. Imagine-se, igualmente, a modificação de interpretação constitucional acerca de processos eleitorais. A política poderá observar essa mutação jurídica e considerá-la em suas operações, adquirindo legitimidade. A Constituição viabiliza intercâmbios como estes, de modo duradouro.

A partir do mesmo exemplo, percebe-se que o mecanismo de acoplamento estrutural mantém a abertura cognitiva dos sistemas jurídico e político, ou seja, permite-lhes aprender com eventos ocorridos no entorno.⁵⁶ É dizer: ao ser inserida na forma jurídica, a Constituição torna provável que o direito observe leis e as tome em consideração para a condensação de estruturas normativas. Mas quem define quais são as leis é a política. De modo análogo, ao reingressar no sistema político, a Constituição se apresenta como vinculação jurídica do poder soberano. Mas só o direito pode estabelecer vinculações jurídicas. Com isso, combinam-se redundância e variação. Redundância da complexidade interna a cada sistema e variação pelas autoirritações viabilizadas pelo acoplamento estrutural. Como produto dessa combinação, o direito pode modificar suas estruturas normativas e atribuir essa mudança à política. Da mesma maneira, o sistema político pode atribuir suas operações a exigências jurídicas. Isso não significa coordenação entre os sistemas.⁵⁷ Pode ocorrer essa adequação aos eventos ambientais. Mas a má

⁵⁵ Niklas LUHMANN. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”, p. 1437. Do mesmo autor, ver também *Das Recht der Gesellschaft*, p. 441.

⁵⁶ Niklas LUHMANN. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”, p. 1433. Do mesmo autor, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 443.

⁵⁷ Niklas LUHMANN. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”, p. 1440.

adaptação é sempre uma possibilidade. A Constituição garante apenas a probabilidade de surpresas recíprocas. O acoplamento estrutural não impõe ao sistema jurídico normas do entorno. Somente possibilita que operações políticas ressoem no direito e que este, a partir disso, decida juridicamente.⁵⁸

Em síntese, a forma Constituição torna direito e política autônomos e, concomitantemente, dependentes. Permite que esses sistemas operem a partir dos próprios códigos, estruturas e modos de funcionamento. Mantém-nos fechados. Possibilita que somente por operações jurídicas sejam condensadas estruturas jurídicas⁵⁹ e que, na política, só haja estruturas condensadas politicamente. Mas a Constituição também canaliza interpenetrações contínuas entre os dois sistemas.⁶⁰ Ou seja, direito e política colocam suas complexidades à disposição um do outro. Operações jurídicas podem remeter paradoxos do sistema jurídico à política: para observações no direito, é lícito distinguir entre o lícito e o ilícito porque as leis utilizadas como programas decisórios foram promulgadas de acordo com a vontade política do povo. Do mesmo modo, tautologias e paradoxos políticos são desdobrados por referência ao direito: o poder soberano, superior a todos, não pode ser exercido arbitrariamente porque se vincula ao direito positivo, à distinção constitucional/inconstitucional.⁶¹ Em síntese, a Constituição dá soluções para os paradoxos da autorreferência do direito e da política.

Constituição, enquanto acoplamento estrutural entre direito e política, tem íntima relação com o Estado de Direito. A especificidade da Constituição e do Estado de Direito está no fato de ambos garantirem relação sinalagmática entre os sistemas em questão, os quais operam duplo intercâmbio. Por um lado, a política se autolegitima por referência ao direito: o código lícito/ilícito passa a ter relevância também no sistema político. Basta que o poder seja exercido de acordo com a Constituição para que seja legítimo.⁶² Por outro lado, a Constituição permite o direito faça uso programas decisórios fornecidos pela política: as leis emanadas do sistema político são amplamente utilizadas no direito, o qual pode pressupor essa prévia redução de complexidade em suas decisões. Há,

⁵⁸ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 441, 445. Acoplamento estrutural não significa troca de informações como relação input/output. Significa irritabilidade recíproca entre sistemas que se mantêm operativamente fechados.

⁵⁹ Niklas LUHMANN. "Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system", p. 1424.

⁶⁰ Marcelo NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, pp. 92, 97.

⁶¹ Niklas LUHMANN. "Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system", pp. 1436 e s. Também Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 478.

⁶² Marcelo NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, p. 89.

ainda, um segundo intercâmbio de prestações. A coação física, monopólio do sistema político, somente pode ser utilizada licitamente. Submete-se ao direito. Mas o direito também não pode prescindir da força física da política. Esse duplo intercâmbio garante a ambos os sistemas maior autonomia, ou seja, maior grau de liberdade para operar a partir de suas dinâmicas internas.⁶³ Isso porque permite que cada sistema, ao operar, pressuponha redução de complexidade operada pelo outro. O sistema jurídico não precisa se preocupar com a pressão política do povo nem com a aplicação da força física. Essas são complexidades com que a política lida. Por outro lado, a política não tem a necessidade de partir sempre do consenso empiricamente atestado para que suas decisões sejam legitimadas. Basta que a decisão seja tomada em respeito à Constituição para que seja politicamente legítima. Assim, direito e política podem se concentrar na realização das próprias funções: respectivamente, generalização congruente de expectativas normativas e tomada de decisões coletivamente vinculantes.

Se, como afirmou LUHMANN⁶⁴, o acoplamento estrutural “Constituição” somente realiza sua função quando as influências entre direito e política se restringem aos meios constitucionalmente previstos (Estado de Direito), constata-se que a relação entre esses âmbitos sociais muda de figura em governos ditatoriais. Não se faz juízo de valor moral ao constatar essa deficiência. Apenas se expressa o fato de que direito e política não conseguem, quando o poder político é exercido de modo arbitrário, lidar com a complexidade típica da Modernidade. O que ocorre nesses regimes é que, em geral, a política atua de modo hipertrofiado e desconsidera a relevância de operações jurídicas para o próprio sistema político. A importância do código lícito/ilícito para a política é desprezada. Os efeitos disso nas prestações do intercâmbio entre direito e política são marcantes. A política não pode se autolegitimar por referência ao direito, o que resulta na sujeição da política a pressões do ambiente social.⁶⁵ Fala-se, então, em corrupção.⁶⁶ Considere-se, por exemplo, a inexistência de procedimentos eleitorais regulados pelo direito para os cargos políticos. Tal ausência coloca em questão a legitimidade dos governantes. As eleições, afinal, são procedimentos políticos capazes de lidar com a hipercomplexidade de opiniões, valores e princípios existentes no ambiente social. Se não

⁶³ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 470.

⁶⁴ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 470.

⁶⁵ Marcelo NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, p. 89.

⁶⁶ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 445.

há processo eleitoral, dificilmente essa complexidade é reduzida.⁶⁷ Portanto, como consequência da ausência imunização por intermédio de padrões jurídicos, a política sucumbe diante de particularismos. É incapaz de reduzir a complexidade. O direito, por sua vez, perde espaço diante da política hipertrofiada. Não consegue tratar de temas políticos nem controlar autonomamente em que casos aplicar o código lícito/ilícito. Não pode pressupor que o sistema político implementará suas decisões, se necessário com uso de força física. Torna-se difícil, nesses casos, observar direito e política como sistemas autopoieticos. Por isso, LUHMANN afirma: “democracia é uma consequência da positivação do direito e, com isso, da possibilidade de mudar o direito a qualquer momento.”⁶⁸

Aí reside a enorme diferença entre positivar direitos sociais em democracias ou ditaduras. Como salientado no item anterior, os direitos sociais positivados em alguns dos textos constitucionais brasileiros anteriores ao de 1988 vigoravam em contextos autoritários. Eram implementados como modo de compensar a ausência de direitos civis e políticos. Ocorre, contudo, que estes outros direitos são também parte da Constituição enquanto acoplamento estrutural. Eles viabilizam o duplo intercâmbio entre direito e política. Contribuem para a imunização da política contra pressões do ambiente social e dos outros subsistemas sociais em face da pressão política.⁶⁹ Liberdade de expressão e de imprensa é imunização dos meios de difusão de massa contra censura política. Liberdades de profissão e de iniciativa imunizam a economia. Sufrágio universal imuniza a política em face de critérios econômicos. Quando essas garantias não são observadas, os sistemas têm dificuldades em lidar com a complexidade do entorno.⁷⁰ Não podem mais pressupor a redução da complexidade operada pelo outro sistema. Se o acoplamento estrutural

⁶⁷ Aqui também se incluem casos em que, apesar de haver, formalmente, eleições, têm elas seu significado reduzido por medidas como cassação de parlamentares eleitos, controle dos partidos, limitação do direito de expressão e exílio de militantes. É o que ocorreu em períodos da ditadura militar. Veja-se, sobre isso, José Murilo de CARVALHO. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, pp. 172 e s.

⁶⁸ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 471, tradução livre. No original: “Demokratie ist eine Folge der Positivierung des Rechts und der damit gegebenen Möglichkeiten, das Recht jederzeit zu ändern.” Claro que isso está ligado, como LUHMANN reconhece (p. 477) à divisão das funções do Estado e à positivação dos direitos fundamentais. José Eduardo Faria, a partir de paradigma diverso, também aponta a co-evolução entre dogmática jurídica e liberalismo político. Para ele, dicotomias jurídicas como validade/efetividade, valor/fato e abstração/concreção têm correspondência com distinções políticas, tais como Estado/sociedade, vida pública/vida privada, direito objetivo/direito subjetivo e interesse individual/interesse coletivo. FARIA, José Eduardo. “Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”, p. 22.

⁶⁹ Marcelo NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, pp. 102 e s.

⁷⁰ Disso decorre a dificuldade em se conceber a existência de direitos sociais prestacionais, enquanto direitos, quando os direitos civis e políticos não são concomitantemente garantidos. Por isso, José Murilo de CARVALHO afirma que os direitos sociais podem até existir sem os outros tipos de direitos fundamentais, mas somente de modo limitado. Ver José Murilo de CARVALHO. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, p. 10.

“Constituição” não funciona, a coação física operada pela política não adota o código lícito/ilícito e o sistema jurídico não pode contar com a implementação de suas decisões caso elas contrariem a política. Inábil para conviver com pressão popular, escassez de recursos e oposição, as ditaduras tentam eliminar essa complexidade por meio da repressão. Censura-se a imprensa, cassam-se juízes, fecha-se o Parlamento, extinguem-se partidos e assassinam-se opositores.⁷¹

O funcionamento deficiente do acoplamento estrutural traz dificuldades também à efetivação de direitos sociais. Sem o duplo intercâmbio, positivar direitos sociais em Estados autocráticos implica deixá-los à mercê da política.⁷² Esses direitos passam a ser vistos como meros favores do governo. Não se constrói uma cidadania reivindicadora.⁷³ Direitos sociais não são observados como exigíveis, nem mesmo como parâmetros especificamente jurídicos para a avaliação da atuação estatal. E esta decisão pela inexigibilidade não é jurídica, mas política. Ao sistema jurídico não é dado decidir juridicamente sobre quaisquer políticas públicas. Parte-se do pressuposto de que a política *não* implementará decisões jurídicas que a contrariem. Há somente uso instrumental do direito pelo sistema político. Essa situação se modifica a partir de 1988. Com o fortalecimento do Estado de Direito, deixa de haver hipertrofia política. Não se quer, com isso, julgar moralmente ou politicamente a democracia brasileira. Apenas se constata que, a partir de então, a política utiliza a forma lícito/ilícito como seu segundo código. Passa a ver o direito não só como instrumento, mas também como fonte de legitimação a ser obedecida. O direito, por sua vez, passa a partir do pressuposto de que suas decisões serão impostas também em setores antes tratados unicamente de modo político, como os direitos

⁷¹ Para exemplos dessas tentativas de reduzir drasticamente a complexidade social por meio de medidas autoritárias, respectivamente, nas ditaduras getulista e militar, veja-se José Murilo de CARVALHO. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, pp. 114 e ss, pp. 157 e ss. Para citar alguns exemplos fornecidos por esse autor (pp. 163 e s.): “[a] censura à imprensa eliminou a liberdade de opinião; não havia liberdade de reunião; os partidos eram regulados e controlados pelo governo; os sindicatos estavam sob constante ameaça de intervenção; era proibido fazer greves; o direito de defesa era cerceado pelas prisões arbitrárias; a justiça militar julgava crimes civis; a inviolabilidade do lar e da correspondência não existia; a integridade física era violada pela tortura nos cárceres do governo; o próprio direito à vida era desrespeitado.” José Eduardo FARIA sintetiza esse período: “Agindo com o propósito de evitar que as reivindicações sociais dificultassem a execução de sua programação econômica e o desestabilizassem politicamente, desde o início o regime burocrático-autoritário neutralizou parcialmente os canais tradicionais de participação política, interveio nos sindicatos e adotou políticas trabalhistas bastante restritivas com a finalidade de conter o aumento real da massa salarial.” FARIA, José Eduardo. “Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”, p. 13.

⁷² É a constatação de José Reinaldo de Lima LOPES: “Ao longo das últimas décadas o Judiciário foi um poder submetido a uma ditadura. Sendo que o regime militar impunha o não conhecimento de determinadas matérias ao Judiciário, este limitou-se a questões menores em termos políticos.” LOPES, José Reinaldo de Lima. “A crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário”, p. 72.

⁷³ José Murilo de CARVALHO. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, p. 126.

sociais. Direito e política conseguem lidar com complexidade maior. Para isso, tornam-se mais complexos.

Portanto, a possibilidade de o sistema jurídico pressupor, no Estado de Direito, prévia redução de complexidade pela política não torna as operações jurídicas menos complexas. Pelo contrário, a democracia amplia o espectro de possibilidades e aumenta a contingência. As pressões seletivas entre direito e política se tornam maiores.⁷⁴ O direito passa a lidar com complexidade muito maior, pois pode tomar qualquer problema político como tema e é obrigado a decidir sobre eles (proibição do *non liquet*). E mais: pode pressupor que suas decisões serão implementadas politicamente. Isso é percebido especialmente no caso dos direitos sociais, cuja segunda complexidade decorre exatamente das mútuas pressões entre direito e política. O Estado de Direito viabiliza ao sistema jurídico generalizar expectativas normativas acerca direitos sociais. Estes direitos podem ser observados como exigíveis ou não, mas esta será uma decisão jurídica, não deixada mais ao arbítrio da política.⁷⁵ Disso surge um grande arsenal de possibilidades: como decidir juridicamente sobre problemas políticos? Como tratar juridicamente de políticas públicas orientadas ao futuro? Como garantir direitos sociais que colidam com direitos civis e políticos? De que modo se pode garantir que decisões jurídicas serão política e economicamente exequíveis? Como resolver conflitos entre decisões dos diferentes Poderes?⁷⁶

É devido a dúvidas como essas, relacionadas com a efetivação de direitos sociais no Estado de Direito, que a questão da judicialização e eficácia desses direitos se

⁷⁴ Marcelo NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, 91. Pode ser visto como sintomático o fato de que, em contextos democráticos como o período que vai de 1945 a 1964, não houve evolução significativa dos direitos sociais no Brasil. Veja-se, sobre isso, José Murilo de CARVALHO. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, p. 152.

⁷⁵ Nesse sentido, ver José Reinaldo de Lima LOPES. “Dos Direitos Civis aos Direitos Sociais. Experiência brasileira no final do século XX”, p. 48.

⁷⁶ Grande parte das dificuldades em lidar juridicamente com os direitos sociais decorre da problematização, gerada por eles, da divisão das funções do Estado. Nesse sentido, afirma José Eduardo FARIA que “como alguns setores do Judiciário se sentem tolhidos na aplicação das novas leis sociais que exigem desempenho político-administrativo de outro poder, constata-se aí um conflito de discricionariedades entre dois poderes soberanos – um conflito inédito que exige um redimensionamento do equilíbrio da divisão dos poderes, tal como nos foi legada pelo constitucionalismo moderno. Partindo das ‘zonas cinzentas’ geradas pelas novas legislações de natureza social, alguns magistrados têm procurado chamar atenção para esse problema, seja responsabilizando – ainda que de maneira muito sutil – o Legislativo por ter criado abusivamente leis sociais que teriam convertido a ordem jurídica numa ‘variável dependente’ da dinâmica do processo político e das conveniências dos governos municipais, estaduais e federal, seja comentando criticamente em artigos e entrevistas iniciativas de alçada do Executivo, seja enquadrando muitos atos desse poder em arguições de inconstitucionalidade e em ações cautelares de grande repercussão popular”. FARIA, José Eduardo. “As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais”, p. 64.

torna mais complexa após a promulgação da Constituição de 1988. Se, por um lado, a implementação de direitos sociais por governos autoritários não é suficiente para permitir-lhes lidar com a complexidade social – divergência de opiniões, sistemas com lógicas diversas, falta de sincronização entre os âmbitos sociais etc –, por outro lado, o reconhecimento conjunto de direitos civis, políticos e sociais não significa, de pronto, solução para a pobreza e os problemas dela decorrentes.⁷⁷ Significa apenas que ao direito são abertas portas para tratar deste problema de modo autônomo. A nova complexidade é gerada precisamente pelas múltiplas possibilidades abertas por essa autonomia. Surgem novos demandantes no Judiciário, o Parlamento democraticamente eleito edita grande quantidade de leis e a função do Judiciário se torna mais importante tanto quantitativamente quanto qualitativamente.⁷⁸ Ao direito, cabe decidir juridicamente – selecionar entre possibilidades –, sobre a política, mesmo nos casos mais difíceis.

d. Terceira complexidade: inclusão social

Não é somente a relação com o paradoxo da escassez e com o Estado de Direito que torna difícil a tomada de decisão jurídica sobre direitos sociais. Um terceiro aspecto merece exame: inclusão social. Este tema está relacionado com a distribuição de competências comunicativas, ou seja, com o modo como a sociedade atribui a pessoas a capacidade de ser endereço comunicativo.⁷⁹ Portanto, inclusão significa tratamento como *alter* ou *ego* em contextos de comunicação. O modo de inclusão social variou ao longo da História. Acompanhou os princípios predominantes na diferenciação social. Assim, em certas sociedades tribais, diferenciadas segmentariamente, ao homem é dado cuidar da caça e da guerra, enquanto à mulher cabe cuidar das crianças. À mulher, nesse tipo de organização, não se atribui competência para comunicar sobre a guerra. A inclusão se define segmentariamente. Em sociedades hierárquicas como a medieval, mais complexas, a inclusão também se define a partir dos estratos. Quem está no topo da pirâmide construída socialmente pode comunicar sobre religião, assuntos de guerra, títulos nobiliárquicos e determinados tipos de direito reservados à aristocracia. Os vassalos, diversamente, são

⁷⁷ José Murilo de CARVALHO. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, p. 199.

⁷⁸ Celso CAMPILONGO. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, p. 31.

⁷⁹ Rudolf STICHWEH. “Inklusion/Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft”, p. 45. Também Giancarlo CORSI. “Redes de la exclusión”, p. 30.

impedidos de comunicar sobre esses assuntos. O âmbito em que são considerados endereços comunicativos é mais restrito.

Na Modernidade, a inclusão também acompanha o modo como a sociedade se diferencia. Nesse sistema social hipercomplexo sem vértice nem centro⁸⁰, há inclusão generalizada de todas as pessoas em todos os subsistemas sociais. O entorno psíquico da sociedade – homens e mulheres – é visto socialmente como um todo homogêneo. Não são atribuídas aos sistemas psíquicos características “naturais” que os distingam quanto às competências comunicativas. Ou seja, não há diferenças de status que determinam o acesso aos sistemas. Desse modo, todos podem operar economicamente. Basta ter dinheiro ou bens para tanto. Da mesma forma, qualquer pessoa pode comunicar juridicamente, desde que a partir dos parâmetros do sistema jurídico. O acesso à religião também é amplo – as igrejas neopentecostais são exemplo disso –, o mesmo valendo para a política, com a generalização do voto e a possibilidade de apoiar o governo ou ingressar na oposição.

Outra característica do modo como se dá a inclusão no sistema social moderno está vinculado ao fechamento operativo dos sistemas parciais. Não há, na sociedade policêntrica, sistema responsável pela inclusão em todos os outros. Contemporaneamente, são os subsistemas funcionais que atribuem as competências comunicativas e delimitam os requisitos a serem cumpridos para que se opere neles. São eles que decidem quando e como alguém está incluído. No sistema de tratamento de doenças e no educacional, por exemplo, inclui-se por meio de acompanhamento profissional de médicos e professores, enquanto na política o mecanismo de inclusão se dá pelas formas de expressão do público, como “voz” e “saída” (*voice* e *exit*).⁸¹ Além disso, inclusão em um sistema não significa, automaticamente, acesso a outro. Os requisitos são diversos e determinados autonomamente por cada âmbito social. O dinheiro suficiente para realizar operações econômicas não basta para que se realizem comunicações artísticas. O fato de ser estar no governo não impede ninguém de ser condenado juridicamente por ilicitudes cometidas. Assim, há acesso a todos os subsistemas sociais, mas cada um deles define como se dá essa inclusão. Esse fato pode ser explicado, também, com referência aos códigos binários que fecham os sistemas funcionais da sociedade. Nenhum código (lícito/ilícito,

⁸⁰ Niklas LUHMANN. *Teoria política en el Estado de Bienestar*, p. 127.

⁸¹ Rudolf STICHWEH. “Inklusion in Funktionssysteme der modernen Gesellschaft”, pp. 20 e ss. Sobre “voz” e “saída”, ver, também, Albert HIRSCHMANN. *Saída, voz e lealdade*.

governo/oposição, ter/não ter etc.) faz referência a diferenças de *status* e nem vincula pessoas a apenas um dos seus lados.⁸² Isso permite o amplo acesso.

Ora, se realmente há inclusão generalizada na sociedade moderna, parece contrassenso que o problema da exclusão social passe a ser tematizado precisamente no mesmo período. Como explicar, com o conceito de inclusão acima apresentado, a formação de favelas, a pobreza generalizada nos países subdesenvolvidos e a falta de acesso a direitos sociais como a educação, saúde e moradia por amplos setores da população? Não se operaria, na sociedade moderna, exclusão generalizada? O paradoxo pode ser explicado, mais uma vez, a partir da noção de forma. Como ponto de partida para observação, inclusão é também diferença, e não unidade.⁸³ Inclusão é o lado interno da forma cujo outro lado é a exclusão. Ambos se implicam. Não há inclusão sem exclusão. Acabar com a exclusão equivaleria a destruir a diferença exclusão/inclusão. Caso isso ocorresse, falar em inclusão não faria mais sentido. Embora os dois lados da forma sempre estejam implicados quando um deles é comunicado, nem sempre os dois lados são vistos – um deles é deixado, normalmente, no *unmarked space*. É o que ocorre com o conceito de cidadania. Com esta, opera-se amplo reconhecimento da inclusão política. Ao mesmo tempo, pela ligação entre cidadania e Estados Nacionais, deixam-se de fora todas as outras pessoas não-cidadãs do Estado. Desse modo, a atribuição de cidadania exclui ao mesmo tempo em que inclui.

Portanto, inclusão generalizada é pressuposto para a tematização da exclusão social.⁸⁴ Os pobres não estão simplesmente excluídos da economia. Eles estão incluídos pelo lado negativo – não ter. Estão incluídos na medida em que, para suprir suas necessidades alimentícias básicas, precisam fazer uso do meio dinheiro. De modo similar, não há quem seja inteiramente excluído do sistema político. Os movimentos sociais que atuam politicamente representam exatamente a inclusão política dos excluídos. O acesso ao sistema político é pressuposto por protestos desse tipo. Também redes que atuam parasitariamente na sociedade moderna, como facções criminosas, são mecanismos de inclusão social.⁸⁵ Quem trafica drogas e faz parte de uma gangue, por exemplo, é incluído

⁸² Rudolf STICHWEH. “Zur Theorie der politischen Inklusion”, p. 71.

⁸³ Ver Niklas LUHMANN. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 248 e ss.

⁸⁴ A afirmação pode ser entendida de dois modos, igualmente válidos: exclusão passa a ser um tema porque a inclusão generalizada implica exclusão como outro lado da forma e, também, porque ela implica inclusão desigual, entendida nas autodescrições sociais como exclusão.

⁸⁵ Análise sistêmica dessas redes, que ocorrem em especial na chamada “periferia” da sociedade, podem ser encontradas em Raffaele DE GIORGI. “Redes de la inclusión”, pp. 25 e s. As redes atuam na sociedade

economicamente. É por isso que STICHWEH⁸⁶ afirma ser a forma inclusão/exclusão, na sociedade moderna, oposição hierárquica, com preferência pelo valor positivo (inclusão). Esse predomínio da inclusão, como decorrência da diferenciação funcional da sociedade moderna, explica a tematização da exclusão. A desigualdade de oportunidades nos sistemas funcionais – pobreza, falta de acesso a sistemas de saúde e educação etc – é vista como problemática porque já não corresponde ao tipo de diferenciação social preponderante e atua disfuncionalmente sobre este. Isso não quer dizer que o problema da desigualdade é problema de exclusão social. A exclusão é tematizada porque a inclusão que a implica traz consigo problemas.

Os direitos sociais estão bastante relacionados com a forma inclusão/exclusão nos vários subsistemas da sociedade moderna. Esses direitos têm como escopo a inclusão equânime nos sistemas sociais. Eliminar a pobreza, promover amplo acesso à educação, à moradia e aos serviços de saúde são objetivos declarados. Em termos sistêmicos, pode-se dizer: incluir no lado positivo da economia (ter), na educação e no sistema sanitário, como público. Porém, para entender por que isso é complexo, é necessário compreender que tipo de contribuição um sistema funcional pode dar para que o acesso a outro seja ampliado.

Entender os subsistemas sociais como operativamente fechados implica rejeitar explicações unilaterais, segundo as quais a inclusão generalizada se dá por meio de um único sistema. O unilateralismo equivaleria a afirmar que há, na sociedade moderna, um centro promotor da inclusão em outros sistemas. Não é o que se constata. Por isso, rejeitam-se, por exemplo, explicações economicistas. Mais dinheiro não significa inclusão automática em outros sistemas. Pessoas ricas não são necessariamente mais educadas; seus atos ilícitos não se tornam lícitos apenas devido ao poder aquisitivo; não são mais vitoriosas nos esportes etc.⁸⁷ O mesmo se diga em relação à política. Estar no governo não garante riqueza, licitude ou vitória esportiva. Portanto, cada sistema regula autonomamente o modo como se dá a inclusão. Os direitos sociais não fogem a essa regra. O sistema

moderna. Dependem dela. Ao mesmo tempo, corroem os códigos binários e reduzem o poder de autoimunização dos sistemas. Desse modo, os sistemas não conseguem funcionar autonomamente. Como resultado, há redução deficiente de complexidade, com remissão a interações diádicas.

⁸⁶ Rudolf STICHWEH. “Inklusion/Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft”, p. 62.

⁸⁷ Jessé SOUZA, embora parta de paradigma teórico diverso, também rejeita o economicismo por não ter em consideração “diferenças culturais” modernas. De nada adiantaria resolver a desigualdade econômica sem que houvesse correspondente equalização cultural. A teoria dos sistemas pode ser de grande utilidade aqui, pois permite inserir distinções no conteúdo dessa “cultura” que Jessé SOUZA contrapõe à economia. Ver Jessé SOUZA. *A ralé brasileira. Quem é e como vive*, p. 17.

jurídico consegue regular apenas a inclusão nele próprio. Não tem controle sobre a inclusão em outros sistemas. Em outros termos, pode-se dizer que a sociedade é pouco integrada do lado da inclusão. Entende-se como integração, aqui, dependência entre sistemas. A inclusão em um sistema não é decorrência da inclusão no outro. Não há esse tipo de causalidade, pressuposta por teorias economicistas ou pelas que veem a política como responsável por promover a inclusão em toda a sociedade.⁸⁸

Se no lado da inclusão os sistemas são independentes e pouco integrados, algo diverso ocorre no lado da exclusão. Exclusão de um sistema provoca, quase automaticamente, exclusão de outros. Alguém com ínfimas condições financeiras dificilmente consegue acesso à educação, à saúde ou ao direito. Analogamente, aqueles que não possuem qualquer direito estão normalmente excluídos dos outros sistemas funcionais – os apátridas são exemplo disso. Exclusão do sistema educativo, enfim, impede o desenvolvimento de habilidades profissionais necessárias para inclusão no sistema econômico, como empregado. Nesses casos, LUHMANN afirma, de modo talvez exagerado, que não se trata de pessoas, mas de corpos.⁸⁹ Exclusão de um sistema geraria cadeias de exclusão.⁹⁰ Neste plano de exclusão, pode-se dizer que a integração entre os subsistemas sociais é forte, o que implica pouca autonomia entre eles.⁹¹

Diante disso, lidar com os direitos sociais significa, para o sistema jurídico, entrar em um dilema: como lidar com a inclusão em outros sistemas? Percebe-se que o direito não é capaz, sozinho, de promover inclusão nos demais subsistemas sociais. Decidir judicialmente sobre direito à educação não significa automaticamente acesso ao sistema educacional. De nada adianta essa decisão se não existirem escolas em número suficiente. E mesmo que haja esse acesso, o direito à educação não pode garantir uma boa educação – a escola também forma pessoas desinteressadas pelos estudos. O mesmo se diga em relação ao direito à saúde – o mesmo hospital onde se tratam os doentes produz também infecções hospitalares. Direito à saúde não é, portanto, garantia de saúde.⁹² Os demais

⁸⁸ Ver Giancarlo CORSI. “Ultrastabilità e indifferenza. Centri e periferie nella società moderna”, p. 37. Em outros termos, o que se afirma a partir do paradigma luhmanniano é que as relações entre sistemas autopoieticos não são do tipo *input/output*. Veja-se, sobre isso, Niklas LUHMANN. *Einführung in die Systemtheorie*, pp. 41 e ss.

⁸⁹ Niklas LUHMANN. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 633. Também Rudolf STICHWEH. “Inklusion/Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft”, p. 55.

⁹⁰ Orlando VILLAS BÔAS FILHO. *Teoria dos Sistemas e o Direito brasileiro*, pp. 348 e ss.

⁹¹ Giancarlo CORSI. “Ultrastabilità e indifferenza. Centri e periferie nella società moderna”, p. 49.

⁹² Para uma análise profunda sobre a interação entre sistema de tratamento de doentes e sistema jurídico, ver Luiz RAMOS. *Ato médico? A regulamentação da medicina sob a lente da teoria dos sistemas*.

direitos sociais relacionados diretamente com a escassez não são diferentes. Pode-se obter no Judiciário sentença em que se reconheça o direito à moradia. Mas essa decisão terá eficácia limitada se faltarem recursos ao ente obrigado. Apesar desses paradoxos gerados pela falta de controle sobre o entorno e da enorme dificuldade do direito em lidar com esses problemas, o sistema jurídico impõe a si mesmo a obrigação de decidir sobre os direitos sociais. O *non liquet* é proibido.

Reconhecer essas dificuldades não é o mesmo que afirmar a inutilidade do sistema jurídico no tema da inclusão/exclusão. Pelo contrário. É nesse contexto complexo, com múltiplas possibilidades, que o direito se insere ao decidir sobre direitos sociais. Afinal, direitos sociais são o modo típico de inclusão na sociedade moderna, juntamente com os direitos individuais.⁹³ E é nessa conjuntura que a função do direito se torna mais importante. As prestações desse sistema, tendo-se em conta seus limites operacionais, no que concerne ao problema da inclusão social são, basicamente, duas: (i) promover a inclusão no próprio sistema jurídico e (ii) gerar prestações que viabilizem inclusão em outros sistemas. Por um lado, incluir. Por outro, evitar cadeias de exclusão. O problema é que não há fórmulas para que o direito atue dessas duas maneiras. Há somente possibilidades. E muitas possibilidades. Por isso, trata-se de problema complexo. O direito, ao decidir sobre direitos sociais, pretende promover a inclusão em outros sistemas. Porém, dadas as condições de policontextualidade da sociedade moderna, deve decidir sobre a inclusão em outros sistemas sem saber, previamente, se essa decisão será observada e como será observada. O modo como o ambiente reage a operações do sistema é incontrolável. Apesar desse descontrole, o direito se impõe o dever de decidir, de selecionar entre possibilidades e generalizar expectativas normativas. Qualquer decisão, nesse âmbito, é arriscada. Mais inclusão pode gerar mais exclusão.

Foram abordadas três peculiaridades que fazem com que tratar juridicamente dos direitos sociais envolva complexidade maior para o sistema jurídico: (i) paradoxo da escassez; (ii) estabelecimento do Estado de Direito; e (iii) problemas de inclusão em outros sistemas sociais. Estas não são as únicas peculiaridades. Perspectivas diversas permitiriam observar outras diferenças. Contudo, a teoria dos sistemas oferece aparato conceitual bastante útil para a análise de relação entre sistemas parciais da sociedade moderna. Caso se utilize esse aparato, como aqui se fez, podem-se constatar essas três peculiaridades. Elas

⁹³ Rudolf STICHWEH. “Zur Theorie der politischen Inklusion”, p. 77.

geram dificuldades para o direito, seja nas operações basais, seja nas abstrações promovidas pela dogmática ou, ainda, pela teoria do direito. Os próximos passos serão analisar com maior detalhamento os paradoxos envolvidos nos direitos sociais e, a partir daí, verificar como o sistema jurídico tem respondido à hipercomplexidade.

2. ESCASSEZ ECONÔMICA, DIREITO E POLÍTICA

Até aqui, foram identificados três fatores que introduziram maior complexidade social e que, observados juridicamente, deram ensejo à criação da semântica dos direitos sociais. O próximo passo será analisar o emaranhado de observações e estruturas sociais em que esta semântica se insere. Em outras palavras, o enfoque será dirigido aos modos como direito, política e economia atuam, enquanto sistemas autopoieticos, produzindo autonomias e dependências recíprocas quando os direitos sociais prestacionais são tematizados. Esquemáticamente, o capítulo seguirá a seguinte ordem: (i) descrição da especificidade operacional da economia e de sua indiferença em relação a direitos sociais enquanto meros direitos; (ii) análise da atuação política, por intermédio de programas finalísticos, como tentativa de tornar os direitos sociais economicamente relevantes; (iii) observação do “controle” jurídico de políticas públicas implementadoras de direitos sociais; e (iv) pesquisa das maneiras como o sistema político pode reagir diante deste “controle” do direito.

a. Escassez e dinheiro: autonomia do sistema econômico

Constatou-se em itens anteriores que direitos sociais estão relacionados com a percepção social da escassez como paradoxo. São uma tentativa jurídica de lidar com a simultaneidade de abundância e falta de recursos. Contudo, restringir a semântica da escassez a essa descrição seria demasiadamente simplista. As múltiplas referências feitas à escassez nos vários âmbitos sociais, a partir de perspectivas diversas, são evidência disso. Operações jurídicas recusam-se a observar direitos sociais como direitos subjetivos devido à escassez econômica. Políticas públicas são também restringidas pela falta de recursos. Algo similar ocorre em outros sistemas: ciência, esporte, religião. Todos estes âmbitos têm sua atuação limitada externamente pela escassez. O único sistema capaz de lidar com esse paradoxo é o econômico. Por isso, todos os outros sistemas pressupõem operações econômicas para poderem prosseguir. É o que LUHMANN denomina interpenetração. Esses pontos precisam ser melhor aclarados para que se compreenda toda a complexidade envolvida por qualquer operação social que lide com recursos escassos.

Inicialmente, é importante observar que nada há de natural na escassez econômica. Como tal, esta não se encontra no entorno da sociedade. Não há bens que sejam, *per se*, escassos. Escassez é diferente de finitude de recursos. Implica “percepção social de restrições às quais regulações sociais podem se associar.”⁹⁴ Desse modo, diversamente da finitude, escassez está conectada a observações, decisões e discussões ocorridas no interior do sistema social, relacionadas com problemas de acesso aos recursos ou de distribuição destes.⁹⁵ Escassez é problema constituído na forma sociedade/entorno. É, nesse sentido, artificial. É conceito criado para lidar com problemas de tempo criados socialmente: decisões atuais acerca dos meios para suprir necessidades futuras.⁹⁶ Repita-se: escassez é *criada* – e não *solucionada* – para lidar com esse problema temporal.

Se na sociedade há apenas um tipo de operação – comunicação – que pode ser descrita como autorreferente por se referir a outras operações do mesmo tipo, resta identificar que tipo de operação produz escassez. Para LUHMANN, essa operação seria o

⁹⁴ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 177, tradução livre. No original: “Mit Knappheit ist (...) eine soziale Wahrnehmung von Beschränkungen gemeint, an die soziale Regulierungen anschliessen können”.

⁹⁵ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 177 e s. Também Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, pp. 193, 195.

⁹⁶ Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, pp. 194 e ss.

acesso (*Zugriff*) a determinados bens que exclua a possibilidade de acesso por outras pessoas. Nesse ponto, percebe-se a formação de um circuito autorreferencial e, portanto, paradoxal: busca-se o acesso a bens por serem eles escassos; mas eles se tornam escassos devido ao acesso.⁹⁷ O efeito é observado como motivo e o motivo é também efeito. Essa constatação permite a LUHMANN comparar escassez ao pecado: peca-se porque se é pecador, mas se é pecador porque se peca. É devido a esse tipo de autorreferência que escassez é um problema paradoxal. O modo de resolvê-la é, ao mesmo tempo, modo de criá-la.⁹⁸ Na sociedade moderna, a economia é o sistema especializado em lidar com esse paradoxo. Resta saber de que modo se opera o desdobramento dessa autorreferência, ou seja, como a economia lida com ele e permite que as operações sociais prossigam.

Uma das maneiras de lidar com paradoxos como o aqui apresentado é a introdução de novas diferenças, ou seja, a utilização de uma bifurcação formada por dois valores autoimplicados e que se negam mutuamente.⁹⁹ Com a introdução de dualidades desse tipo, o paradoxo constitutivo é desmembrado em outros problemas que podem ser observados e manejados por operações sociais. Em resumo, lida-se com o paradoxo por meio da introdução de novas diferenças. Na economia, o paradoxo de que a solução da escassez gera maior escassez é desdobrado pela seguinte bifurcação: para quem consegue acesso, a escassez diminui; para os outros, a escassez aumenta. A mesma operação é desdobrada em dois aspectos, mas tudo ocorre no interior do mesmo sistema econômico. Constrói-se internamente à economia, com isso, a diferença ter/não ter.¹⁰⁰

A partir de observação de segunda ordem, percebe-se que se trata de apenas uma operação (acesso) e de uma diferença (ter/não ter). Internamente ao sistema, contudo, observam-se os valores da forma separadamente, sem perceber que o outro valor sempre está subentendido. A economia transforma a afirmação “escasso porque abundante” em “abundante não é escasso.”¹⁰¹ O paradoxo inicial é invisibilizado, pois sempre se parte de

⁹⁷ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 98 e s., 179; LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, pp. 77 e s.

⁹⁸ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 179.

⁹⁹ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 181.

¹⁰⁰ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 181. Importante verificar o modo como LUHMANN observa a teoria econômica para elaborar sua sociologia da economia. Inspira-se, por exemplo, na obra de SHACKLE, mas as analisa como observador externo, que parte de outras diferenças. Toma grande cuidado, em especial, com o uso de termos como “essência” ou “natureza”, comuns ao economista, que discorre sobre a “natureza” do lucro, das taxas de juros e das decisões econômicas. Vide Georg Shackle. *Uncertainty in economics and other reflections*, PP. 94 e ss., 105 e ss; do mesmo autor, *Time in Economics*, pp. 20 e s.

¹⁰¹ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 184.

contextos nos quais os valores “ter” e “não ter” estão de algum modo distribuídos. Transforma-se o paradoxo em problemas de alocação e distribuição dos valores – a questão principal passa a ser quem tem e quem não tem.¹⁰² A importância desse modo de desdobrar o paradoxo é patente para os direitos sociais. O modo como a economia opera permite que direito e política não observem mais o paradoxo constitutivo da escassez enquanto tal. Esses sistemas podem observar e julgar a alocação dos valores da diferença ter/não ter como problema de justiça social. Passam a poder enxergar um lado da forma (acesso) sem se preocupar com o outro (escassez). Dessa maneira, direito e política pressupõem redução de complexidade pela economia – embora vejam as operações do sistema econômico como complexidade desestruturada.

Mas nem sempre se lidou com recursos escassos por meio de um sistema diferenciado para o desempenho de uma função específica. A maneira de lidar com o acesso a recursos é contingente na História. Várias são as diferenças que podem ser introduzidas para lidar com o paradoxo exposto. Em outros tipos de diferenciação social, o problema era solucionado de modos diversos. Pense-se, por exemplo, em sociedades hierárquicas, nas quais economia e moral são âmbitos imbricados. O problema do acesso a recursos não é visto como decorrência de decisão. É tributado à natureza e resolvido por instituições multifuncionais.¹⁰³ Por esse motivo, para LUHMANN, é possível afirmar que sociedades antigas viveram sem escassez.¹⁰⁴ Nesse sentido, “problemas surgem (...) como correlatos de suas soluções.”¹⁰⁵ A binariedade ter/não ter e a construção da diferença proprietário/não proprietário surgem em conjunto com a criação da escassez na economia.

Na Modernidade, propriedade ganha sentido diverso desses anteriormente condensados. Propriedade deixa de significar, simultaneamente, controle político, econômico e familiar. Também deixa de ser modo preponderante de inclusão social. Isso ocorre devido à monetarização da economia e sua consequente diferenciação como sistema autopoietico. O dinheiro passa a ser meio de comunicação simbolicamente generalizado

¹⁰² Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 182; LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 78.

¹⁰³ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 185. LUHMANN cita como exemplo de modo de lidar atualmente com necessidades futuras o estoque de suprimentos, bem como a assistência mútua. Ver Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, p. 197.

¹⁰⁴ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 188.

¹⁰⁵ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 188, tradução livre. No original: “Probleme entstehen (...) als korrelate ihrer Lösung”.

específico da economia.¹⁰⁶ Qualquer um que pretenda realizar operações econômicas precisa operar pelo meio dinheiro – e não, por exemplo, com os meios “poder” ou “amor”. Em outras palavras, na Modernidade, tudo aquilo que pode ser comprado é comprável por meio de dinheiro. A economia monetarizada decide quais recursos são apropriáveis com uso do meio dinheiro para suprir necessidades futuras. Ao fazer isso, torna esses recursos escassos. Ou seja, tudo o que pode ser comprado pode ser visto também como recurso escasso.¹⁰⁷ Ao lado dessa universalização do meio dinheiro, ocorre também sua especificação.¹⁰⁸ O dinheiro perde sua relevância para outros sistemas. Isso representa duas vantagens em termos de manejo da complexidade. Por um lado, universalização e especificação do dinheiro permitem independência das operações econômicas em relação a outros sistemas sociais. Por outro lado, atuam de modo automotivador. Passa-se a trabalhar e investir mais não devido a causas morais, mas para ganhar mais dinheiro.¹⁰⁹ Fica claro, já aqui, que motivos morais ou jurídicos – como os direitos sociais – passam a ser importantes economicamente apenas quando expressos monetariamente, em forma de ganhos ou perdas. E, por outro lado, torna-se evidente o tipo de operação que promove a reprodução do sistema econômico: o pagamento.

O sistema econômico monetarizado lida com o paradoxo da escassez de modo mais complexo do que a simples dualidade proprietário/não proprietário. Motivo para isso é o fato de que o dinheiro permite variação constante de valores “ter” e “não ter”, variação esta que é necessária para que o sistema se adeque às condições de hipercomplexidade da sociedade moderna. Isso explica a predominância do código pagamento/não pagamento – referido a operações – sobre a binariedade proprietário/proprietário. Como consequência,

¹⁰⁶ Isso não significa que o dinheiro, quando concebido, foi pensado como meio simbolicamente generalizado. Pode ter sido concebido com um propósito diverso, mas encontrou na sociedade estruturas adequadas e partir disso formou o sistema funcional “economia”. Enquanto meio de comunicação simbolicamente generalizado, o dinheiro lida com a diferença entre seletividade e motivação (Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 238). Para que isso ocorra, é necessário que toda operação da economia se monetarize. Ou seja, *alter* e *ego*, em qualquer operação econômica, precisam imaginar as próprias prestações em termos monetários. Assim, dinheiro torna mais provável a aceitação da comunicação de *ego* por *alter*. Mantêm a divergência entre ambos, mas possibilita a convergência para a operação (p. 257). O dinheiro permite que não se utilize economicamente o poder: tolera-se o acesso a bens escassos, desde que se pague por eles (p. 261).

¹⁰⁷ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 195.

¹⁰⁸ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 239. Em termos metafóricos, LUHMANN afirma que o dinheiro é dotado de uma face simbólica e outra diabólica. Paralelamente à universalização e especificação do dinheiro, ocorre limitação do sistema econômico – dinheiro não garante salvação da alma nem poder – e, com isso, aumenta a importância desse sistema para a satisfação de necessidades futuras e da produção. Veja-se LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 67.

¹⁰⁹ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 241.

toda propriedade passa a ser vista em termos de dinheiro. É o que LUHMANN reconheceu ao afirmar que “[d]inheiro líquido é somente o topo visível de todo o dinheiro e todo o dinheiro não é nada mais que escassez duplicada artificialmente”.¹¹⁰ Obviamente, o código propriedade/não propriedade permanece importante. Mas a operacionalização dele se dá por novos condicionamentos monetários. A propriedade deixa de controlar as trocas. São as trocas que controlam as propriedades. Ou seja, não se trata simplesmente de vender produtos porque eles não são mais úteis e de comprar outros que tenham utilidade. Trata-se, na economia moderna, de comprar ou vender produtos de acordo com os ganhos ou perdas que a propriedade causar.¹¹¹ É assim que se precavém, na atualidade, sobre necessidades futuras.

A monetarização permite que a economia se diferencie enquanto sistema autopoietico. O uso universal do dinheiro na economia viabiliza a especificação da operação tipicamente econômica e o desempenho exclusivo de uma função social por esse sistema. Isso é possível porque a economia moderna promove, artificialmente, a duplicação da escassez. Ao lado da escassez de bens, surge a escassez de dinheiro.¹¹² Essa aquisição evolutiva permite que o aumento da escassez seja aceito, desde que correlato à diminuição de outro tipo de escassez.¹¹³ Aumenta-se a escassez de bens porque se diminui a de dinheiro e a recíproca também é válida. No plano operacional, o fato de o dinheiro ser mantido escasso permite que o pagamento se torne decisão. Pagar significa sempre renúncia à possibilidade de não pagar. E não pagar quando o pagamento é esperado é também decisão econômica. Toda operação econômica passa, com isso, a ser atribuição do código pagamento/não pagamento. A escassez de dinheiro dá ao não-pagamento um sentido, como valor de reflexão.¹¹⁴ Assim, essa dualidade pode ser utilizada como modo específico de desdobrar o paradoxo da escassez. Como decorrência disso, qualquer sistema que precise lidar com pagamentos deve remeter ao sistema econômico e ao meio dinheiro. O paradoxo da escassez permanece latente, posto que o pagamento gera, simultaneamente, capacidade de pagamento para o recebedor e incapacidade de pagamento para o pagador,

¹¹⁰ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 201, tradução livre. No original: “Liquides Geld ist nur die sichtbare Spitze des Gesamtgeldes, und das Gesamtgeld ist nichts anderes als artifiziell duplizierte Knappheit”.

¹¹¹ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 197.

¹¹² Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 64.

¹¹³ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 47.

¹¹⁴ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 244. Também LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 68, onde o autor especifica a inclusão total quando a binariedade basal da economia deixar de ser proprietário/não-proprietário para ser pagamento/não pagamento.

tudo no mesmo sistema. Mas, agora, o paradoxo aparece somente em questionamentos e reflexões sobre qual valor (pagamento/não pagamento) selecionar na operação concreta, de acordo com os desejos e com os preços dos bens.¹¹⁵

O dinheiro, mantido escasso, possibilita o *crossing* dos valores “ter” e “não ter”.¹¹⁶ Garante, enquanto meio, a universalidade das trocas, com a vantagem de ser escassez quantificável. E a quantidade de dinheiro necessária em casos concretos pode ser decidida de modo autônomo pela economia. O dinheiro permite, portanto, que se universalize o pagamento enquanto operação econômica. Toda operação do sistema econômico é aplicação do código pagamento/não pagamento. Terceiros valores estão excluídos.¹¹⁷ É a partir desse código binário se dá o fechamento operacional do sistema econômico. São operações que aplicam o código da economia que reproduzem, no interior do sistema econômico, a diferença entre sistema e ambiente. Assim surge a economia enquanto sistema autopoietico cuja função social é lidar com a precaução em relação a necessidades futuras a partir da distribuição atual de bens.¹¹⁸ Ademais, a importância do dinheiro para o desempenho da função social do sistema econômico é clara. Basta que se mencione a economia de dinheiro para garantir provisões no futuro – a clausura operativa garante capacidade de pagamento, no futuro, para quem possui dinheiro.¹¹⁹

Em suma, a autopoiese da economia é garantida pela autorreferência das operações que lidam com o código pagamento/não pagamento. Todas as decisões de pagamento ou de não pagamento, ao utilizarem necessariamente dinheiro, fazem referência a outras operações do mesmo tipo.¹²⁰ Pagamentos somente são possíveis quando conectados a outros pagamentos e seu sentido consiste em possibilitar novos pagamentos pelo receptor do pagamento.¹²¹ Como meio indispensável para possibilitar esse encadeamento, o dinheiro é meio necessário para a autorreferência. Esse meio não tem valor próprio. Nas palavras de LUHMANN, dinheiro “esgota seu sentido na referência ao sistema que possibilita e condiciona o uso do dinheiro.”¹²² Produção, troca e consumo

¹¹⁵ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 198.

¹¹⁶ LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 69.

¹¹⁷ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 211.

¹¹⁸ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 13, 64 e s.

¹¹⁹ Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, pp. 210 e s.; Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 66.

¹²⁰ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 15.

¹²¹ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 52.

¹²² Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 16, tradução livre. No original: “(...) er erschöpft seinen Sinn in der Verweisung auf das System, das die Geldverwendung ermöglicht und konditioniert”.

somente são econômicos enquanto envolvem pagamentos que inserem forma no meio dinheiro. Dessa maneira, garante-se a autorreferência da economia e possibilita-se a heterorreferência, como se demonstrará no próximo item. Por ora, cabe ressaltar que outros códigos – como lícito/ilícito e governo/oposição – são economicamente importantes apenas se observados a partir da binariedade pagamento/não pagamento.¹²³ Tentar identificar valores do código econômico com valores dos códigos jurídico ou moral implicaria desdiferenciação da economia e impossibilidade de lidar economicamente com os paradoxos envolvidos na escassez.

Perceba-se a peculiaridade do meio dinheiro em relação a outros meios de comunicação simbolicamente generalizados, como o poder, no que concerne ao modo de lidar com a complexidade. Pelo meio poder, *ego* toma decisões para *alter* e motiva sua aceitação ao expor os malefícios implicados pela rejeição. Limita-se o espectro de decisões possíveis. Assim, reduz-se a complexidade, o que é justificado na semântica moderna por referências à soberania popular e ao sistema jurídico – o poder pode ser imposto e reduzir complexidade por ser poder lícito. O dinheiro lida com a complexidade de modo diverso. *Ego* toma decisões econômicas para si próprio. A complexidade é apenas transferida, mas não drasticamente reduzida. O sistema permanece igualmente complexo. Antes de qualquer pagamento, o detentor do dinheiro tem à sua disposição várias possibilidades. Depois do pagamento, um espectro de possibilidades igualmente amplo existirá – não mais à disposição de *ego*, mas de *alter*.¹²⁴ É assim, ao transferir as possibilidades, que a economia lida com decisões concernentes a necessidades futuras. Esse modo de lidar com a complexidade é altamente especificado no sistema econômico moderno. É modo de identificar esse sistema.¹²⁵ Nenhum outro consegue lidar com a complexidade dessa maneira. Disso decorre a imprescindibilidade da economia moderna. Este sistema é contingente – o problema da escassez poderia ser resolvido de modo diverso –, mas substitutos tão eficientes, que mantenham a alta complexidade de modo estruturado e permitam a tomada de decisões de modo descentralizado, são improváveis.¹²⁶

¹²³ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 86. Isso não significa que os direitos sejam, para a economia, apenas dado que pode ser desprezado. As instituições jurídicas têm relevância econômica indireta, na medida em que fornecem base de expectativas para a tomada de decisões econômicas. Sobre a importância das expectativas para o sistema econômico, vide Georg SHACKLE. *Expectations in Economics*.

¹²⁴ Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, p. 305.

¹²⁵ Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, p. 192.

¹²⁶ Por esse motivo, o sistema econômico moderno não precisa de fundamentações morais ou religiosas. Ver Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, pp. 201.

Direito e política são sistemas autônomos em relação à economia. Ter dinheiro ou ser proprietário abastado não garante mais a licitude das próprias ações. Do mesmo modo, não se assegura, com riqueza, vitória política. Não há relação *input/output*. Pessoas ricas podem ter suas condutas avaliadas como ilícitas ou ser derrotadas em eleições. Apesar dessa autonomia, direito e política são, ao mesmo tempo, dependentes do sistema econômico. *Não conseguem* lidar com o problema da escassez, *a não ser* restringindo amplamente o espectro de possibilidades, ou seja, *não conseguindo* lidar com a complexidade envolvida no manejo de recursos escassos. Por isso que a repolitização da economia é altamente improvável nas condições modernas de hipercomplexidade.

b. Preços e necessidades: indiferença da economia aos direitos sociais

Viu-se que, com a monetarização, a economia se constitui como sistema autopoiético que desempenha função na sociedade moderna. O dinheiro, meio utilizado em todas as operações econômicas, viabiliza a especificação da operação típica da economia moderna: aquela que aplica um dos valores da dualidade pagamento/não pagamento. Este código permite o fechamento operativo do sistema econômico. Pagamentos e ausência de pagamentos são conectados a outras operações do mesmo tipo. No interior da economia, há somente este tipo de operação. Todas as outras comunicações, por mais importantes que sejam para a economia, fazem parte do entorno social. Com isso, a economia, no seu modo típico de lidar com a complexidade social, torna-se imune a direitos sociais. Estes só são relevantes economicamente se observados por operações de pagamento. Entretanto, isso ainda não esclarece de que modo a economia se relaciona com o seu ambiente. Ou seja, o próximo passo é verificar de que modo ocorrem as heterorreferências do sistema econômico. A identificação da função desempenhada por esse sistema dá algumas pistas. Função social da economia seria lidar atualmente com necessidades futuras. Ora, como são definidas essas necessidades? São elas formadas no sistema econômico ou no seu entorno social? Quais são os mecanismos que viabilizam a abertura cognitiva da economia? Os direitos sociais podem se inserir na economia por intermédio da abertura cognitiva?

Em outros termos, pergunta-se como é orientada a aplicação dos valores pagamento/não pagamento, ou seja, quais são os programas utilizados pelo sistema econômico. Uma resposta possível é considerar as próprias necessidades e também os

desejos como programas.¹²⁷ As pessoas realizam operações econômicas porque têm necessidades. Escolhe-se comprar alimentos e não artigos de luxo porque algumas necessidades são mais básicas e têm prioridade. Adquirem-se, por outro lado, bens supérfluos para satisfazer desejos, quando necessidades elementares já foram atendidas. Compram-se, finalmente, bens destinados à própria produção econômica para viabilizar a continuidade das operações desse sistema – satisfazem-se necessidades da economia. Necessidades e desejos seriam motivos para a seleção do valor “pagamento”. A antípoda deste valor, “não pagamento”, seria selecionada na ausência de qualquer necessidade ou desejo.

A partir dos exemplos citados, podem-se identificar necessidades altamente dependentes do sistema econômico funcionalmente diferenciado e outras que são atribuíveis ao entorno com maior facilidade. Necessidades de produção econômica, como a de aquisição de bens de produção para fábricas, encaixam-se no primeiro tipo. O consumo de bens de luxo e de utilidades básicas, diversamente, pressupõe maior relação com o entorno. Bens simples de vestuário, por exemplo, são comprados não para satisfazer necessidades econômicas, mas sim para suprir necessidades dos sistemas biológicos e psíquicos.¹²⁸ Pode-se questionar, então, com que grupo de necessidades os direitos sociais estão relacionados. Uma resposta que considere toda a complexidade e as múltiplas possibilidades de observação existentes na sociedade moderna afirmaria: depende da perspectiva. Para observações econômicas, os direitos sociais – principalmente educação e saúde – podem ser considerados proteção das necessidades produtivas: pessoas são educadas para atuar no sistema econômico, seja como trabalhadores, seja como consumidores com maior poder de compra. A resposta mudaria caso se considerem outras perspectivas. Provavelmente, os sistemas jurídico, educacional e de tratamento de doenças considerariam fatores diversos, menos relacionados com a economia e mais conectados aos próprios pressupostos.

De qualquer maneira, fato é que, caso as necessidades e os desejos sejam realmente os programas utilizados na economia como modo de variar a aplicação dos valores “pagamento” e “não pagamento”, a importância dos direitos sociais seria enorme

¹²⁷ Sobre essa possibilidade, veja-se Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 59.

¹²⁸ Portanto, há necessidades mais dependentes do entorno e outras mais dependentes do próprio sistema econômico moderno. Veja-se Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 61 e s., onde o autor classifica as necessidades, com progressiva dependência do sistema econômico, em elementares, de luxo e de produção.

para o sistema econômico. Direitos sociais prestacionais podem ser considerados criação e aperfeiçoamento de novas necessidades pelos sistemas jurídico e político. O sistema jurídico generaliza normativamente a expectativa de que necessidades educacionais, sanitárias e relacionadas à moradia e segurança devem ser atendidas. Se antes essas necessidades eram vistas apenas individualmente e em muitos casos questionada – por que um trabalhador menos qualificado precisaria de nível fundamental completo? –, após a positivação dos direitos sociais, a pergunta passa a ser apenas como essas necessidades podem ser satisfeitas.¹²⁹ Se necessidades são programas para o sistema econômico, os direitos sociais seriam parâmetro para a correta aplicação do código pagamento/não pagamento.

No entanto, considerar necessidades e desejos como tal seria demasiadamente complexo para o sistema econômico. Em primeiro lugar, porque as necessidades são muitas vezes opacas para esse sistema. A sociedade não tem acesso direto às reais necessidades dos sistemas psíquicos e biológicos – para o sistema social, estes outros sistemas são caixas-pretas. Toda comunicação sobre necessidades desses sistemas é construção da sociedade. Ademais, a economia não consegue enxergar diretamente todas as necessidades comunicadas por outros sistemas. A infinitude de pagamentos que ocorrem a cada segundo na sociedade moderna seria inviabilizada se, a cada operação, fosse verificada a correspondência com necessidades do entorno, que surgem e desaparecem constantemente, muitas vezes em decorrência da própria economia.¹³⁰ O sistema econômico lida com necessidades, como já explicado, com maior ou menor grau de dependência em relação ao entorno. Mas a hipercomplexidade ambiental, no que concerne às necessidades, precisa ser reduzida no interior desse sistema para que suas operações possam prosseguir em ritmo acelerado. Essa redução de complexidade é promovida por dois mecanismos internos à economia: os preços e o mercado.

O sistema econômico moderno replica em seu interior a diferença sistema/entorno. Vários subsistemas se diferenciam internamente: empresas, famílias, Estados e outros tipos de endereço comunicativo. Para operar economicamente, todos esses

¹²⁹ Indícios desse tipo de generalização podem ser encontrados no próprio sistema econômico, o qual, segundo Luhmann, generaliza as necessidades já a partir do século XVIII. A partir de então, não são somente os pobres que têm necessidades. Todos atuam economicamente para satisfazer os próprios desejos. Veja-se Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 202.

¹³⁰ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 69.

subsistemas observam o mercado, que é ambiente interno da economia monetarizada.¹³¹ O mercado é modo econômico de lidar com a dupla contingência.¹³² É por meio dele que *ego* consegue verificar o comportamento de *alter* e o modo como *alter* reage ao comportamento de *ego*. É modo impessoal, amoral, de lidar com a dupla contingência. Outros papéis sociais são neutralizados – importa somente a posição no mercado.¹³³ Os atores que atuam economicamente não precisam se conhecer a fundo. Isso exigiria que lidassem com complexidade enorme, além das possibilidades de cada organização. Os atores se observam mediatamente, por meio das reduções operadas no mercado. Por isso, pode-se dizer que esse ambiente interno funciona como espelho: observa-se, no mercado, o modo como os outros observam o próprio mercado.¹³⁴ Uma empresa inserida na concorrência verifica, por meio do mercado, o resultado da própria atuação e da atuação alheia, além de constatar como as outras empresas a observam. Do mesmo modo, os consumidores, em regra, pressupõem a redução de complexidade promovida pelo mercado ao decidir entre o pagamento e o não pagamento.

O que permite esse funcionamento do mercado são os preços. Trata-se de mecanismo altamente variável que possibilita à economia se adequar socialmente, respondendo a mudanças no entorno sem que haja desdiferenciação. Ou seja, preços são regulações construídas internamente à economia que permitem a esta observar tudo do seu entorno – necessidades, desejos, falta de recursos, excesso de bens, novas tecnologias – e responder com variações definidas no interior do próprio sistema econômico. Ao se comunicar por preços, as necessidades e os motivos dos pagamentos não precisam nem

¹³¹ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 93 e s.

¹³² Na teoria econômica e na sociologia econômica tradicional, dir-se-ia que se trata, aqui, de problema de incerteza. Veja-se, por exemplo, Jens BECKERT. “What is Sociological about Economic Sociology? Uncertainty and the Embeddedness of Economic Action”, p. 805.

¹³³ Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, p. 199.

¹³⁴ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 18. Sobre a metáfora do espelho, ver, na mesma obra, pp. 73 e s., p. 108 e s. Por meio do mercado, pode-se verificar economicamente o que aparece como escasso, de acordo com os parâmetros do observador: vendedores podem verificar se há escassez de compradores, empresas tentam deduzir que necessidades não estão sendo atendidas, dentre outras possibilidades de observação. Cada organização observa a atuação dos outros, dela própria e, além disso, o modo como os outros vêem sua própria atuação. Daí decorre a metáfora do espelho, também utilizada por RAFFAELE DE GIORGI para tratar da opinião pública: “a opinião pública é uma construção muito complexa pela qual uma sociedade representa a si própria, se espelha, se vê como que num espelho. Se em frente a esse espelho houver outro espelho, quem se olhar no primeiro verá infinitas imagens de si mesmo. Se se desloca, não se vê nada. Mas, quando se olha para eles, não se vêem infinitas imagens, vê-se com os olhos das infinitas figuras das infinitas imagens. Na realidade, quem se reflete desse modo nos espelhos não se vê com os próprios olhos, mas com os dos espelhos. Todavia, se fecha os seus olhos, nada vê, porque os olhos do espelho não vêem nada”. Raffaele DE GIORGI. “O poder dos espelhos”.

mesmo ser expressos.¹³⁵ É esse mecanismo, portanto, o responsável pela mediação entre as necessidades produzidas no entorno social e as operações de pagamento que ocorrem apenas na economia. Preços possibilitam a ressonância da economia e, devido a sua volatilidade, adequam-se à velocidade em que opera a economia moderna. À instabilidade que decorre da hipercomplexidade ambiental, a economia responde com instabilidade dos preços.¹³⁶ Assim, não são as necessidades como tal, mas somente os preços, os programas do sistema econômico. São eles que identificam a correta atribuição dos valores do código pagamento/não pagamento.¹³⁷ Ao mesmo tempo, permitem orientação de todo o sistema econômico: perspectiva de preços favoráveis aos produtores fazem com que a produção aumente, preços baixos podem estimular o consumo e altas taxas de inflação podem ser alarme para que o Banco Central torne o crédito mais caro por meio da taxa de juros.

Essa descrição sistêmica torna possível perceber o paradoxo produzido pelo sistema de preços. Por um lado, os preços representam uma importante possibilidade de lidar com fatores ambientais hipercomplexos, como as necessidades, sem comprometer a diferenciação entre ambiente e sistema econômico. Por outro lado, promovem a possibilidade de o sistema econômico permanecer insensível a necessidades do ambiente, algumas das quais básicas para a continuidade da vida dos sistemas biológicos. Ou seja, a economia não subtrai bens da lógica de preços apenas por serem básicos, como alimentos, vestuário ou moradia. O sistema econômico combina clausura operativa – pagamentos – com abertura cognitiva – preços. Esses programas permitem que a economia não permaneça indiferente em relação ao entorno. Mas, ao mesmo tempo, reduzem as necessidades a preços. É o preço que se paga para que se consiga lidar com necessidades futuras.

Uma tentativa antiga de lidar com esse paradoxo – e, poder-se-ia acrescentar, de buscar correspondência entre necessidades e preços – foi a doutrina do preço justo.¹³⁸ Era um modo de programar da programação. Os preços são programas para avaliar a correção da aplicação dos valores “pagamento” e “não-pagamento”, mas não oferecem padrão para avaliação da correção dos próprios preços. A “justiça” dos preços supriria esse

¹³⁵ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 18.

¹³⁶ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 23.

¹³⁷ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 69.

¹³⁸ Sobre a evolução do preço justo para esse novo mecanismo de controle econômico dos preços, veja-se Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, pp. 69 e s; também Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, pp. 199 e ss e Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 24 e s.

vazio ao proibir que a fixação deles fosse orientada pela mera usura, ou seja, pela vontade de aumentar a própria capacidade de pagamento. Controlam-se os preços por uma referência externa à sociedade, um desejo dos sistemas psíquicos. O problema é que, com a passagem para a sociedade moderna de economia capitalista, esse modo de programação dos preços se torna subcomplexo. Passa-se a ver a busca pelo lucro como característica natural das pessoas e, com isso, o comportamento egoístico é considerado legítimo na economia – ao contrário, por exemplo, do que ocorre na política.¹³⁹ O controle da usura se torna visivelmente impraticável, uma vez que não se tem acesso direto a desejos dos sistemas psíquicos. Ademais, a moral não conseguiria controlar, caso a caso, qual é o preço justo.

O equivalente funcional do preço justo que passa a predominar é a autorregulação de preços pelas próprias operações econômicas, ou seja, o controle dos preços no mercado, a partir da quantidade de dinheiro disponível para operações específicas. Controla-se a instabilidade de preços por uma instabilidade de nível mais alto: o preço do crédito ou, em outros termos, o preço do próprio dinheiro.¹⁴⁰ Os atores econômicos, nas operações que envolvem dinheiro, fixam os preços a serem pagos. Se estes forem muito altos, a escolha tende a recair sobre o “não pagamento”, sem que haja qualquer implicação moral.¹⁴¹ Valoriza-se a lei da oferta e da procura, que seria modo econômico de limitar a usura excessiva. Caso, mesmo desse modo, os preços permaneçam altos, a economia dispõe de mais um mecanismo: encarecer o crédito. Obviamente, essa autorregulação tem suas limitações. A tendência à monopolização e o atual desenvolvimento do direito da concorrência são evidências disso. Mas a autorregulação da economia parece ser, até hoje, o modo mais eficiente de lidar com a complexidade das necessidades e com a precaução sobre necessidades futuras. Por isso, mesmo operações do Estado sobre os preços não atuam apenas politicamente, mas também economicamente sobre eles, por exemplo, com incentivos à produção econômica ou restrições ao crédito.¹⁴²

¹³⁹ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 25.

¹⁴⁰ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 25. O autor cita equivalente funcional dessa autorregulação, a saber, a referência a instabilidades externas, como as decisões políticas.

¹⁴¹ Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, p. 202.

¹⁴² A incapacidade do Estado de determinar de modo centralizado os preços já havia sido percebida pela Escola Austríaca, segundo a qual a incerteza seria fator que impediria que o Estado detivesse os conhecimentos necessários para planejar a produção e os preços. Jens BECKERT. “What is Sociological about Economic Sociology? Uncertainty and the Embeddedness of Economic Action”, p. 807. Nos termos sistêmicos, pode-se dizer: ver o Estado como instância controladora de preços desconsidera a hipercomplexidade resolvida pela economia, a perente contingência e incontrolabilidade do futuro e a ausência de relação do tipo *input/output* entre sistemas – no caso, entre economia e política.

A economia consegue, por meio dos preços, lidar com mudanças bruscas no seu entorno. O controle político dos preços impediria isso. Por isso é que esse mecanismo, ao mesmo tempo sensível e insensível em relação ao entorno social, parece imprescindível nas condições sociais modernas.

Com essa evolução, qualquer evento do entorno – inclusive as necessidades – só são consideradas economicamente se filtradas pelo mecanismo de preços.¹⁴³ Passa-se de uma atitude normativa, com referências externas, para uma atitude cognitiva e autorreguladora.¹⁴⁴ Isso tem grande importância para os direitos sociais. O fato de constituírem necessidades não garante, de modo algum, sua interferência direta na economia. Os direitos sociais não são programas para a atribuição dos valores do código econômico. Isso seria contraditório com a clausura operativa da economia na sociedade moderna e com o modo como ela se abre cognitivamente. Mesmo as necessidades mais básicas, muitas das quais generalizadas por direitos sociais, somente são relevantes economicamente quando se submetem à lógica dos preços e dos pagamentos.¹⁴⁵ A função da economia não é promover a satisfação de necessidades, mas apenas permitir que sejam tomadas decisões que objetivem garantir a satisfação de necessidades futuras.¹⁴⁶ Trata-se, como já se ressaltou, de problema de tempo a ser resolvido. Disso decorre a indiferença da economia às necessidades mais vitais, ignoradas se não expressas na linguagem dos preços e dos pagamentos.

c. Políticas públicas como programas finalísticos: correção da indiferença

O modo preponderante de diferenciação da sociedade moderna não atua somente sobre os sistemas sociais. Tem efeito também sobre as organizações. Na atualidade, dificilmente organizações multifuncionais subsistiriam.¹⁴⁷ Feudos quase autônomos ou famílias responsáveis pelas mais diversas modalidades de comunicações – econômicas, políticas, familiares, religiosas etc. – não se mantêm diante da alta

¹⁴³ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, pp. 80.

¹⁴⁴ Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, p. 202.

¹⁴⁵ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 226.

¹⁴⁶ Niklas LUHMANN. “The Economy as a Social System”, p. 194; Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 68.

¹⁴⁷ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 302.

complexidade atingida modernamente. Instituições multifuncionais sucumbiram juntamente com a moral convencional que as sustentava. Porém, organizações continuam tendo grande importância na Modernidade. A diferença é que seguem a especificação funcional. Empresas são organizações que atuam preponderantemente no sistema econômico. Estados, na política. Igrejas, no sistema da religião.

Isso não significa que cada organização atue somente em um sistema parcial da sociedade e utilize apenas um dos meios de comunicação simbolicamente generalizados. É verdade que as empresas são organizações econômicas. Visam ao lucro, fazem uso do meio dinheiro e orientam a própria atuação a partir de observações que realizam do mercado. Todavia, a importância política dessas organizações não está descartada. São vários os casos de *lobby* praticados por empresas perante o Parlamento ou junto ao Executivo. Algo similar ocorre com a organização Estado. Sua atuação é preponderantemente política. Detém o monopólio do uso legítimo da força física e, com isso, impõe as próprias decisões. Mas isso não exclui a possibilidade de o Estado atuar também economicamente. Ele firma contratos, subsidia setores menos desenvolvidos do país e cria empresas estatais que atuam economicamente, só para citar alguns exemplos.

Essas constatações tornam clara a compatibilidade entre especificação funcional e dependência de organizações em relação a vários meios. Mais especificamente, permitem que se compreenda a dependência de qualquer organização em relação ao dinheiro.¹⁴⁸ Os Estados se especificam como organização do sistema político, cuja função é a tomada de decisões coletivamente vinculantes. Para isso, porém, utiliza-se também do meio dinheiro. Manter estruturas físicas, remunerar funcionários e implementar decisões são serviços custosos. Na economia, serviços são vistos como bens escassos. O poder não é suficiente para lidar com essas questões. Por isso é que, ao tomar decisões coletivamente vinculantes, o sistema político pressupõe o funcionamento do sistema econômico que faz parte de seu entorno – mesmo ao deliberar pela emissão de mais dinheiro, a política pressupõe a integridade do sistema econômico e no meio deste.¹⁴⁹ É o que se designa, na

¹⁴⁸ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 307. Isso não significa que a economia tem primazia na sociedade moderna. As organizações dependem também de outros meios, como reconhece Luhmann adiante, na mesma obra (pp. 322-323).

¹⁴⁹ LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 116. Também Niklas LUHMANN. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, pp. 103 e ss., onde LUHMANN apresenta as vantagens dos meios dinheiro e direito, ao serem usados pelo Estado: podem ser utilizados de modo abstrato e centralizado pelo Estado. Ou seja, não há pre-determinação, a partir desses meios, do modo como serão usados. Mais adiante, o autor acrescenta, a respeito desses meios: “não se pode, tampouco, ignorar que suas condições devem estar garantidas, em última instância, fora do

teoria dos sistemas, como interpenetração. A autopoiese da economia limita o uso do dinheiro como instrumento da política.

Compreender isso é de grande importância na análise da relação entre direitos sociais e esses outros âmbitos da sociedade. Toda organização se delimita enquanto forma em relação a um meio.¹⁵⁰ Mas não um único meio. Para implementar esses direitos prestacionais, o Estado utiliza-se não apenas do meio poder, mas também do dinheiro e do direito. Atua, portanto, também economicamente e juridicamente, embora sua função seja especificamente política. E, ao fazer isso, submete-se à lógica do direito e da economia – derrotas nos tribunais e evoluções econômicas não previstas estão sempre no horizonte de possibilidades. O mesmo se diga em relação a empresas que se utilizam do potencial de lucro oferecido pelos direitos sociais. A indústria farmacêutica pode ver no direito à saúde oportunidade de lucro. Estimula e patrocina litígios de pacientes contra o Estado, para que este pague pelos remédios. Obviamente, essas empresas têm o lucro como escopo. Mas, ao atuarem juridicamente, submetem-se à lógica do direito. Argumentam juridicamente, a partir da Constituição, da dogmática e das construções jurisprudenciais. Não alegam buscar o lucro, mas a saúde dos assistidos.

Tendo-se esclarecido essa atuação de organizações, o passo seguinte é verificar como o sistema político age diante dos direitos sociais e do problema da escassez criado economicamente. O que está sob enfoque é o modo como a política age para implementar os direitos sociais. Para que se analise isso, revela-se de grande valia considerar a sociologia da decisão proposta por LUHMANN a partir de seus pressupostos sistêmicos. Afinal, políticas públicas que implementem direitos sociais podem ser vistas como decisões políticas. Para o sociólogo alemão, decisão é evento que gera, sempre de modo efêmero, unidade entre sistema e ambiente.¹⁵¹ A razão para isso é que toda decisão tomada nos sistemas parciais da sociedade moderna consideram tanto aspectos internos ao próprio subsistema quanto externos a ele. Na decisão, combinam-se sempre autorreferência e heterorreferência. Apesar dessa combinação – e devido a ela –, a diferença se mantém. O sistema permanece íntegro.

sistema político: no sistema econômico e no sistema jurídico, e que daí se derivam limites a sua disponibilidade política” (p. 107, tradução livre; no original: “no puede ignorarse tampoco que sus condiciones de posibilidad deben estar garantizados en último término fuera del sistema político: en el sistema económico y en el sistema jurídico, y que de ahí se derivan límites a su disponibilidad política”).

¹⁵⁰ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 303 e ss.

¹⁵¹ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 277 e s.

O aparato conceitual da teoria dos sistemas permite reconhecer que, diversamente do que preconizava a teoria sociológica tradicional, a relação entre decisões e preferências não é clara nem linear. Preferências são eventos psíquicos. Não são acessíveis à sociedade. Decisões sociais são tomadas tanto devido às preferências quanto apesar delas. As estruturas ligadas às decisões não são preferências, mas expectativas.¹⁵² Decisão tomada na sociedade é sempre decisão em relação a expectativas. Por óbvio, isso não quer dizer que a expectativa gera sempre somente um conteúdo decisório possível. Afinal, a expectativa pode ser frustrada. Contudo, expectativas levam sempre a decisões, que podem confirmar ou rejeitar as expectativas. Nesse sentido, expectativas tornam necessária a tomada decisões.

As expectativas não precisam ser jurídicas para que viabilizem decisões. O conteúdo da decisão pode satisfazer ou frustrar quaisquer expectativas, cognitivas ou normativas, generalizadas ou não. A Administração pode, por exemplo, decidir não construir um hospital em determinado município. Não é necessário que haja dever jurídico para que isso seja considerado decisão. Basta que exista expectativa – do povo, da própria Administração ou de outros subsistemas sociais, por exemplo, expectativa de empresas farmacêuticas que atuam no sistema econômico.

De qualquer modo, a normatividade da expectativa aumenta consideravelmente a pressão pela decisão, além de torná-la mais difícil.¹⁵³ E aí se percebe a importância do direito para decisões políticas. Existem expectativas extrajurídicas. Mas o direito fornece a estruturação normativa típica da sociedade moderna, na medida em que sua função consiste exatamente em generalizar congruentemente esse tipo de expectativa. Dessa maneira, o direito pressiona externamente para que a política selecione programas. No que concerne aos direitos sociais, essa dinâmica é clara. O texto constitucional estabelece determinados direitos sociais – por exemplo, saúde, educação, alimentação, moradia, lazer e segurança. Cria-se, com isso, a expectativa normativa de que a política atue tendo em vista a implementação desses direitos: acesso ao sistema de tratamento de doenças, satisfação de necessidades básicas e inclusão no sistema educativo são exigidos do Estado. O sistema jurídico, ao generalizar essas expectativas congruentemente, aumenta a pressão seletiva sobre o sistema político. A decisão política, portanto, responde a estruturas como estas. Edita-se o orçamento. Mas o processo não para aí. É contínuo e multifacetado. O

¹⁵² Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 275-278.

¹⁵³ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 279, 284 e s.

direito pode observar o orçamento e generalizar a expectativa normativa de que essa decisão será respeitada por operações posteriores do sistema político. Essas novas expectativas pressionam pela seleção de políticas públicas concretas. E assim prossegue a trama de decisões e expectativas.

No entanto, o direito, ao generalizar expectativas, não delimita completamente o conteúdo da decisão política. Apenas torna essa decisão possível e necessária.¹⁵⁴ Generalizar a expectativa de que uma escola será construída em determinado município para que os populares tenham acesso ao sistema educacional é diferente de estabelecer todas as minúcias desse projeto. É o sistema político que estabelecerá programas finalísticos para implementar direitos sociais.

É claro, também, que a política não precisaria da expectativa generalizada de que os direitos sociais devem ser implementados para atuar dessa maneira. Há equivalentes funcionais para as expectativas. Por exemplo, a seleção de fins.¹⁵⁵ O que expectativas generalizadas promovem é tão somente a necessidade de decidir, em um sentido (licitude) ou outro (ilicitude). Por isso, funcionam como ruído para que a política tome decisões acerca de direitos sociais. De qualquer maneira, com ou sem expectativas generalizadas, a política somente atua a partir de um código e de um tipo de programas para desempenhar sua função. Em democracias como o Brasil, atua a partir do código governo/oposição e estabelece programas finalísticos para realizar a função de tomar decisões coletivamente vinculantes. Isso precisa ser melhor detalhado no que diz respeito aos direitos sociais.

Os direitos sociais não são observáveis apenas juridicamente. Vários sistemas podem tomá-los como objeto de operações. Nas faculdades de direito, são ensinados – lida-se com o código aprender/não aprender. Organizações econômicas vêem nesses direitos oportunidades de ganho ou perda de dinheiro. Qualquer sistema pode observar direitos sociais, desde que a partir dos próprios pressupostos, da maneira de observar que lhe é peculiar, o que envolve o código e o tipo de programa específico de cada sistema. Assim, tanto política quanto direito observam direitos sociais, mas com olhos diversos.¹⁵⁶ A primeira diferença de perspectiva entre direito e política é o fechamento a partir de

¹⁵⁴ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 281.

¹⁵⁵ Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 286.

¹⁵⁶ Essa diferenciação entre perspectivas não é novidade da teoria dos sistemas. Outros enfoques também chegam a conclusões similares. Dworkin, por exemplo, partindo de pressupostos diversos, diferencia *goals* e *rights* e afirma serem estes os mais importantes para o direito. Sobre isso, veja-se Ronald DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, p. 169.

códigos diversos – no primeiro sistema, lícito/ilícito; no segundo, governo/oposição. Mas as diferenças entre os sistemas não se resumem a esta. O sistema político, diferentemente do direito, não lida com a necessidade de decidir (proibição do *non liquet*), gera maior inclusão nos debates que precedem às decisões e conta com burocracia organizada no Estado, capaz de tomar decisões políticas que repercutem em outros sistemas: decisões sobre investimentos, política legislativa, medidas para os setores da educação, saúde e segurança.

A política, ao operar a partir de seu próprio código, tematiza os mais diversos âmbitos sociais. Tenta planejar o futuro da sociedade – promover inclusão, diminuir a pobreza, ampliar o acesso aos serviços básicos, melhorar a qualidade de vida e estabilizar a economia. Trata-se de atividade extremamente complexa, especialmente se considerado o fechamento operativo dos sistemas parciais da sociedade moderna. No campo dos direitos sociais, a complexidade é perceptível. Como planejar diminuição da pobreza se a economia atua por parâmetros próprios, inacessíveis diretamente à política? De que modo promover mais educação se o sistema educativo não responde ponto-a-ponto aos estímulos políticos? “[N]enhum sistema é capaz de controlar suficientemente as interdependências do seu entorno”¹⁵⁷, diria LUHMANN. A política estabelece algumas finalidades. Tenta coordenar os meios para que esses fins sejam alcançados. Mas os resultados possíveis são múltiplos. Há excesso de possibilidades, não previsíveis *ex ante*.

Para lidar com essa complexidade, o sistema político orienta a aplicação dos valores de seu código por programas teleológicos, o que lhe permite ampla margem de manobra. A política pode controlar a própria agenda de decisões. Difere do direito, obrigado a decidir sobre qualquer caso jurídico que chegue aos tribunais. Após eleger suas metas, a política dispõe também de amplo arsenal de meios à sua disposição. Ademais, essas escolhas de meios e fins podem ser, a todo instante, modificadas. Novas decisões podem alterar estruturas anteriormente condensadas – decisões políticas não sofrem as limitações, por exemplo, que a coisa julgada impõe ao direito. Correções de rumo político são sempre possíveis: nota-se politicamente que o fim eleito não está sendo alcançado e, em virtude disso, mudam-se os meios. As restrições jurídicas que recaem sobre essas mudanças no Legislador e na Administração – lembre-se: lícito/ilícito funciona como

¹⁵⁷ Niklas LUHMANN. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, p. 75, tradução livre. No original: “ningún sistema es capaz de controlar suficientemente las interdependencias de su entorno”.

segundo código da política no Estado de Direito – são muito menores, em tese, que as limitações impostas aos juízes.¹⁵⁸

O modo de justificação das decisões na política e no direito também varia. Os partidos governistas prestam contas nas eleições, diante do público. Atuam com vistas ao futuro e, se não atingem os resultados desejados, tendem a ser derrotados nas eleições e passar a integrar a oposição. Portanto, a fundamentação das decisões políticas é, em regra, prospectiva: atua-se de determinada maneira porque, assim, pensa-se implementar melhor os direitos sociais. Decisões judiciais, de modo diverso, são justificadas de modo retrospectivo, a partir de leis, contratos, constituições e outras estruturas. Fundamentam-se estas decisões a partir do ordenamento jurídico e com utilização da dogmática e da argumentação jurídicas. É como atua a racionalidade jurídica.¹⁵⁹ Esses diferentes modos de operar dos sistemas em questão se refletem na amplitude das decisões que esses sistemas tradicionalmente tomam. No direito, decidem-se casos. Em geral, de modo fragmentário e isolado. Na política, são tomadas decisões globais, instauram-se medidas passíveis de revisão.

Todas essas diferenças são expostas por Celso CAMPILONGO¹⁶⁰, que menciona, ainda, a formação generalista dos juízes e a especificação técnica da burocracia política. O ferramental de que dispõe o sistema jurídico não seria adequado para a implementação e controle das políticas públicas. No que concerne à escassez, a diferença entre os sistemas é clara. Os juízes não têm controle da força física nem do dinheiro pertencente ao Estado. Este é que detém a possibilidade de agir economicamente. Os sensores ambientais da política são, tradicionalmente, mais eficientes. Óbvio que não se exclui a possibilidade de se decidir juridicamente sobre políticas públicas implementadoras de direitos sociais. A legalidade das ações estatais sempre é passível de controle judicial. Algo diverso disso é reconhecer ao Judiciário a competência para formular opções políticas. CAMPILONGO aponta o risco, para a sociedade moderna, de sobrepor direito e política. Isso equivaleria a

¹⁵⁸ Celso CAMPILONGO demarca, nesse sentido, as diferenças entre direito e política: “o sistema recursal e a ação rescisória são evidentemente muito limitados para oferecer um ‘feedback’ eficiente de reversibilidade e correção dos efeitos perversos e imprevistos das decisões. O sistema político democrático, por outro lado, caracteriza-se exatamente pela manutenção constante de uma alta taxa de contingência. Essa maior capacidade de retroagir e rever posições confere ao sistema político uma flexibilidade na administração das políticas públicas que o Judiciário estruturalmente não possui.” Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 118.

¹⁵⁹ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 184.

¹⁶⁰ Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, pp. 103-107.

dar ao sistema jurídico o trágico destino das instituições políticas atuais.¹⁶¹ Por outro lado, tematizar juridicamente questões políticas a partir dos parâmetros do direito não significa partidarização da atividade judicial, contestação à lei nem perda da imparcialidade.¹⁶²

Mas qual a relação de tudo isso com os direitos sociais e com a indiferença a eles pela economia, constatada nos itens anteriores? Ora, se a economia, devido ao seu *modus operandi*, é indiferente a esses direitos, política e direito dificilmente o são. O texto constitucional os estabelece como direitos e o eleitorado pressiona pela sua implementação. O sistema político, por intermédio das políticas públicas – programas finalísticos – decide de modo coletivamente vinculante para atuar economicamente e “corrigir” a orientação da economia centrada apenas nas necessidades mais rentáveis. Decide construir escolas e hospitais e, para tanto, lida economicamente com a escassez de recursos criada na própria economia. O mesmo ocorre em qualquer outra política pública. Para implementar as suas decisões políticas, o Estado opera, na maior parte das vezes, não só no meio poder, mas também no meio dinheiro. Com isso, operações econômicas – pagamentos – se orientam pelas necessidades expressas nos direitos sociais.

O modo como o direito atua é diverso. Em primeiro lugar, o sistema jurídico, ao generalizar as expectativas de que os direitos sociais serão implementados, gera pressão seletiva para a política, como se observou anteriormente. Qualquer atuação ou omissão estatal é vista como decisão, independentemente dos fins construídos politicamente. Ademais, o direito não atua, tradicionalmente, pelos programas finalísticos que orientam a política. Óbvio que há, no direito, fins. Mas a lógica como o direito atua é diversa. O sistema jurídico transforma relações meio/fim em condições do tipo se/então: *se* o fim estiver sendo perseguido e *se* a relação entre meios e fins for sustentável, *então* a conduta é lícita.¹⁶³ Ao atuar desse modo, condicionalmente, o direito poderia generalizar expectativas normativas diretamente sobre a economia – por exemplo, generalizar a expectativa de que empregadores devem suprir todas as necessidades escolares dos empregados e dos filhos destes ou de que estabelecimentos comerciais não devem cobrar o pagamento de pessoas

¹⁶¹ Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 107. A sobreposição retiraria a própria importância do direito para os outros sistemas. É o direito que, ao trabalhar com condicionalidades, possibilita que outros sistemas parciais da sociedade trabalhem com lógicas diversas – por exemplo, de meios e fins, como na política. Sobre isso, veja-se Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 204.

¹⁶² Nesse sentido, ver Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, pp. 57 e ss.

¹⁶³ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 195 e s. No direito, a atribuição do valor lícito ou do valor ilícito independe do presente do futuro. Mesmo que se consideram as consequências das decisões jurídicas, há somente construção de um futuro do presente. Não é o futuro que vai decidir sobre a atribuição dos valores lícito e ilícito. Sobre isso, ver, na mesma obra, pp. 198-202.

pobres. Essa evolução é possível, mas, nas condições da sociedade moderna, improvável. Implicaria sobreposição entre os códigos lícito/ilícito e pagamento/não pagamento.¹⁶⁴ Como consequência, a economia seria impedida de lidar com a complexidade ao seu modo. Decisões bem intencionadas como essas poderiam ter resultados catastróficos – subprodução de gêneros alimentícios e desemprego em massa são alguns exemplos.

O próprio direito reconhece essa incapacidade de intervir nos demais sistemas e constrói, em seu interior, conceitos socialmente adequados, ou seja, reflexos internos da diferenciação funcional. A liberdade de contrato e o direito de propriedade servem como exemplos. Traduzem, no interior do direito, a autonomia do sistema econômico. Mas a incapacidade de atuar economicamente não torna o direito impotente diante da implementação de direitos sociais. O acoplamento estrutural “Constituição” e as condições de mútua irritabilidade entre direito e política promovidas pelo Estado de Direito tornam provável a observação do direito pelo sistema político. O direito pode se aproveitar dessa relação para lidar mediatamente com a escassez, por intermédio do Estado enquanto organização política, naquilo que concerne aos direitos sociais. Resta saber se, mesmo ao agir dessa maneira, o sistema jurídico se mantém ou se há politização e, conseqüentemente, desdiferenciação do direito.

d. Controle jurídico de políticas públicas: resposta perante indiferença à indiferença

Depois de analisar como o sistema político lida com o problema da escassez no que concerne aos direitos sociais e após constatar o melhor preparo do Estado para lidar com questões econômicas, resta verificar como o direito atua diante dessa trama complexa de operações. No item anterior, a principal diferença abordada foi aquela entre programas finalísticos e programas condicionais. Essa diferença pode ser expressa, de outro modo, como distinção entre direito e política. A análise da evolução desses sistemas revela que, enquanto no direito predominaram programas do tipo se/então, a política se orienta por programas teleológicos, com estabelecimento de fins e escolha ou alteração dos meios para alcançá-los. No presente item, será estudada outra binariedade, a saber: decisões

¹⁶⁴ Não se descarta a hipótese importante de o Estado atuar economicamente para lidar com esta complexidade. Por exemplo, concedendo incentivos fiscais. Contudo, neste caso já se entraria no campo dos programas finalísticos da política.

programantes/decisões programadas. Tradicionalmente, na teoria do direito, essa diferença é expressa como oposição entre legislação e jurisprudência.¹⁶⁵

Questionar-se-á se essa distinção, assim como a anterior, pode ser resumida como diferença entre direito e política, ou seja, se a política se encarregaria das decisões programantes, deixando com o direito a tomada de decisões programadas. O entendimento do modo como essa diferença é inserida na sociedade é imprescindível para que se entenda como o direito atua ao observar políticas públicas. Afinal, muito da atuação do sistema jurídico sobre esses direitos se deve ao modo como o sistema político funciona e à tematização dele no direito. Basta citar a insatisfação de movimentos sociais, organizações não-governamentais e cidadãos descrentes com a política, que passam a ver o Judiciário e o sistema jurídico como âmbitos mais eficazes para atuar.¹⁶⁶

Um caso que envolva direitos fundamentais individuais pode servir como ilustração do modo como direito e política tratam da diferença decisão programante/decisão programada. Imagine-se que um cidadão foi preso sem que houvesse situação de flagrância nem mandado de prisão. A arbitrariedade seria patente. O juiz, provavelmente, observaria estruturas normativas e ordenaria, em sentença de *habeas corpus*, expedição do alvará de soltura. Nessa comunicação jurídica, as invocações do juiz poderiam ser várias: direito de ir e vir assegurado constitucionalmente, devido processo legal, leis que regulam a prisão e o *habeas corpus*. Tudo para justificar a licitude da própria decisão. A diferença entre decisão programante e decisão programada parece, neste caso, clara. Decisões programantes poderiam ser vistas como políticas. Foi politicamente que se assegurou a inscrição dos direitos fundamentais na Constituição. Também foram políticas as decisões que editaram leis processuais penais garantistas. O juiz, ao aplicar esses programas em casos concretos, tomaria decisões programadas. Aplicaria a lei. Ou seja, política tomaria decisões vinculantes e o direito, decisões vinculadas. A licitude da operação do juiz seria garantida por referência ao sistema político que, democraticamente, selecionou alguns programas. Desse modo, a licitude da distinção entre lícito e ilícito parece garantida. Mas, numa observação sociológica, pode-se questionar: quem insere a diferença entre decisões programantes e decisões programadas? Quem remete à política a responsabilidade pela tomada de decisões programantes?

¹⁶⁵ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 299. Luhmann situa a origem dessa distinção na Antiguidade, como tentativa de barrar benefícios pessoais – segmentários – pelos juizes, numa sociedade diferenciada hierarquicamente.

¹⁶⁶ Nesse sentido, Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 59.

Exercício similar pode ser feito em casos que envolvam direitos sociais. Também neles pode ser feita a distinção entre decisões programantes e decisões programadas. Ao decidir em casos concretos, os juízes aplicam decisões programantes: leis, atos normativos delimitadores de políticas públicas, normas constitucionais, orçamentos. Todos esses são padrões considerados legitimados, pois decorrem de decisões democráticas. Decisões jurídicas que utilizem esses padrões como programas parecem ser obviamente lícitas. Mais uma vez, direito toma decisões programadas por outras decisões, programantes. Porém, pergunta-se novamente: quem insere a diferença entre decisões programantes e programadas? Quem atribui as primeiras à política e as segundas ao direito?

Essas complicadas perguntas não são feitas na maior parte dos casos, envolvam eles direitos individuais ou sociais. O direito, ao operar, não questiona a licitude da diferenciação entre lícito e ilícito. A existência de programas encobre com o paradoxo. O problema surge apenas quando esses programas não existem ou são julgados juridicamente como insuficientes.¹⁶⁷ Por exemplo, nos casos em que a política ignora expectativas de que políticas públicas setoriais – educacionais, sanitárias etc – sejam realizadas e decide “não decidir”, ou seja, não implementar essas políticas. Ou, ainda, quando as políticas públicas eleitas no Estado são vistas como ineficazes. Com que programas o direito pode atuar, nesses casos, se o sistema que seria, a princípio, responsável pela tomada de decisões programantes não se desincumbe dessa responsabilidade a contento?

Um esclarecimento merece ser feito desde já. O paradoxo que gera a indecidibilidade não surge *ex nihilo* nesses casos. Em qualquer outro caso, pode-se também questionar pela licitude da diferenciação entre lícito e ilícito, a depender da perspectiva do observador. O paradoxo é apenas *evidenciado* ao direito quando os programas são ausentes. A diferença decisão programante/decisão programada não existe naturalmente. Ela surge apenas por intermédio das operações que a inserem. É diferença criada socialmente. E criada no interior do sistema jurídico.¹⁶⁸ São comunicações do direito – por exemplo, as sentenças citadas – que marcam a diferença e atribuem à política um dos lados, deixando para o direito o outro. Este é um dos modos tradicionais utilizados pelo sistema jurídico para esconder o próprio paradoxo. Externalizam-se os fundamentos

¹⁶⁷ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 314.

¹⁶⁸ Aliás, a própria diferença entre código lícito/ilícito e programas condicionais é uma distinção construída no interior do sistema jurídico, como exposto em Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 189.

da decisão jurídica.¹⁶⁹ Ao diferenciar jurisprudência e legislador, o direito distribui o risco de suas decisões. Caso os efeitos delas sejam indesejáveis, pode-se atribuí-los ao legislador.¹⁷⁰ De qualquer modo, essa distinção permite que o direito, ao se vincular à legalidade, evolua de modo autônomo. O juiz observa leis e as aplica a partir das regras que constrói – regras de interpretação, processuais e de aplicação. O legislador, por sua vez, observa a maneira como o direito opera para legislar e tentar interferir neste sistema.

Em geral, descreve-se essa relação como hierárquica: juiz subordinado ao legislador. Entretanto, quando se considera o modo autônomo como se realiza a interpretação, percebe-se que vinculação à lei não significa subordinação do juiz. Afinal, a própria subordinação à lei pode ser objeto de interpretação – judicial.¹⁷¹ O modelo hierárquico parece pouco realista. A relação entre legislador e juiz seria mais adequadamente descrita como circular e simétrica: o legislador vincula o juiz, mas este interpreta as leis; o legislador, por sua vez, não pode editar normas sem considerar o modo como os juízes operam e interpretam suas leis. Há mútua restrição.¹⁷² Ao mesmo tempo, garante-se a autonomia das duas esferas.

Contudo, a teoria dos sistemas, a partir de perspectiva externa ao direito, consegue enxergar os paradoxos envolvidos nessas diferenças e a tentativa de externalização deles. Numa perspectiva sociológica, constata-se que diferenciações como norma programante/norma programada e legislador/juiz só ocorrem por decisão jurídica, assim como a hierarquização entre a lei e os atos judiciais. É o direito, e não a política, que lida com o próprio paradoxo. E é o direito que decide atribuir à política a responsabilidade por resolver o dilema da (i)licitude da diferenciação entre lícito e ilícito. Ao realizar externalizações desse tipo, o sistema jurídico esconde o fato de que ele próprio – e não padrões externos – é a fonte do próprio direito.¹⁷³ Algo similar ocorre nos casos em que o direito se refere a valores elevados, aspirações morais do povo ou sentimento de justiça. São sempre externalizações realizadas por operações jurídicas que tentam esconder paradoxos do sistema jurídico.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Ver, nesse sentido, Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 98.

¹⁷⁰ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 301.

¹⁷¹ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 303.

¹⁷² Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 305.

¹⁷³ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 165.

¹⁷⁴ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 323.

Essa constatação não resolve o problema do sistema jurídico. Aliás, nenhuma comunicação extrajurídica consegue resolver paradoxos jurídicos. Só o próprio direito tem esse poder, seja utilizando padrões atribuídos à política, seja usando outros parâmetros.¹⁷⁵ De qualquer modo, nos casos em que não é dada ao direito a oportunidade para atribuir ao legislador a tomada de decisões programantes, o sistema jurídico é deixado à própria sorte. Ou o direito decide, também, “não decidir” e atribui essa responsabilidade à política – considera, por exemplo, as políticas públicas como atos discricionários, atos de governo, nos quais há juízo de oportunidade e conveniência;¹⁷⁶ ou o sistema jurídico decide reforçar as expectativas normativas concernentes às políticas públicas. É nestes casos que o paradoxo se torna mais evidente. Que parâmetros o direito pode e deve usar? De onde vem a legitimidade desses novos padrões? Na falta de decisões programantes, essas tentativas são geralmente vistas como politização do Judiciário.¹⁷⁷ Não se percebem as diferenças de atuação entre política e direito e nem as semelhanças desses casos difíceis com os outros já pacificados. Ora, em qualquer caso que o direito utilize decisões políticas, é precisamente *o direito* que decide utilizar esses padrões. Em qualquer caso, é *o direito* que demarca a diferença entre decisão programante e programada. A diferença é que, nos casos mais difíceis, percebe-se que é o próprio sistema jurídico que delimita a distinção e o conteúdo de cada uma dessas decisões.

O fato de que é sempre o direito que promove essa distinção pode ser explicado por uma diferença tradicionalmente utilizada na teoria do direito: interpretação/aplicação. Interpretação pode ser vista como inserção de novas diferenças sobre textos. Nesse sentido, seria construção. Insere a distinção “texto/interpretação do texto”. Ora, quem interpreta é o sistema jurídico. Logo, a decisão programante pode ser vista como decisão jurídica. Quanto à aplicação, sua juridicidade fica ainda mais clara. Aplicar é verificar subsunção do fato – como observado e construído juridicamente¹⁷⁸ – à norma interpretada. Assim, é também decisão do sistema jurídico. É o que ocorre em qualquer decisão que trabalhe com a distinção lícito/ilícito.

¹⁷⁵ Em outras palavras, só o direito consegue resolver seus problemas de legitimação, como constatado em Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 192.

¹⁷⁶ Possibilidade lembrada também em Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 313.

¹⁷⁷ Se politização do Judiciário for tomada como abertura cognitiva do direito à política, óbvio que ocorre em qualquer Estado de Direito. Nesse sentido, CAMPILONGO afirma que “sem romper com a clausura operativa do sistema [jurídico] (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável”. Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 61.

¹⁷⁸ No sentido de que casos e suas circunstâncias são construções jurídicas, veja-se Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 178.

Essas similaridades entre casos fáceis e difíceis quanto aos paradoxos do sistema jurídico não podem descaracterizar as peculiaridades de demandas que envolvam a parte prestacional de direitos sociais nas quais não haja programas claros a serem utilizados juridicamente como decisões programantes. CELSO CAMPILONGO caracteriza esses casos como aqueles nos quais a periferia do sistema jurídico – leis, contratos –, mais maleável a operações do entorno, não consegue reduzir a complexidade que chega aos tribunais.¹⁷⁹ A periferia, nesses casos complicados, não filtra informações para o Judiciário. Consequentemente, os custos da decisão se tornam mais elevados para o centro do sistema jurídico – os tribunais. Isso porque, poder-se-ia acrescentar, evidencia-se, nesses casos, que as decisões programantes são construídas pelo direito, tanto quanto as programadas. O Judiciário não consegue pressupor a redução de complexidade operada na periferia do direito.

Ressalte-se que não se pretende, com as idéias aqui expostas, reduzir a importância da política para o sistema jurídico. Principalmente em condições democráticas e na vigência do Estado de Direito, a política funciona como modo de reduzir a complexidade para o direito. Tem capacidade cognitiva, em geral, maior. Fornece programas que podem ser utilizados juridicamente. Ademais, o sistema jurídico, ao funcionar como máquina histórica, parte sempre de padrões programáticos já construídos, de preferência tradicionalmente, e decisões do legislador são bastante úteis para tanto.¹⁸⁰ Todavia, isso não exclui o fato de que as decisões tomadas no direito são jurídicas – a tautologia é proposital. Não há, repita-se, relação *input/output* entre direito e política. Não é qualquer padrão decidido pelo legislador que é reconstruído no interior do sistema jurídico. O direito moderno tem mecanismos para se proteger de intervenções políticas. Programas políticos podem ser vistos como inconstitucionais – ilícitos num grau mais elevado, na visão do direito – e execrados pelo sistema jurídico. Do mesmo modo, a política não consegue impedir que o direito, atuando juridicamente, decida ativamente sobre direitos sociais.

Portanto, a falta de decisões políticas sobre direitos sociais ou a insuficiências delas – de acordo com expectativas jurídicas – não é suficiente para reduzir o papel do

¹⁷⁹ Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 164. Sobre a relação entre centro e periferia no sistema jurídico, ver também Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 320 e ss.

¹⁸⁰ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 190, onde o autor acrescenta que evidência disso é o fato de os programas normativos terem precedido ao fechamento operativo do direito por meio do código lícito/ilícito. Ou seja, o direito se aproveitou dos padrões já existentes na sociedade. Não os criou a partir do nada.

sistema jurídico nesse setor. O direito não perde a capacidade de decidir. Apenas tem sua tarefa dificultada. O ônus de justificar, de modo retrospectivo, é maior. As dificuldades podem ser percebidas por análise da doutrina, como se verá no capítulo seguinte. Apesar disso, não se pode imaginar que o direito renuncie às suas referências internas, sobretudo a vinculação à legalidade, ao decidir sobre políticas públicas.¹⁸¹ Portanto, ausência de decisões políticas não impede o direito de generalizar expectativas normativas em relação ao Estado. Ao fazer isso, o direito não consegue, é verdade, lidar diretamente com o problema da escassez. Consegue apenas comunicar internamente, de modo jurídico, generalizando expectativas. Mas, nas condições de Estado de Direito, a probabilidade de que essas expectativas sejam observadas politicamente é alta. Isso não é sinônimo de sucesso dos direitos sociais. O futuro e a relação entre sistemas são sempre contingentes. Decisões jurídicas podem prejudicar políticas públicas. Mas nem sempre é assim – o resultado pode ser a implementação política de direitos sociais que, de outro modo, seriam ignorados.

Não se pode concluir do que foi dito que o direito deve, sempre, decidir sobre direitos sociais e generalizar expectativas quaisquer. Esta é uma decisão que cabe somente ao próprio sistema jurídico. As possibilidades abertas a este são várias e, por isso, o problema é complexo.¹⁸² O direito pode se utilizar da diferença entre ato vinculado e discricionário e generalizar a expectativa de que somente a política pode decidir sobre políticas públicas. Respeitando a proibição do *non liquet*, decide deixar a decisão para a política. É uma opção.¹⁸³ Também pode promover generalizações mais específicas e justificá-las de modo retrospectivo, vinculado à legalidade e ao ordenamento jurídico, principalmente à jurisprudência, na falta de padrões legais suficientes. É outra opção. O que o direito não consegue, devido a seus limites operativos, é orientar-se para as consequências das próprias decisões ou adotar programas finalísticos. Uma atuação do Judiciário que não reconhecesse esses limites equivaleria a negar aquisições evolutivas importantíssimas para o direito, que lhe permitiram lidar com a hipercomplexidade

¹⁸¹ Nesse sentido, Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 61.

¹⁸² Nas palavras de CAMPILONGO, “[a] politização da magistratura é expressão de um aumento das possibilidades de escolha e decisão e não de um processo de contestação ou negação da legalidade”. Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 58.

¹⁸³ José Eduardo FARIA comenta sobre essa atuação judicial, predominante nos primeiros anos após a Constituição de 1988: “[o] que se tem visto, porém, é que o Judiciário assumiu uma postura relativamente contemporizadora diante do advento dos direitos sociais. Invocando a independência dos poderes na melhor tradição da democracia liberal clássica e esquecendo-se de que também é parte fundamental do Estado, ele se tem furtado a *enquadrar* o Executivo” (grifo do autor). José Eduardo FARIA. “O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira”, pp. 108 e s.

moderna, como a coisa julgada, a restrição do arbítrio por meio de normas legais e a própria relação com a política viabilizada pelo Estado de Direito.

Em resumo, o que se pretende demonstrar é que a insuficiência de leis acerca de direitos sociais não significa nem inércia do Judiciário nem sua politização. O juiz pode atuar positivamente sem que para isso comunique politicamente, por programas finalísticos. Uma saída para esse impasse pode estar na valorização de novos tipos de programas como, por exemplo, desenvolvimentos jurisprudenciais, que podem, nessa lógica, ser vistos como periferia do sistema jurídico.¹⁸⁴ Isso não equivale ao fim da vinculação à legalidade, em especial numa tradição romano-germânica como o Brasil. As leis continuam tendo enorme importância como filtro de complexidade para o Judiciário. Não obstante isso, há casos nos quais leis são insuficientes. Nestes casos, outros tipos de desenvolvimento interno do direito podem ser utilizados. A lógica poderia ser similar àquela de aplicação da lei: regra/exceção, programas condicionais, valorização da consistência. Ademais, esses padrões jurisprudenciais também podem ser utilizados tendo em vista sua aplicabilidade em casos futuros.¹⁸⁵ O capítulo seguinte será dedicado ao modo como o Judiciário tem enfrentado esses casos difíceis. Antes disso, serão feitas algumas observações sobre o modo como a política considera decisões judiciais cujo objeto seja o sistema político.

e. Eficácia jurídica dos direitos sociais: sensibilidade/indiferença à resposta

As considerações anteriores sobre a observação jurídica de políticas públicas podem dar a impressão de que resta ao direito a última palavra sobre a implementação de direitos sociais prestacionais. Nesta lógica, o juiz verificaria a insuficiência de programas elaborados no sistema político, constataria sua incompatibilidade com expectativas normativas do direito e decidiria pela implementação fática dos direitos sociais. Evidente que a problemática não pode ser resolvida de modo tão simplista. Se juízes pudessem, com decisões em casos concretos, implementar direitos sociais, dificilmente se observaria a

¹⁸⁴ LUHMANN refere-se a essa hipótese em Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 314. Afirma serem os casos difíceis a causa do desenvolvimento do instituto da vinculação à *ratio decidendi* de precedentes judiciais.

¹⁸⁵ Sobre essa consideração do futuro nas decisões judiciais, veja-se Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 326.

insuficiência de políticas sanitárias, educacionais, alimentares e habitacionais hoje existente. Para uma compreensão adequada do fenômeno, pode-se analisar, mais uma vez, a relação entre subsistemas da sociedade moderna. Com esse objetivo, redescrever a semântica da eficácia dos direitos sociais, em específico, e a eficácia do direito em geral revela-se de grande utilidade.

O termo “eficácia”, no que concerne a direitos sociais, pode ser utilizado com mais de um sentido. Em geral, a doutrina constitucional adota um sentido restrito ao sistema jurídico, em contraposição à efetivação ou implementação. Trata-se de problema ligado à aplicabilidade das normas constitucionais. Para resolvê-lo, os doutrinadores adotam classificações. Dentre estas, a mais difundida é a elaborada por José Afonso da SILVA¹⁸⁶, segundo a qual há normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada. O tema está intimamente ligado a diferenças produzidas pela dogmática jurídica para resolver novas complexidades surgidas com o texto constitucional. Por este motivo, alguns de seus aspectos serão retomados nos próximos capítulos.

A eficácia de direitos sociais prestacionais será analisada neste item em outro sentido, a saber, o da efetividade ou cumprimento do direito. Aqui, o foco não se restringe às fronteiras do sistema jurídico. Envolvem-se outros setores da sociedade, fazendo com que o direito observe conflitos e paradoxos ambientais. Mais uma vez, coloca-se a questão da (in)dependência do direito em relação a outros subsistemas sociais. Por um lado, várias são as condições ambientais para que direitos sociais prestacionais sejam levados a juízo. Em estudo de casos, HOFFMANN e BENTES¹⁸⁷ indicam como “fatores exógenos” ao direito a composição socioeconômica em geral dos Estados analisados e o grau de litigiosidade neles presente. Apontam que, de modo paradoxal, o nível de vida da população é diretamente proporcional à litigiosidade de direitos sociais. Ou seja, nos Estados mais pobres, há menos litígios. Os que mais precisam são os que menos demandam. Isso retrata a ausência de estruturas extrajurídicas mínimas – organização política, ONGs, órgãos estatais de assistência como a Defensoria Pública, acesso à rede de educação e conscientização sobre direitos etc. – que permitam o acesso aos tribunais. Trata-se de uma faceta do já retratado problema da exclusão social em cadeia.

¹⁸⁶ José Afonso da SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

¹⁸⁷ Florian HOFFMANN; Fernando BENTES. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, pp. 383-391.

Por outro lado, também a efetivação dos direitos sociais é contingente e depende do entorno do direito. Entre os extremos da total inefetividade e da garantia ampla de acesso aos direitos sociais, várias são as possibilidades, a depender das estruturas e organizações do sistema político. Podem-se, por exemplo, modificar políticas públicas, com inclusão de novos destinatários ou modificação do modo de gestão. Outra opção é a inovação legislativa: responde-se a condenações judiciais politicamente, com a instituição de novos direitos que, por sua vez, nem sempre serão efetivados. Resultado frequente, além destes, é a concessão individualizada do acesso ao direito social discutido, em especial quando se requer em juízo o acesso a medicamentos.

Todavia, o resultado da judicialização de direitos sociais nem sempre é positivo para os que demandam judicialmente sua implementação. O estudo de HOFFMANN e BENTES¹⁸⁸, já citado, indica possibilidades menos favoráveis. Dentre elas, a postergação para momento futuro da efetivação dos direitos. Os autores citam quadros dramáticos em que os demandantes de medicamentos obtêm sucesso em juízo, as farmácias públicas reconhecem a força vinculante da sentença, mas, por não possuírem o remédio pedido, limitam-se a prometer entregá-lo no futuro. Há também outras circunstâncias em que os demandantes não obtêm, por variados motivos políticos, a execução da sentença judicial. De modo ainda mais desvantajoso, em muitas situações o resultado é a piora no acesso a direitos: os pesquisadores mencionam caso em município fluminense no qual a Prefeitura, como modo de punir pelo alto número de demandas judiciais, retirou da Defensoria Pública espaços a ela cedidos para atendimento ao público.

Em suma, estudar o tema da eficácia dos direitos sociais exige considerar o modo como o sistema político observa o direito em geral e as sentenças judiciais em particular. Como consequência deste estudo, revela-se a imprevisibilidade de resultados típica da relação entre sistemas operativamente fechados, que atuam com parâmetros decisórios diversos. Contudo, para analisar toda essa problemática a partir do aparato teórico sistêmico, parecem de grande valia os desenvolvimentos da teoria geral do direito acerca da relação entre a validade e a eficácia jurídica. Assim, amplia-se o grau de abstração. Passa-se da observação de casos individuais de direitos sociais para a relação, em geral, entre validade e eficácia.

¹⁸⁸ Florian HOFFMANN; Fernando BENTES. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, pp. 404-412.

A teoria geral do direito, ainda presa à concepção que vê a sociedade como ente formado por sujeitos moralmente autônomos, concebe a eficácia como correspondência entre preceitos normativos e condutas concretamente adotadas pelos indivíduos. A partir desta simples definição, pode-se elaborar uma ampla tipologia, como faz HIERRO¹⁸⁹. Para ele, eficácia jurídica pode ser compreendida nos seguintes sentidos: (a) cumprimento, caso em que a norma é tomada como razão para a adoção da conduta adotada; (b) aplicação, com imposição de sanções organizadas quando a norma é descumprida; (c) vigência, sentido já anteriormente tratado nos direitos sociais, que diz respeito à produção de efeitos jurídicos; (d) correspondência, em que o comportamento prescrito é adotado independentemente do conhecimento ou consideração do conteúdo normativo; (e) aceitação, que é o cumprimento qualificado pela concordância do sujeito com o juízo de valor presente na norma; (f) êxito da norma em relação aos objetivos visados em sua positivação; e (g) eficiência, na qual há análise dos custos e benefícios trazidos pela norma. Com exceção da eficácia como vigência, que se restringe a aspectos internos à teoria do direito, os sentidos da eficácia têm em comum a comparação entre condutas reais observáveis concretamente e ideais prescritos nos preceitos jurídicos.

Para explicar esse contexto, Kelsen¹⁹⁰ nota no direito a existência¹⁹¹ de uma realidade normativa, ao lado da realidade fática, e situa o problema da eficácia na relação entre ser e dever ser. A partir deste corte epistemológico operado, percebe que a eficácia (ser) não é fundamento de validade (dever ser) das normas. Ou seja, uma norma pode ser válida mesmo que não seja cumprida ou aplicada em grande parte dos casos. Aliás, toda norma jurídica está sujeita ao descumprimento, razão pela qual o autor vê o ilícito como

¹⁸⁹ Liborio HIERRO. *La eficacia de las normas jurídicas*, pp. 17-22. Há outras classificações das modalidades de eficácia jurídica possíveis, dentre as quais a oferecida por NAVARRO, que divide os modos eficaciais somente em correspondência, acatamento e cumprimento. Cf. Pablo NAVARRO. *La Eficacia del Derecho. Una investigación sobre la Existencia y Funcionamiento de los Sistemas Jurídicos*, p. 16.

¹⁹⁰ Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, pp. 232-239. O mesmo conjunto de problemas é abordado por Kelsen ao diferenciar jurisprudência normativa da jurisprudência sociológica. Ver Hans Kelsen. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*, pp. 262-266. De acordo com Hierro, embora haja várias concepções de eficácia e sobre sua relação com a validade, duas teses são consensuais na teoria do direito: a de que a eficácia global de um sistema jurídico é condição de sua existência e a de que a eficácia de uma norma jurídica, em particular, não é condição necessária de sua validade. Veja-se Liborio HIERRO. *La eficacia de las normas jurídicas*, p. 13. Para algumas outras concepções sobre eficácia jurídica e sua relação com a validade, em escolas diversas, ver Alf ROSS. *Direito e Justiça*, pp. 34-42, 59-63; Herbert HART. *O Conceito de Direito*, pp. 111-121; Tércio Sampaio FERRAZ JR. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*, pp. 197-203.

¹⁹¹ Numa observação sociológica que concebe a sociedade como sistema formado apenas por comunicação, seria mais adequado afirmar que Kelsen *constrói*, no sistema jurídico, a diferença ser/dever ser. Neste sentido, duplica a realidade.

pressuposto do direito.¹⁹² Uma norma inteiramente eficaz não seria jurídica, mas sim lei natural. Por outro lado, KELSEN¹⁹³ postula um mínimo de eficácia como condição para que uma norma seja válida. A positivação de uma norma inteiramente ineficaz – por exemplo, a de cumprimento impossível – seria desconhecer os limites e os objetivos da linguagem normativa.

Em síntese, constata-se na concepção kelseniana a combinação entre dependência e independência do direito na relação entre eficácia e validade. Por um lado, a relativa ineficácia não implica perda de validade normativa. Normas podem permanecer com um mínimo de aplicação durante longos períodos e, apesar disso, continuar válidas. Esta é a faceta da independência do direito: há validade mesmo sem ampla eficácia. Por outro lado, validade não acarreta necessariamente eficácia. A mera positivação de uma norma não é sinônimo de seu cumprimento ou aplicação. Para tanto, outros pressupostos são necessários, tais como o conhecimento da norma, a disponibilidade de força física para imposição coativa de sanções e a existência de tribunais acessíveis ao público. Neste sentido, o direito depende de fatores a ele externos para que seja eficaz. Estas conclusões da teoria geral do direito podem ser aplicadas aos direitos sociais prestacionais. A ilicitude da situação fática não retira a validade das normas que positivam estes direitos. Sua inefetividade não implica automaticamente perda de validade normativa.

Todas essas relações de dependência e autonomia entre validade e eficácia podem ser redescritas sociologicamente como interações do sistema jurídico com seu entorno. Mais especificamente, podem-se observar validade e eficácia como símbolos característicos do modo como o sistema jurídico interage com outros subsistemas sociais modernos: a partir de observações internas, e não de respostas ponto-a-ponto a estímulos externos. O direito tem autonomia suficiente para manter suas expectativas mesmo que elas não sejam cumpridas ou aplicadas. A norma constitucional que institui o direito à educação, por exemplo, ainda é vista como válida, embora sua efetividade seja questionável no Brasil. A eficácia, diversamente, trata dos modos como outros sistemas lidam com comunicações jurídicas. As expectativas jurídicas relacionadas à educação nem sempre são atendidas. Os motivos para tanto são vários, desde a falta de recursos materiais para construção de escolas (autopoiese do sistema econômico) até a aplicação de métodos pedagógicos inadequados (sistema educativo).

¹⁹² Hans KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, pp. 124-128.

¹⁹³ Hans KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, pp. 236 e s.

Contudo, em parte significativa, os problemas de eficácia de direitos estão ligados a observações políticas de comunicações realizadas no sistema jurídico. Basta ter em mente alguns dos motivos apontados pela teoria do direito como decisivos para que uma norma seja eficaz: o temor à sanção imposta pelo aparato administrativo, o reconhecimento da legitimidade do sistema jurídico e o respeito à autoridade.¹⁹⁴ Quando se trata de direitos sociais prestacionais, acrescenta-se a estes fatores o fato de que sua implementação depende de atuações específicas do Estado por intermédio de programas finalísticos. Ora, a movimentação de organizações administrativas, a utilização da fórmula de contingência política (legitimidade), a identificação de autoridades e a formulação de programas finalísticos são possíveis reações *políticas* a decisões dos tribunais acerca de direitos sociais.

Essa ligação entre decisões jurídicas e políticas sobre direitos sociais sugere a investigação do liame entre direito e poder. Seguir esta via permite entender, com maior exatidão, a relação de mútua dependência e independência entre os sistemas jurídico e político quando estão em jogo direitos sociais prestacionais. De início, necessário esclarecer que *poder* será utilizado num sentido bastante específico, como meio de comunicação simbolicamente generalizado. Meios deste tipo são aqueles que possibilitam a transmissão de seleções previamente realizadas nas comunicações entre emissor (*Ego*) e receptor (*Alter*). Quando utilizados, diminuem a complexidade transmitida para o receptor num evento comunicativo, e o fazem por dois motivos. Primeiro, por reduzir as possibilidades: se antes da comunicação que se insere como forma no meio *poder* era possível a *Alter* selecionar qualquer possibilidade, após a prévia seleção há apenas duas alternativas – aceitação ou negação. Segundo, por servir como motivação à aceitação: a seleção de *Ego*, ao utilizar um meio simbolicamente generalizado, motiva *Alter* à seleção do lado positivo na comunicação mesmo quando a rejeição é provável.¹⁹⁵ Esta é uma característica de suma importância dos meios de comunicação simbolicamente generalizados. Eles apenas motivam a seleção de um dos lados, mas sem a tornar necessária. Pressupõem sempre a liberdade de *Alter* para selecionar contra a motivação prévia.

¹⁹⁴ Liborio HIERRO. *La eficacia de las normas jurídicas*, pp. 99 e ss., 112 e ss., 120 e ss.

¹⁹⁵ Niklas LUHMANN. *Macht*, pp. 6 e s., 9. Também Niklas LUHMANN. *Die Politik der Gesellschaft*, p. 37. Para amplo panorama sobre o poder na ótica da teoria dos sistemas, ver Javier NAFARRATE. *Luhmann: la política como sistema*, pp. 93-134.

Até aqui, todas as características mencionadas do meio poder se aplicam também a outros meios simbolicamente generalizados – por exemplo, o dinheiro, meio equivalente do sistema econômico. O que diferencia o poder dos outros meios simbolicamente generalizados é sua função de produzir cadeias de efeitos independentemente da vontade do receptor, submetido ao poder.¹⁹⁶ Consequência disso é a capacidade do poder de tornar provável a obediência de *Alter* pela ameaça da imposição de sanções.¹⁹⁷ Assim, evidencia-se a importância deste meio para a efetividade das decisões judiciais. As sentenças apenas confirmam expectativas normativas presentes em normas gerais e, com isso, geram novas expectativas normativas concretas. Contudo, não garantem a própria efetividade. A frustração permanece possível. Para que a decisão tenha maior probabilidade de eficácia, faz-se indispensável a utilização do meio poder. *Alter* será, então, motivado a confirmar a expectativa presente na norma individual, mesmo contra sua própria vontade. O cumprimento da decisão, que em muitos casos é improvável, torna-se provável devido ao poder. Óbvio que toda esta trama ocorre simultaneamente. Ao generalizar expectativas normativas, o direito demarca, ao mesmo tempo, formas no meio poder.

Do que foi dito, conclui-se que o sistema jurídico utiliza o poder como meio de comunicação simbolicamente generalizado.¹⁹⁸ Tal conclusão tem consequências muito relevantes. Afinal, na sociedade moderna, o poder está sob controle do sistema político, que o respalda, em última instância, com o monopólio sobre as decisões que tratam do uso legítimo da força física.¹⁹⁹ Dito de outro modo, o sistema jurídico não opera sobre um meio próprio. Atua sobre o meio típico do sistema político e depende de suas prestações para que possa continuar operando.²⁰⁰ Como afirma LUHMANN, o direito não passaria de uma farsa se não houvesse a possibilidade de aplicação coercitiva.²⁰¹ Não é por acaso, então,

¹⁹⁶ Niklas LUHMANN. *Macht*, p. 11. Por “cadeias de poder”, LUHMANN entende o contexto em que A não só influi nas seleções realizadas por B, mas também na motivação de C em relação às seleções de B. Esta é uma característica do poder político na modernidade. Ver, na mesma obra, pp. 40 e s.

¹⁹⁷ Niklas LUHMANN. *Die Politik der Gesellschaft*, pp. 28, 55 e ss.

¹⁹⁸ A afirmação mais clara de LUHMANN a este respeito se encontra em texto de sociologia econômica, a saber, Niklas LUHMANN. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 305.

¹⁹⁹ Niklas LUHMANN. *Macht*, pp. 49, 64. Também Niklas LUHMANN. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 157.

²⁰⁰ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 281.

²⁰¹ Niklas LUHMANN. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 158.

que os tribunais podem ser observados tanto como centro do sistema jurídico (*Gerichte*) quanto como organizações do sistema político (*Justiz*) – tudo ao mesmo tempo.²⁰²

Se os tribunais usam o poder ao decidir, as estruturas políticas, enquanto *Alter*, tendem a aceitar as seleções por eles realizadas, em especial nas condições do Estado de Direito.²⁰³ Ao demarcar formas no meio poder, os tribunais motivam organizações políticas a aceitarem as decisões judiciais. Contudo, isto nem sempre ocorre. A negação pelo sistema político permanece possível – consequência da liberdade de *Alter* pressuposta na utilização do meio poder. Decisões dos tribunais estão sujeitas a avaliações políticas acerca de sua legitimidade, da conveniência do descumprimento no caso concreto, das consequências eleitorais do acatamento etc. Embora a utilização do código lícito/ilícito como segunda binariedade da política²⁰⁴ para legitimar o uso do poder torne improvável a mera rejeição de comunicações dos tribunais, não se pode excluir esta alternativa. O improvável sempre pode acontecer – as decisões judiciais nem sempre são cumpridas.

Ao mesmo tempo em que os tribunais incrementam sua importância política ao atuarem sobre o meio poder, têm suas valorações avaliadas na circularidade operativa do sistema político e passam a depender da aceitação de suas seleções por outras organizações – em especial, a administração²⁰⁵ – para que as decisões sejam implementadas, se preciso com a utilização de força física para impor sanções.²⁰⁶ A forma delimitada pelos tribunais é, afinal, sempre provisória. O que permanece é o poder como meio capaz de ser reutilizado politicamente. Quando entra em jogo a judicialização dos direitos sociais prestacionais, há mais um fator de complexidade: neles, o limite entre cumprimento e aplicação é mais tênue, já que a organização responsável pela sua implementação é também a monopolizadora do uso legítimo da força, que pode impor coercitivamente o

²⁰² Niklas LUHMANN. “Funktionen der Rechtsprechung im politischen System”, pp. 46 e ss. LUHMANN ressalta que fazer parte do sistema político não é o mesmo que ser incluído na política partidária. Existem setores do sistema político que estão imunizados contra o partidarismo político. O setor em que isso ocorre de modo mais evidente é, exatamente, a Justiça.

²⁰³ Para um resumo, veja-se Niklas LUHMANN. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, pp. 165 e ss.

²⁰⁴ Niklas LUHMANN. *Macht*, pp. 34, 43.

²⁰⁵ LUHMANN vislumbra e explica esta possibilidade de descumprimento do direito por parte da administração em *Die Politik der Gesellschaft*, pp. 50 e s. Também em *Das Recht der Gesellschaft*, p. 153, o sociólogo afirma que a própria subsistência dos sistemas jurídico e político indica a existência de bons motivos para que o direito não seja sempre implementado. Se toda decisão coletivamente vinculante fosse implementada, não seriam necessárias estruturas para lidar com frustrações (expectativas) e o direito ficaria sem função.

²⁰⁶ Na sanção se pode identificar mais um relevante ponto de contato entre direito e política. Ao mesmo tempo, a sanção garante a generalização temporal de expectativas normativas e serve como apoio para a influência do poder político. Ver Niklas LUHMANN. *Die Politik der Gesellschaft*, pp. 45 e ss. Do mesmo autor, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 135.

cumprimento de decisões judiciais sobre direitos sociais. Ao Estado cabe, a um só tempo, o cumprimento dos deveres jurídicos e a implementação de sanções – a si próprio – pelo descumprimento de tais deveres.

Em geral, este paradoxo permanece escondido por novas diferenciações do sistema político: tribunais/administração, discricionariedade/vinculação, decisões majoritárias/proteção de minorias, política partidária/política *lato sensu* etc. Todavia, o paradoxo da autoimposição de sanções pode aparecer em alguns casos de maior complexidade – em especial, quando há tratamento jurídico de políticas públicas. Nestes casos, torna-se patente a ausência de vinculação necessária do sistema político ao sistema jurídico, ou seja, as vinculações do sistema político são percebidas como autovinculações.²⁰⁷ O risco de conflito entre os sistemas torna-se alto. Embora não haja preponderância entre direito ou poder – essa é uma reflexão interna do sistema que permanece sem decisão –, nos confrontos entre o sistema jurídico e o político, o segundo tende a prevalecer, exatamente por decidir, em última instância, de modo coletivamente vinculante.²⁰⁸ Nos direitos sociais prestacionais, isso fica claro pelo descumprimento generalizado de ações executórias contra o Estado, de que tratam HOFFMANN e BENTES²⁰⁹ em estudo de casos.

A análise do nexa entre os subsistemas sociais remete mais uma vez ao conceito luhmanniano de integração social.²¹⁰ A ineficácia dos direitos sociais pode ser, por um lado, descrita como insuficiência da integração entre direito e política. Ou seja, a política pode deixar de observar o direito por motivos políticos, dentre os quais, a percepção de que a frustração de expectativas jurídicas pode gerar maior ganho eleitoral. Trata-se de desvirtuamento do Estado de Direito. Paradoxalmente, essa integração insuficiente pode ser combinada com integração excessiva. A política não observa o direito porque atua de modo hipertrofiado, desconsiderando seus próprios limites operativos e sua

²⁰⁷ O mesmo ocorre no sistema político em nível mais abstrato, na questão da soberania. O paradoxo da existência de um poder supremo, antes visto como limitado pelas regras divinas ou pela razão, atualmente é escondido pela referência à constituição. Ou seja, também aqui o sistema político se utiliza do direito para continuar operando. Ver Niklas LUHMANN. *Die Politik der Gesellschaft*, pp. 33 e ss.

²⁰⁸ Em contexto semelhante, CAMPILONGO afirma que “do conflito entre sistema político e sistema jurídico, o Judiciário normalmente sai derrotado.” Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 96. Com efeito, o próprio LUHMANN afirma que é o sistema político que decide, internamente, acerca da utilização do código secundário lícito/ilícito. Ver Niklas LUHMANN. *Macht*, pp. 46, 56. Sobre a maior sensibilidade do direito no que concerne ao uso do poder, ver Niklas LUHMANN. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, pp. 170 e s.

²⁰⁹ “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, p. 409.

²¹⁰ Ver item 1.d.

necessidade de legitimação por intermédio do código lícito/ilícito. Desconsidera, assim, as prestações que o direito pode lhe fornecer. De modo paradoxal, a integração seria insuficiente por ser excessiva.

Diferentemente da política, o direito não consegue atuar de modo direto para implementar direitos sociais. Não consegue corrigir o fato de que a economia desconsidera as necessidades expressas por direitos sociais. Por isso, a efetivação do direito será mediata, por meio da política. Mas, para que essa influência seja possível, é necessário que a política, sistema fechado operativamente, observe o direito. Esse é um dos dilemas do sistema jurídico no que concerne aos direitos sociais. Se tentarem intervir nas decisões políticas, os tribunais podem usar o poder de modo inflacionário e tornar ineficazes as próprias decisões.²¹¹ Em síntese, fato é que a decisão jurídica sobre direitos sociais não faz com que a política deixe de atuar de modo autopoiético. O sistema político continua fechado. Prova disso é a possibilidade, sempre presente, da ineficácia das sentenças que reproduzem e especificam a expectativa de implementação dos direitos sociais prestacionais. Além de não ter controle sobre a observação política de suas decisões, o sistema jurídico não consegue determinar os resultados desta observação, quando ela ocorre. Litígios judiciais podem ter inúmeros resultados políticos: criação ou alteração de políticas públicas, aumento da disputa política, troca dos governantes, medidas para coibir feitos judiciais ou até mesmo a inércia das autoridades políticas, que podem preferir ficar à espera de decisões judiciais para efetivar direitos sociais.²¹² Comprova-se, assim, a dependência do sistema jurídico em relação ao poder político para que suas decisões tenham resultado concreto além da mera reprodução de expectativas.

²¹¹ Sobre o uso inflacionário do poder, ver Niklas LUHMANN. *Macht*, p. 89; Javier NAFARRATE. *Luhmann: la política como sistema*, p. 108.

²¹² Todas essas respostas políticas são mencionadas em Florian HOFFMANN; Fernando BENTES. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, pp. 409-412.

3. AUTODESCRIÇÕES DO SISTEMA JURÍDICO SOBRE DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Após verificar como os direitos sociais são tematizados nas relações entre direito, economia e política, é chegada a hora de verificar como o sistema jurídico lida com toda esta complexidade. Este capítulo abordará as principais construções da dogmática jurídica que tratam da dimensão prestacional dos direitos sociais. Este trajeto se iniciará ainda num plano geral, com a descrição sistêmica da função e do modo de operar das autodescrições dogmáticas do direito. Em seguida, serão analisados, a partir da forma sistema/entorno, os seguintes argumentos: reserva do possível, mínimo existencial, proibição da insuficiência, ilicitude do ativismo judicial e normas programáticas. As indagações de fundo serão sempre as mesmas: estes argumentos cumprem o papel tradicionalmente desempenhado pela dogmática jurídica? Após responder esta questão, será abordada uma importante evolução do sistema jurídico, conectada à diferença lei/precedente judicial.

a. Casos difíceis, direitos sociais e o papel da dogmática

A teoria do direito, em suas variadas vertentes, costuma classificar casos jurídicos como fáceis ou difíceis. Fáceis são aqueles para os quais há estruturas claramente aplicáveis, normas incidentes, padrões univocamente aceitos para sua solução. Nos casos difíceis ocorre o oposto: não há normas claras que disponham sobre a situação fática; os métodos de integração de lacunas não levam a resultados satisfatórios; e as técnicas tradicionais de resolução de antinomias mostram-se insuficientes. Os teóricos divergem sobre o modo como se deve lidar com estes *hard cases*. Para os positivistas mais tradicionais, como Kelsen²¹³ e Hart²¹⁴, os julgamentos destes casos são discricionários. Afinal, se o direito não fornece parâmetros para a decisão, resta ao juiz considerar padrões extrajurídicos para julgar. Serão utilizadas, então, regras morais, ideologias políticas e concepções filosóficas. Já a corrente teórica designada como interpretativista, encabeçada por Dworkin²¹⁵, rejeita a existência de discricionariedade mesmo nos casos difíceis. Argumenta que, mesmo quando não existem regras claramente aplicáveis, há outros padrões utilizáveis para a solução dos casos – os princípios jurídicos.

LUHMANN também nota a existência de casos difíceis.²¹⁶ Para explicá-los, retoma a noção de paradoxo, constitutivo dos sistemas em geral e do direito em particular. O caráter autorreferente do direito faz com que o seu paradoxo constitutivo – sistema como unidade de uma diferença – se desdobre em vários outros. TEUBNER²¹⁷ enumerou alguns deles: autoexclusão do direito na desobediência civil, circularidade da hierarquia de fontes de direito, problema do controle da última instância de controle de juridicidade e *self-amendment* no plano constitucional. Pode-se citar, ainda, outro paradoxo mencionado recorrentemente por pós-positivistas: negar a objetividade na teoria do direito significaria aceitá-la.²¹⁸ Utilizando a forma que constitui o código do sistema jurídico, pode-se dizer: em casos fáceis, não se questiona a licitude da distinção entre o lícito e o ilícito. Em casos difíceis, percebe-se que essa licitude é, ela própria, uma diferença. Indaga-se, então: o que garante a licitude da forma lícito/ilícito? Não é ela também ilícita?

²¹³ Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, pp. 271 e s., 388 e ss.

²¹⁴ Herbert Hart. *O Conceito de Direito*, pp. 137 e ss., 335 e ss.

²¹⁵ Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*, pp. 31 e ss.

²¹⁶ Ver, em especial, Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 314 e s.

²¹⁷ Gunther Teubner. *O Direito como Sistema Autopoietico*, pp. 8 e s.

²¹⁸ Veja-se, por exemplo, John Finnis. *Lei Natural e Direitos Naturais*, p. 81.

Essa percepção do paradoxo constitutivo do direito nas operações jurídicas é problemática por bloquear o funcionamento do sistema.²¹⁹ Operações jurídicas, como, por exemplo, julgamentos, têm como base a licitude da própria atuação. Perceber que todo juízo pressupõe também a ilicitude trava a continuidade da comunicação. Dificulta-se a conexão de operações do sistema jurídico com outras anteriores, do mesmo sistema. Percebe-se, aqui, que o direito se encontra permanentemente em uma encruzilhada: a circularidade e o paradoxo lhe são inerentes. Não decorrem da instrumentalização política do direito nem de meros erros intelectuais.²²⁰ São características de toda prática jurídica.

Decisões jurídicas sobre direitos sociais enfrentam constantemente problemas desse tipo. Como já se detalhou, os direitos sociais lidam com exigências ambientais. Clama-se, no interior do sistema jurídico, por mais saúde, mais educação, mais moradia e menos escassez. Todos esses são problemas diretamente relacionados com outros subsistemas sociais. Tratar, no direito, de problemas relacionados com complexidades alheias, às quais o sistema jurídico não tem acesso direto, faz com que a indeterminação jurídica se torne mais evidente.²²¹ Por isso, é frequente que se encarem problemas jurídicos relacionados com direitos sociais como casos difíceis. Dito de outro modo, os casos que envolvem direitos sociais são especialmente complicados porque, neles, o sistema jurídico é obrigado a lidar não apenas com os próprios paradoxos, mas também com paradoxos constitutivos de outros sistemas. Basta pensar na necessidade de escassez para que haja abundância na economia ou na necessidade de prever o futuro imprevisível nos programas teleológicos da política. Levar esse tipo de problema para o direito significa aumentar a complexidade com a qual o sistema deve lidar.

Antes de abordar a semântica que acompanha a judicialização dos direitos sociais no tratamento desses paradoxos, parece útil verificar como o sistema jurídico tradicionalmente desempenha essa tarefa em áreas mais tradicionais. Já se constatou aqui que os paradoxos do direito são decorrência da simetria da forma lícito/ilícito e do fato de que o direito é a unidade de uma diferença. O recurso usado pelo direito para lidar com essa simetria, responsável pelo fechamento operativo do sistema jurídico, é a introdução de outra distinção: código/programa. O código é simétrico – somente a partir dos valores

²¹⁹ Niklas LUHMANN. Notes on the Project “Poetry and Social Theory”, p. 17. Confira-se, também, Gunther TEUBNER. *O Direito como Sistema Autopoiético*, p. 23, e Pilar Giménez ALCOVER. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, pp. 303 e s.

²²⁰ Gunther TEUBNER. *O Direito como Sistema Autopoiético*, pp. 14-17.

²²¹ Gunther TEUBNER. *O Direito como Sistema Autopoiético*, p. 211.

lícito e ilícito, não se consegue definir o que é lícito nem o que é ilícito. Para que a binariedade se torne operacionalizável, é imprescindível a assimetria. Este é o papel desempenhado pelas estruturas designadas por LUHMANN como programas condicionais. São as normas presentes em leis, contratos, sentenças etc., com uma estrutura se/então, que determinam os casos em que cada um dos valores deve ser aplicado. Consequentemente, se há estruturas claras para a solução de casos concretos, os paradoxos do direito não são observados. Em contrapartida, quando essas estruturas estão ausentes, percebe-se o paradoxo.²²² Ora, um dos fatores complicadores na judicialização dos direitos sociais é exatamente a insuficiência de padrões legais que funcionem como programa condicional. Isso faz com que se busquem outras alternativas para a construção de uma programática que oriente operações jurídicas.

A dogmática e a argumentação jurídica podem ser consideradas recursos utilizados pelo direito para a ocultação de seus paradoxos quando faltam programas condicionais estruturados de modo específico.²²³ A dogmática é abstração jurídica (auto-observação) que toma para si duas exigências básicas do próprio sistema: a vinculação a normas e a necessidade de decidir – proibição do *non liquet*. Dito de outro modo, a dogmática se compromete com a inegabilidade dos pontos de partida e com a decidibilidade.²²⁴ Diante da falta de programas condicionais específicos para a controvérsia em juízo, a dogmática busca nos textos legais padrões que possam fornecer ao sistema jurídico critérios para a decisão entre o lícito e o ilícito. Desse modo, serve à consistência, pois facilita a conexão de operações jurídicas com outras anteriores. Atua sempre em busca de fundamentos especificamente jurídicos, o que gera para o sistema redundância adequada.²²⁵

Contudo, a função da dogmática não se resume a esta orientação de operações ou ao fechamento do sistema. Pelo contrário, a dogmática possibilita a liberdade

²²² Sobre a diferença código/programa como modo de desdobrar os paradoxos do sistema jurídico, ver Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 93, 168 e ss.

²²³ Em suas primeiras obras, LUHMANN tratou primariamente da dogmática jurídica e de sua função para o direito positivo. Em escritos posteriores, contudo, a atenção parece ter mudado para a argumentação jurídica. Embora a mudança seja importante, não se pode desconsiderar que a argumentação tem papel bastante similar ao desempenhado pela dogmática. Ambos são auto-observações jurídicas que respeitam pontos de partida inegáveis para chegar à decidibilidade, promovem simultaneamente vinculação e liberdade em relação às normas e servem, ao mesmo tempo, à abertura e ao fechamento do direito. É verdade que a dogmática pode ser considerada num nível mais abstrato, como sistematização dos argumentos. Isso não impede que sejam tratados em bloco.

²²⁴ Uma explicação sobre esses pressupostos da dogmática, em contraposição ao enfoque zetético, pode ser encontrada em FERRAZ JR. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*, pp. 39 e ss.

²²⁵ Niklas LUHMANN. *Legal Argumentation: An Analysis of its Form*, p. 292.

precisamente onde se espera vinculação.²²⁶ Isso porque insere a diferença entre texto interpretado e interpretação do texto, de modo que a variabilidade aumenta. Se antes de construções doutrinárias há apenas um tipo de estrutura observável pelas operações jurídicas – o texto normativo –, após as elaborações dogmáticas as estruturas utilizáveis se multiplicam: vários são os métodos interpretativos e, conseqüentemente, várias são as interpretações potencialmente utilizáveis nos casos concretos.²²⁷

Essa variabilidade proporcionada pela doutrina decorre do fato de que, em todas as suas construções, é possível que observe não apenas o próprio direito, mas também o seu entorno. Realiza tanto autorreferências quanto heterorreferências. Afinal, a dogmática também atua observando e construindo programas condicionais, mecanismos por excelência de abertura cognitiva do direito.²²⁸ Conseqüentemente, se, por um lado, a dogmática pode viabilizar maior consistência interna, pode ter, por outro lado, importante papel na elaboração de conceitos jurídicos socialmente adequados. Processa, no interior do direito, exigências do entorno social e, assim, proporciona ao sistema jurídico complexidade adequada.²²⁹ Isso quer dizer que a dogmática reafirma tanto o fechamento operativo quanto a abertura cognitiva do direito. Facilita a conexão das operações jurídicas entre si, mas também a responsividade do sistema em relação ao entorno.

Em resumo, a dogmática combina, no sistema jurídico, reproduzibilidade e instabilidade, redundância e variação, fechamento operativo e abertura cognitiva, consistência e adequação social. Essas combinações podem ser simbolizadas pelo que LUHMANN chama de justiça, não como um valor moral elevado, mas enquanto fórmula de

²²⁶ Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmatica juridica*, p. 29. Luhmann afirma que “[a] função positiva das dogmáticas poderia consistir em que, pela maneira de distribuir proibições de negação, a exploração de textos e experiências se leve ao nível requerido de flexibilidade.” Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmatica juridica*, p. 28, tradução livre. No original: “La función positiva de las dogmáticas podría consistir en que, por la manera de distribuir las prohibiciones de negación, na explotación de textos y experiencias se lleve al nivel requerido de flexibilidad.”

²²⁷ A título de exemplo de métodos hermenêuticos, consultar Carlos MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*; e Norberto BOBBIO. *Teoria geral do direito*, pp. 219 e ss.

²²⁸ Pilar ALCOVER afirma que “[n]a programação, o sistema estabelece sua própria dependência de determinados fatos ambientais, fixa sua capacidade de aprendizagem e pode, ademais, modificá-la, mudando as condições que devem dar-se para que se estabeleça um dos dois polos, ou mudando este, sem ter que alterar com isso seu próprio código.” Pilar Giménez ALCOVER. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, p. 304, tradução livre. No original: “En la programación el sistema establece su propia dependencia de determinados hechos ambientales, fija su capacidad de aprendizaje, y puede además modificarla cambiando las condiciones que han de darse para establecer uno de los polos, o cambiando éste, sin tener que alterar con ello su propio código.”

²²⁹ Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmatica juridica*, p. 37.

contingência, como “reflexo da unidade e da complexidade do sistema jurídico.”²³⁰ A dogmática representa, internamente ao direito, as exigências realizadas ao sistema jurídico pelo seu entorno social.²³¹ Introduce no direito informações surpreendentes, não vislumbradas até então. Porém, conecta essas informações a operações e estruturas jurídicas anteriores e permite que, em operações futuras, o novo padrão apareça como redundância, e não mais como variação.²³²

Como anteriormente ressaltado, a dogmática e a argumentação jurídicas lidam atualmente com complexidade maior que a existente nos seus primórdios. Essa maior complexidade pode ser creditada, basicamente, a duas necessidades: maior relação (i) com as exigências do entorno do direito e (ii) com o futuro. Ora, essas duas dificuldades estão presentes em praticamente todos os casos que envolvem direitos sociais. O direito se obriga a lidar com a escassez, mas sem os instrumentos da economia. Trata das políticas públicas, que são programas orientados a fins, mas sem a maleabilidade da política. Tematiza as condições de ensino, mas sem contar com abstrações realizadas por teorias da pedagogia. Exige-se que o direito controle o futuro: suas decisões devem promover a inclusão em outros sistemas. Esquece-se, contudo, que o futuro é sempre contingente e que o direito somente pode gerar, em relação a ele, expectativas.

Apesar de todas essas dificuldades, a doutrina e a argumentação jurídicas tratam dos direitos sociais. Como se dá, então, essa abordagem? Que diferenças são inseridas? Quais os resultados para o sistema jurídico? LUHMANN analisou, como demonstrado acima, a função da dogmática. Mas também estudou questões dogmáticas específicas, tais como os direitos subjetivos e a propriedade. É o que se fará nos próximos itens, nos quais serão abordados os argumentos usados no sistema jurídico em matéria de direitos sociais.

Adverta-se, desde já, que não se pretende avaliar os argumentos como bons ou ruins, nem propor novos argumentos. Pelo contrário, esta análise sociológica estará centrada nos paradoxos envolvidos pelo uso dos argumentos e pela função desempenhada por eles, o que garante neutralidade em relação às posições jurídicas.²³³ Argumentos são,

²³⁰ Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, p. 37. Do mesmo autor, ver também *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 214-238.

²³¹ Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, p. 37.

²³² Confira-se Niklas LUHMANN. *Legal Argumentation: An Analysis of its Form*, p. 291, onde o autor aborda a forma redundância/informação em sentido similar ao aqui exposto.

²³³ Não são incomuns as análises que, embora se autointitulem sociológicas, findam por reproduzir o sistema jurídico. Tome-se como exemplo a obra de Ricardo PACE acerca da contribuição de intervenção no domínio

afinal, equivalentes funcionais entre si. Há sempre, dos dois lados de uma disputa argumentativa, argumentos qualificados como bons por aqueles que os defendem. A avaliação destes argumentos pode ser deixada para a própria dogmática ou para a teoria do direito, observações de segunda ordem.²³⁴ A contribuição oferecida pela sociologia, numa observação de terceira ordem, é diversa.²³⁵ Observam-se, aqui, argumentos como diferenças, e não como unidades. Pretende-se verificar de que forma os argumentos sobre direitos sociais atuam e se cumprem os papéis tradicionalmente desempenhado pela dogmática. Paradoxalmente, é ao operar e decidir apesar dos paradoxos que o direito consegue esconder esses mesmos paradoxos. A dogmática tem importante papel ao facilitar tal tomada de decisões. Resta analisar, portanto, de que maneira isso ocorre no campo dos direitos sociais.

b. Reserva do possível e mínimo existencial: a economia do direito

Fruto de disputas e arranjos políticos ocorridos entre o final do período autoritário e a estabilização do Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira de 1988 tem sido considerada generosa na positivação dos direitos sociais prestacionais. De fato, além de listar em seu artigo 6º direitos desse tipo – educação, saúde, moradia, lazer etc. –, o texto constitucional torna mais concretas as prestações a serem adimplidas pelo

econômico. Trata-se de análise de fundo sistêmico que finda por propor soluções dogmáticas e mesmo institucionais para o tributo em questão. O autor adota, conscientemente, posições doutrinárias a partir da teoria dos sistemas luhmanniana, em especial das obras de Gunther TEUBNER. Não se discute, aqui, os méritos deste trabalho. No entanto, é passível de crítica a aparente dogmatização de resultados da pesquisa sociológica. Afinal, como já ressaltado, o direito possui modo de operar e estruturas diversos do sistema científico. Isso não significa que resultados científicos não possam ser considerados no direito, mas que a ciência não gera, por si só, resultados jurídicos necessários ou melhores que outros – a própria avaliação do que seja “melhor” sempre depende do ponto de partida do observador. Veja-se Ricardo PACE. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. Ciência, Direito, Economia e Política. Expectativas*.

²³⁴ Uma pesquisa de teoria do direito, com base empírica, acerca da dogmática dos direitos sociais pode ser encontrada em Thiago ACCA. *Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006*.

²³⁵ LUHMANN oferece resumo desses níveis de observação: “Enquanto o observador de primeira ordem meramente lê o texto e o entende em seu sentido verbal imediato, o observador de segunda ordem pergunta como o texto deve ser lido e entendido (...). A questão sobre qual função a argumentação tem e por que aquele que argumenta parece satisfeito em achar bons fundamentos pertence ao nível de terceira ordem de observação.” Niklas LUHMANN. *Legal Argumentation: An Analysis of its Form*, p. 291, tradução livre. No original: “While the first-order observer merely reads the text and understands it in its immediate verbal meaning, the second-order observer asks how the text is to be read and understood (...). The question what function the arguing has and why the arguer seems to be satisfied with the finding of good grounds belongs to the level of third-order observation.”

Estado, em especial no que tange aos direitos à saúde e à educação.²³⁶ Qualificada por alguns como prodigalidade desmedida, esta generosidade, em conjunto com a afirmação do Estado de Direito, abriu caminho para a judicialização das políticas públicas implementadoras de direitos sociais.²³⁷ Reconhecia-se como dever do estado a garantia do direito a condições adequadas de saúde, o acesso ao sistema de educação público, enfim, à vida digna. Ao passo em que na ditadura militar havia poucos espaços para discussões acerca das políticas públicas, a situação passava a se inverter com a promulgação do texto constitucional. Dava-se aos cidadãos acesso aos diversos contextos sociais. Ao lado da crítica política, floresceram também controvérsias acadêmicas e, mais importante aqui, debates jurídicos sobre a efetivação dos direitos sociais.

Com a massificação de demandas que visavam à implementação de direitos sociais, novo problema começou – vagarosamente, no ritmo do sistema jurídico – a figurar na ordem do dia dos debates doutrinários e jurisprudenciais: a escassez econômica. Se é verdade que a Constituição concedia acesso amplo a direitos sociais, seria também verídico que as condições fáticas não permitiam a consecução imediata de todos os objetivos impostos. A obrigação de fornecer medicamentos, de garantir acesso a creches e escolas e de possibilitar moradia adequada a todos esbarrava em limites orçamentários do Estado. Visto desta maneira, o problema parece simples, embora suas consequências sejam altamente indesejáveis. Tratar-se-ia de limites econômicos do direito: a escassez seria condição fática, em especial num país de condição periférica, que limitaria a boa vontade em possibilitar amplo acesso aos direitos garantidos constitucionalmente.

A tradução argumentativa desta limitação ao sistema jurídico foi a reserva do possível. Este argumento foi importado da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que o utilizou no famigerado caso *numerus clausus*.²³⁸ Trazida para o

²³⁶ Assim é que, em seu artigo 196, pauta-se pelo movimento sanitarista e afirma ser o direito à saúde universal, integral e igualitário. É verdade que há dissenso sobre o significado normativo dos termos “universal”, “integral” e “igualitário”. Diferenças são necessárias para que se concretize o sentido destas palavras de textura aberta. Porém, isto não relativiza a liberalidade da Constituição, em especial se comparada com textos normativos anteriores. Para alguns exemplos da disputa em torno dos conceitos citados, ver Fátima HENRIQUES. “Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional”, pp. 829-840.

²³⁷ Cf. *supra*, item 1.c.

²³⁸ O caso é citado e narrado de modo praticamente unânime na doutrina que trata dos direitos sociais prestacionais e sua exigibilidade. Trata-se de controvérsia gerada pela política alemã do *numerus clausus*, segundo a qual se limitava o número de ingressantes em cursos universitários. Alguns estudantes que não lograram êxito em entrar no curso superior questionaram judicialmente a restrição com o argumento de que tinham o direito à livre escolha da profissão. O Tribunal Constitucional, utilizando-se do argumento da reserva do possível, aduziu que não seria razoável exigir da coletividade o ingresso de qualquer estudante em cursos universitários que não dispunham de vaga. Ver Ingo SARLET, Mariana FIGUEIREDO. “Reserva do

Brasil, a tese ganha contornos ainda mais dramáticos. A ampla falta de acesso a serviços públicos e sociais, aliada à suposta maior escassez no país, faz com que qualquer decisão acerca de direitos sociais apareça como escolha trágica. De qualquer maneira, o argumento pode ser formulado de modo simples: se o Estado não tem recursos econômicos suficientes para efetivar os direitos sociais, não pode ser obrigado a tanto – *ultra posse nemo obligatur*.²³⁹ Desprezar esta restrição equivaleria a elaborar dogmática jurídica solipsista, que esquece a *realidade* na qual se insere.²⁴⁰

Pela descrição, percebe-se que a reserva do possível seria momento de abertura cognitiva do sistema jurídico ao seu entorno econômico e reconhecimento de limites impostos por racionalidades ambientais. Então, para que se analise esta tese, é importante considerar os desenvolvimentos da teoria luhmmaniana no campo da cognição dos sistemas. Ao formular sua teoria sobre o fechamento operativo dos subsistemas sociais modernos, LUHMANN²⁴¹ avança também na discussão sobre a epistemologia. Percebendo a insuficiência das dualidades subjetivismo/objetivismo ou transcendental/empírico, o sociólogo as substitui pela binariedade sistema/ambiente e adota a perspectiva do construtivismo operativo, que tem suas bases na cibernética, na biologia e na neurociência. De acordo com esta nova abordagem, o mundo real existe independentemente do observador. Contudo, a realidade, enquanto tal, não é imediatamente cognoscível. O conhecimento é sempre construção de um observador, seja ele um sistema psíquico, biológico ou comunicacional, que opera distinções na observação do entorno. Deste modo, pode-se dizer, por exemplo, que o sistema científico da sociedade moderna não apreende diretamente o seu entorno. Ele o reconstrói a partir da dualidade verdadeiro/falso. Não há entrada de informação nos sistemas, mas construção interna de informações sobre o

possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, p. 29; Paulo LEIVAS. “Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial”, p. 287.

²³⁹ Ingo SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 323. De modo quase kelseniano, AMARAL afirma sobre a reserva do possível: “[s]e o Direito é a ciência do dever-ser, parece intuitivo que o domínio de suas regras seja o *poder ser*”. Ver Gustavo AMARAL. *Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 15.

²⁴⁰ Daniel WANG. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, p. 369. No mesmo sentido, afirma Amaral: “os recursos são *intrinsecamente* escassos”. Gustavo AMARAL. *Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 35, grifo nosso. Vide também Flávio GALDINO. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores*, p. 155, onde se afirma quase como obviedade: “[c]onsoante se usa afirmar, com arrimo em noções econômicas *basilares*, os limitados recursos e bens existentes são insuficientes para satisfazer as ilimitadas necessidades humanas” (grifo nosso).

²⁴¹ Niklas LUHMANN. “Das Erkenntnisprogramm des Konstruktivismus und die unbekannt bleibende Realität”, p. 34-39.

ambiente. Em suma, cognição pode ser descrita como reconstrução do mundo real por um sistema também real que opera a partir de dualidades.²⁴²

Nas condições fragmentárias da modernidade, várias são as possibilidades de construção do conhecimento. Nenhum subsistema – economia, direito, política, ciência etc. – possui contato direto com o mundo exterior ou supremacia na decisão sobre qual seja o conhecimento mais adequado. Cada um deles possui sua própria verdade.²⁴³ Qualquer avaliação da correspondência entre um conceito sistêmico e um dado do entorno é, por sua vez, também uma construção do sistema.²⁴⁴ Todos os subsistemas sociais precisam construir informações sobre o entorno internamente, limitados por seus paradoxos e pelo seu modo operacional.²⁴⁵ O direito, sendo sistema operativamente fechado da sociedade moderna, também opera observações e, com isto, constrói conhecimento acerca de seu entorno. A partir desses postulados construtivistas, novas aproximações com a reserva do possível podem ser realizadas. Afinal, o que há de econômico neste argumento?

A economia, enquanto entorno do direito, não é acessível diretamente a ele. Qualquer imagem jurídica da economia é jurídica, e não econômica – a tautologia é proposital. Nas palavras de TEUBNER²⁴⁶, “sob uma epistemologia social construtivista, as percepções jurídicas da realidade não podem se igualar a uma correspondente realidade social ‘de fora’. O direito é, antes, um sujeito epistêmico autônomo que constrói sua própria realidade social”. Dessa maneira, para que o sistema jurídico atue de modo socialmente adequado, ele precisa reconstruir, a partir de seu próprio código e de seus programas condicionais, uma imagem da escassez econômica.²⁴⁷ Assim, o direito pode

²⁴² Niklas LUHMANN. “Das Erkenntnisprogramm des Konstruktivismus und die unbekannt bleibende Realität”, p. 33.

²⁴³ Günther TEUBNER. “How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law”, p. 744.

²⁴⁴ É o que se afirma em Günther TEUBNER. “How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law”, p. 737, tradução livre: “todo procedimento de teste que pretenda examinar a validade de construções internas contra a realidade externa é apenas uma comparação interna de construções de diferentes mundos”. No original: “every testing procedure that pretends to examine the validity of internal constructions against outside reality is only an internal comparison of different world constructions”.

²⁴⁵ Niklas LUHMANN. “Das Erkenntnisprogramm des Konstruktivismus und die unbekannt bleibende Realität”, pp. 36 e s.

²⁴⁶ Günther TEUBNER. “How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law”, p. 730, tradução livre. No original: “Under a constructivist social epistemology, the reality perceptions of law cannot be matched to a somehow corresponding social reality ‘out there’. Rather, it is law as an autonomous epistemic subject that constructs a social reality of its own.”

²⁴⁷ A normatividade presente na escassez criada juridicamente pode ser constatada, por exemplo, na formulação de LOPES, para quem escassez sempre quer dizer desigualdade. À ontologia da impossibilidade fática, o autor liga a exigência normativa de igualdade e considera ambos como intrinsecamente conectados. Ver José Reinaldo LOPES. “Em torno da ‘reserva do possível’”, p. 162. De modo similar, Paulo LEIVAS, “Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial”, pp. 294 e s.: “na apreciação da exigibilidade de uma prestação jusfundamental, há de se ter em vista a escassez

observá-la como limite externo à atuação jurídica. A reserva do possível pode ter importância justamente aí, como reconstrução jurídica de estruturas ambientais. Resta avaliar se a tese tem cumprido tal papel.

Um caminho para esta avaliação é verificar a maneira como a reserva do possível se conecta a outros argumentos. Em especial, a tese do mínimo existencial é frequentemente utilizada como modo de relativizar a força da escassez econômica enquanto argumento jurídico. Segundo a doutrina que o aceita, mínimo existencial é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, insuscetível de restrição pelos Poderes estatais, em decorrência de sua conexão direta com a dignidade da pessoa humana.²⁴⁸ Para a maior parte da doutrina, quando se trata de parcela de direito classificada como mínimo existencial, a reserva do possível deixa de ser argumento relevante. A ela se sobrepõe a dignidade da pessoa humana.²⁴⁹ É neste sentido que se manifestaram alguns ministros do Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, o Ministro Sidney Sanches, para quem “em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade”²⁵⁰.

Analisada no plano da lógica sistêmica, a sobreposição do mínimo existencial à reserva do possível parece indicar que o direito reconstrói, internamente, o caráter paradoxal da escassez. Afinal, escassez sempre pressupõe simultânea abundância. Logo, o argumento de que os recursos públicos são escassos não leva automaticamente à ilicitude das demandas em que se pretende obter prestações decorrentes dos direitos sociais. Os recursos existem – apenas foram atribuídos a outrem. Neste sentido, é importante a

de recursos para o custeio das prestações demandadas. Essa escassez obriga o julgador a atentar para o princípio da igualdade no momento de decidir pela demanda posta sob julgamento”.

²⁴⁸ Ricardo TORRES. “O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, pp. 313-316. Importante ressaltar que o autor citado não reconhece em todos os direitos sociais um mínimo existencial, mas somente na parcela deles dotada de jusfundamentalidade. Vide, na mesma obra, pp. 337-339.

²⁴⁹ Neste sentido, afirma TORRES, diferenciando o mínimo existencial exigível judicialmente dos direitos sociais em geral: “[a] proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais”. Ricardo TORRES. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, p. 74. De modo diverso, adotando assumidamente entendimento minoritário que, pode-se dizer, sustenta a impossibilidade do impossível, ver Gustavo AMARAL, Danielle MELO. “Há direitos acima dos orçamentos?”, p. 79. Ver, também, Cláudio de SOUZA NETO. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, p. 526, que aponta a reserva do possível como problema de executoriedade, e não de legitimidade.

²⁵⁰ RE 198.263, analisado em Daniel WANG. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, p. 355. Logo adiante, o autor analisa passagem de voto Ministro Marco Aurélio Mello no RE 195.192, na qual afirma que “problemas orçamentários não podem obstacularizar o implemento do que previsto constitucionalmente”. Segundo o autor, no concernente ao direito à educação a jurisprudência do STF reconhece a prevalência do mínimo existencial, como ocorreu na ADPF 45.

contribuição de SUSTEIN e HOLMES²⁵¹ ao comparar os *welfare rights* com as tradicionais liberdades públicas. Estes autores desenvolveram uma tese aparentemente óbvia, mas nem sempre percebida: todos os direitos, individuais ou sociais, envolvem custos. O direito à integridade física, por exemplo, exige prontidão do Judiciário, organização da polícia e de sistema penitenciário extremamente custosos. O mesmo ocorre com o direito ao voto. As eleições, a remuneração dos políticos eleitos e a manutenção de uma Justiça Eleitoral acarretam custos astronômicos. Traz-se à tona o paradoxo da escassez: a falta de recursos para implementação dos direitos sociais está sempre associada à abundância de recursos destinados a outros setores.²⁵² No Brasil, o paradoxo aparece de modo ainda mais claro para o senso comum: se há dinheiro suficiente para gastos do Estado com propaganda e realização de grandes eventos, mostra-se incoerente o uso do argumento da escassez para justificar a falta de implementação dos direitos sociais. “Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar esta eterna lengalenga”, nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello²⁵³.

De qualquer modo, ao observar a escassez como paradoxo que deve se submeter ao mínimo existencial, o direito dá provas de sua autonomia diante de fatores ambientais. Mostra que a escassez econômica somente é um bom argumento jurídico se o direito assim aceitar – e, quando o mínimo existencial entra em questão, a escassez é normalmente avaliada com péssimo argumento. Embora a autonomia seja uma faceta necessária da diferenciação do direito, sua afirmação de modo tão incondicional pode ser arriscada. Decisões judiciais que desconsiderassem totalmente o problema econômico da escassez e submetessem-no ao mínimo existencial poderiam, no extremo, levar à ineficácia do direito devido à impossibilidade de que o entorno atenda minimamente as expectativas jurídicas. Pense-se, por exemplo, em decisões judiciais que obrigassem o Estado a fornecer imediatamente, a cada cidadão, uma casa ampla e com acesso a todos os serviços urbanos.

²⁵¹ Cass SUSTEIN; Stephen HOLMES. *The Cost of Rights. Why Liberty depends on taxes*, pp. 118-132, 204-219,

²⁵² Na dogmática, o paradoxo é percebido por SARLET, o qual, antes de firmar sua própria posição doutrinária, constata: “Com efeito, a circunstância de que um direito negativo também tem um “custo” – o que assume destaque no plano de sua efetividade – não afasta a possibilidade de sua imediata aplicabilidade e justiciabilidade, o que, em princípio, como já referido, é controverso no caso da dimensão prestacional”. Ver Ingo SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 238. No mesmo sentido, Ingo SARLET, Mariana FIGUEIREDO. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, p. 28.

²⁵³ RE 411.518, citado em Daniel WANG. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, p. 362. O autor classifica esta manifestação do Ministro como empobrecedora do debate, “pois o fato de a carga tributária ser tão alta não significa que ela seja suficiente para concretizar de forma total todos os direitos”. Enquanto o ministro observa a escassez como paradoxo, WANG a vê como limite ao direito.

Difícilmente seriam cumpridas.²⁵⁴ A autonomia exacerbada depara-se com a limitação ambiental. Com esta conclusão, ainda não se responde algo fundamental: qual a medida desta limitação ambiental?

Pelo modo como o direito tematizou o problema ambiental da escassez, percebe-se que este sistema não aperfeiçoou seus mecanismos de cognição para lidar com problemas do entorno a ele trazidos com a judicialização dos direitos sociais. A maneira como se trata a reserva do possível no direito é sempre abstrata. Utiliza-se a escassez apenas como argumento jurídico genérico, nunca como distribuição de bens concretamente atestável. As diferenças são marcantes. Como simples argumento, a reserva do possível apenas torna claro para o direito que o entorno lhe impõe alguns limites operativos. Todavia, ainda não se define o mais importante: *quais* limites são estes. Do modo como é utilizada hoje, a reserva do possível apenas promove variabilidade, pois sempre pode justificar a negação de prestações decorrentes dos direitos sociais. Contudo, não intermedia a abertura cognitiva que seria necessária à adequação social das decisões que tratam dos direitos sociais. Em outros termos, a reserva do possível não promove a construção, no direito, da imagem de um sistema econômico que já lida com o paradoxo escassez e o transforma em problema de alocação.

Uma alternativa para contornar esta insuficiência é observar as leis orçamentárias como decisões programantes nas operações jurídicas sobre direitos sociais. Dessa maneira, o sistema jurídico poderia pressupor a prévia redução de complexidade operada pelos sistemas político e econômico. Não trataria diretamente da escassez em abstrato, como complexidade desestruturada, mas de recursos alocados politicamente em diversas áreas. As leis orçamentárias, portanto, podem servir como veículo de cognição para o sistema jurídico. O orçamento, enquanto lei, situa-se na periferia do sistema jurídico e, se observado, funciona como filtro para os conflitos levados aos tribunais. Mediante

²⁵⁴ O mesmo exemplo é usado em Cláudio de SOUZA NETO. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, p. 527: “[o] governo não tem recursos para construir para todos os cidadãos brasileiros que não possuem moradia adequada, apesar de o custo de uma casa ser insignificante se comparado ao orçamento público.” Como saída, adota o critério da possibilidade de universalização: “O parâmetro da universalização é fundamental para tornar a ação do Estado coerente e imparcial. Do contrário, apenas os cidadãos que obtiveram sucesso em suas ações judiciais teriam seus direitos sociais efetivados, invertendo-se a lógica igualitária subjacente aos direitos fundamentais. O problema torna-se mais grave em contextos como o brasileiro, em que os mais pobres tendem a ter menos acesso à justiça.” Contudo, é de se duvidar da capacidade de cada operação jurídica avaliar a possibilidade de universalização da prestação concedida. A complexidade é demasiada. Apenas para ilustrar a impossibilidade de universalização das medidas judiciais esparsas hoje adotadas, raciocínio semelhante é adotado em Octávio FERRAZ, Fabíola VIEIRA. “Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante”, p. 235.

essas estruturas, o direito conseguiria reconstruir de modo socialmente adequado a escassez econômica estatal.²⁵⁵

Isso não implica que o direito se submeta à lógica política inscrita no orçamento. Como em qualquer outro caso, o sistema jurídico pode aplicar o código lícito/ilícito à própria lei orçamentária, a partir de outros programas condicionais. Resguarda, assim, a própria autonomia. Contudo, neste ponto, o argumento da reserva do possível e as leis orçamentárias deixam de auxiliar o direito, pois não fornecem programas condicionais que sirvam de parâmetro para a avaliação jurídica das próprias decisões alocativas. O sistema jurídico, assim, permanece deixado à própria sorte.²⁵⁶

Embora a solução aqui apresentada – observação do orçamento como parâmetro de construção da escassez no direito – seja aparentemente óbvia, não tem sido vislumbrada na dogmática dos direitos sociais nem na jurisprudência a respeito. A falta de critérios para a construção jurídica da escassez e, mais que isso, para o estabelecimento de parâmetros que possam ser usados para lidar com o problema da escassez construída levam a doutrina a sobrecarregar a decisão jurídica com complexidade. Exige-se do juiz que considere a escassez econômica, avalie as opções alocativas existentes, examine as (imprevisíveis) consequências econômicas de suas decisões, verifique a possibilidade de universalização da prestação concedida, analise as condições econômicas e as necessidades das pessoas envolvidas num dado momento e, acima de tudo, profira sentenças condizentes com a mais legítima expressão de justiça.²⁵⁷ Se a escassez econômica aparece para o sistema jurídico como impossibilidade de implementação de direitos, o que dizer destas

²⁵⁵ Digno de nota que parte da dogmática constrói o próprio conceito de reserva do possível a partir do orçamento. Por exemplo, SCAFF, ao resumir o argumento da reserva do possível: “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização econômica geral”. Ver Fernando SCAFF. “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”, p. 151. De modo ainda mais expícito, afirma LOPES: “(...) justamente aí, na lei orçamentária, é que passa a existir ou não a impossibilidade. A impossibilidade orçamentária ou a impossibilidade jurídica não existem como fatos da natureza. São fatos institucionais”. José Reinaldo LOPES. “Em torno da ‘reserva do possível’”, p. 171.

²⁵⁶ A conexão de hetero-observações com novas operações do sistema é resolvida internamente. Neste sentido, Niklas LUHMANN. “Das Erkenntnisprogramm des Konstruktivismus und die unbekannt bleibende Realität”, p. 42.

²⁵⁷ Tais exigências são formuladas em: Ingo SARLET, Mariana FIGUEIREDO. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, pp. 14, 21; Gustavo AMARAL. *Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, pp. 39, 209; Daniel WANG. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, p. 351; Cláudio de SOUZA NETO. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, pp. 526 e s. Ressalte-se que, sociologicamente, operações dos tribunais que tentem responder a estas exigências são sempre operações jurídicas. Prognósticos como o resultado econômico de uma decisão jurídica não são dados da realidade, mas construções do direito a partir de sua forma e da utilização da diferença entre passado e futuro. Vide Niklas LUHMANN. “Das Erkenntnisprogramm des Konstruktivismus und die unbekannt bleibende Realität”, pp. 40 e s.

exigências? Para lidar com esta infindável gama de informações, uma maneira de reduzir complexidade é exatamente a avaliação jurídica do orçamento a partir de outros padrões jurídicos e a consequente produção de expectativas normativas a seu respeito.²⁵⁸ O direito funcionaria como gatilho para as decisões políticas posteriores. O tema será melhor detalhado no capítulo seguinte.

c. Proibição da insuficiência e insuficiência dos valores

Se a reserva do possível não fornece parâmetros para decisões sobre prioridades de alocação dos recursos estatais vistos como escassos, resta buscar esses padrões em outros argumentos aduzidos na doutrina e na jurisprudência dos direitos sociais prestacionais. Ou seja, buscam-se os programas condicionais, típicos do sistema jurídico, que sejam usualmente utilizados quando o assunto são os direitos sociais. Neste item, o foco será o uso de valores e princípios que se tornaram comuns na argumentação dos tribunais. No campo dos direitos sociais, dois deles ganham especial importância. O primeiro, já tratado em item anterior sob a perspectiva do construtivismo, é o mínimo existencial. O segundo é derivação do princípio da proporcionalidade, segundo a qual seriam vedadas posturas insuficientes do Estado em matéria de direitos sociais.

Segundo a doutrina constitucional, a semântica dos princípios e valores ganhou forte impulso após a Segunda Guerra Mundial, quando práticas perversas cometidas por regimes totalitários foram atribuídas, no campo do direito, ao positivismo jurídico.²⁵⁹ Na tentativa de elaborar uma teoria do direito livre de valores políticos ou morais, o positivismo teria descrito o direito como composto somente por regras e, com isso, olvidado outros padrões que, embora funcionem por lógica diversa, também fazem parte do ordenamento jurídico. Assim, mesmo se o nazismo pudesse ser considerado legalista do ponto de vista das regras, as atrocidades perpetradas por este regime não podiam ser consideradas lícitas, pois haveria princípios implícitos que as proibiam. A disputa na teoria

²⁵⁸ Esta posição já é adotada por parte significativa da doutrina, embora não tenha ainda ecoado nos tribunais. Ver, por exemplo, Gustavo AMARAL; Danielle MELO. “Há direitos acima dos orçamentos?”, pp. 92, 97.

²⁵⁹ Luís BARROSO, Ana Paula BARCELLOS. “A nova interpretação constitucional dos princípios: ponderação, argumentação e papel dos princípios”, pp. 106 e s.; Willis GUERRA FILHO. “Sobre o princípio da proporcionalidade”, p. 237.

do direito, portanto, não se restringe à identificação de regras a serem aplicadas e a sua correta interpretação. Discorda-se sobre o conceito de direito mais adequado e sobre os padrões que dele fazem parte.²⁶⁰ Mais especificamente, os pós-positivistas afirmam haver padrões que, diferentemente das regras, não podem ser aplicados sob a lógica do tudo-ou-nada. Esses padrões seriam os princípios, os quais levam o intérprete à propensão por decidir de determinada maneira mesmo na ausência de regras.²⁶¹

O direito constitucional brasileiro pós-1988, influenciado pelo caráter largamente principiológico adotado pela Assembleia Constituinte no texto promulgado, não tardou em adotar a semântica dos valores que vinha se difundindo.²⁶² Logo se tornou comum na jurisprudência a referência a padrões como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a proporcionalidade – todos eles, segundo as decisões judiciais, aplicáveis no campo dos direitos sociais prestacionais. É neste contexto que se situam o mínimo existencial e a proibição da insuficiência, os quais seriam capazes de fornecer critérios para a avaliação jurídica de políticas públicas e para a delimitação do âmbito de proteção judicial dos direitos sociais prestacionais. De modo sintetizado, objetiva-se responder à seguinte pergunta: se direitos sociais devem ser implementados e se os recursos são observados como escassos, *em que medida* as prestações decorrentes dos citados direitos são exigíveis ou controláveis judicialmente?²⁶³

A proporcionalidade tem sido resposta recorrente a esta pergunta. Ao avaliar como insuficientes os parâmetros legais que estabelecem o modo como os direitos sociais podem ser exigidos judicialmente, a doutrina e a jurisprudência observam a proporcionalidade como decorrência do Estado de Direito ou do devido processo legal material, constitucionalmente previstos, ou ainda como norma pressuposta pela própria

²⁶⁰ Sobre a diferença entre discordância empírica e teórica, vide Ronald DWORKIN. *Law's Empire*, pp. 3-15, 90-96.

²⁶¹ Ronald DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, pp. 72 e ss.

²⁶² É o que se designa “nova interpretação constitucional” em Luís BARROSO, Ana Paula BARCELLOS. “A nova interpretação constitucional dos princípios: ponderação, argumentação e papel dos princípios”, pp. 101-104.

²⁶³ Ressalte-se: neste item, o problema a ser analisado não é *se* os direitos sociais são exigíveis. Isto será feito a seguir. Por ora, supondo-se que tais direitos sejam exigíveis – como parece predominar na doutrina e nos tribunais brasileiros –, indaga-se *em que medida* a implementação destes direitos pode ser judicialmente exigida. Neste sentido, HOFFMANN e BENTES afirmam que, tanto nos litígios sobre o direito à educação quanto naqueles em que o objeto é o direito à saúde, “o Estado ou o Município raramente disputa a existência ou a aplicabilidade do direito em si mesmo, mas sim as obrigações específicas e pertinentes à sua consecução”. Florian HOFFMANN; Fernando BENTES. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, p. 398.

ideia de direito.²⁶⁴ A partir daí, tenta-se derivar da proporcionalidade padrões seguros para a postulação judicial de políticas públicas implementadoras de direitos sociais ou de prestações concretas que supram a ausência destas políticas em casos excepcionais. Dessa maneira, a proporcionalidade seria de valia na interpretação de outros padrões legais, na avaliação da constitucionalidade de políticas adotadas pelo Estado e na busca de soluções em casos de choque entre direitos.

Todavia, a alta abstração da proporcionalidade torna difícil a tarefa de decidir casos complexos utilizando-o como critério. Essa percepção não é nova. Na teoria do direito, em meados do século passado, Kelsen²⁶⁵ formulava crítica ao pensamento aristotélico que valorizava o ponto médio como ideal no que diz respeito aos valores. A busca de Aristóteles pelo equilíbrio, segundo o autor austríaco, escondia o fato de que há sempre uma prévia avaliação acerca da medida dos extremos. Em outras palavras, o médio dependeria do estabelecimento anterior de parâmetros a serem vistos como pólos opostos. Nisto, a valorização do equilíbrio não ajudaria.

A tentativa contemporânea de maior reputação, no que concerne à especificação da proporcionalidade, é a oferecida por ROBERT ALEXY²⁶⁶. De acordo com o professor de Kiel, a avaliação de qualquer medida, quanto à sua proporcionalidade, deve seguir regra composta por três critérios gradativamente verificados. Em primeiro lugar, o critério da adequação: só seriam proporcionais políticas públicas que elejam como fim um objetivo constitucionalmente imposto e que adotem meios que, de algum modo, levem ao fim visado. Verificada a adequação, o segundo passo seria avaliar a necessidade: para ser proporcional, a política pública deve ser a menos gravosa, tomando-se em consideração as outras possibilidades razoáveis. Finalmente, superados os dois passos anteriores, considera-se a proporcionalidade *stricto sensu*: uma política pública é proporcional caso os ganhos com ela obtidos sejam juridicamente mais relevantes que os prejuízos causados pela restrição concreta que impõe a direitos. Neste terceiro passo, de grande relevância no que concerne aos direitos sociais, realiza-se o juízo de ponderação entre direitos

²⁶⁴ Respectivamente, Luís BARROSO. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 228; Willis GUERRA FILHO. “Sobre o princípio da proporcionalidade”, pp. 240, 249 e s.

²⁶⁵ Hans Kelsen. *O que é Justiça?*, p. 130

²⁶⁶ Robert ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, pp. 100-104. Essa visão de ALEXY difere daquela apresentada por DWORKIN. Para os propósitos presentes, bastará analisar a teoria do autor alemão. Para uma análise sistêmica da teoria dworkiniana, vide José Gladston VIANA. *A relação entre o direito e a moral: crítica de Niklas Luhmann à tese de Ronald Dworkin*.

fundamentais. É aí que se situa a proibição da atuação insuficiente por parte do Estado – este não pode atuar de maneira menos incisiva que a constitucionalmente imposta.

A avaliação sistêmica do emprego de cada um desses subcritérios no contexto hipercomplexo da sociedade moderna revela problemáticas para as quais a dogmática constitucional dificilmente atenta. Esta, focada no sujeito como indivíduo capaz de elaborar juízos morais autônomos, centra suas poucas críticas na alta margem de subjetivismo aberta pelo princípio da proporcionalidade.²⁶⁷ De fato, a altíssima abstração da proporcionalidade – como notava Kelsen no contexto citado – torna provável a multiplicidade de juízos, em especial se considerada a fragmentação e individualização dos juízos morais, típicas da Modernidade. Contudo, insuficiências adicionais podem ser constatadas caso se considere o uso deste valor em decisões sobre direitos sociais e a complexidade destes direitos em sua referência ao entorno do sistema jurídico.

A verificação da adequação esconde, sob o manto de uma mera relação entre meios e fins, a incontrollabilidade do futuro e a complexidade da relação entre subsistemas sociais modernos. Conforme exposto, ganha-se capacidade explicativa sobre direitos sociais ao considerá-los em sua relação com problemas do entorno do sistema jurídico. Isso também se aplica à questão da adequação. A avaliação de quão adequada é uma determinada medida para o atingimento de fins relacionados ao entorno – mais educação, saúde, moradia, participação, enfim, inclusão – envolve a apreciação das consequências ambientais de decisões jurídicas. Ocorre que tais consequências são imponderáveis. Dependem dos parâmetros de outros sistemas, ininteligíveis para o direito. Desconsiderar isso seria equivalente a observar os subsistemas sociais como máquinas triviais. Bastaria decidir de determinada maneira, provocando *inputs* nos outros sistemas, para que se obtivessem os *outputs* almejados. Esta relação simples, pressuposta nos casos em que se invoca o subprincípio da adequação, não condiz com a maneira como os subsistemas se observam reciprocamente – de modo autopoiético, a partir dos próprios parâmetros. O direito pode avaliar os meios para o atingimento de determinados fins. Porém, por limitações decorrentes do fechamento operativo de outros subsistemas, não está apto controlar as respostas econômicas, sanitárias ou educacionais às próprias decisões.

A análise da necessidade da política pública no caso concreto também é altamente complexa. Em princípio, bastaria verificar se há outras medidas menos

²⁶⁷ Por exemplo, Luís BARROSO, Ana Paula BARCELLOS. “A nova interpretação constitucional dos princípios: ponderação, argumentação e papel dos princípios”, p. 110.

restritivas a direitos que levem ao mesmo resultado. A prática, porém, é mais complicada. Considerar todas as alternativas menos gravosas possíveis e a eficiência dos seus imprevisíveis resultados é tarefa sobrehumana. Seria necessário um juiz Hércules, não tão estranho à teoria de ALEXY, cuja existência somente é possível enquanto tipo ideal.

Mas, naquilo que se refere a direitos sociais, a insuficiência da proporcionalidade aparece mais claramente no terceiro subcritério – proporcionalidade em sentido estrito – e na proibição da atuação insuficiente a ele conectada. A proporcionalidade, *per se*, não fornece parâmetros para que se realize um juízo de ponderação²⁶⁸, em especial quando estão em jogo escolhas trágicas acerca de políticas públicas – investir em hospitais ou escolas, em moradia ou saneamento, em distribuição de renda ou segurança. Além disso, não define, por si só, o que seria uma atuação excessiva ou insuficiente.²⁶⁹ Assim, como aferir o que seria a insuficiência proibida? O princípio da proporcionalidade, de início usado exatamente para fornecer parâmetros quando eles não existiam para casos concretos, não consegue, sozinho, ser critério de avaliação.

Afirmar a insuficiência de valores como a proporcionalidade é algo diverso de considerá-los inúteis. Os valores e os princípios guardam papel relevante para o sistema jurídico e não é à toa que, em casos complexos, a referência a eles é constante.²⁷⁰ Seu papel está relacionado ao paradoxo constitutivo do sistema jurídico, isto é, à sua formação pela unidade de uma diferença e pelo reingresso da forma lícito/ilícito em cada um dos seus lados.²⁷¹ Normalmente, esses paradoxos permanecem escondidos pela utilização de outra diferença: código/programa. Os programas condicionais do direito orientam a aplicação dos valores lícito/ilícito e evitam que se questione frequentemente acerca da licitude dessa própria diferença. Ocorre que, nos direitos sociais, os programas condicionais ainda não estão consolidados, por motivos variados – desde a incipiência da democracia no Brasil até as lutas políticas que fazem com que direitos sociais sejam

²⁶⁸ Ou seja, os valores não ofertam hierarquia útil para a resolução dos conflitos entre eles próprios. Neste sentido, John PATERSON. “The Fact of Values”, p. 77.

²⁶⁹ Usualmente, também na doutrina brasileira, a proporcionalidade em sentido estrito é descrita como prescrição de que a atuação estatal não seja nem excessiva nem insuficiente. Ver, por exemplo, Ingo SARLET, Mariana FIGUEIREDO. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, p. 33.

²⁷⁰ Na tradição analítica anglo-saxã, estes são os chamados casos difíceis. Em torno deles gira o cerne das controvérsias entre positivistas e pós-positivistas – embora se possa afirmar que os resultados da discordância transbordam os limites destes casos. Para uma explicação desses *hard cases*, bem como exemplos do direito americano, vide Ronald DWORKIN. *Law's Empire*, pp. 15-30; do mesmo autor, ver também *A Matter of Principle*, p. 13.

²⁷¹ Em outras palavras, tanto o lícito quanto o ilícito contêm em si o outro lado da forma. Conferir Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 174-176.

considerados uma categoria diferenciada, como abordado anteriormente²⁷². O risco de que se evidenciem paradoxos e que o sistema jurídico não consiga operar nestes setores é alto.

Na ausência de programas condicionais que atuem como estruturas, os valores podem servir como ponto final de reflexão jurídica, impedindo que se chegue novamente ao paradoxo inicial do sistema.²⁷³ Essa capacidade dos valores em barrar a reflexão decorre de seu poder agregador: dificilmente alguém defenderia o tratamento indigno ou a desproporcionalidade nas políticas públicas. Os valores, assim, funcionam como autofundamentados. Os juízes se aproveitam dessa característica para justificar as próprias decisões. Desse modo, evitam questionamentos sobre a licitude da diferença lícito/ilícito: o Estado deve construir novas escolas porque sua atuação tem sido insuficiente; devem-se fornecer medicamentos gratuitos porque só dessa maneira se respeita o mínimo existencial; o Poder Público não é obrigado a fornecer moradia para todos os cidadãos porque isso implicaria falta de recursos a serem destinados para implementar outros direitos que, num juízo de ponderação, têm importância igual ou superior nos casos concretos. O paradoxo é devolvido à invisibilidade.²⁷⁴

Além do papel de pôr fim à reflexão tendente ao infinito sobre a licitude dos juízos acerca da licitude, os valores desempenham importante função no que concerne à variabilidade dos programas condicionais do direito. Dito de modo mais simples, a alta

²⁷² Conferir *supra*, capítulo 1.

²⁷³ Essa possível utilização dos valores, decorrente de sua característica de não necessitarem de fundamentação, é descrita em Niklas LUHMANN. “Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?”, pp. 241 e s. Expandindo o raciocínio para setores metafísicos, como a natureza, ou socioestruturais, como a igreja, RASCH discorre sobre o “continuum de racionalidade” que bloqueia o regresso sem fim e a autoreflexão. Vide William RASCH. “Introduction: The form of the problem”, p. 10. Para uma aplicação desta descrição à teoria jusnaturalista de John Finnis, veja-se John PATERSON. “The Fact of Values”, p. 73.

²⁷⁴ A referência a valores permite que se prossigam as operações sem necessidade de imediata reflexão. Veja-se, por exemplo, a tentativa de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo de estabelecer parâmetros nas ações em que se pleiteiam medicamentos. Com base em valores e princípios, os autores afirmam como razoáveis juízos altamente controversos: “[c]omo mencionado anteriormente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para a decisão judicial. Nesse sentido, pode-se dizer que não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes (o que não significa que a opção técnica do setor governamental respectivo não possa e mesmo deva ser sindicada em determinadas hipóteses), ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto de testes minimamente seguros, de tal sorte que o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo violação da própria dignidade da pessoa humana, que, em situações mais extremas, importa até mesmo no dever de proteção da pessoa contra si mesma por parte do Estado ou de terceiros. Num sentido ainda mais amplo, igualmente não se configura razoável a condenação do Estado em obrigação genérica, ou seja, ao fornecimento ou custeio de todo medicamento ou tratamento que vier a ser criado ou descoberto, conforme a evolução científica, ainda que oportunamente aprovado pelo órgão sanitário técnico competente.” Ingo SARLET, Mariana FIGUEIREDO. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, 44 e s.

abstração dos valores, como também dos princípios, permite que eles sejam utilizados para fins de modificar normas em casos específicos. Assim, uma determinada lei implementadora de direitos sociais pode ser considerada desproporcional e, ato contínuo, ter seus programas condicionais adaptados na aplicação concreta pelos tribunais. Esta função pode ser comparada à que LUHMANN²⁷⁵ atribuiu à justiça, enquanto fórmula de contingência jurídica independente de conteúdos morais. A exigência de que o direito seja justo ou proporcional pode justificar a variação dos programas condicionais e, com isso, possibilitar a combinação entre redundância pela reutilização do mesmo código e adequação juridicamente controlada ao ambiente – tudo isso por intermédio de operações que utilizam como base o código lícito/ilícito. A circularidade do sistema jurídico permenece íntegra.

No entanto, a mesma abstração que dá aos valores e princípios a função de servir como ponto final da reflexão e de permitir a variabilidade também revela a insuficiência desses padrões. Aí se situa seu paradoxo. Do mesmo modo que o princípio da isonomia, isolado, não é capaz de definir quais casos são iguais e quais são diferentes, também o princípio da proporcionalidade não consegue definir padrões acerca do proporcional. Para tanto, são necessárias operações que insiram diferenças nesses valores.²⁷⁶ Um primeiro passo poderia ser aquele dado por ALEXY ao desmembrar a proporcionalidade em subprincípios. Contudo, a alta abstração também destes faz com que novas diferenças sejam necessárias. O mesmo ocorre com as tentativas de observar valores como diferenças: ponderável/imponderável, ponderação correta/errônea etc.²⁷⁷ São necessários padrões avaliativos que preencham cada um dos lados destas formas. Continua-se a depender de futuras operações. São elas que definem, nos casos concretos, o que é adequado, necessário e suficiente.²⁷⁸

²⁷⁵ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 218-237. A doutrina constitucional reconhece nos princípios em geral a flexibilidade do ordenamento jurídico que leva a justiça ao caso concreto, enquanto nas regras se identifica a segurança jurídica. Ver, por exemplo, Luís BARROSO, Ana Paula BARCELLOS. “A nova interpretação constitucional dos princípios: ponderação, argumentação e papel dos princípios”, p. 110.

²⁷⁶ Dito de outro modo, a importância dos valores enquanto ponto final para a reflexão é correlata da inutilidade deles enquanto parâmetros para decisão. É por isso que valores e princípios precisam ser tão gerais. Ver, de modo similar, Niklas LUHMANN. “Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?”, p. 245. Do mesmo autor, também *Das Recht der Gesellschaft*, p. 345.

²⁷⁷ Ver, por exemplo, Luís BARROSO, Ana Paula BARCELLOS. “A nova interpretação constitucional dos princípios: ponderação, argumentação e papel dos princípios”, pp. 121 e s.

²⁷⁸ Neste sentido, DOUZINAS afirma que “[e]nquanto valores não têm nenhuma necessidade de justificação, eles podem justificar quaisquer políticas”. Ver Costa DOUZINAS. “Torture and Systems Theory”, p. 112, tradução livre. No original: “[w]hile values have no need for justification, they can justify any number of

As duas faces dos valores, em geral, e da proporcionalidade, em particular, podem ser observadas como paradoxo dos valores e princípios. Por um lado, são padrões altamente agregadores e autofundamentados se considerados abstratamente. Por outro lado, geram dissenso e conflitos quando especificados concretamente. Teorias como a de DWORKIN e a de ALEXY²⁷⁹ não resolvem esta insuficiência, mas camuflam a arbitrariedade da intermediação entre valores abstratos e decisões concretas. Diferentemente do período medieval e do início da Modernidade, quando havia uma instituição religiosa capaz de especificar coercitivamente esta concretização dos valores, impera na contemporaneidade a fragmentação de juízos.²⁸⁰ Cada sistema, moralmente trivializado, operacionaliza de maneira diversa os valores mais abstratos, e sempre de modo contingente²⁸¹ – o que é considerado proporcional hoje pode deixar de sê-lo em pouco tempo. Tentativas de impor unilateralmente entendimentos definitivos e inquestionáveis acerca de valores são vistas como moralismo autoritário e socialmente inadequado.²⁸²

Refletir a unidade entre as duas faces dos valores permite concluir que eles podem ter, por um lado, grande importância na judicialização dos direitos sociais. Na falta de padrões decisórios – em especial legais – que sirvam como filtro da complexidade que chega aos tribunais, os valores podem ser utilizados para a criação de novas cadeias argumentativas e de novos programas condicionais. Têm grande valia, portanto, em casos concretos nos quais os padrões disponíveis são julgados insuficientes. Em contrapartida, a utilização reiterada desses valores pode fazer com que o sistema jurídico se torne excessivamente casuísta e pouco redundante. Como resultado, há risco de não se generalizarem expectativas normativas sobre direitos sociais. Em casos concretos, os

policies”. O mesmo raciocínio pode ser aplicado no direito. Neste sentido, o autor afirma que não são valores, mas juízes, que decidem os casos concretamente, de acordo com os interesses em jogo (p. 114).

²⁷⁹ Apenas se ressalta uma semelhança entre as construções destes autores. Não se pretende equipará-las, pois as diferenças entre ambas são notáveis. Ver, a este respeito, Luís HECK. “Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy”, pp. 52-79.

²⁸⁰ A institucionalização – ou seja, generalização das expectativas no âmbito material – pode ser destacada como uma das relevantes diferenças entre direito e moral contemporâneos. Enquanto a moral segue o caminho da fragmentação, o sistema jurídico lida com o dissenso de modo diverso, por meio de instituições como os tribunais. Assim, o direito se torna plenamente compatível com o dissenso. Já a moral persiste na busca pelo consenso – e por isso os conflitos morais são tão violentos. O direito combina universalidade do código com institucionalização de decisões *presumidamente* consensuais. A moral, embora também opera por um código basal próprio – bom/mau –, não é dotada de mecanismos que façam presumir o consenso em torno de suas avaliações. O código moral permanece importante em todos os subsistemas sociais, mas perde terreno por não se constituir como sistema autopoietico. Ver, sobre o modo como sistemas autopoieticos lidam com a ausência de consenso e sua diferença em relação à moral, Niklas LUHMANN. “Politik, Demokratie und Moral”, p. 185.

²⁸¹ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 97.

²⁸² Essa é a crítica realizada, no que concerne ao ideal de uma razão única, em Niklas LUHMANN. “Ethik als Reflexionstheorie der Moral”, pp. 282 e s.

valores permitem a construção de novos programas. Aplicado de modo generalizado, gera arbítrio – decisões díspares aparecem como justificadas pelo mesmo valor.²⁸³

Na doutrina, já se reconhece que o uso indiscriminado da proporcionalidade pode levar ao casuísmo exagerado e arbitrário. Neste sentido, WILLIS GUERRA FILHO²⁸⁴ fala em superexpansão da proporcionalidade, tendência que levaria ao relaxamento de sua aplicação. Para contornar este risco, o autor revela sua influência luhmanniana e propõe atribuir reflexividade ao princípio – aplicar a proporcionalidade à proporcionalidade. Assim, a norma só seria utilizada caso sua aplicação se revelasse adequada, necessária e proporcional *stricto sensu*. A ideia é interessante e merece desenvolvimento. Em primeiro lugar, revela, de modo implícito, o papel desempenhado pela proporcionalidade enquanto fórmula de contingência do sistema jurídico. Em segundo lugar, mostra que a própria diferenciação entre princípios e regras é contingente e sujeita a decisão. O autor brasileiro apresenta acepção diversa da formulada por ALEXY²⁸⁵, que rejeitara o caráter principiológico da proporcionalidade justamente por entender como inviável a aplicação reflexiva do padrão. Em última instância, são as operações do sistema jurídico que impõem a diferença regra/princípio e dão a ela contornos. Nisso, a proporcionalidade não socorre.

O que se disse a respeito da proporcionalidade e da proibição da insuficiência se aplica integralmente à construção jurídica do mínimo existencial. Enquanto valor, este padrão não fornece diferenças que possam ser observadas posteriormente como programas condicionais.²⁸⁶ Somente as operações jurídicas concretas, que construam o mínimo existencial de modo específico e estabeleçam que prestações o garantem, são capazes de fornecer esses programas. É por este motivo que não basta tentar especificar a proibição da atuação estatal insuficiente a partir do mínimo existencial.²⁸⁷ Supera-se provisoriamente

²⁸³ É o que se afirma também em Celso CAMPILONGO. “Direitos fundamentais e Poder Judiciário”, pp 107 e s.

²⁸⁴ Willis GUERRA FILHO. “Sobre o princípio da proporcionalidade”, p. 251.

²⁸⁵ Robert ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, p. 100, nota 84.

²⁸⁶ Vide, por exemplo, definição de PAULO LEIVAS, para quem o mínimo existencial é “o direito à satisfação das necessidades básicas, ou seja, direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, impedem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício da autonomia.” Ora, dificilmente se alcançaria, concretamente, consenso sobre o que sejam, exatamente, os objetivos, atividades e relações que constituem esses direitos. Conferir Paulo LEIVAS. “Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial”, p. 300. Para algumas disputas em torno do mínimo existencial e sua ligação com a dignidade da pessoa humana, ver Cláudio SOUZA NETO. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, p. 538.

²⁸⁷ É a tentativa implícita, por exemplo, em Ana Paula de BARCELLOS. “O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”, p. 809. Ver também Paulo

um paradoxo, mas, para isso, remete-se a outro. Pretende-se diminuir a discricionariedade judicial, mas, como consequência, amplia-se o espectro de decisões possíveis.²⁸⁸

Em suma, padrões valorativos como a proporcionalidade, além de levarem complexidade impoderável para os casos concretos, acabariam por provocar excessiva fragmentação dos programas condicionais se utilizados frequentemente como padrões decisórios. A afirmação provoca desconfianças. Afinal, apesar das enormes discordâncias sobre a judicialização de direitos sociais, os valores e princípios continuam sendo corriqueiramente utilizados e seu uso não tem sido visto como arbitrário. Aos poucos, por exemplo, generaliza-se a expectativa de que os municípios não devem destinar verbas públicas para propaganda ou atividades festivas caso haja crianças sem acesso ao sistema de educação – em juízo de ponderação, o direito à educação seria mais importante que as propagandas oficiais. Há reiteração nestes julgamentos. Tal fato pode ser descrito como reconhecimento progressivo, pelos juízes, da *correta* proporcionalidade. A partir de uma perspectiva sociológica que não se imiscui na avaliação dos argumentos como bons ou ruins, pode também significar que, junto à utilização dos valores, tomam-se como parâmetros outros programas condicionais – por exemplo, decisões judiciais anteriores. Ou seja, o parâmetro decisório reutilizado pelos tribunais não seria o princípio da proporcionalidade em si, mas a decisão que o utilizou e que o preencheu conteudisticamente. Essa valorização dos padrões jurisprudenciais será retomada em itens posteriores.

d. Ativismo judicial e normas programáticas: política como semântica jurídica

O modo como se deu a positivação de direitos sociais em textos legais é produto de disputas ocorridas no sistema político. No plano internacional, desavenças entre o bloco capitalista e o comunista resultaram na categorização dos direitos humanos. Paralelamente às convenções protetoras dos direitos civis e políticos, imediatamente exigíveis, criaram-se tratados que dispunham sobre direitos econômicos, sociais e culturais, cuja implementação não poderia ser imediata, mas progressiva, a depender do

LEIVAS. “Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial”, pp. 282 e ss.

²⁸⁸ O paradoxo é percebido em Luís BARROSO, Ana Paula BARCELLOS. “A nova interpretação constitucional dos princípios: ponderação, argumentação e papel dos princípios”, p. 120.

nível de desenvolvimento de cada Estado.²⁸⁹ O texto constitucional de 1988 também tratou os direitos fundamentais separadamente: direitos individuais e políticos, arrolados detalhadamente no artigo 5º; direitos sociais prestacionais, mencionados no artigo 6º e parcialmente especificados no capítulo “da ordem social”. Assim como no plano internacional, essa positivação por categorias pode ser elucidada a partir das contendas políticas que ocorriam na época de sua promulgação, em especial pela “crise de hegemonia” que vivia o Brasil recém-saído da ditadura.²⁹⁰ A fragmentação de correntes políticas que tomaram parte na Constituinte explica também o grau de abstração e imprecisão dos dispositivos constitucionais que positivaram os direitos sociais. Num tal contexto de alta complexidade sistêmica e ambiental, dificilmente o legislador tem a capacidade de traduzir os incontáveis impulsos políticos em decisões sob a forma governo/oposição.²⁹¹ Como resultado, decide-se de modo genérico com o intuito de não sobrecarregar futuras operações com demasiadas vinculações.

Dadas as condições modernas de autonomia recíproca entre direito e política, a ausência ou insuficiência de decisões políticas sobre direitos sociais prestacionais não leva o sistema jurídico, fatalmente, ao mesmo caminho. É verdade que Estado de Direito envolve a probabilidade de que o sistema jurídico observe e reconstrua decisões programantes do sistema político como parâmetros para as próprias decisões. Contudo, se a complexidade do tema levar a política a deixar de decidir, o direito não se vincula, obrigatoriamente, à inação. O sistema jurídico é dotado dos elementos operativos e estruturais de que necessita para se autorreproduzir mesmo num ambiente inerte no que concerne à tomada de decisões relevantes. Neste item, objetiva-se analisar, sob a forma sistema/ambiente, alguns argumentos que parecem contradizer esta formulação. Trata-se, em especial, da semântica do ativismo/contenção judicial²⁹², ligada às doutrinas da separação dos Poderes estatais e das normas programáticas. Sempre infiltrado nestes

²⁸⁹ Para detalhes, confira-se Flávia PIOVESAN. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, pp. 232-234; e Carlos WEIS. *Direitos Humanos Contemporâneos*, pp. 99 e s., 147-151.

²⁹⁰ Sobre a crise de hegemonia e seus efeitos na Constituição, ver Marcos NOBRE. “Os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito”, pp. 98-100.

²⁹¹ Niklas LUHMANN. “Funktionen der Rechtsprechung im politischen System”, p. 49.

²⁹² A expressão “ativismo judicial” está sendo usada, aqui, como maior propensão das cortes a se envolverem na conformação e no monitoramento de políticas públicas. A mesma expressão pode ser empregada, em outros contextos, para se referir ao uso estratégico de tribunais por organizações litigantes ou cidadãos que buscam o fornecimento de algum serviço público. Estas concepções estão resumidas em, Victor ABRAMOVICH, Laura PAUTASSI, Victoria FURIIO. “Judicial activism in the Argentine Health System: recent trends”, p. 54.

argumentos, figura o debate sobre a eventual politização do Judiciário ao decidir sobre direitos sociais sem a prévia fixação de parâmetros pelo Legislativo.

O argumento da falta de legitimidade do Judiciário para a tomada de decisões pretensamente políticas não é novo e não se restringe ao campo dos direitos sociais prestacionais, embora nele se apresente com maior frequência e evidência. Entre administrativistas e constitucionalistas, várias são as dualidades criadas para demarcar os limites dos tribunais: questões políticas / questões jurídicas, conveniência e oportunidade / vinculação, legislador positivo / legislador negativo, criação do direito / aplicação do direito, juiz ativista / juiz contido. O emprego destas binariedades tem levado a doutrina jurídica a algumas conclusões, que podem ser assim sintetizadas: (i) apenas um Poder eleito democraticamente possui a legitimidade necessária para especificar políticas públicas implementadoras de direitos sociais;²⁹³ (ii) consequentemente, a responsabilidade pela falta ou insuficiência de decisões sobre os direitos sociais prestacionais é da política²⁹⁴; e (iii) a tematização, pelo Judiciário, das políticas públicas implementadoras destes direitos, sem prévia fixação de parâmetros pelos outros Poderes, ocasiona sua politização, autoritarismo e perda dos padrões decisórios próprios do direito – de modo resumido, o ativismo judicial abre caminho para o governo dos juízes.²⁹⁵

²⁹³ Esta é a síntese daquilo CLÁUDIO DE SOUZA NETO nomeia de críticas liberais e democráticas à judicialização dos direitos sociais. Para maiores detalhes, ver Cláudio de SOUZA NETO. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, pp. 519-522. Ver, também, José Reinaldo LOPES. “Em torno da ‘reserva do possível’”, pp. 163-167; Ingo SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 328.

²⁹⁴ Como exemplo, veja-se Gustavo AMARAL. *Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, pp. 203 e s., onde o autor se baseia na tese de SUSTEIN e HOLMES.

²⁹⁵ Neste sentido, leciona RICARDO LOBO TORRES: “[o] grande problema da judicialização dos direitos sociais consiste no seu caráter antidemocrático, eis que tais direitos se afirmam na via das eleições e das escolhas trágicas dos partidos políticos em torno de políticas públicas. As Cortes Constitucionais não podem agir contra as maiorias nas questões políticas, mas apenas nas decisões que afetam a jusfundamentalidade dos direitos”. Confira-se em Ricardo TORRES. “O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, p. 338. Crítica contundente à judicialização dos direitos sociais com base na separação dos Poderes é apresentada por FERNANDO SCAFF: “*O papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo*, não é o de transformar ‘*discrecionalidade legislativa*’ em ‘*discrecionalidade judicial*’, mas o de dirimir conflitos nos termos da lei. Proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade de perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário. Este não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo”. Confira-se em Fernando SCAFF. “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”, p. 152, com todos os grifos no original. Como contraponto, pode-se citar a doutrina de CLÁUDIO DE SOUZA NETO. Em resposta à crítica da judicialização de direitos sociais, o autor rebate que “a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática desconsidera que o Judiciário pode exercer importante papel na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente”. Vide Cláudio de SOUZA NETO. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, pp. 522-525. Analisada sistemicamente, esta seria uma prestação jurídica para a política – a generalização de expectativas normativas concernentes a condições mínimas de inclusão social para a participação política.

A crítica não é trivial. Politizar excessivamente os tribunais pode representar obstacularização do papel desempenhado pela tripartição dos Poderes. Preconizada por MONTESQUIEU no século XVIII, essa teoria se desenvolveu como modo de lidar com o paradoxo inicial da política, presente na ideia de soberania: momento de total arbitrariedade constitutivo do sistema.²⁹⁶ Numa conjuntura em que a legitimidade e as limitações da soberania não eram mais vistas como frutos da graça divina, a tripartição de funções estatais modela este arbítrio. A nova semântica do pensador francês evitou a visualização, pela política, de seu próprio paradoxo, ao combinar a ausência de limites à expansão da soberania com sua autorrestrição. Sistemicamente, pode-se dizer: expansão enquanto código universal e restrição como sistema autopoietico.

Dessa maneira, a divisão dos Poderes desempenhou, ao lado da constituição, importante papel na formação do sistema político. Tornou plausível a autolimitação da soberania e, mais que isso, desmembrou essa autolimitação do poder político em freios e contrapesos impostos reciprocamente por órgãos diversos: governantes, legisladores e juízes. Ao invés de uma única relação superior/inferior, passava a haver três destas relações – e todas elas disponíveis para utilização, a depender de qual oferecesse melhores perspectivas em cada caso. Os resultados para sistemas político e jurídico foram primordiais. Na política, a existência de tribunais imunes às investidas partidárias e que reproduzem a dualidade lícito/ilícito para observar a dinâmica ambiental manteve o arbítrio inicial do sistema político em seu ponto cego, como juridicamente canalizado.²⁹⁷ Permitiu-se a neutralização política da política.²⁹⁸ Já no direito, abriu-se a oportunidade de referência às decisões do legislador como parâmetros.²⁹⁹ Demonstrada a tripartição dos Poderes na sociedade moderna, permanece a questão: a judicialização de direitos sociais leva à politização dos tribunais?

²⁹⁶ Niklas LUHMANN. *Die Politik der Gesellschaft*, p. 33.

²⁹⁷ Niklas LUHMANN. “Funktionen der Rechtsprechung im politischen System”, pp. 46-49.

²⁹⁸ Niklas LUHMANN. “Funktionen der Rechtsprechung im politischen System”, p. 49.

²⁹⁹ Na dogmática jurídica, isso pode ser representado pelas palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO, segundo o qual, “para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador”. Confira-se LUÍS BARROSO. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, p. 882. O professor neoconstitucionalista descreve, de modo sintetizado, uma das prestações do sistema jurídico para o político num Estado de Direito. Não resolve, porém, toda a problemática. Dado o caráter principiológico da Constituição de 88, decisões dos mais variados matizes, desde as mais ativistas até as mais contidas, podem ser reconduzidas à deliberação do constituinte. Desconsidera o professor o fato de que, ao observar as leis como programas condicionantes, é o próprio sistema jurídico as reconstrói em seu interior. Nesta medida, as leis representam redução de complexidade oferecida pela política ao direito, mas não vinculação das decisões jurídicas pela política.

Em análise sociológica da tripartição de Poderes, é importante rememorar que as organizações da sociedade moderna, embora acompanhem a diferenciação funcional e se liguem primordialmente a algum dos subsistemas sociais, não são suficientes na identificação do tipo de comunicação nelas operada. O Estado, por exemplo, pode usar o direito como meio, enquanto aos tribunais se atribui a competência para a tomada de algumas decisões políticas.³⁰⁰ Esse raciocínio traz dificuldade adicional na avaliação do ativismo judicial como politização dos tribunais. Isso porque distinguir a autorreprodução de subsistemas sociais da especificação funcional de organizações torna mais árdua a tarefa de diferenciar as operações jurídicas das políticas. Uma decisão do Judiciário que, a pretexto de aplicar as normas jurídicas sobre direitos sociais, privilegie a Fazenda Pública devido à pressão política exercida sobre o órgão decisório seria jurídica ou política? Há enorme controvérsia sobre causas, efeitos e explicações para decisões deste tipo. Para MARCELO NEVES³⁰¹, este funcionamento dos subsistemas é típico de alguns setores da sociedade mundial e possibilita a reprodução, nela, de um centro e uma periferia. Como consequência, à autopoiese seria contraposta a alopoiese, caracterizada pela sobreposição de sistemas e miscelânea de códigos. Em sentido similar, fala-se em corrupção sistêmica: o uso frequente de padrões externos ao direito não desfiguraria a diferenciação funcional, mas travaria parcialmente o funcionamento dos sistemas envolvidos, pois comprometeria a redundância necessária para tanto.

Embora a reutilização do código binário do sistema jurídico seja elemento de grande importância para a identificação de operações como jurídicas, não é qualquer utilização dos adjetivos “lícito” ou “ilícito” que será, automaticamente, jurídica. Se assim fosse, decisões dos tribunais que seguissem claramente a lógica governo/oposição e que impusessem ideologias fixadas em programas finalísticos seriam consideradas parte do sistema jurídico apenas por qualificarem condutas como lícitas ou ilícitas. A teoria dos sistemas, caso aceitasse isso, se perderia em seu próprio labirinto. Não é o que acontece. Afinal, comunicação subentendida em decisões é também comunicação. Desse modo, uma operação ocorrida nos tribunais não é tomada por jurídica caso seja perceptível para observações sociais que, embora se utilizem as palavras “lícito” e “ilícito”, reproduz-se implicitamente a lógica governo/oposição. O tipo de programação e a função desempenhada, que evoluíram diversamente em cada subsistema, são indícios para esta

³⁰⁰ Por exemplo, o artigo 61, *caput*, do texto constitucional atribui ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais superiores a iniciativa para leis ordinárias e complementares.

³⁰¹ Marcelo NEVES. *Entre Têmis e Leviatã. Uma relação difícil*, pp. 239-245.

avaliação. Neste caso, pode ocorrer, realmente, a politização dos tribunais, identificável por observações jurídicas ou políticas posteriores.

Esta politização, no entanto, não se faz presente a todo momento em que a jurisprudência se mostra contingente ou criativa. A autorreprodução dos sistemas ocorre pelo uso recursivo de formas. Assim, a delimitação entre operações jurídicas e políticas não depende do tema tratado, do sentido da decisão (seleção do positivo ou negativo dos respectivos códigos binários) ou da organização que decide, mas do modo como a operação é identificada pelos subsistemas sociais e a eles se encadeia recursivamente. A partir de perspectiva diversa da sistêmica, CAPPELLETTI chegou a conclusão semelhante já na década de 1980. O processualista, pesquisando sobre a maior criatividade jurisprudencial no *welfare state*, selecionou como causas deste fenômeno o crescimento dos poderes políticos (Legislativo e Executivo) e a consentânea judicialização de novos temas.³⁰² O ativismo das cortes seria resposta jurídica ao maior intervencionismo do Executivo e ao incremento de uma atividade legislativa que ia além da mera regulação da conduta e se voltava para finalidades e princípios abstratos. Os direitos sociais prestacionais, aí incluídos, seriam também motivo da crescente originalidade da atuação judicial. Essa inovação decisória, também para CAPPELLETTI, é algo diverso de politização. Isso porque o modo de atuação jurídico, mesmo ativista, seria diverso do político: somente no direito vigorariam a inércia na autoridade decisória, a obrigação de ouvir de modo equânime ambas as partes e a imparcialidade judicial. Ademais, o direito exigiria do juiz uma justificação retrospectiva de suas decisões, ao contrário da fundamentação política, eminentemente prospectiva. Examinados por uma sociologia sistêmica, todas estas “virtudes passivas”, como as nomeia CAPPELLETTI³⁰³, são semânticas que expressam o fechamento operativo e a independência funcional do sistema jurídico, permitindo ao autor valorar o ativismo judicial, no plano dos direitos sociais, como lícito. No Brasil, esta vertente ganhou enorme força com a promulgação da atual Constituição.³⁰⁴

Claro que, no contexto do direito moderno contingente, a inovação não é a única forma jurídica de lidar com os novos temas. Isso já foi demonstrado pela Suprema

³⁰² Mauro CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, pp. 39-46, 89.

³⁰³ Mauro CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, pp. 74 e s., 98, 132. O autor resume a atuação específica do direito nos seguintes brocardos latinos: *nemo iudex in causa propria*, *auditor et altera pars* e *nemo iudex sine actore*.

³⁰⁴ Detalhes sobre o crescente ativismo judicial no Brasil, em especial no STF, podem ser encontrados em Marcos Paulo VERÍSSIMO. “A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial ‘à brasileira’”, pp. 408-410.

Corta americana na reação aos primeiros passos do *New Deal*, há quase um século. Paradoxalmente, novas problemáticas provocam também o ressurgimento e incremento de semânticas tidas como tradicionais. No campo do ativismo judicial e da judicialização dos direitos sociais, a doutrina de ELIVAL RAMOS³⁰⁵ é um bom exemplo. O autor descreve o ativismo judicial como disfunção e transbordamento no exercício da jurisdição para atividades políticas dos outros Poderes. Com esse pressuposto, retoma o debate acerca da relação entre interpretação e discricionariedade judicial para concluir que “não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia da norma constitucional”.³⁰⁶ Aos tribunais, situados em escalão inferior ao parlamento na ordem jurídica, caberia apenas aplicar atos normativos superiores, com criatividade limitada.³⁰⁷ Todavia, ao colocar-se contra a doutrina ativista, o autor incorre no ponto cego comum àqueles que vêem no ativismo uma “invasão” da política pelo Judiciário. Não nota o paradoxo presente na afirmação, que pode ser percebido pela sociologia: assim como operações que externalizam a tomada de decisão para a política, o ativismo continua a ser comunicação do sistema jurídico caso se restrinja aos seus limites operativos, mesmo se valorado como ilícito. Em ambos os casos, de modo mais ou menos criativo, insere-se a diferença texto legal / interpretação do texto, tornando circular a hierarquia entre lei e decisão judicial. A seleção do outro lado da forma para avaliar juízos ativistas continua viável.

Ainda no campo das semânticas jurídicas que tentam externalizar a tomada de decisão, exemplo interessante é a doutrina das normas programáticas. Ao se deparar com as complexidades advindas da judicialização dos direitos sociais, o sistema jurídico considerou tais normas como simples planos para a política.³⁰⁸ Ou seja, os direitos sociais não seriam exigíveis judicialmente – caso contrário, haveria indevida politização do Judiciário. Encontrou-se, assim, um modo de devolver ao sistema político a complexidade criada pela positivação dos direitos sociais. Contudo, a continuada pressão sobre os tribunais, combinada com a incapacidade do direito de atuar por meio de programas finalísticos, fez com que mesmo as normas programáticas fossem, de algum modo,

³⁰⁵ Elival RAMOS. *Ativismo Judicial*, p. 78.

³⁰⁶ Elival RAMOS. *Ativismo Judicial*, p. 181.

³⁰⁷ Elival RAMOS. *Ativismo Judicial*, p. 209.

³⁰⁸ De maneira enfática, é o que se assevera em Ricardo TORRES. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, p. 73: “As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretivas ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante”.

condicionalizadas e utilizadas como padrões jurídicos. O direito passou, então, a atuar num plano abstrato, ligado à proibição do retrocesso: normas programáticas podem não justificar exigências atuais de prestações por parte do Estado, mas têm a eficácia de impedir a piora do quadro referente a direitos sociais.³⁰⁹ Se a política pública ocasiona prejuízos à implementação destes direitos, *então* ela é ilícita. Por um lado, fica clara para o direito a possibilidade de remeter complexidades decisórias ao seu entorno político. Por outro lado, torna-se evidente a capacidade do sistema jurídico de tratar dos direitos sociais mais abstratos sem perder suas características operativas.

Num estudo sociológico, o reconhecimento da diferenciação operativa entre direito e política não acarreta, de modo algum, preferência pela avaliação do ativismo judicial como prática lícita ou ilícita. Este juízo cabe somente ao direito. À sociologia sistêmica, resta apenas declarar que, num ou noutro caso, as operações serão observadas como jurídicas caso reproduzam o código do direito, construam os correspondentes programas condicionais e se encadeiem a outras operações jurídicas. De maneira geral, a autocontenção do sistema jurídico pode ocorrer diante de temas que evidenciam seus próprios paradoxos. Esta solução jurídica para casos difíceis não era estranha a LUHMANN³¹⁰: “O terceiro valor excluído pelo código lícito/ilícito, ou seja, aquilo que, de imediato, não é visto nem como lícito nem como ilícito, aparece para o sistema jurídico como política”. Por que seria lícito decidir sobre direitos sociais se os padrões constitucionais são vagos e não há leis que os regulamentem? Diante da anomia e premido pela proibição do *non liquet*, um Judiciário contido responderia: é ilícito, pois este é um papel do sistema político. Contudo, a seleção do outro lado é possível e os argumentos para tanto – sempre jurídicos – são vários: posituação dos direitos sociais na Constituição, ausência de diferença ontológica entre direitos de primeira e segunda geração, vinculação das políticas públicas ao direito constituído etc. Assim, a seleção de qualquer dos lados da forma na avaliação do ativismo não equivale à corrupção do direito pela política, desde que

³⁰⁹ Por exemplo, em Ingo SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 318: “[a]tente-se, neste contexto, para o fato (...) de que também normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou normas impositivas apresentam uma dimensão jurídico-subjetiva, ainda que esta, em regra, seja restrita ao reconhecimento de direitos subjetivos no sentido negativo ou à possibilidade de questionar-se a inconstitucionalidade das normas que lhes sejam contrárias”.

³¹⁰ Niklas LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, p. 94, tradução livre. No original: “Der durch den Code von Recht und Unrecht ausgeschlossene dritte Wert, also das, was im Augenblick weder Recht noch Unrecht ist, erscheint im Rechtssystem nun als Politik”.

estejam presentes as características operativas do sistema jurídico, garantia da conexão com outras operações jurídicas.³¹¹

Os valores lícito e ilícito, quando selecionados nas operações que avaliam o ativismo judicial, são equivalentes funcionais: ambos mantêm invisível o paradoxo da necessidade de decisão mesmo quando esta não aparece como possível. Todavia, a diferença de resultados entre as duas seleções é patente. Selecionando-se o lado negativo, generaliza-se a expectativa de que só politicamente se pode decidir sobre a implementação de direitos sociais. Por outro lado, considerado lícito o ativismo judicial, a expectativa generalizada é a de que o Estado deverá implementar essas políticas públicas. Neste caso, surge maior complexidade para o direito e para a política. Ao primeiro, caberá especificar que modos de implementação são compatíveis com suas próprias expectativas normativas e arcar com o risco de inefetividade. Já para a política, a generalização de expectativas torna obrigatória a tomada de decisão – não decidir passa a significar decidir permanecer inerte. Decisões ativistas escancaram, assim, a inação do sistema político. Muito mais que uma efetiva politização do Judiciário, esta pode ser apontada como a razão da insatisfação política com o ativismo judicial.

É no direito, enfim, que se decide qual é o melhor juiz – ativista ou contido. Nenhuma das possíveis seleções leva, por si só, à politização dos tribunais. Para que se avalie se há esta politização, a indagação a ser feita é outra: os tribunais respeitam os limites operativos do sistema jurídico quando tratam da implementação dos direitos sociais? Ou utilizam a binariedade licitude/ilicitude apenas como disfarce para suas decisões políticas? Diferentemente das questões sobre a (i)licitude, a esta pergunta se pode responder cientificamente. Este será o passo dado no próximo item. Desde já, deve-se advertir sobre as relevantes implicações da resposta. Política e direito desempenham funções diversas na sociedade. Caso os tribunais atuem de modo político ao decidir sobre direitos sociais, expectativas normativas positivas sobre a implementação destes direitos não serão generalizadas de modo congruente.

³¹¹ Concorde-se, portanto, com o diagnóstico de CAMPILONGO: “nada indica que um maior ativismo judicial (que, em essência, apenas responde ao incremento das demandas que têm acesso ao Judiciário) implique ruptura da imparcialidade. Do mesmo modo, não é uma incontida sede de substituição da legalidade pela equidade que atribui ao juiz papéis inéditos de mediador, árbitro, pacificador ou gestor de conflitos, mas, ao contrário, é a própria legalidade que lhe contempla essas funções”. Conferir Celso CAMPILONGO. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 62.

e. Entre leis e precedentes: o direito desempenha sua função?

A doutrina altamente principiológica descrita nos itens anteriores parece apontar para um futuro sombrio no que diz respeito à judicialização dos direitos sociais prestacionais. A reserva do possível, embora internalize no sistema jurídico a pretensão de sua adequação social ao fenômeno da escassez, não é capaz, sozinha, de fornecer parâmetros que deem a esses direitos a medida de sua exigibilidade. O mínimo existencial e a proibição da atuação estatal insuficiente também não conseguem demarcar, no direito, quais prestações são devidas pelo poder público. Por sua vez, argumentos contrários ao ativismo judicial se apresentam como uma rota de fuga do sistema jurídico diante de complexidades que tornam visíveis seus paradoxos e suas circularidades, mas também não fornecem juízos reutilizáveis para a seleção dos valores lícito e ilícito. Enfim, o tipo de argumentação parece levar mais à perda de parâmetros que à combinação entre variação e redundância – papel tradicional da dogmática. Diante de critérios tão fluidos e indeterminados, a tese da politização dos tribunais ganha coro. Decisões *ad hoc*, alta variabilidade de juízos, pretensa orientação para o futuro e fixação da políticas públicas indicariam concessões do sistema jurídico a pressões políticas.³¹² Como resultado, os direitos sociais perderiam sua instância de generalização de expectativas normativas.

As ideias apresentadas por MARCELO NEVES, em seu *Entre Hidra e Hércules*, podem tornar mais claros os problemas aqui delineados. A partir da metáfora mitológica, o autor descreve princípios e regras como tipos ideais no sentido weberiano. Por um lado, os princípios têm caráter hidraforme. Promovem a abertura do sistema jurídico à pluralidade de valores (morais, religiosos, políticos, econômicos etc.) presentes no entorno e traduzem o dissenso ambiental para categorias jurídicas. É assim que a principiologia enriquece a argumentação jurídica, provoca a variação de programas condicionais e possibilita a adequação social do sistema. Em poucas palavras, os princípios aumentam a irritabilidade do direito.³¹³ Em contrapartida, as regras condensam expectativas normativas que podem

³¹² Como aponta TEUBNER, a pressão pela adaptação ao ambiente pode gerar, no direito, indeterminações e programas *ad hoc*. Para lidar com a judicialização de novos tipos de direitos, o sistema jurídico retrai suas pretensões de consistência interna. Ver Gunther TEUBNER. *O Direito como Sistema Autopoiético*, pp. 206-212.

³¹³ Marcelo NEVES. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, pp. 3, 105 e s.

ser diretamente utilizadas para a resolução de casos. Representam o lado do fechamento, da consistência e da redundância do sistema. Por isso, têm caráter hercúleo.³¹⁴

Para NEVES, a relação entre regras e princípios é circular. Por um lado, os princípios são subcomplexos para a solução de casos específicos. Sua concretização depende sempre da criação de regras a serem imediatamente aplicadas. São as regras que, por serem mais rígidas e próximas aos casos, selecionam uma das expectativas normativas presentes nos princípios e viabilizam a decisão. Por outro lado, embora ofereçam fundamentos imediatos para os casos, as regras são subcomplexas para atuar como filtro de seleção das infindáveis expectativas normativas ambientais. São os princípios que, maleáveis e distantes dos casos concretos, conseguem enfrentar essa diversidade de valores.³¹⁵ Desse modo, regras e princípios se pressupõem mutuamente, combinando fechamento e abertura, variação e redundância.

Essa circularidade entre regras e princípios nem sempre é equilibrada. MARCELO NEVES alerta para os perigos graves que acompanham a ênfase excessiva em um dos lados. A supervalorização das regras tornaria o sistema jurídico demasiadamente rígido no enfrentamento de problemas sociais complexos. O direito hercúleo seria isolado do seu entorno. De outra banda, o uso desenfreado dos princípios tornaria insuportável a insegurança. No extremo, diluiria as expectativas normativas, de maneira que as fronteiras do sistema jurídico restariam destruídas. O motivo deste perigo é que a maleabilidade dos princípios, que lhes permite lidar com a infinitude de expectativas conflitantes do ambiente, é também responsável pelo surgimento de contendas análogas no interior do sistema jurídico. Esses conflitos entre princípios ou sobre acepções diversas de um mesmo princípio possibilitam a tomada de decisões díspares com fulcro nos mesmos padrões. Devido a essa fluidez, a inflação principiológica pode servir como retórica para esconder manipulações do direito por outros tipos de racionalidade³¹⁶ (nos direitos sociais, especialmente a política e a econômica). Nas palavras de NEVES, “o caráter amorfo da fumaça principialista torna o direito inconsistente e, simultaneamente, não adequado aos

³¹⁴ Marcelo NEVES. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, pp. 4. 126.

³¹⁵ Marcelo NEVES. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, pp. 4, 91, 123 e s., 128.

³¹⁶ Marcelo NEVES. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, pp. 5 e s., 134, 137, 144 e 162.

fatores sociais do seu ambiente, mas sim subordinado diretamente a eles”³¹⁷. O autor identifica o exagero principialista na argumentação, em geral, do Supremo Tribunal Federal.³¹⁸ Dados os contornos da argumentação jurídica em matéria de direitos sociais, a mesma avaliação seria, em tese, aplicável a este contexto.

A saída proposta por NEVES não é o retorno a um modelo puramente de regras, que faria o direito padecer por falta de adequação social. A solução estaria na articulação entre princípios e regras. Ao empregar técnicas como a ponderação e a proporcionalidade, os tribunais não deveriam atuar casuisticamente, mas sim com vistas à reutilizabilidade dos parâmetros em casos futuros, de modo a diminuir o “valor-surpresa” das decisões. Ou seja, o uso de princípios deveria se guiar pela sua concretização em regras reutilizáveis. Dessa maneira, expectativas normativas poderiam ser reorientadas sem que isso acarretasse perda de consistência. Enfrentando o permanente paradoxo da conexão entre consistência e adequação social do sistema, os tribunais reagiriam aos riscos de desdiferenciação do direito.³¹⁹

Tendo como pressuposta esta interação entre princípios e regras, o próximo passo a ser dado é verificar, brevemente, se a semântica principialista impede que o sistema jurídico realize sua função social quando se judicializam os direitos sociais. Com este objetivo, uma alternativa seria seguir o tipo de pesquisa empreendida por NEVES. Para exemplificar a inconsistência do sistema jurídico que se utiliza demasiadamente da semântica principiológica, o autor enfocou o funcionamento do STF comparando alguns casos específicos.³²⁰ Nessa abordagem qualitativa, demonstrou que resultados díspares realmente podem ser obtidos a partir da concretização dos mesmos princípios. Uma tal aproximação empírica apresenta a vantagem de tornar clara a insuficiência de padrões abstratos na solução de controvérsias jurídicas, o que é de grande valia para os propósitos daquele autor. Entretanto, este tipo de análise apresenta também a inconveniência de não possibilitar uma avaliação global sobre o desempenho, pelo sistema jurídico, de sua função em determinado setor. Para este escopo, mais útil que analisar decisões específicas das cortes é observar autodescrições do sistema jurídico sobre a dinâmica dos tribunais. Isso

³¹⁷ Marcelo NEVES. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 134.

³¹⁸ Marcelo NEVES. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, pp. 191 e s.

³¹⁹ Marcelo NEVES. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, pp. 138, 171 e s., 198 e s.

³²⁰ Marcelo NEVES. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, pp. 196-218.

porque as autodescrições do sistema, desprendidas das controvérsias de litígios concretos, são âmbitos privilegiados para que se perceba a cristalização de expectativas normativas e sua reiteração na individualidade dos casos. Com este objetivo, será examinada, de modo sucinto, a doutrina que trata da judicialização de três direitos sociais: educação, moradia e saúde.

No direito à educação, a especificidade do texto constitucional evitou o surgimento de grandes controvérsias quando a matéria em discussão é o acesso ao ensino básico. Com efeito, a Constituição estabelece, em seu artigo 208, parágrafo 1º, que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. O poder público, em muitas ações, chegou a apresentar a argumentação já conhecida: reserva do possível, separação dos poderes e normas programáticas. Todavia, o caráter incisivo do texto constitucional permitiu à jurisprudência refutar prontamente estes argumentos. Não tardou para que se reconhecesse a exigibilidade imediata e individualizada do direito ao ensino básico, independentemente da escassez de recursos, conforme descreve a doutrina de modo consensual.³²¹ Esta evolução confirma a constatação de NEVES: a referência a textos legais mais específicos promove maior redundância e facilita a cristalização de expectativas normativas, reduzindo o alcance dos questionamentos.

Mas esta não é a única redundância constatada quando o direito à educação está em foco. No que diz respeito ao ensino universitário, também há expectativa normativa generalizada: a de que *não* existe direito subjetivo universal ao ingresso em universidades. Diante da falta de texto legal, não se reconhece a obrigação do poder público de promover o acesso de todas as pessoas ao ensino superior. Mostra disso são as abordagens doutrinárias sobre o direito à educação universitária, que se cingem ao debate sobre autonomia acadêmica ou sobre a constitucionalidade das ações afirmativas para o ingresso em universidades.³²² Valoriza-se apenas a dimensão não-prestacional do direito. Os rumos são similares no direito à moradia: frente à inexistência de texto constitucional ou legal específicos, a exigência ao Estado do fornecimento gratuito de habitações é tida

³²¹ Adriana SILVEIRA. “Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à educação”, pp. 355 e s., 362 e ss.; Daniel WANG. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, pp. 359-363. Mesmo autores menos afeitos à concessão judicial de direitos sociais prestacionais afirmam a existência deste direito subjetivo. Ver Elival RAMOS. *Ativismo Judicial*, pp. 180-182.

³²² Vide, por exemplo, Marcos MALISKA. “Educação, Constituição e Democracia”, pp. 793-799.

por absurda, o que leva a maioria das discussões ao aspecto defensivo do direito.³²³ Até aqui, as respostas do sistema jurídico aparentam ser logicamente deduzidas das leis, num raciocínio silogístico perfeito: textos legais específicos levam ao reconhecimento de direitos subjetivos; ausência dos padrões legais conduzem à inexigibilidade judicial de prestações concretas. E, assim, o sistema jurídico generaliza expectativas normativas.

Contudo, essa aparente logicidade mostra-se questionável quando se percebe que, em alguns casos, embora não haja textos legais observáveis como regras, generaliza-se a expectativa de que determinadas prestações são imediatamente exigíveis. É o que sucede nas ações judiciais em que se exigem remédios ausentes das listas oficiais do Estado. Nestes litígios, colocam-se, de um lado, os defensores da exigibilidade de prestações derivadas do mínimo existencial. Do outro lado, figuram aqueles que observam a escassez de recursos e as alocações políticas como limites à judicialização. Mesmo diante de tamanha contenda e de tantas críticas, fato é que se reconhece, nas análises doutrinárias de decisões judiciais, a generalização de uma expectativa normativa: caso se contraponha o direito à saúde a discussões de caráter financeiro *no Judiciário*, prevalece o primeiro. Concedem-se remédios e tratamentos caros independentemente do seu valor econômico e da sua previsão em listas legais ou administrativas. A expectativa de que decisões deste tipo continuem a ser proferidas é reconhecida tanto pelos entusiastas da judicialização quanto pelos críticos daquilo que consideram abusos dos tribunais.³²⁴ Como já era notório para LUHMANN³²⁵, a própria crítica de critérios a partir de outros critérios pressupõe uma programática elaborada.

Aparentemente, o uso constante de princípios é incompatível com a conclusão, alcançada nesta rápida análise, de que o direito prossegue realizando sua função na judicialização de direitos sociais mesmo em alguns de seus aspectos mais controvertidos na dogmática. Como demonstrou NEVES, seria mais provável que o fervor principiológico

³²³ É o que ocorre em Gustavo BINENBOJM, André CYRINO. “O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos”, pp. 997-999; Ingo SARLET. “A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos”, pp. 1019-1049.

³²⁴ Confirmam-se Ana Paula BARCELLOS. “O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”, pp. 809 e ss.; José Carlos FRANCISCO. “Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde”, pp. 864-869; Luís BARROSO. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, pp. 875 e s.; Virgílio Afonso da SILVA. “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização de direitos sociais”, pp. 594-598. A evolução jurisprudencial do STF neste setor é descrita, com vasto material empírico, em Daniel WANG. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, pp. 353-359.

³²⁵ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 190.

levasse à perda de parâmetros e à diluição das expectativas normativas. A inocorrência desta desdiferenciação é indício de que, junto com a semântica dos princípios, reutilizam-se regras. Em alguns casos – como no direito de acesso ao ensino básico –, estas regras são explicitamente formuladas a partir do texto constitucional. A dúvida reside nos outros casos, quando textos legais específicos não existem ou são julgados pelo direito como injustos. Nestas situações, a única saída para que o sistema jurídico prossiga realizando sua função parece estar na valorização de padrões jurisprudenciais enquanto regras reutilizáveis. Se isto não ocorresse, dificilmente haveria a redundância necessária para evitar a intromissão política no direito, pois não se vislumbram, nestes casos, equivalentes funcionais aos precedentes para a orientação consistente dos valores lícito/ilícito.³²⁶ Retornando aos exemplos: é exatamente a observação da jurisprudência que permite à doutrina afirmar a expectativa de que juízes concederão remédios mesmo que estes não constem nas listas oficiais e mesmo contra toda a argumentação contrária. Espera-se a concessão dos medicamentos porque os tribunais decidem assim de modo reiterado. No contexto social de hoje, uma tal valorização do precedente como regra programante mostra-se altamente provável.³²⁷

A ênfase no direito judiciário não é fenômeno novo nem se restringe à implementação de direitos sociais prestacionais. LUHMANN³²⁸ identifica o incremento da percepção de liberdade dos juízes já no século XIX, quando já surgiam dúvidas acerca da hierarquia entre legisladores e magistrados. A maior preocupação, no sistema jurídico, deixava de ser a aplicação concreta da vontade dos legisladores, mesmo porque estes poderiam editar leis inconstitucionais ou injustas, a depender do contexto político. Passava-se a dar maior atenção à justiça entre os casos. Para justificar esse desapego em relação ao legislador sem descuidar da vinculação à lei de onde o sistema jurídico retira sua autonomia, criaram-se semânticas como o “espírito da lei”. Afinal, a letra da lei nem

³²⁶ De fato, nestes casos em que não há textos legais suficientes, não se vislumbram outras “fontes” que orientem a utilização do código binário do direito: não é usual a referência a costumes no campo dos direitos sociais; já a doutrina, embora seja abundante, mostra-se altamente controversa e crítica ao modo predominante de judicialização dos direitos sociais; as referências ao direito comparado são bastante escassas; e os princípios, como já se demonstrou, não são parâmetro suficiente.

³²⁷ Embora a controvérsia sobre direito à educação, conforme exposto, seja menor, também não se pode desprezar a relevância da jurisprudência como estabilizadora de regras neste setor. Assim é que afirma ADRIANA SILVEIRA: “consolidou-se uma jurisprudência favorável ao longo dos anos, sobretudo com as decisões preferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Sabe-se que as decisões favoráveis conferem maior visibilidade à possibilidade de reclamar e conseguir judicialmente o direito protegido”. Adriana SILVEIRA. “Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à educação”, p. 364.

³²⁸ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 303-306. Do mesmo autor, também *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, pp. 89 e s.

sempre expressaria sua própria “vontade” de modo adequado. Revalorizava-se a retórica, a tópica e a análise da decisão, em detrimento de teorias do direito mais orientadas ao método dedutivo e à certeza.

Progressivamente, os padrões jurisprudenciais ganham terreno como decisões condicionantes, ou seja, como periferia do sistema jurídico que filtra pressões externas e reduz a complexidade para os tribunais.³²⁹ A percepção da circularidade aí envolvida – uso de decisões do centro do sistema jurídico como periferia do mesmo sistema – dá margem às críticas: é vista como politização, autoritarismo, governo dos juízes. Todavia, no contexto social de hoje, vários fatores favorecem esse uso da jurisprudência quando estão em jogo direitos sociais. A inércia política para a tomada de decisões concretas, a adoção de semânticas principiológicas nos textos legais e a abertura do Judiciário para os conflitos que envolvem direitos sociais não deixam outra opção ao juiz a não ser a busca da *ratio decidendi* em outros casos. A esses fatores, soma-se a popularização da *internet* enquanto meio de difusão da comunicação dos tribunais. Por tudo isso, são raras, hoje, as petições de advogados ou sentenças judiciais que não façam remissão a decisões das cortes.

A própria política já notou a necessidade apresentada pelos juízes de contar com decisões judiciais reiteradas como critérios de decisão. Nos últimos dez anos, foram constantes as reformas legais que visaram à ampliação do uso da jurisprudência na orientação do julgamento de casos futuros. Aquilo que poderia ser considerado antidemocrático passa a ser observado como necessidade do sistema jurídico. Apenas para ilustrar a onda reformadora que valorizou o precedente na última década, podem-se enumerar³³⁰: (i) súmulas vinculantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal; (ii) eficácia vinculante das decisões sob repercussão geral; (iii) técnica dos recursos repetitivos e da súmula impeditiva de recursos; (iv) instituto da reclamação para o controle de decisões que desrespeitem súmulas vinculantes ou decisões do Supremo Tribunal Federal; (v) ampliação dos poderes do relator nos recursos, caso haja precedentes do tribunal a que o julgador pertence ou das cortes superiores; e (vi) julgamento antecipado da lide quando se trata de improcedência de caso idêntico a outros anteriormente decididos. Além de todos estes instrumentos do processo civil, são dignos de nota a extensão da legitimidade para

³²⁹ Neste sentido, MARCELO NEVES parece enxergar os precedentes como equivalentes funcionais dos padrões legais: “há uma impossibilidade prática de aplicação imediata de princípios sem intermediação de regras, sejam essas (atribuídas diretamente a dispositivos) legais ou constitucionais ou construídas (atribuídas indiretamente ao texto constitucional) jurisprudencialmente.” Marcelo NEVES. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 144.

³³⁰ Para maiores detalhes, ver Luis MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, pp. 459 e ss.

provocar o controle concentrado de constitucionalidade e a ampliação do objeto do controle, com a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Não sem razão, identifica-se na valorização do precedente uma relativa convergência entre as famílias da *civil law* e da *common law*.³³¹

Em síntese, nos casos difíceis sobre direitos sociais, a chave para a generalização de expectativas está na reutilização das regras jurisprudenciais reproduzidas nas operações jurídicas. É aí que o sistema encontra os programas condicionais cristalizados que lhe permitem desempenhar sua função mesmo diante da falta de padrões legais. Quanto aos princípios, seu expansionismo desempenha dupla função: (i) encobrir a circularidade presente na valorização do precedente *jurídico* como programação do *direito*; e (ii) fundamentar a eventual mudança de juízos. Atuam como ponto final da reflexão, fazendo parecer menos arbitrária a ligação entre textos constitucionais altamente abstratos e decisões judiciais específicas. O exemplo do acesso a medicamentos ilustra a interação entre regras jurisprudenciais e princípios sob esta perspectiva. A expectativa de que juízes concedam remédios caros deve-se ao fato de que este é o padrão repetido como regra quando o direito à saúde é judicializado. Aos princípios, resta o papel de justificar ou criticar tais juízos – o que sempre é possível, dado seu caráter hidraforme. Dessa maneira, o enfoque sistêmico permite observar como plenamente lógico aquilo que BARROSO e BARCELLOS entendem como contradição: a combinação de técnicas como a ponderação, que em tese exigiriam maior carga argumentativa, com a aceitação da mera referência a súmulas na fundamentação de sentenças.³³²

As regras são fixadas a partir da delimitação de conteúdo dos direitos sociais, inserindo diferenças nos padrões (genéricos ou específicos) oferecidos pelo texto constitucional: *se* alguém precisar de medicamentos vitais, *então* eles serão fornecidos pelo poder público; *se* houver criança em idade escolar, *então* ela tem o direito subjetivo de acesso a creches e a estabelecimentos de ensino infantil, mesmo diante da escassez de recursos. Ao usar de modo redundante estes programas condicionais e ao impor sanções como o bloqueio de verbas ou a fixação de astreintes³³³, os tribunais aproveitam-se da própria institucionalização e procedem, no centro do sistema jurídico, a generalização de expectativas normativas nas dimensões material, temporal e social. Atuando assim, o

³³¹ Mauro CAPPELLETTI. *Juízes Legisladores?*, pp. 124, 134.

³³² Luís BARROSO, Ana Paula BARCELLOS. “A nova interpretação constitucional dos princípios: ponderação, argumentação e papel dos princípios”, p. 123.

³³³ André TAVARES. “Direito fundamental à educação”, pp. 786 e s.

direito deixa às claras sua autonomia em relação ao entorno, incluindo aí as lógicas dos sistemas político e econômico. Afinal, por mais criticados que estes julgados possam ser, eles não seguem programas finalísticos, não utilizam a lógica governo/oposição e não têm como escopo primário a busca pelo poder. Não apontam, portanto, para desdiferenciação do direito ou para a politização dos tribunais. Demonstram, isto sim, que a valorização dos precedentes judiciais viabiliza o desempenho da função do sistema jurídico mesmo nos casos difíceis, ao fornecer-lhe os programas condicionais de que necessita para orientar a aplicação do código binário e, assim, esconder o paradoxo da potencial ilicitude da distinção entre ilícito e ilícito.

Observar pressões ambientais e estruturá-las juridicamente é um papel tradicional da dogmática. Nisso, não há nada de novo no âmbito dos direitos sociais. Relativamente novos são, apenas, alguns dos argumentos apresentados pela dogmática com base nas heterorreferências: reserva do possível, proibição da insuficiência, ativismo judicial em matéria de políticas públicas etc. Embora essa atuação dogmática leve ao direito fortes controvérsias acerca dos direitos sociais, seria exagero concluir – no sentido de MARCELO NEVES – que isso acarreta diluição das expectativas normativas jurídicas. A semântica principiológica, mesmo se usada com frequência, não impõe obstáculo intransponível ao uso de regras pela jurisprudência nem impede o reemprego da *ratio decidendi* em novas operações. Também não significa submissão do direito às lógicas política ou econômica. Pelo contrário, a própria generalização de expectativas normativas altamente controversas na arena política – como as concessões de medicamentos por juízes – demonstra a autonomia do direito. Em suma, a dogmática oferece vários motivos para a variação programática. Mas a decisão cabe somente às operações jurídicas, as quais, ao atribuir os valores lícito e ilícito, criam e reproduzem estruturas, sejam estas legais ou jurisprudenciais.

Claro que sempre haverá alguma variação entre decisões – o uso dos princípios e a argumentação jurídica garantem a mutabilidade típica do direito moderno. Também são esperadas divergências sobre a interpretação das regras estruturadas nas operações jurídicas. Finalmente, tratando-se de fenômeno relativamente recente, é normal que os critérios inicialmente estipulados pelas cortes para a avaliação jurídica de políticas públicas implementadoras de direitos sociais sejam confusos. Todavia, do mesmo modo que ocorre em outros ramos do direito, a criação de exceções, as controvérsias de interpretação e a confusão de critérios não impedem o sistema jurídico de prosseguir generalizando

expectativas normativas. O sistema pode, é verdade, generalizar expectativas normativas criticáveis, arriscadas para o direito e perigosas para outros sistemas. Mas as generaliza. A desdiferenciação, portanto, é pouco provável, embora sempre possível.

4. SOCIOLOGIA DOS DIREITOS SOCIAIS E RISCO

A investigação sociológica da doutrina dos direitos sociais prestacionais confirmou a constatação de que estes direitos trazem consigo grande complexidade devido às múltiplas referências ao entorno social do sistema jurídico. Todos os argumentos abordados, de algum modo, remetem a problemáticas e paradoxos do ambiente do direito. Se esta é a peculiaridade da judicialização dos direitos sociais, as soluções jurídicas para alcançar a decidibilidade precisam passar pela abertura cognitiva. O sistema jurídico não é capaz de substituir outros sistemas no desempenho de suas funções. Não consegue lidar com o problema da escassez nem decidir de modo coletivamente vinculante. Então, para que siga operando quando estes problemas são tematizados juridicamente, precisa aproveitar-se da redução de complexidade realizada pelos outros subsistemas sociais. Todavia, a abertura é apenas um dos lados da forma. Pressupõe sempre o fechamento, que pode ser identificado com a consistência, redundância do sistema no plano operativo.

Neste capítulo, serão abordados caminhos que se apresentam ao direito para lidar com a complexidade dos direitos sociais nessa constante reprodução da forma abertura/fechamento. Não se devem esperar soluções jurídicas revolucionárias. Pretender orientar o sistema jurídico cientificamente seria desconhecer os limites operativos tanto do

direito quanto da ciência. O intuito será mais modesto: verificar, no modo operacional do sistema jurídico, algumas potencialidades para o tratamento dos direitos sociais em juízo, de modo a permitir a combinação entre adequação social e consistência suficiente do sistema. Antes, como modo de alerta, serão apresentados alguns riscos presentes em qualquer decisão jurídica sobre a dimensão prestacional dos direitos sociais.

a. Riscos do controle jurídico das políticas públicas

Nos capítulos anteriores, já se demonstrou a alta complexidade com que o sistema jurídico se defronta quando direitos sociais são judicializados. Temáticas ambientais como a escassez de recursos, as políticas públicas e a inclusão social precisam ser reconstruídas sob a forma lícito/ilícito para que o direito possa decidir sobre a dimensão prestacional dos direitos sociais. Paradoxalmente, ao reduzir essa complexidade em suas operações, o direito também cria nova complexidade. As decisões jurídicas sobre direitos sociais abrem um novo leque de possibilidades para os outros sistemas. O objetivo deste item é analisar algumas destas possibilidades. Como pressuposto, destaca-se a inviabilidade de que o sistema jurídico exerça controle sobre as consequências ambientais de suas próprias decisões.

A diferença risco/perigo pode ser frutífera para esta análise. Riscos e perigos fazem-se presentes quando não se sabe com precisão a maneira como decisões tomadas no presente condicionam o futuro, embora seja certo que isto ocorra.³³⁴ Portanto, são conceitos ligados à possibilidade de acontecerem futuramente danos imputáveis a alguma decisão. A diferença entre ambos situa-se na atribuição do resultado danoso.³³⁵ No risco, atribui-se o dano a decisões tomadas no próprio sistema. No perigo, diversamente, o dano é imputado a evento de outro sistema. LUHMANN ilustra a diferença com um exemplo trivial: para o fumante, doenças respiratórias são um risco; para terceiros que inalam a fumaça exalada, as doenças são um perigo. Pela descrição, fica claro que a problemática da dualidade risco/perigo tem relação próxima com a questão da causalidade. Em ambos os casos, há dinâmica entre as dimensões social e temporal da comunicação. Assim como a

³³⁴ Conferir a dualidade risco/perigo em CORSI, ESPOSITO e BARALDI. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, p. 141.

³³⁵ Niklas LUHMANN. “Risiko und Gefahr”, p. 131.

caracterização de um possível dano como risco ou perigo depende da perspectiva adotada, também as relações de causa e efeito são seleções de um observador diante de diversas causas e vários efeitos possíveis.³³⁶ Mudando o observador, muda a causa. No mesmo exemplo, o não-fumante vê no comportamento do fumante a causa do perigo à própria saúde; o fumante, por sua vez, pode enxergar no comportamento do outro, ao permanecer ao seu lado, a causa do mesmo risco.

A dimensão temporal tem grande relevância para a binariedade risco/perigo. Decisões precisam ser tomadas no presente sem que seus futuros resultados sejam conhecidos *a priori*. As expectativas têm importante papel precisamente neste ponto, ao servir como apoio para a tomada da decisão mesmo diante das incertezas quanto ao futuro. O sistema jurídico, ao estabilizar expectativas contrafáticas, disponibiliza este apoio de modo generalizado. Normas jurídicas vinculam, mesmo se a decisão tiver consequências diferentes das esperadas. Por mais que o futuro possa ser diverso daquilo que se imagina ou planeja, aquele que confiou na expectativa jurídica permanecerá protegido. Em caso de frustração, o próprio direito dispõe de mecanismos para restaurá-la: indenizações, prisões e compensações.

Embora as normas jurídicas, ao lado da escassez econômica, sejam modo de lidar com a contingência do futuro, não se pode afirmar, de modo algum, que o direito exclui o risco. O sistema jurídico apenas viabiliza que, apesar deste, decisões sejam tomadas. Não seria exato afirmar nem mesmo que o direito diminui os riscos na tomada de decisões. Pelo contrário, decisões jurídicas também os criam e ampliam. Aliás, toda precaução em relação a danos futuros é arriscada. Tentativas de diminuir o risco afetam apenas sua magnitude, o momento em que o dano ocorre ou a distribuição das perdas e ganhos dele decorrentes.³³⁷ Mas o risco persiste. O próprio modo como o direito opera para realizar sua função pode gerar danos. Ao funcionar com referência a casos concretos, num tempo diverso daqueles de outros subsistemas sociais e limitado por programas condicionais que não se adequam à contingência do futuro (antes orientam as decisões diante e apesar desta), o direito gera decisões observáveis como danosas, como se demonstrará adiante.

Não se pretende, com a abordagem dos riscos envolvidos na empreitada jurídica, construir imagem excessivamente pessimista. A judicialização dos direitos sociais

³³⁶ Neste sentido, Javier NAFARRATE. *Luhmann: la política como sistema*, p. 112.

³³⁷ Niklas LUHMANN. “Risiko und Gefahr”, p. 128.

pode trazer ganhos significativos no que diz respeito à inclusão/exclusão social. Mais uma vez, os exemplos mais detalhados são os do direito à saúde. Na década de 1990, proliferaram ações em que se objetivava acesso aos antirretrovirais para tratamento dos portadores do vírus HIV. As condenações impostas ao Estado fizeram com que o sistema político atuasse de modo proativo, quebrando patentes e negociando os preços daqueles medicamentos com a indústria farmacêutica.³³⁸ O resultado desta política pública foi a universalização do atendimento e da distribuição dos remédios a todos os portadores do vírus, transformando o Brasil num exemplo de combate à AIDS. Em outras palavras, ações individuais generalizaram a expectativa normativa de que antirretrovirais deveriam ser distribuídos gratuitamente ao público que necessitasse. A política, por sua vez, atendeu à expectativa e evitou novas condenações, o que causou queda vertical do número de demandas. Assim, a judicialização do direito da saúde gerou cadeia de estímulos positivos entre os sistemas jurídico, político e de tratamento de doentes.³³⁹ O Judiciário apareceu como possível instância da articulação de lutas por melhores políticas públicas e por mudanças legislativas.

Algo similar ocorreu na Colômbia, como descrevem SAFFON e GARCÍA-VILLEGAS³⁴⁰. A jurisprudência dominante na Corte Constitucional Colombiana, favorável à concessão de medicamentos ausentes das listas estatais a quem corresse risco da vida, provocou imenso incremento do número de ações que tematizavam o direito à saúde. Enquanto em 1995 havia somente três mil ações conexas a este direito social, a cifra saltou para quarenta mil ações em 1999. De modo impressionante, ao final do século XX, ações que versavam sobre direito à saúde representavam 30% de todos os litígios judiciais

³³⁸ A descrição das sucessivas condenações como causa da formulação de novas políticas públicas não é consensual. Bentes e Hoffman, por exemplo, afirmam: “[n]ão há evidência de que a Lei de 1996 tenha sido induzida pelo volume de litígios. Ao contrário, ela resultou de uma campanha da mídia liderada por ONGs, promovida por pressões no Congresso Nacional e no governo estadual”. Florian HOFFMANN; Fernando BENTES. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, p. 411. A controvérsia comprova que relações de causalidade são sempre seleção de causas e efeitos, dentre diversas possibilidades, por um observador, assim como a qualificação de tais efeitos como “positivos”.

³³⁹ Sobre a influência dos litígios judiciais sobre a política pública de distribuição dos antirretrovirais, ver Virgílio da SILVA, Fernanda TERRAZAS. “Claiming the right to health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded?”, p. 845 e s. De modo mais específico, ver Miriam VENTURA, Luciana SIMAS, Vera PEPE, Fermin SCHRAMM. “Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde”, p. 78, onde se lê: “A ampla estratégia de advocacia empreendida pelas organizações não-governamentais (ONGs), em todo o Brasil, resultou numa jurisprudência favorável à responsabilização dos entes federativos no cumprimento imediato desta prestação estatal (...) e em avanços nas políticas públicas de saúde às pessoas com HIV/Aids, em especial o acesso universal e gratuito aos medicamentos antirretrovirais (...). De fato, parece que este segmento conseguiu estabelecer uma relação positiva entre acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde”.

³⁴⁰ María SAFFON, Mauricio GARCÍA-VILLEGAS. “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, pp. 96-99.

daquele país. Como no Brasil, essa judicialização foi considerada excessiva. Organizações políticas recusaram-se a cumprir as ordens da Corte e tentaram diminuir sua competência em matérias que envolvessem alocação de recursos estatais escassos, o que gerou fortes conflitos institucionais.

Isso mudou entre 1998 e 2006. Nesta segunda fase, a maior consolidação da jurisprudência firmada na Corte foi acompanhada pela mitigação dos conflitos entre as organizações jurídicas e políticas. As instituições estatais reguladoras da saúde pública passaram a aplicar o precedente do Tribunal sobre direito à saúde antes mesmo do ingresso do paciente em juízo. Essa atitude política se materializou na criação de um comitê, formado por técnicos da área médica, com a competência para decidir se o pleiteante deveria ou não receber um medicamento prescrito que não constasse nas listas oficiais. Além disso, aprovou-se lei que incentivava o cumprimento dos precedentes da Corte em tema de saúde, sem a necessidade de ajuizamento da ação. Tal aceitação de pretensões jurídicas pelo sistema político gerou resultados também no próprio direito. Animada pela alta eficácia de seus precedentes, a Corte desvinculou o direito à saúde do direito à vida e passou a conceder a tutela mesmo naqueles casos em que não havia risco de morte iminente, ampliando o alcance do direito social. O resultado de todo esse ativismo no Judiciário, paradoxalmente, foi a diminuição do próprio ativismo. Após servir de gatilho para mudanças na orientação de políticas públicas e com a confirmação espontânea, pelo Estado, das expectativas normativas jurídicas, os tribunais deixaram de ser via necessária para a obtenção dos medicamentos. Por isso, a quantidade de ações em que se pleiteavam remédios diminuiu fortemente na década passada.

Em suma, a judicialização dos direitos sociais pode funcionar como gatilho para a obtenção de bons resultados políticos. Há sempre a possibilidade de sucesso dessas demandas não apenas enquanto manutenção de expectativas normativas, mas também como confirmação de suas pretensões por outros subsistemas. Todavia, as cadeias de estímulos positivos nem sempre ocorrem. A diferenciação social em sistemas históricos, que selecionam estímulos do entorno e respondem à sua própria maneira, torna as consequências indesejáveis igualmente possíveis.³⁴¹ Qualquer resultado visado é

³⁴¹ No acesso a medicamentos, como contraponto ao sucesso dos litígios que visavam à obtenção de antirretrovirais, podem-se citar muitos outros casos em que os remédios concedidos judicialmente não foram nem mesmo incorporados pelas portaria e protocolos clínicos. É o que se afirma em BELLATO, ARAÚLO, NEPLOMUCENO, MUFATO, CORRÊA. “Mediação do direito à saúde pelo tribunal de justiça: análise da demanda”, p. 359.

contingente. O sistema jurídico não tem a capacidade de intervir diretamente seu entorno para corrigir os rumos nele tomados. Apenas consegue generalizar expectativas normativas sobre a dinâmica ambiental e, atuando sobre o meio “poder”, tornar provável a confirmação coercitiva destas expectativas em casos concretos. Contudo, não há controle jurídico sobre o modo como suas expectativas serão observadas, o que gera inúmeros riscos, alguns dos quais podem ser vislumbrados.

Em primeiro lugar, constata-se risco à legitimidade do estado de direito – paradoxalmente, o mesmo que possibilita a judicialização de direitos sociais. Imagine-se, por exemplo, que o maior acesso ao Judiciário, viabilizado pela implantação de Defensorias Públicas e pela atuação incisiva do Ministério Público, leve ao aumento exponencial do número de sentenças que concedem medicamentos dos mais caros.³⁴² As chances de que o Estado, atuando como agente econômico, não disponha de orçamento suficiente para cobrir esses gastos seriam altas. Como resposta, organizações políticas poderiam, sob o argumento da reserva do possível e em sentido inverso à experiência colombiana, simplesmente deixar de observar as sentenças condenatórias. Diante do uso inflacionário do poder, este meio perde seu valor. Como explica NAFARRATE³⁴³, chega-se a inflações “quando [a comunicação] pressupõe mais confiança do que se pode produzir. (...) No caso do poder, a inflação consiste em que se oferece uma política que não se pode realizar”. Não é apenas o sistema político que sofre pelo uso inflacionário do poder. O direito também opera sobre este meio para desempenhar sua função e decisões judiciais também podem realizar promessas irrealizáveis.

Os danos advindos desta evolução seriam gravosos tanto para o direito quanto para a política. O primeiro poderia perder a credibilidade como instância generalizadora de expectativas normativas, dada a crescente ineficácia de suas decisões. As expectativas normativas relativas aos direitos sociais se diluiriam e o direito deixaria de desempenhar,

³⁴² A tendência parece já se confirmar. OCTÁVIO FERRAZ e FABIOLA VIEIRA indicam, em pesquisa empírica: “[n]o período de 2002 a 2006, houve crescimento de 123,9% no valor liquidado de ações do orçamento da União que financiam a aquisição de produtos farmacêuticos, ou seja, mais de 16 vezes superior ao aumento com os gastos totais em saúde”. Conferir em OCTÁVIO FERRAZ, FABIOLA VIEIRA. “Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante”, p. 232. MARCOS VERÍSSIMO, ao tratar das tendências ativistas do Judiciário brasileiro, descreve a dificuldade, já sentida por este Poder, de lidar com o volume de litígios com os quais se defronta. Ver Marcos Paulo VERÍSSIMO. “A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial ‘à brasileira’”, p. 411.

³⁴³ JAVIER NAFARRATE. *Luhmann: la política como sistema*, pp. 108, tradução livre. No original: “Se llega a inflaciones cuando la comunicación arrastra a descubierto su potencial de confianza, es decir, cuando presupone más confianza de cuanto puede producir. (...) En el caso del poder, la inflación consiste en que se ofrece una política que no se puede realizar”.

neste âmbito, sua função. O sistema político também não sairia ileso. Afinal, a aquisição evolutiva “estado de direito” possibilita a autolegitimação do sistema político por meio do uso da dualidade lícito/ilícito como segundo código. Admitir expressamente a opção pela ilicitude poderia trazer instabilidade insuportável ao sistema, já que não seria possível aproveitar a prévia diminuição de complexidade realizada pelo direito. Consequentemente, o Estado teria o ônus de encontrar, na política, novas instâncias de legitimação, o que parece improvável no sistema social moderno.

Outro risco gerado pela estabilização, no Judiciário, da expectativa normativa de que remédios devem ser concedidos pelo poder público, não importando os seus custos ou a previsão orçamentária, localiza-se na interação entre direito e economia. Trata-se da captação dos recursos públicos por empresas, em especial pela indústria farmacêutica. A implementação do direito à saúde por ações individuais pode ser vista como oportunidade de lucro. Organizações econômicas, então, tendem a aproveitar esta alternativa e estimular novas ações judiciais por intermédio do patrocínio a entidades “filantrópicas” do terceiro setor que representam os pacientes.³⁴⁴ Com o incremento da demanda, o resultado provável no mercado é o aumento dos preços do remédio pleiteado, o que resulta em maiores lucros para a empresa e em perda financeira para o Estado e potenciais beneficiários de outras políticas públicas, preteridas para que as ordens judiciais possam ser cumpridas.

A judicialização assume riscos relevantes também enquanto tentativa de “inclusão social” dos menos favorecidos por meio do direito. Em especial no Brasil, marcado pelo acesso desigual aos subsistemas sociais, abrir as portas do Judiciário para pleitos relativos aos direitos sociais pode significar conceder as prestações estatais preponderantemente àqueles que delas menos precisam e marginalizar os que mais necessitam. Em pesquisa empírica realizada no Judiciário paulista, SILVA e TERRAZAS³⁴⁵

³⁴⁴ É a conclusão a que se chega em Virgílio da SILVA, Fernanda TERRAZAS. “Claiming the right to health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded?”, p. 844. Os autores constataram que, em 67% das ações patrocinadas por ONGs, pleiteava-se o acesso a medicamento para artrite reumatóide. Ao cruzar dados, perceberam que este número coincidia com a quantidade de litigantes que não sabiam o nome da associação que patrocinou a demanda. Isto sugere, para os pesquisadores, que há “patrocinadores” do ajuizamento de ações judiciais. No mesmo sentido, Miriam VENTURA, Luciana SIMAS, Vera PEPE, Fermin SCHRAMM. “Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde”, p. 80: “Um tema persistente que perpassa as discussões refere-se ao *marketing* comercial e/ou *lobby* exercido pela indústria e comércio farmacêutico, junto a segmentos sociais (pesquisadores, pacientes, médicos) e governamentais, para incorporação de seus produtos, o que poderia estar exercendo papel importante no sentido de estimular a demanda judicial para incorporação de novos medicamentos”.

³⁴⁵ Virgílio da SILVA, Fernanda TERRAZAS. “Claiming the right to health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded?”, pp. 830 e s. Segundo os autores, mais de 60% dos entrevistados que lograram êxito no Judiciário obtiveram prescrições de médicos particulares, o que indica maior poder

detectaram que os maiores beneficiários da concessão judicial de medicamentos negados por instâncias administrativas são aqueles que já fruem adequadamente os direitos sociais (em especial, educação, moradia, renda e a própria saúde). Quanto melhor o nível de vida, mais fácil é o acesso ao Judiciário e maior a oportunidade de obter os remédios. Desse modo, aqueles que já têm acesso razoável ao sistema de tratamento de doentes – por terem contratado planos de saúde particulares, por exemplo – obtêm do poder público remédios mais eficazes e mais caros do que os usuários habituais do Sistema Único de Saúde. Do lado oposto, cidadãos que não contam com condições econômicas mínimas ou que não têm acesso a informações acerca dos direitos sociais nem mesmo veem nos tribunais um âmbito de atuação para obter prestações estatais. Consequentemente, recursos estatais são desviados, por meio do Judiciário, de políticas públicas universais de saúde para a distribuição de remédios focalizada nos menos necessitados. A conclusão dos autores é a de que o Judiciário não está sendo, ao menos no âmbito pesquisado, uma alternativa institucional para que o pobre, marginalizado do processo político, tenha voz. A dinâmica estabelecida de modo prevalecente excluiria ainda mais o já excluído e privilegiaria o já privilegiado.³⁴⁶

Este resultado corrobora a existência das chamadas redes de exclusão. Barrar o acesso ao sistema educacional ou incluir no sistema econômico pelo lado negativo (não ter) implica, quase inexoravelmente, impedir o acesso também ao sistema jurídico. Com isso, a promessa de inclusão social por meio do direito se torna letra morta, pois as

aquisitivo (pp. 834, 840 e s.). Tal fato é confirmado pelo local de residência dos litigantes: quase metade deles vive em áreas de classe média (p. 837). Finalmente, os litigantes têm padrão de escolaridade superior à média brasileira (p. 838). Em sentido oposto, Miriam VENTURA, Luciana SIMAS, Vera PEPE, Fermin SCHRAMM. “Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde”, p. 90, onde se indica a preponderância de hipossuficientes econômicos entre os que litigam por medicamentos. Chega-se a esta conclusão pelo fato de 95% dos litigantes terem concedida a gratuidade de justiça ou haverem sido representados pela Defensoria Pública. Esta última pesquisa foi realizada no Rio de Janeiro, o que pode justificar o resultado dispare.

³⁴⁶ Tal é a conclusão também de OCTÁVIO FERRAZ e FABIOLA VIEIRA: “[a] realocação judicial dos recursos de saúde não é totalmente aleatória, mas obedece, muitas vezes, ainda que não deliberadamente, a uma lógica perversa de transferência de recursos, dos mais necessitados aos mais privilegiados da sociedade. Esse resultado se explica da seguinte maneira. A saúde é determinada em grande medida (...) por fatores socioeconômicos e biológicos diversos, como acesso à informação, escolaridade, condições de habitação (geográficas e de infraestrutura), trabalho, renda, etnia, sexo, idade, deficiências etc. Desigualdades em qualquer desses âmbitos são frequentemente reproduzidas nas condições de saúde da população.” Octávio FERRAZ, Fabiola VIEIRA. “Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante”, pp. 243 e s. CHIEFFI e BARATA também afirmam ser geradora de privilégios a judicialização da assistência farmacêutica estatal. No entanto, apresentam crítica menos profunda. Afirmam as autoras: “o acolhimento dessas demandas, no mais das vezes, significa o estabelecimento de privilégios para aqueles indivíduos com poder aquisitivo para contratar um advogado e acionar o Estado”. Ora, se o problema fosse somente a escassez de recursos para contratar advogado, a instalação de Defensorias Públicas nos estados já o haveria resolvido. O problema vai além do acesso a profissionais do direito. Ver Ana CHIEFFI, Rita BARATA. “Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade”, p. 1.840.

demandas dos excluídos nem chegam a ser formuladas juridicamente. Nestes contextos, a garantia de acesso ao Judiciário não passa de artifício formal que encobre o distanciamento entre aqueles que caem nas redes de exclusão e os poderes do Estado. Em circunstâncias assim, o risco produzido pela judicialização de direitos sociais é enorme. A falta de acesso ao Judiciário por parte significativa da população e a judicialização predominantemente por setores mais abastados representam confirmação da expectativa cognitiva de que somente os ricos têm direitos e de que apenas eles são beneficiados pelas prestações estatais.³⁴⁷ Os direitos sociais alardeiam maior inclusão, mas sua judicialização provoca exclusão e revolta.

Embora os exemplos sobre acesso a medicamentos sejam os mais comuns, judicializar a dimensão prestacional de outros direitos sociais é tarefa igualmente arriscada. Quando se leva o direito à educação aos tribunais, por exemplo, também são diversos os resultados negativos possíveis. Dentre eles, alguns dos mais peculiares são a contratação de docentes temporários, de habilidade profissional duvidosa, apenas para que se dê a sentença por cumprida,³⁴⁸ e a utilização da derrota judicial como estratégia do próprio poder público para justificar a dispensa da licitação na contratação de prestadores de serviços, dando azo ao desvio de recursos.³⁴⁹ Em ambas as situações, o cumprimento das sentenças provoca dispêndio de dinheiro público que poderia ser utilizado de maneira mais eficiente.

Se tantos são os riscos/perigos que acompanham a judicialização dos direitos sociais, uma saída fácil seria impedir o acesso de novos conflitos ao Judiciário ou, respeitando o *non liquet*, decidir que os direitos sociais são apenas normas programáticas, não exigíveis. Seria uma espécie de autocontenção do direito frente à percepção dos próprios riscos. Todavia, como toda decisão, esta também é arriscada. Barrar a judicialização dos direitos sociais pode equivaler a deixa-los à mercê do sistema político,

³⁴⁷ É o que concluem MARCOS SILVA, EFIGÊNIA FERREIRA e GIRLENE SILVA em interessante estudo empírico no qual se entrevistaram usuários do SUS: “Do arcabouço legal à prática do sistema de saúde, os discursos a seguir acusam o hiato que existe, percebido e sentido nas ações experimentadas, que cria incoerências entre um direito legalmente garantido e o cumprimento desta lei constitucional. (...) As representações elaboradas mostram sujeitos que afirmam somente ter direito à saúde os detentores de poder e influência na esfera das relações, discriminando o indivíduo oprimido e que vive à margem da sociedade dominante, enquanto não detentor do saber que lhe confere *status* de cidadão, legalmente constituído como sujeito e, ao mesmo tempo, protagonista das ações de saúde”. Conferir pp. Marcos da SILVA, Efigênia FERREIRA, Girlene da SILVA. “O direito à saúde: representações de usuários de uma unidade básica de saúde”, pp. 1.193 e s.

³⁴⁸ Florian HOFFMANN; Fernando BENTES. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, p. 399.

³⁴⁹ Florian HOFFMANN; Fernando BENTES. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, p. 404.

sem a generalização de qualquer expectativa normativa. Os direitos sociais passariam a desempenhar papel meramente simbólico, camuflando sua total instrumentalização pela política.³⁵⁰

Enfim, todos estes são apenas alguns dos riscos presentes na judicialização dos direitos sociais. O próprio conceito de risco nega a exaustividade de qualquer enumeração. De toda maneira, perceber que qualquer decisão judicial neste campo é potencialmente danosa leva à conclusão de que a causa dos riscos não está apenas em disfunções do sistema jurídico. O funcionamento normal do direito também é arriscado. Isto se deve ao fato de que o direito se insere numa sociedade hipercomplexa, constituída por subsistemas que atuam num tempo próprio, com parâmetros díspares e objetivos muitas vezes contrapostos. Neste contexto, é incerto o modo como sentenças que disponham sobre direitos sociais serão observadas por outros subsistemas. O dano sempre pode ocorrer e, já que decisões jurídicas são um dos condicionamentos do futuro, elas sempre podem ser selecionadas como causas.

É exatamente nesta seleção de causas que se situa uma importante fonte de conflitos na judicialização dos direitos sociais, que justifica o uso da distinção entre riscos e perigos. De um lado, o sistema jurídico critica aquilo que vê como inépcia da política na concretização das normas constitucionais. Atribui o risco de exclusão social às escolhas políticas inadequadas. De outro lado, o sistema político questiona aquilo que considera intromissão dos tribunais em assuntos políticos. Observa a exclusão como perigo decorrente de decisões jurídicas. Essa divergência não tem solução fácil. Afinal, a sincronização completa de qualquer subsistema social com comunicações ambientais acarretaria perda de consistência e risco de desdiferenciação. Nas condições modernas, isto é improvável. Significaria politização do direito ou incapacidade da política de realizar sua função de modo autônomo.

Diante de tamanha complexidade, resta ao direito somente uma alternativa: continuar generalizando expectativas contrafáticas. As possíveis mudanças que podem ocorrer no sistema jurídico dizem respeito precisamente ao conteúdo da expectativa

³⁵⁰ Sobre este fenômeno, explica MARCELO NEVES: “[n]o caso de constitucionalização simbólica, a politização desdiferenciante do sistema jurídico não resulta do conteúdo dos próprios dispositivos constitucionais. Ao contrário, o texto constitucional proclama um modelo político-jurídico no qual estaria assegurada a autonomia operacional do direito. Mas no sentido em que se orientam a atividade constituinte e a concretização do texto constitucional resulta o bloqueio político da reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico”. Marcelo NEVES. *A constitucionalização simbólica*, p. 149.

generalizada – desde a de que todos serão incluídos como pessoas nos subsistemas sociais até a de que somente a política deve decidir acerca desta inclusão, cabendo várias nuances entre estes extremos. Porém, qualquer que seja a expectativa estabilizada, isto não mitiga o fato de que o presente do futuro sempre poderá ser diverso do futuro do presente. Dificilmente o sistema jurídico consegue conduzir a sociedade aos ideais de justiça distributiva ou ao planejamento almejado pelos que veem no direito uma alternativa para a inclusão social. Enquanto ideais, estes objetivos se situam sempre no futuro. O direito não tem capacidade operativa de mudar isso. Pode apenas continuar servindo como apoio para que se tomem decisões no presente, apesar do futuro imprevisível e arriscado.

b. Dogmática adequada dos direitos sociais

Diante de tantos riscos com os quais o direito se depara rotineiramente, pode-se indagar se a sociologia sistêmica pode, de alguma maneira, auxiliá-lo na busca pela justiça, enquanto conexão entre adequação social e consistência suficiente. Afinal, a ciência é o âmbito por excelência da construção de conhecimento da sociedade moderna e não há nada que impeça que o direito se aproveite dos resultados científicos provisórios para buscar adequação social com consistência interna. Aliás, o sistema jurídico utiliza tradicionalmente conhecimentos científicos para formar juízos sobre casos concretos. Basta lembrar das perícias, utilizadas em procedimentos judiciais como meios de prova, na qual se utilizam conhecimentos científicos com o intuito de construir as informações de que o direito precisa.

Admitir que o direito pode aproveitar conclusões científicas é algo diverso de afirmar que a ciência é capaz de orientar a aplicação da dualidade lícito/ilícito.³⁵¹ Os sistemas jurídico e científico funcionam de modos bastante díspares e, por isso, seus códigos são intangíveis. O direito envolve modo de atuar predominantemente dogmático: parte-se de dogmas para chegar à decisão imposta pela proibição do *non liquet*. De maneira bastante diversa, a ciência se utiliza de um raciocínio eminentemente zetético.³⁵² Seus

³⁵¹ A possibilidade de a ciência oferecer diretamente respostas para a aplicação do código binário do direito são excluídas em Niklas LUHMANN. *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 280.

³⁵² Sobre a distinção entre zetética e dogmática, vide Tércio FERRAZ JR. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, pp. 44-51.

pontos de partida não são dogmas, mas hipóteses que podem ser confirmadas ou não. Seus pontos de chegada não são decisões, mas conclusões sempre provisórias e falseáveis. Prefere ampliar os campos temáticos ao invés de reduzi-lo a decisões corretas ou úteis.³⁵³ Efeito dessas diferenças, no plano funcional, é que enquanto o direito generaliza congruentemente expectativas normativas, a ciência é a instância social de acumulação de conhecimentos.

O enfoque funcional aqui empreendido impede tanto a orientação científica de operações jurídicas quanto a contaminação da ciência com opiniões dogmáticas.³⁵⁴ Pretender orientar o direito cientificamente corresponderia a um tipo de jusnaturalismo científicista inadequado à sociedade de hoje. A hipercomplexidade moderna levou ao desenvolvimento do direito positivo, modificado e legitimado por decisões, e não pela racionalidade científica ou pela natureza das coisas. Isso não foi mera obra do acaso. O direito positivo desempenha sua função na sociedade moderna precisamente por conseguir generalizar expectativas contrafáticas e, simultaneamente, modificá-las quando preciso. A congruência com juízos científicos abalaria decisivamente esse ganho evolutivo. A recíproca é verdadeira. Trazer para a ciência pretensões internas ao direito – correção das respostas, busca de resultados justos, orientação normativa – seria empecilho ao desempenho da função de acumular conhecimento.

Portanto, as condições policontextuais da sociedade moderna restringem enormemente o potencial científico como orientação do sistema jurídico.³⁵⁵ Contudo, não impedem que a sociologia construa conhecimento acerca do funcionamento do direito e apareça para este sistema como espelho, de modo que o sistema jurídico possa perceber o modo como tradicionalmente realiza a sua função para adequá-lo a novos âmbitos de atuação. Esse será o intuito neste item e no próximo. Verificar-se-ão potencialidades e

³⁵³ Niklas LUHMANN. *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 285.

³⁵⁴ Niklas LUHMANN. *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 290.

³⁵⁵ Teubner chega à mesma conclusão: “Psiquiatria, sociologia, análise política e análise econômica entrarem de modo bem sucedido na esfera jurídica, mas o resultado não é um grau maior de isomorfia entre direito e realidade social que resultaria em políticas jurídicas mais racionais. Antes, o iluminismo do direito pela ciência social resultou em consequências não antecipadas – a produção de artefatos híbridos com status epistêmico ambíguo e consequências sociais desconhecidas.” Conferir Günther TEUBNER. “How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law”, p. 747, tradução livre. No original: “Psychiatry, sociology, policy analysis, and economic analysis have successfully entered the legal sphere, but the result is not a greater degree of isomorphy of law and social reality that would result in more rational legal policies. Rather, the social science enlightenment of law has resulted in unanticipated consequences – the production of hybrid artifacts with ambiguous epistemic status and unknown social consequences”.

limitações do funcionamento do sistema jurídico para lidar com a complexidade trazida pela judicialização dos direitos sociais.

A sociologia do direito de matriz luhmanniana percebe com clareza os paradoxos com os quais o sistema jurídico precisa lidar cotidianamente para operar e realizar sua função na sociedade. Por um lado, o direito precisa ser consistente. Suas decisões não podem se submeter à lógica ambiental, sob pena de perder a especificidade do modo jurídico de atuar e de não desempenhar sua função social. Por outro lado, o direito precisa buscar alguma adequação social. Caso contrário, torna-se isolado do entorno, com o risco de tentar generalizar expectativas cuja confirmação se mostra impossível. O modo como o sistema jurídico liga a consistência à adequação social é a construção de parâmetros reutilizáveis. Em termos sistêmicos, é a diferença codificação/programação que conecta o fechamento à abertura, a auto-observação à heterorreferência.

Ocorre que um dos efeitos da complexidade que acompanha os direitos sociais é a insuficiência de programas condicionais considerados satisfatórios. O motivo disto é a relação multifacetada entre os sistemas jurídico e político. O acoplamento estrutural “constituição”, reinserido no direito, viabiliza que este sistema observe decisões políticas como programas condicionais. Ao mesmo tempo, possibilita que o direito julgue ilícitas estas mesmas decisões políticas. É por isso que a constituição torna o direito simultaneamente dependente e independente de seu entorno político. Ocorre que quando a política não decide sobre os direitos sociais ou quando constrói leis consideradas inconstitucionais nesta matéria, o sistema jurídico aparentemente carece de programáticas. Consequência, como reiterado ao longo do trabalho, é a visibilidade do paradoxo: por que é lícito, então, decidir sobre direitos sociais?

A dogmática pode desempenhar papel importante precisamente neste ponto. Embora não sejam consideradas vinculantes pelo sistema jurídico, observações doutrinárias têm desempenhado, tradicionalmente, o papel de condensar estruturas reutilizáveis nas decisões jurídicas. Por intermédio da interpretação de vários textos legais – muitos dos quais não relacionados diretamente com os casos concretos –, a dogmática constrói novos padrões e facilita a conexão entre operações jurídicas. Reduz o “ônus argumentativo” do magistrado, para usar termo comum à teoria do direito.³⁵⁶ Ao mesmo tempo, é capaz de construir imagem jurídica acerca do mundo circundante e de facilitar

³⁵⁶ Cláudio de SOUZA NETO. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, p. 534.

variações internas ao direito sem perda de consistência. Com isto, promove decidibilidade e esconde o paradoxo constitutivo do sistema jurídico.

Contudo, no âmbito dos direitos sociais, a dogmática não tem desempenhado este papel a contento. Como demonstrado no capítulo 3, a argumentação jurídica e as construções dogmáticas sobre direitos sociais têm tendido ora para a excessiva redundância, ora para uma abertura desmedida. Por um lado, classifica-se a judicialização dos direitos sociais como politização dos tribunais e resiste-se em abordar as peculiaridades dos novos temas levados ao sistema jurídico. Por outro lado, desenvolvem-se semânticas demasiadamente principiológicas, incapazes de oferecer parâmetros para a decisão nos casos em que direitos sociais são levados aos tribunais. Resultado disto é que a dogmática deixa de atuar como modo de ligar consistência suficiente à variação adequada. Passa a justificar qualquer decisão e, com isto, perde-se no direito uma instância condensadora de estruturas e redutora da complexidade com que operações jurídicas possam contar. Na verdade, a dogmática dos direitos sociais tem promovido aumento da complexidade desestruturada que chega ao centro do sistema jurídico e, com isso, provocado nos tribunais a necessidade de reduzir bruscamente a complexidade que neles ingressa.³⁵⁷ O intuito deste item é mostrar algumas características de uma dogmática dos direitos sociais que seria adequada. Não se trata de cientificismo – conclusões científicas não serão tratadas como dogmas. Apenas se pretende demonstrar alguns aspectos sistêmicos e ambientais que uma dogmática dos direitos sociais precisa considerar para que resgate sua função.

Segundo LUHMANN³⁵⁸, a nível de pretensão de justiça no sistema jurídico, “o grau de abstração da dogmática jurídica e a medida em que as questões jurídicas se decidem segundo critérios próprios do direito não podem fixar-se independentemente das expectativas sociais, do mesmo modo que, em contrapartida, estas expectativas estão orientadas às possibilidades que o sistema jurídico oferece”. Adaptada esta ideia à terminologia mais avançada do autor, pretende-se dizer que, na busca pela complexidade

³⁵⁷ Ver, por exemplo, em Luís BARROSO, Ana Paula BARCELLOS. “A nova interpretação constitucional dos princípios: ponderação, argumentação e papel dos princípios”, p. 123: “quando uma decisão judicial envolve a técnica na ponderação o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão”.

³⁵⁸ Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, p. 96, tradução livre. No original: “el nivel de pretensiones relativas a la justicia en el sistema jurídico, el grado de abstracción de la dogmática jurídica y la medida en la que las cuestiones jurídicas se deciden según criterios propios del derecho, no pueden fijarse independentemente de las expectativas sociales, del mismo modo que, a la inversa, estas expectativas están orientadas a las posibilidades que ofrece el sistema jurídico”.

adequada do sistema jurídico, a dogmática precisa orientar-se tanto por hetero- quanto por auto-observações. Ao observar um sistema e um entorno altamente variáveis, a dogmática assume o papel de reduzir arbitrariedades. Por um lado, promove variabilidade ao observar o entorno: operações jurídicas precisam evoluir para não cair no solipsismo de decisões irrealizáveis, que levaria o direito à desdiferenciação. Por outro lado, esta variação precisa ser controlada, pois mesmo o entorno do sistema jurídico formula expectativa de que o direito servirá como apoio para a tomada de decisões, enquanto única instância de generalização das expectativas normativas da sociedade.

Considerando primeiramente a face da heterorreferência promovida pela dogmática, é importante ressaltar que o sistema jurídico não tem a capacidade de refletir adequadamente toda a sociedade.³⁵⁹ Uma tal abstração que reflita sobre todo o sistema social não existe na sociedade moderna. O direito (e, em particular, a dogmática) reflete sobre seu entorno a partir de reduções de complexidade já operadas. Pressupõe, por exemplo, a programação política por meio de leis e o funcionamento do mercado. Não é diferente quando os direitos sociais entram em palco. A dogmática continua incapaz de refletir, concomitantemente, sobre todos os recursos existentes na sociedade moderna, todas as formas de alocação possíveis, todas as necessidades básicas existentes nos corpos e todos os preços de cada prestação a ser concedida como consequência da positivação dos direitos sociais. Para que possa atender à expectativa de que funcione como instância formadora de estruturas reutilizáveis e de conceitos socialmente adequados, a dogmática precisa aproveitar-se, de algum modo, da prévia redução de toda esta complexidade. A doutrina atual dos direitos sociais não parece ter percebido isso. Refere-se ao problema da escassez, dos custos, das escolhas políticas e ataca o suposto simplismo de decisões que concedem prestações relativas a direitos sociais – estas não refletiriam sobre todos os fatores acima expostos. Consequência destas formulações é que a dogmática não diminui, antes aumenta a complexidade com que operações jurídicas se deparam.

Como já delineado no item em que foi abordado o argumento da reserva do possível, a dogmática já pode, há muito tempo, observar estrutura capaz de reduzir a complexidade política e econômica com que operações jurídicas se deparam: as leis orçamentárias. O orçamento é estrutura importante simultaneamente em três subsistemas sociais – política, direito e economia. Em cada um deles, liga-se a parâmetros diversos. Na

³⁵⁹ Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmatica juridica*, p. 98.

economia, orienta pagamentos e não pagamentos do Estado atuante no mercado. Na política, serve ao estabelecimento e à consecução de programas finalísticos. No direito, pode atuar como filtro de complexidade que chega aos tribunais e à dogmática, fornecendo imagem da escassez de recursos juridicamente aproveitável.

Não é demasiado, diante da atual doutrina de direitos sociais, insistir que o sistema jurídico não conta com operacionalidade suficiente para permitir-lhe lidar diretamente com a escassez. Somente a economia dispõe desta capacidade na sociedade moderna. Isso explica a falta de critérios das observações jurídicas que pretendem se orientar pela escassez. A falta de recursos pode servir para julgar qualquer exigência elaborada ao Estado como ilícita. Contudo, nada garante a licitude da própria escassez, posto que ela própria é um paradoxo – só existe porque há abundância. O orçamento reduz esta complexidade e esconde o paradoxo. Transforma a escassez em problema de alocação. Aí está a chave para que a dogmática possa lidar com o tema da escassez de recursos estatais quando direitos sociais são judicializados. A escassez não é juridicamente controlável. Mas as decisões estatais acerca da destinação de recursos são.

O problema aqui retratado pode ser descrito, nos termos de TEUBNER³⁶⁰, como choque entre informação e interferência. Informação são as construções que um sistema elabora acerca de eventos do seu entorno. Interferência é a exposição dessas informações às reais operações ambientais. Caso, por problemas de cognição, haja total descompasso entre informação e interferência, corre-se o risco de que o ambiente ignore completamente as operações sistêmicas. Isso pode ocorrer com as tentativas jurídicas de formar imagem da escassez sem observar o orçamento. Expostas às operações econômicas, as pretensões jurídicas podem se tornar irrealizáveis.

A dogmática e as operações jurídicas ainda não atentaram para este risco.³⁶¹ Preferem renunciar à possibilidade de formar imagem adequada da escassez e dedicar esforços à definição de hierarquias abstratas entre mínimo existencial e reserva do possível, sem observar que orçamentos são constituídos por valores determinados. Dificilmente esta empreitada chegará a uma imagem adequada da economia. Se o mínimo existencial vencer, pode levar a decisões jurídicas irrealizáveis, fadadas à total ineficácia, o

³⁶⁰ Günther TEUBNER. *O direito como sistema autopoiético*, pp. 207 e s.

³⁶¹ Entre as poucas exceções, ressalte-se Ingo SARLET, Mariana FIGUEIREDO. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, p. 34. Também Gustavo Amaral e Danielle Mello propõem o “resgate do orçamento” em Gustavo AMARAL, Danielle MELO. “Há direitos acima dos orçamentos?”, p. 92.

que tiraria qualquer credibilidade do direito enquanto instância social de generalização das expectativas normativas. Em sentido oposto, se a reserva do possível for considerada melhor argumento, o sistema jurídico perde sua autonomia e se submete à lógica do mercado. Nenhum desses extremos oferece saída plausível na exigibilidade judicial dos direitos sociais. Se há uma saída, ela está na avaliação da alocação dos recursos pelo Estado a partir de parâmetros jurídicos, ou seja, na aplicação do código binário do direito sobre os programas orçamentários.³⁶² Dito de modo mais simples: as operações jurídicas precisam considerar os números, os valores disponíveis nos cofres estatais conforme consta nas leis orçamentárias. É somente assim que se pode aproveitar da redução de complexidade desempenhada pela política a cada ano. A dogmática, por sua vez, pode facilitar o manuseio desses valores por parte das operações basais do sistema.

Até hoje, a escassez tem sido vista pela dogmática dos direitos sociais como um argumento que justificaria variação de decisões judiciais. A finitude de verbas estatais justificaria a improcedência de ações que buscam prestações individualizadas decorrentes de direitos sociais. A valorização do orçamento leva a outro caminho. A escassez deixa de ser encarada como argumento para ser observada como estrutura, como uma decisão política sobre a alocação de verbas. Tal evolução permitiria sair do campo das suposições (a carga tributária no Brasil é alta, logo o Estado tem recursos para implementar direitos sociais; o Brasil é país periférico, logo não dispõe de verbas suficientes para efetivar esses direitos) para construir imagens adequadas sobre o entorno econômico. No que se refere à dogmática, sua abstração a impediria de lidar diretamente com os valores de orçamentos específicos – a não ser como exemplos. Sua utilidade para o sistema jurídico estaria em fornecer conceitos adequados, modelos que servissem para que operações jurídicas concretas observassem a escassez de modo socialmente adequado. Assim, mesmo diante da mudança das verbas disponíveis e das necessidades sociais, a operação jurídica não estaria desamparada, sem critérios que a orientem.

Observar o orçamento permite à dogmática realizar uma faceta de sua tarefa – a heterorreferência. Falta a outra, talvez mais complicada: a formação de critérios para a avaliação do orçamento. É verdade que o direito não precisa, necessariamente, realizar essa avaliação. Pode tratar o orçamento como simples questão política e deixar para a

³⁶² Neste sentido, José Reinaldo LOPES. “Em torno da ‘reserva do possível’”, p. 160: “[h]á sim limites orçamentários que se podem alegar, mas como orçamentos não são coisas da natureza mas frutos de decisões políticas, é bem possível que eles também estejam sujeitos a regras de elaboração e que, portanto, possam ser jurídica e judicialmente impugnados”.

dogmática a tarefa de justificar esta orientação num plano abstrato. Contudo, nas condições atuais do estado de direito, este tipo de juízo parece improvável. Significa renúncia do direito em generalizar expectativas normativas sobre o importantíssimo âmbito da formação e implementação de políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais.³⁶³ O problema, então, passa a ser a aparente anomia. A dogmática jurídica precisa de normas das quais possa partir para formar abstrações, facilitar conexões e viabilizar variação. Como diz LUHMANN³⁶⁴, “a dogmática não é um livre exercício da arte de formar opiniões, mas sim, segundo sua função, é a constituição de liberdade naqueles setores onde se esperam vínculos. Por isso, não está propriamente vinculada a, mas depende de materiais nos quais possa expressar sua função e sua vinculação”. Então, que material normativo pode ser utilizado na avaliação as leis orçamentárias? Os princípios, em sua generalidade, são insuficientes nesta tarefa. Os critérios específicos explicitados na Constituição como regras são poucos e predominantemente procedimentais. Se as leis orçamentárias seguirem todo o trâmite formal devido, de que modo se pode julgá-las juridicamente?

Considerar a heterorreferência da doutrina pode ajudar também aqui. Caso observe formulações ambientais sobre o direito, a dogmática perceberá que grande parte das operações ambientais, ao precisar de expectativas normativas, orienta-se por aquelas reproduzidas nos precedentes judiciais. No sistema econômico, empresas farmacêuticas veem na concessão generalizada de remédios pelos tribunais uma fonte de lucros, enquanto os pacientes, mesmo abastados, preferem não realizar pagamentos e buscar na via judicial os remédios de que necessitam. No sistema político, todas as críticas à excessiva judicialização e à suposta politização dos tribunais pressupõem, também, a generalização da expectativa normativa de que prestações decorrentes do direito social à saúde podem ser individualmente exigidas do poder público.

Enfim, na falta de leis suficientes à orientação da aplicação do código lícito/ilícito, os precedentes tomam para si este papel e oferecem orientação normativa à sociedade. Após figurarem no centro do sistema jurídico, enquanto operações jurídicas,

³⁶³ Ressalte-se que, até hoje, a dogmática tem se contentado com a retórica de que as leis orçamentárias não podem ser editadas ao bel-prazer da política. Não se preocupa em fornecer parâmetros para avaliar a licitude do orçamento. No máximo, ressalva a possibilidade de os juízes ordenarem a inclusão de determinada despesa no orçamento do ano seguinte, como em Ana Paula de BARCELLOS. “O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”, p. 814.

³⁶⁴ Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, p. 102, tradução livre. No original: “La dogmática no es un libre ejercicio del arte de formar opiniones, sino que, según su función, es la consitución de libertad en aquellos sectores donde se esperan vínculos. Por ello no está propriamente vinculada a, pero sí depende de materiales en los que se puede expresar su función y su vinculación”.

passam a ser observados como periferia do mesmo sistema, programando condicionalmente a aplicação do código binário por operações posteriores. Não foram mero acaso as reformas da legislação processual que promoveram valorização do precedente. Essas mudanças legislativas representam reconhecimento político do Judiciário como âmbito de redução da complexidade. Estes mesmos padrões jurisprudenciais que têm orientado operações jurídicas e servido à generalização de expectativas podem ser utilizados como parâmetro para a avaliação jurídica de leis orçamentárias. O tratamento dogmático dos precedentes de direitos sociais pode permitir que se criem esses parâmetros mesmo nos setores em que as expectativas jurídicas não estejam, ainda, tão condensadas, como é o caso do direito social ao lazer.

No nível de abstração da dogmática, isto significa a possibilidade de trabalhar as estruturas normativas presentes nos precedentes para permitir que futuras decisões jurídicas possam, com maior facilidade, avaliar a licitude da distribuição de verbas orçamentárias. Em outros termos, os precedentes viabilizam, para a doutrina, a formulação de ordens de preferência entre os gastos estatais. Se há verbas para a realização de festas populares, pode-se recusar a concessão de medicamentos vitais para pacientes? Se os gastos com propaganda institucional dos entes federativos são altos, pode o poder público deixar de construir escola ou de abrir nova vaga em creche? Para operações jurídicas concretas, este tipo de avaliação é demasiadamente complexo. Contudo, o a doutrina do direito financeiro pode evoluir no sentido de formular, abstratamente, estas preferências em relação a cada espécie de direito social, de modo que a complexidade já reste diminuída nas decisões concretas. Estas abstrações, ao se manterem firmes mesmo diante de variações orçamentárias e da variedade dos casos, recuperariam o papel tradicional da dogmática no âmbito dos direitos sociais. Mantém-se a continuidade mesmo diante de descontinuidades.³⁶⁵

Mais uma vez, advirta-se: este é apenas um caminho que se vislumbra ao observar sociologicamente a judicialização dos direitos sociais. É um caminho que o próprio direito criou. Contudo, a aceitação desta via não é necessária para o sistema jurídico e sua rejeição não pode ser considerada cientificamente errada. Emitir este juízo seria confundir conclusões científicas com juízos sobre licitude.

³⁶⁵ Devido ao fato de que o positivismo se impõe em todos os níveis do direito (incluindo leis e sentenças), a dogmática se depara com descontinuidades. Para lidar com elas, aumenta seu grau de abstração e, assim, consegue justificar continuidades mesmo nas descontinuidades. Ver Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmatica juridica*, p. 105.

Uma primeira crítica ao caminho apontado é a de que ele pode ser considerado antidemocrático. Equivaleria a tirar o sistema político a disponibilidade das verbas estatais. Embora possa ser considerada procedente no sistema jurídico, esta crítica não pode ter caráter absoluto. Em primeiro lugar, porque a constituição, enquanto acoplamento estrutural, viabiliza o controle de políticas públicas e de leis a partir dos programas condicionais do direito. Os precedentes podem ser considerados, neste contexto, especificação da constituição. Preenchem espaço aberto pela própria política, que preferiu emitir decisões programantes excessivamente abstratas (dignidade humana, direito universal e integral à saúde, direito subjetivo à educação etc.), as quais servem ao direito como ponto final da reflexão. O direito não se politiza ao decidir acerca de políticas públicas. Apenas generaliza expectativas sobre o sistema político. Ao fazer isto, não tira qualquer espaço da política. Pelo contrário, abre para ela novas oportunidades: edição de novas leis, reformas constitucionais, vitória da oposição e até mesmo o descumprimento deliberado das expectativas jurídicas.

Ademais, esta crítica se refere à avaliação dos tribunais por parâmetros políticos, que foge ao alcance do sistema jurídico. Neste sentido, LUHMANN já reconhecia que uma dogmática socialmente adequada não é a que obrigatoriamente satisfaz necessidades do entorno.³⁶⁶ Isso seria submissão total a lógicas ambientais, o que é incompatível com a diferenciação do direito como sistema capaz de generalizar expectativas *contrafáticas*. Por isso, a dogmática se vincula às normas (legais ou jurisprudenciais) mesmo diante de alguma revolta ambiental. Não pode, é verdade, desprezar completamente expectativas do entorno, pois justificaria a formulação de normas totalmente ineficazes nas operações jurídicas. Mas também não precisa adequar-se totalmente ao ambiente – até porque, neste, há pretensões diversas e contrapostas, dentre as quais o sistema jurídico precisa realizar seleções.

Ao apontar os precedentes como parâmetros para avaliação do orçamento e das políticas públicas, o objetivo não é o de considerá-los normas inquestionáveis. O direito moderno envolve circularidades – operações jurídicas podem ser consideradas ilícitas por decisões posteriores do mesmo sistema. A dogmática, enquanto abstração, também pode desenvolver critérios para avaliar a licitude dos precedentes. Para isto, basta que concretize os princípios constitucionais de maneira diversa, trazendo variabilidade aos padrões

³⁶⁶ Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmatica juridica*, p. 112.

estabelecidos pelos precedentes.³⁶⁷ O que se pretendeu foi, simplesmente, apontar os critérios jurisprudenciais como pontos de partida possíveis para a avaliação de políticas públicas, diante de seu sucesso como instância formadora de programas condicionais reutilizáveis e da ausência de qualquer outro equivalente funcional.

A valorização, pela dogmática, das leis orçamentárias e dos precedentes judiciais ainda não resolve todo o problema. Quando juízes observam orçamentos, deparam-se com números, com valores alocados nas mais diversas áreas. Claro que esta alocação se dá inicialmente na política, por decisões coletivamente vinculantes que visam à consecução de políticas públicas. Levar essas decisões ao controle jurídico traz para o direito problema adicional: de que modo se pode controlar, por meio de programas condicionais, a alocação de valores? Como decidir *quanto* deve ser destinado a cada direito social e *como* estes recursos devem ser gastos?³⁶⁸ A dogmática dificilmente conseguiria responder estas perguntas. A procedimentalização pode oferecer uma saída.

c. Procedimentalização dos direitos sociais

A constatação de que os precedentes são equivalentes funcionais das leis enquanto programas condicionais é decorrência da especificação de todo direito da sociedade como direito positivo. LUHMANN³⁶⁹ chega a conclusão semelhante ao estudar a teoria das fontes do direito: “especialmente quando existe apenas direito positivo, a velha diferenciação entre diversas fontes do direito perde sentido, [enquanto] ganha envergadura na autodescrição do sistema a pergunta sobre como o direito material e o direito processual

³⁶⁷ É exatamente o que faz BARROSO, que, após criticar o modo como o Judiciário tem tratado os direitos sociais, propõe alguns critérios de justiciabilidade: “no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos”, “a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas”, “o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos”, “o Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil”, “o Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo”, “o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida”. Ver Luís BARROSO. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, p. 897-901.

³⁶⁸ São as questões colocadas em Octávio FERRAZ, Fabiola VIEIRA. “Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante”, pp. 238 e ss.

³⁶⁹ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 534, tradução livre. No original: “Besonders wenn es nur noch positives Recht gibt, verliert die alte Unterscheidung verschiedener Rechtsquellen an Bedeutung, und die Frage, wie materielles Recht und Verfahrensrecht zusammenhängen, um die Einheit der Rechtsordnung zu realisieren, gewinnt an Tragweite für die Selbstbeschreibung des Systems”.

se relacionam para realizar a unidade da ordem jurídica”. Acompanhando o diagnóstico do sociólogo, o objeto deste item será o lado procedimental da diferença por ele apontada. Com este intuito, será abordado o procedimento como aquisição evolutiva do direito moderno para que, em seguida, verifique-se o modo como se tem aproveitado desta estrutura para lidar com a complexidade na judicialização dos direitos sociais.

Procedimentos jurídicos são observados por LUHMANN³⁷⁰ como sistemas de interação que se autodelimitam para chegar a uma decisão sobre conflitos normativos. Partindo desta descrição, já resta clara uma importante característica dos processos: eles apenas fazem sentido enquanto há incertezas, ou seja, enquanto sua decisão final não é tomada. Esta incerteza, além de dar subsistência ao processo, tem importante função de legitimação. Serve como estímulo para que os envolvidos no conflito participem do processo. Afinal, esta é a única via para que se influencie na decisão final. Como dificilmente se aceitam questionamentos acerca de decisões de que todos tomaram parte, a legitimidade do procedimento é presumida.

No direito, esta dinâmica desempenha, ao lado da diferença codificação/programação, o papel de invisibilizar o paradoxo do código binário de maneira aceitável. Em caso de questionamentos sobre a licitude da diferença entre lícito e ilícito, o processo os remete à incerteza quanto ao resultado futuro. Transforma “lícito e ilícito” em “futuramente lícito ou ilícito”, de modo que o sistema jurídico não precisa de um terceiro valor que o justifique, como a vontade de Deus ou a moral, por exemplo. Estas fundamentações externas são substituídas pela autofundamentação circular, enquanto regramento jurídico do procedimento ou, para usar expressão ao gosto de LUHMANN, normatização da norma.³⁷¹

A adequação do procedimento ao direito moderno decorre, em grande medida, de sua propriedade para lidar com a ausência de consenso. Em primeiro lugar, esta capacidade decorre do aproveitamento da dimensão temporal do sentido ao tratar da controvérsia. O conflito não precisa ser solucionado de imediato. A decisão pode ser postergada. Em segundo lugar, a habilidade para enfrentar o dissenso se deve à especificação e restrição da matéria conflituosa. No processo, não interessa quem levou o conflito aos tribunais, quem tem posições morais mais respeitáveis ou quem se sente mais ferido pelo conflito. Tudo que importa é qual parte está com o direito e, até que se chegue

³⁷⁰ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 208 e s., 260.

³⁷¹ Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 146, 208 e s., 260.

a uma conclusão sobre isto, todos os argumentos devem ser baseados somente em normas jurídicas. Finalmente, um terceiro fator que dá ao procedimento aptidão para trabalhar o dissenso é a regra de competência. Caso permaneçam incertezas após o trâmite processual, a autoridade competente as aniquila, selecionando uma das pretensões como juridicamente legítima e rejeitando todas as outras como ilícitas. Assim, põe fim ao conflito e especifica a norma concretamente aplicável.³⁷²

Toda essa capacidade de reduzir a complexidade presente em conflitos fez do processo uma aquisição evolutiva irrenunciável para o direito moderno. Nos procedimentos, apresentam-se argumentos jurídicos, delimita-se a lide e seleciona-se um dos valores do código binário do direito. Isso resulta na reprodução de expectativas normativas juridicamente generalizadas, mesmo num ambiente hipercomplexo. Contudo, na mesma toada se revela a limitação do procedimento jurídico. Sendo interação interna ao direito, ele não é garantia de paz social, de justiça ou de igualdade material. Essas consequências ambientais são incontroláveis. O procedimento é garantia somente de reafirmação de expectativas normativas jurídicas.

Sem dúvidas, a judicialização dos direitos sociais se aproveita deste potencial.³⁷³ Permanece a dúvida, contudo, acerca do modo como isso tem ocorrido. A partir daqui, a discussão se restringirá – cientificamente – à maneira como se faz uso dos procedimentos em matéria de direitos sociais. Mais uma vez, a base empírica para isto serão as autodescrições do sistema jurídico.

A dogmática jurídica já percebeu que, a depender da modalidade processual escolhida pelo demandante, a resposta dos tribunais à judicialização dos direitos sociais é diversa. Usualmente, demandas individuais obtêm êxito – conseguem-se remédios e vagas em creches. Se a demanda é coletiva, o sinal se inverte. Dificilmente as políticas públicas implementadoras de direitos sociais são controladas em sua generalidade, por exemplo, pela imposição do acréscimo de um dado medicamento às listas oficiais ou pelo controle da qualidade do serviço educacional prestado pelo Estado. Como indicam HOFFMANN e

³⁷² Niklas LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 146, 207 e s., 261, 332 e s.

³⁷³ PAULO LEIVAS identifica o direito fundamental a um procedimento adequado como uma das facetas dos direitos sociais. Conferir Paulo LEIVAS. “Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial”, p. 280. A interdependência entre organização, procedimento e direitos fundamentais é apontada também em Ingo SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 225-230. Chamando atenção para a importância do procedimento para os direitos sociais, Ingo SARLET, Mariana FIGUEIREDO. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, p. 42.

BENTES³⁷⁴, “as ‘ações estruturais’ associadas quer à educação, quer à saúde, são menos frequentes, menos bem sucedidas e, de modo geral, menos previsíveis”.

Uma explicação plausível para esta preferência pelas demandas individuais é a menor complexidade nelas presente. As verbas estatais sempre serão suficientes para inclusão de um ou outro gasto esparso sem que a escassez mostre sua face dramática. As ações coletivas, mais complexas, exigem maior redução da complexidade, no que a dogmática atual não auxilia. Nelas, é necessário analisar detalhadamente a alocação de recursos estatais para que haja um mínimo de adequação social. Por esta razão, muitas das ações em que se pleiteia mudança da política pública geral são extintas por motivos procedimentais. Nestes casos, o sistema jurídico não nega peremptoriamente o direito do pleiteante, mas também não o afirma. Quando a complexidade é demasiada, o direito contorna a proibição do *non liquet* com artifícios procedimentais considerados lícitos.

Em geral, a doutrina critica a aversão dos magistrados a casos coletivos. Para os juristas, os procedimentos coletivos são mais adequados para o tratamento judicial dos direitos sociais, por respeitar a igualdade entre pessoas e por garantir a universalidade das prestações a serem adimplidas pelo Estado.³⁷⁵ Conceder os direitos sociais somente àqueles que demandam individualmente significaria, nesta ótica, excluir todos os outros que, embora sejam também titulares do direito, permanecem inertes pelos mais variados motivos, desde a falta de disposição para ingresso em juízo até a dificuldade de acesso ao Judiciário. Consequência desta jurisprudência seria a criação de uma classe privilegiada, a qual, além de ter acesso suficiente ao sistema jurídico, consegue prestações melhores do Estado que as oferecidas ao público em geral.

A crítica da doutrina é válida. Contudo, está mais próxima de uma avaliação política, ligada à igualdade entre pessoas (cidadania). Este tipo de equidade não é manejável pelos tribunais, que dependem das demandas concretas para que possam operar. No sistema jurídico, mais relevante é a igualdade entre casos. Se todos os casos postos em

³⁷⁴ Florian HOFFMANN, Fernando BENTES. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, p. 408. A preferência do Judiciário brasileiro pelos litígios individuais também é apontada em Virgílio da SILVA, Fernanda TERRAZAS. “Claiming the right to health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded?”, p. 828.

³⁷⁵ Por exemplo, Ana Paula de BARCELLOS. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, p. 129. Esta não é o único motivo da preferência doutrinária pelas ações coletivas. Aponta-se que estas têm objeto mais amplo. Vão além do controle do resultado esperado das políticas públicas e englobam o controle da fixação de metas pelo poder público, da quantidade de recursos a ser investido, do atingimento ou não das metas fixadas e da eficiência mínima na aplicação de recursos públicos. Ver, na mesma obra, pp. 130 e s.

juízo tiverem tratamento igual, dificilmente se poderão qualificar as decisões como injustas. Portanto, o problema *jurídico* do tipo de procedimentalização dos direitos sociais não parece estar na igualdade. Antes, é no plano funcional, onde se localiza a principal especificidade do direito enquanto sistema, que podem ser avaliados os resultados da aceitação de demandas individuais e rejeição de ações coletivas.

Conforme reiterado em itens anteriores, o sistema jurídico não detém domínio sobre os resultados ambientais de suas próprias operações. O único controle indubitavelmente exercido pelo direito é o autocontrole, tocante à generalização de expectativas normativas. O sistema jurídico decide de modo autônomo quais expectativas contrafáticas serão generalizadas. Isto posto, convém averiguar as diferenças, quanto à generalização de expectativas sobre direitos sociais, entre a judicialização individualizada e coletiva.

Em larga medida, os procedimentos coletivos são mais adaptados à cristalização e reutilização de expectativas normativas acerca de direitos sociais prestacionais. Razão disso é que eles abrem as portas para uma maior participação, dificilmente implementável em procedimentos individualizados, mas realizável em processos mais centralizados. As decisões políticas que criaram e moldaram os novos procedimentos coletivos viabilizaram essa participação ampliada de diversos modos. Apenas para citar alguns exemplos, possibilitaram-se o ingresso como litisconsorte, os *amici curiae* e a cooperação em audiências públicas. As consequências desses novos modelos processuais fazem-se sentir nas dimensões material e social do sentido, quanto à generalização de expectativas normativas.

Na dimensão material, a maior participação amplia a oportunidade de trazer à arena judicial expectativas ambientais sob a forma de argumentos jurídicos. Aceitam-se contribuições de movimentos sociais ligados aos direitos sociais, de organizações não-governamentais, de técnicos de diversas áreas (pedagogos, sanitaristas, urbanistas, economistas), dos próprios destinatários das prestações e de órgãos estatais (Defensoria Pública e Ministério Público). O maior espaço para a participação se reflete, juridicamente, na adequação social dos programas condicionais formulados. Isso tem importância ímpar. Não se pode olvidar que muitas das decisões programantes tomadas na política em matéria de direitos sociais são consideradas insuficientes pelo sistema jurídico. O problema é que são estas decisões políticas que, tradicionalmente, fornecem ao direito meios de adequação

social, por intermédio da variação de programas. Quando faltam estas decisões, o direito sofre *déficit* de abertura cognitiva – não considera, por exemplo, os custos das prestações devidas pelo Estado, as necessidades dos cidadãos ou as possibilidades técnicas de inclusão em outros subsistemas sociais. A abertura cognitiva advinda do embate de argumentos e pretensões ambientais que ocorre no processo coletivo supre essa deficiência. Assim, constroem-se, na jurisprudência, programáticas socialmente adequadas, que aparecem para o direito como afirmação da “macrojustiça”.³⁷⁶

Também na dimensão social do sentido há diferenças marcantes entre a judicialização individualizada e a coletiva. Quanto maior a abertura do procedimento à participação de terceiros, mais clara é a institucionalização da decisão tomada. Enquanto nos casos individualizados o consenso presumido de terceiros decorre somente da autoridade do juiz enquanto papel social institucionalizado e da obediência às regras procedimentais, nas demandas coletivas a maior participação diminui ainda mais o espaço dos questionamentos. Afinal, todos tiveram a oportunidade de participar e de influir na decisão tomada.

Estas consequências da judicialização por procedimentos coletivos também se refletem na maneira como o direito atua em relação à diferença inclusão/exclusão. O sistema jurídico insere-se numa sociedade caracterizada pela inclusão generalizada de todas as pessoas em todos os subsistemas sociais. Porém, esse mesmo sistema social é marcado pela ausência de equidade na inclusão. Em determinados contextos designados como periféricos, contingentes de pessoas são incluídos nos sistemas pelo lado negativo: não ter (pobreza), ilícito (criminalização), analfabetismo e falta de acesso aos serviços de saúde pública. Neste cenário, a judicialização individualizada pode relativizar a generalização da expectativa contrafática pelo direito, com a sobreposição da expectativa cognitiva de que apenas alguns irão ao Judiciário exigir as prestações estatais. O resultado disto é duplamente excludente. Excluem-se do acesso ao Judiciário os mais hipossuficientes, justamente os que têm acesso mais problemático aos outros subsistemas

³⁷⁶ Ver Ana Paula de BARCELLOS. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, p. 129: “a discussão coletiva ou abstrata exige naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (a ‘macrojustiça’) – o que em geral não ocorre no contexto de ações individuais –, e torna mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público e associações) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Em defesa da maior participação no processo, ver Willis GUERRA FILHO. “Sobre o princípio da proporcionalidade”, p. 251: “[e]special atenção merece, portanto, o problema do estabelecimento de formas de participação suficientemente intensiva e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida”.

sociais. Sendo estas pessoas excluídas do direito, é provável que o acesso aos demais sistemas se deteriore ainda mais. Novamente, cai-se nas redes de exclusão. A coletivização dos procedimentos supera esta limitação com a inclusão dos excluídos ou, ao menos, de suas pretensões por intermédio de representantes. Deste modo, as expectativas normativas tornam-se factíveis para espectros mais amplos de pessoas.

As vantagens apresentadas pela procedimentalização coletiva dos direitos sociais não levam, obrigatoriamente, à conclusão de que todas as ações individuais devem ser consideradas ilícitas. Esta decisão pode ser tomada somente no âmbito do sistema jurídico. Ademais, não se pode negar a importância que demandas atomizadas podem ter na reprodução de expectativas normativas. No caso do acesso a medicamentos, por exemplo, os conflitos envolvem geralmente uma ou algumas pessoas observadas como doentes. Bloquear a via da ação individual implicaria excluir seu acesso ao sistema jurídico e à confirmação das expectativas referentes ao direito à saúde. Portanto, o intuito foi somente demonstrar os ganhos que a molecularização dos conflitos pode ocasionar no direito.

Ainda no âmbito do procedimento, destaca-se mais uma importante dificuldade do direito quando se judicializam direitos sociais. A necessidade de tematizar o acesso a outros subsistemas sociais (principalmente economia, saúde e educação) leva ao direito uma tecnicidade dificilmente redutível a categorias jurídicas apenas por meio da argumentação. Problemas de contabilidade, pedagogia, saúde pública e administração complicam qualquer decisão judicial que precise lidar com orçamentos para concretizar programas condicionais e atribuir os valores lícito/ilícito. Trata-se de mais um problema de cognição, presente tanto em procedimentos individuais quanto nos coletivos.

Ocorre que já há no direito uma técnica tradicionalmente desenvolvida para lidar com esta abertura cognitiva a complexidades ambientais e com a incerteza, sem perder a necessária consistência. Trata-se da prova, incluindo aí a intervenção de especialistas. Por meio da atividade probatória realizada no processo, é possível que o direito se valha de perícias técnicas para tratar de uma complexidade incomum.³⁷⁷ Desse

³⁷⁷ Esta é a saída apontada, na doutrina, por CLÁUDIO DE SOUZA NETO. O autor descreve a crítica técnica à judicialização dos direitos sociais: “[é] frequente o argumento de que o Judiciário não tem o conhecimento técnico imprescindível para verificar, no campo das políticas públicas, qual é a providência adequada. O Judiciário não estaria capacitado, por exemplo, para saber se determinado medicamento é efetivamente necessário”. Mais à frente, refuta a crítica: “há argumentos suficientes para superá-la. O Judiciário pode contar com perícias, com o pronunciamento de *amicus curiae*; pode promover audiência pública da qual participem especialistas da matéria. As ações coletivas podem ser precedidas de inquérito civil.” Ver Cláudio

modo, por exemplo, aproveitam-se conhecimentos da contabilidade para que se traga a modelos jurídicos o orçamento formulado pelos entes públicos. Isto não conduz à sobreposição da ciência ao direito. Afinal, a prova somente é admitida quando o sistema jurídico a considera lícita. Ademais, o direito barra, num certo ponto, a atividade probatória, já que a busca incessante pela verdade conduziria à regressão ao infinito, incompatível com a necessidade jurídica de chegar à decisão.³⁷⁸ A atividade probatória reduz a complexidade ambiental e, simultaneamente, promove a abertura cognitiva do direito a novas problemáticas sem que isso implique perda de consistência. Se, mesmo com estas heterorreferências, não for alcançada certeza, o que é possível e provável diante da hipercomplexidade, o direito utiliza-se da distribuição do ônus da prova para chegar à decisão.³⁷⁹ Portanto, incertezas ambientais não são empecilho à decisão jurídica – e isto não é peculiaridade dos direitos sociais nem novidade trazida por eles.

Os juízes não têm se aproveitado da prova para reduzir complexidade. Como apontam HOFFMANN e BENTES³⁸⁰, “dois problemas constantemente soerguidos pelas autoridades públicas são a não-avaliação de evidências técnicas e a ausência generalizada de perícia técnica, no judiciário”.³⁸¹ Essa postura aumenta o risco da tomada de decisões ensimesmadas, potencialmente ineficazes. Perde-se mais uma alternativa de conexão entre adequação social e consistência adequada.

O procedimento é uma via de alta relevância para que, no Judiciário, sistema jurídico e sistema político se irrite reciprocamente sem que haja sobreposição de códigos ou de programas. Permitir ao juiz formular e implementar políticas públicas equivaleria a

de SOUZA NETO. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros, pp. 529 e s. No mesmo sentido, Mauro CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, pp. 86-89.

³⁷⁸ Niklas LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, p. 112.

³⁷⁹ É o que LUHMANN afirma, de modo irônico, em Niklas LUHMANN. “Risiko und Gefahr”, p. 139. A doutrina não permanece totalmente alheia a esta possibilidade. CLÁUDIO DE SOUZA NETO, por exemplo, ao formular alguns parâmetros para a justiciabilidade dos direitos sociais, estabelece entre eles: “a prova de que não tem recursos para universalizar a medida requerida é da Administração Pública”. Ver Cláudio de SOUZA NETO. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros, pp. 545. No mesmo sentido, Ingo SARLET, Mariana FIGUEIREDO. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, p. 32.

³⁸⁰ Florian HOFFMANN, Fernando BENTES. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, p. 406.

³⁸¹ Em igual sentido, Miriam VENTURA, Luciana SIMAS, Vera PEPE, Fermin SCHRAMM. “Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde”, p. 93: “os estudos sobre as ações judiciais para o acesso a medicamentos e procedimentos de saúde apontam que a fragilidade no conteúdo das decisões pode estar relacionada ao desconhecimento que tem o sistema de justiça (...) sobre os argumentos e regulamentos da saúde pública; em especial, ao uso racional de medicamentos na perspectiva da proteção e segurança do paciente, e os problemas referentes às prescrições médicas que não atendem às exigências de segurança e eficácia necessárias ao tratamento da pessoa, como referido anteriormente”.

politizar sua atuação. Neste caso, o sistema jurídico não se reproduziria no âmbito do controle das políticas públicas. O procedimento oportuniza ao magistrado uma atuação diversa. Ao decidir, ele reproduz programas condicionais típicos do direito para controlar as políticas públicas. Essas decisões judiciais têm alta probabilidade de irritar o sistema político, devido ao acoplamento estrutural “constituição”. Então, os poderes públicos, diante da sentença, podem elaborar programas finalísticos que lhe deem cumprimento.³⁸² Desta maneira, o procedimento suscita irritações do direito na política. Não é garantia de atingimento dos objetivos autoproclamados pelo sistema jurídico – fatores ambientais sempre podem apresentar obstáculos. Mas é fator imprescindível na reprodução de expectativas normativas diante de toda a complexidade ambiental. Para a reprodução do direito como sistema funcionalmente diferenciado, é o que basta.

³⁸² Neste sentido, interessante formulação sobre a interação entre as partes nos procedimentos judiciais sobre direitos sociais pode ser encontrada em José Reinaldo LOPES. “Em torno da ‘reserva do possível’”, p. 169: “uma decisão que me parece adequada e que contornaria com bastante racionalidade a decisão tudo-ou-nada é a decisão progressiva, pela qual o juiz, à semelhança do que já fez nos processos de falências, de recuperação judicial de empresas ou mesmo de alimentos, permite às partes chegarem a um acordo em que aos poucos se ajusta a conduta do Estado ao pedido”. Claro que nem sempre se atinge o acordo. Isto não impede que o juiz prossiga atuando juridicamente, reproduzindo programas condicionais.

CONCLUSÃO

Observar a judicialização dos direitos sociais prestacionais sob as lentes da teoria dos sistemas possibilita ganhos explicativos importantes. Já de início, a análise do fenômeno a partir da diferença sistema/ambiente dá contornos mais nítidos aos problemas por ele implicados. A irritação provocada no direito e todo o arsenal doutrinário nele produzido podem ser considerados decorrências da tematização jurídica de problemas ambientais. Confrontado com complexidades de outros subsistemas sociais, o direito se depara com seus próprios paradoxos e tautologias.

As novas complexidades advindas da judicialização dos direitos sociais prestacionais são, basicamente, três. A primeira delas é a tematização, nos tribunais, da escassez de recursos, paradoxo criado pelo sistema econômico. A escassez é uma semântica desenvolvida na sociedade moderna para lidar com a provisão de recursos para o futuro incerto. Trata-se de paradoxo porque envolve sempre a simultânea abundância. Um bem é escasso para *alter* apenas porque *ego* dele se apropriou. Não ter e ter implicam-se mutuamente. No sistema social moderno, apenas a economia é dotada da operacionalidade suficiente para tratar deste problema. Ocorre que, com a judicialização dos direitos sociais, o sistema jurídico também se obriga a decidir sobre ele. Surgem, então, múltiplas

possibilidades, desde observar a escassez como uma contradição ilícita até considerar ilegais algumas alocações específicas de recursos estatais escassos.

A segunda complexidade reconstruída no sistema jurídico com a judicialização dos direitos sociais é a dinâmica do estado de direito. Esta estrutura torna prováveis prestações recíprocas entre os sistemas jurídico e político. Por um lado, o direito fornece à política o regramento dos procedimentos políticos e a legitimidade pela utilização da distinção lícito/ilícito como segundo código. Em contrapartida, a política fornece ao direito decisões programantes para as operações jurídicas e impõe coercitivamente as decisões tomadas no sistema jurídico. Desse modo, os dois sistemas pressupõem-se mutuamente como instâncias externas redutoras de complexidade. Todavia, de maneira paradoxal, o estado de direito também aumenta a complexidade com que o direito se depara. A positivação conjunta das liberdades públicas clássicas e dos direitos sociais amplia o rol de possíveis temas do sistema jurídico. Em forte contraste com o período autoritário, abre-se, para o direito, a possibilidade de generalizar expectativas concernentes a todos os programas finalísticos criados e implementados no âmbito político.

Finalmente, a terceira complexidade que emerge no direito com a judicialização dos direitos sociais prestacionais está relacionada com a binariedade inclusão/exclusão. A sociedade moderna promove a inclusão generalizada de todas as pessoas (enquanto *alter* e *ego*) em todos os subsistemas sociais. Contudo, não há nenhuma instância central que garanta acesso equânime a todos eles. Cada subsistema possui requisitos próprios para promover a inclusão. Neste contexto, os direitos sociais são promessa de inclusão equânime nos mais diversos âmbitos, em especial nos sistemas econômico, educacional e de tratamento de doentes. O sistema jurídico, incapaz de intervir em outros sistemas para promover a inclusão que considera devida, depara-se com as próprias limitações. Precisa decidir sobre a inclusão social sem poder promover esta mesma inclusão.

Dito de modo sintetizado, trazer aos tribunais a dimensão prestacional dos direitos sociais multiplica as possibilidades decisórias do direito diante da indiferença econômica e da inação política. A economia vê os direitos sociais apenas como oportunidade de lucros ou perdas. Dadas as condições desiguais de inclusão neste sistema, dificilmente os direitos sociais são nele tematizados. O Estado, organização que pode utilizar o dinheiro como meio de atuação para corrigir a indiferença econômica, submete-

se à lógica política. A depender dos arranjos políticos num dado momento, permanece inerte frente aos problemas de inclusão social. Defrontado com esta situação, o sistema jurídico não consegue incluir economicamente nem substituir o Estado na adoção de políticas públicas que implementem direitos sociais. Suas restrições operativas permitem apenas que ele generalize expectativas acerca dos outros subsistemas sociais. Aí está sua peculiaridade e sua importância na sociedade moderna. Ao generalizar expectativas sobre a atuação estatal, o direito torna necessária a decisão política. Não decidir sobre a implementação de direitos sociais passa a significar decidir não os implementar. A pressão exercida sobre o sistema político é enorme.

Frente a esta complexa trama, as autodescrições do sistema jurídico sobre direitos sociais prestacionais respondem às incertezas ambientais com novas indeterminações internas. A dogmática jurídica, que tradicionalmente desempenha o papel de condensar estruturas e facilitar conexões entre as operações do sistema, adota um viés abstrato e principiológico. Aborda os paradoxos e complexidades ambientais – reserva do possível, limites entre política e direito, normatização programática –, mas raramente condensa estruturas observáveis pelas decisões jurídicas sobre estes temas. Ao invés de reduzir complexidade para o plano operacional do direito, aumenta. Exige que os juízes, ao decidir juridicamente, considerem a escassez de recursos, a legitimidade, a maneira de inclusão nos subsistemas sociais e a justiça da alocação de recursos estatais. De um lado, a escassez é reconhecida como limite externo ao direito. De outro lado, afirma-se a implementação de direitos sociais, independentemente da escassez, quando o mínimo existencial está envolvido. Embatem-se os defensores do ativismo judicial e os refratários à dita politização dos tribunais. Apresentam-se múltiplas concretizações do princípio da proporcionalidade. Resultado de tanta controvérsia é que praticamente qualquer decisão jurídica pode encontrar fundamento nas mesmas construções dogmáticas.

Na argumentação dos tribunais, as abstrações da doutrina se repetem. Diante de tanta complexidade, o direito parece precisar de uma instância que funcione como fim da reflexão. A dogmática fortemente axiológica desempenha bem este papel. O problema é que, levada às últimas consequências, a doutrina principialista pode conduzir o direito à falta de parâmetros e à inutilização de estruturas. A consequência pode ser gravosa: perda da instância social de generalização das expectativas contrafáticas. Contudo, ao menos na judicialização dos direitos sociais prestacionais, isto não parece ocorrer. Ao lado da altíssima abstração no plano das autodescrições do sistema jurídico, reproduzem-se regras

condensadas em precedentes judiciais. Em outras palavras, o direito encontrou na jurisprudência um equivalente funcional das decisões políticas enquanto orientação para a atribuição dos valores lícito/ilícito. Combina-se a abertura e a variação possibilitada pelos princípios com o fechamento e a redundância das regras jurisprudenciais.

A análise sistêmica permite constatar que a grande dificuldade do sistema jurídico na judicialização dos direitos sociais prestacionais é a necessidade de reconstruir em seu interior problemáticas e paradoxos ambientais. Nesta empreitada, o direito precisa combinar dois fatores: adequação social e consistência suficiente. Se exagerar na ênfase ao primeiro fator, diluem-se as expectativas contrafáticas, as quais pressupõem alguma inadequação à facticidade do entorno. De outro lado, caso o sistema se incline demasiadamente para a consistência, pode generalizar expectativas normativas irrealizáveis devido a restrições impostas pelo ambiente. A autorreprodução do sistema apenas subsiste com a combinação paradoxal de suas duas faces. É o que, internamente, o direito designa como justiça.

Embora as contribuições da ciência sejam limitadas na busca pela justiça, alguns caminhos abertos para o direito podem ser apontados na análise sociológica da relação deste sistema com o entorno social. O primeiro deles é a necessidade de o sistema jurídico utilizar-se do orçamento como modo de reduzir a complexidade presente no problema da escassez. Os limites operativos do direito o impedem de tratar da escassez diretamente. Somente a economia consegue desempenhar esta função na sociedade moderna. Desse modo, utilizar a escassez apenas como argumento jurídico contrário à judicialização de políticas públicas pode ter importante papel retórico, mas sua função enquanto reconstrução do ambiente é diminuta. Para reconstruir imagem da escassez, o direito precisa pressupor a prévia redução de complexidade operada no sistema econômico. As leis orçamentárias, por apresentarem a escassez desmembrada como alocação de recursos estatais, viabiliza sua análise jurídica.

Porém, tematizar juridicamente o orçamento não é solução, mas apenas reconstrução do problema. O texto constitucional oferece poucas regras específicas acerca da destinação de recursos. Caso estes padrões sejam cumpridos na edição das leis orçamentárias, estas decisões políticas fogem de qualquer outro controle jurídico? Somente o direito pode decidir isto. Neste ponto, aparece o problema da anomia. Aparentemente, faltam parâmetros para a avaliação jurídica da alocação dos recursos estatais. As decisões

programantes das operações jurídicas, tradicionalmente advindas da política no estado de direito, são precisamente as que o direito considera insuficientes. Onde, então, pode o sistema jurídico encontrar material normativo que sirva como ponto de partida para a generalização de expectativas normativas sobre as políticas públicas? Para a análise sistêmica, a única alternativa parece ser a valorização da jurisprudência como fonte de regras a serem interpretadas, trabalhadas e reaplicadas ou superadas em decisões jurídicas posteriores. Trata-se de um caminho aberto pela dinâmica atual do próprio sistema jurídico, que considera os precedentes cada vez mais como parâmetros normativos.

Outro mecanismo de combinação entre cognição e consistência que tem sido pouco aproveitado na judicialização dos direitos sociais são os procedimentos. Estas interações são altamente favoráveis à redução de complexidade ambiental sem desconsideração das limitações operativas do direito. Ocorre que os tribunais têm sido refratários aos procedimentos coletivos que visam à implementação de direitos sociais prestacionais. Preferem, claramente, os procedimentos individualizados. Desse modo, deixa-se de aproveitar a maior participação de terceiros, viabilizada nos processos coletivos. Esta participação é de grande importância para tratar do tipo de complexidade envolvida nos direitos sociais. Primeiro, por propiciar maior adequação social dos programas condicionais criados no direito, já que a maior participação ampliaria a cognição de expectativas ambientais, as quais emergem no procedimento como argumentos jurídicos. Ademais, o envolvimento de múltiplas perspectivas amplia o consenso presumido em torno das decisões judiciais. Se todos puderam influenciar a decisão final, dificilmente se questiona a legitimidade desta.

Finalmente, o sistema jurídico pode aproveitar-se melhor de sua conexão com a ciência no campo da prova. Os direitos sociais prestacionais envolvem fatores ambientais ininteligíveis aos olhos do direito. As perícias técnicas podem funcionar como tradução desta complexidade para o sistema jurídico. Isso se deve ao fato de que as perícias são instrumentos que possibilitam a abertura cognitiva sem perda da consistência necessária para a reprodução de expectativas contrafáticas. O processo se abre ao conhecimento de fatos a ele externos, mas limita esta abertura – a prova deve ser lícita e seus resultados são decididos juridicamente. Assim, conhecimentos de ciência econômica, contabilidade, saúde pública e pedagogia podem ser juridicamente internalizados, como argumentos jurídicos, por intermédio das provas técnicas. Evita-se tanto a tomada de decisões ensimesmadas quanto a pura submissão a critérios ambientais.

Constatar, em investigação sociológica, os caminhos abertos para o sistema jurídico na judicialização dos direitos sociais prestacionais é algo diverso de aconselhar tribunais quanto às suas conclusões sobre a licitude ou ilicitude de políticas públicas que implementam direitos sociais. Somente o sistema jurídico é capaz de selecionar argumentos, observar dogmas e reproduzir expectativas normativas por meio da reutilização da forma lícito/ilícito. Qualquer decisão tomada pelo sistema jurídico neste setor é arriscada. Suas consequências são imprevisíveis. Assim, resta à ciência restringir-se a observar o funcionamento do direito e verificar como ele lida com seus paradoxos, tautologias e circularidades.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ABRAMOVICH, Victor; PAUTASSI, Laura; VICTORIA, Furio. “Judicial activism in the Argentine Health System: Recent Trends”. In: *Health and Human Rights*, vol. 10, nº 2, 2008, pp. 53-65.
- ACCA, Thiago. *Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.
- ALCOLVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1993.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. “Há direitos acima dos orçamentos?”. In: Ingo SARLET; Luciano TIMM (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 79-99.
- BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. In: Ingo SARLET; Luciano TIMM (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 101-132.
- BARCELLOS, Ana Paula de. “O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 803-826.
- BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 875-903.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “A nova interpretação constitucional dos princípios: ponderação, argumentação e papel dos princípios”. In: George Salomão LEITE (org.). *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 101-135.
- BECKERT, Jens. “What is Sociological about Economic Sociology? Uncertainty and the Embeddedness of Economic Action”. In: *Theory and Society*, vol. 25, n. 6, dezembro/1996, pp. 803-840.
- BELLATO, Rosene; ARAÚJO, Laura; NEPOMUCENO, Marly; MUFATO, Leandro; CORRÊA, Geovanna. “Mediação do direito à saúde pelo Tribunal de Justiça: análise da demanda”. In: *Texto & Contexto*, vol. 21, no. 2, Florianópolis, 2012, pp. 356-362.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. “O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 997-1.017.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti, 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- CAMPILONGO, Celso. “Direitos Fundamentais e Poder Judiciário”. In: *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 97-109.
- CAMPILONGO, Celso. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. In: José Eduardo Faria (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 30-51.
- CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita. “Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade”. In: *Caderno Saúde Pública*, vol. 25, no. 8, Rio de Janeiro, agosto/2009, pp. 1.839-1.849.

- CORREIA, José Gladston Viana. *A relação entre o direito e a moral: crítica de Niklas Luhmann à tese de Ronald Dworkin*. Tese de conclusão de curso. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.
- CORSI, Giancarlo. “Redes de la exclusión”. In Fernando Albino; Angélica Vázquez (orgs.). *Redes de la inclusión. La construcción social de la autoridad*. Cidade do México: M. A. Porrúa, 1998.
- CORSI, Giancarlo. “Ultrastabilità e indifferenza. Centri e periferie nella società moderna”. *Studi di Sociologia*, vol. 43, 2005, pp. 35-52.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Perez, Carlos Villalobos. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- DE GIORGI, Raffaele. “O poder dos espelhos”. In: *Estado de São Paulo*, edição de 4 de abril de 1997.
- DE GIORGI, Raffaele. “Redes de la inclusión”. In Fernando Albino; Angélica Vázquez (orgs.). *Redes de la inclusión. La construcción social de la autoridad*. Cidade do México: M. A. Porrúa, 1998.
- DEAKIN, Simon. “Legal Evolution: integrating economic and systemic approaches”. In: *Legal Studies Research. Paper Series*, n. 41, Cambridge, setembro/2011.
- DOUZINAS, Costa. “Torture and Systems Theory”. In: *Soziale Systeme*, no 14, caderno 1, 2008, pp. 110-125.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harbard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- FARIA, José Eduardo. “As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais”. In: José Eduardo Faria (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 52-67.
- FARIA, José Eduardo. “Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”. In: José Eduardo Faria (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 10-29.

- FARIA, José Eduardo. “O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira”. In: José Eduardo Faria (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 94-112.
- FERRAZ, Octávio; VIEIRA, Sulpino. “Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante”. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 52, no. 1, Rio de Janeiro, 2009, pp. 223-251.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.
- FOERSTER, Heinz von. *Sistemi che osservano*. Trad. Bernardo Draghi, Roma: Ubaldini, 1987.
- FRANCISCO, José Carlos. “Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 859-873.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Sobre o princípio da proporcionalidade”. In: George Salomão LEITE (org.). *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 237-253.
- HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 4 ed., trad. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- HECK, Luís Afonso. “Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy”. In: George Salomão LEITE (org.). *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 52-100.
- HENRIQUES, Fátima Vieira. “Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 827-858.
- HIERRO, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel, 2003.
- HIRSCHMANN, Albert. *Saída, voz e lealdade. Reações ao declínio de firmas, organizações e estados*. Trad. Ângela de Assis Melim, São Paulo: Perspectiva, 1973.

- HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 383-416.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3a ed., trad. Luiz Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed., trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. “Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 279-312.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “A crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário”. In: José Eduardo Faria (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 68-93.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”. In: José Eduardo Faria (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 113-143.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “Dos Direitos Civis aos Direitos Sociais. Experiência brasileira no final do século XX”. In: *Direitos Sociais. Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, pp. 33-55.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “Em torno da ‘reserva do possível’”. In: Ingo SARLET; Luciano TIMM (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 155-173.
- LOURENÇO, Ana. “Autopoietic social systems theory: the co-evolution of law and the economy”, working paper n. 409, Centre for Business Research, Cambridge: Universidade de Cambridge, junho/2010.
- LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- LUHMANN, Niklas. “Das Erkenntnisprogramm des Konstruktivismus und die unbekannt bleibende Realität”. In: *Sociologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven*. 4a ed., Wiesbaden: VS, 2009, pp. 31-57.

- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- LUHMANN, Niklas. "Deconstruction as Second-Order Observing". In *New Literary History*, vol. 24, n. 4, The John Hopkins University Press, 1993, pp. 763-782.
- LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Vol. 1, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Vol. 2, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- LUHMANN, Niklas. *Einführung in die Systemtheorie*. 4 ed., Heidelberg: Carl-Auer, 2008.
- LUHMANN, Niklas. "Ethik als Reflexionstheorie der Moral". In: *Die Moral der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, pp. 270-347.
- LUHMANN, Niklas. "Funktionen der Rechtsprechung im politischen System". In *Politische Planung. Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*. 5a ed., Wiesbaden: VS, 2007, pp. 46-52.
- LUHMANN, Niklas. "Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?". In: *Die Moral der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, pp. 228-252.
- LUHMANN, Niklas. "Legal Argumentation: An Analysis of its Form". In *The Modern Law Review*, vol. 58, n. 3, Oxford: Blackwell Publishers, 1995, pp. 285-298.
- LUHMANN, Niklas. *Macht*. 3a ed., Stuttgart: Lucius&Lucius, 2003.
- LUHMANN, Niklas. "Notes on the Project 'Poetry and Social Theory'". In *Theory, Culture & Society*, vol. 18 (1), Londres: SAGE, 2001, pp. 15-27.
- LUHMANN, Niklas. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* 5 edição, Wiesbaden: VS, 2008.
- LUHMANN, Niklas. "Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system". In: *Cardozo Law Review*, vol. 13, n. 5, março/1992, pp. 1419-1441.

- LUHMANN, Niklas. “Politik, Demokratie und Moral”. In: *Die Moral der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, pp. 175-195.
- LUHMANN, Niklas. “Risiko und Gefahr”. In: *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven*. 4a ed., Wiesbaden: VR, 2009, pp. 126-162.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Trad. Fernando Vallespín, Madri: Alianza Editorial, 1993.
- LUHMANN, Niklas. “The Economy as a Social System”. In: *The differentiation of society*. Nova York: Columbia University Press, 1982, pp. 190-225.
- MARCONDES FILHO, Ciro. *O escavador de silêncios. Formas de construir sentidos na comunicação*. São Paulo: Paulus, 2004.
- MARCONDES FILHO, Ciro. *Para entender a comunicação*. São Paulo: Paulus, 2008.
- MALISKA, Marcos Augusto. “Educação, Constituição e Democracia”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 789-800.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2011.
- MARSHALL, Thomas. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NAFARRATE, Javier. *Luhmann: la política como sistema*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2004.
- NAVARRO, Pablo. *La Eficacia del Derecho. Una investigación sobre la Existencia y Funcionamiento de los Sistemas Jurídicos*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Tese apresentada no concurso para professor titular do Departamento de Direito da Universidade de Brasília. Distrito Federal: Universidade de Brasília, 2010.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NOBRE, Marcos. “Os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito”. In: *Novos Estudos CEBRAP*, no 82, novembro/2008, pp. 97-106.
- OLIVEIRA, Luciano. “Não fale do Código de Hamurabi! A pesquisa jurídica na pós-graduação em direito”. In: *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 137-167.
- PACE, Ricardo. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. Ciência, Direito, Economia e Política. Expectativas*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica da Universidade de São Paulo, 2010.
- PATERSON, John. “The Fact of Values”. In: *Soziale Systeme*, no 14, caderno 1, 2008, pp. 68-82.
- PEREIRA, Agostinho; SIMIONI, Rafael. “A especificidade dos novos direitos na multiplicidade de suas referências”. In: *Revista Sequência*, n. 56, jun. 2008, pp. 225-244.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010 (versão digital).
- RAMOS, Luiz Felipe Rosa. *Ato médico? A regulamentação da medicina sob a lente da teoria dos sistemas*. Tese de conclusão de curso. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.
- RASCH, William. “Introduction: the form of the problem”. In: *Soziale Systeme*, no 14, caderno 1, 2008, pp. 3-17.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini, Bauru: EDIPRO, 2003.
- SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en

- Colombia”. In: *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, no. 1, janeiro/junho 2011, pp. 75-107.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo. “A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 1.019-1.049.
- SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: Ingo SARLET; Luciano TIMM (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 13-50.
- SCAFF, Fernando. “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. In: Ingo SARLET; Luciano TIMM (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 133-153.
- SHACKLE, George. *Expectations in Economics*. 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1952.
- SHACKLE, George. *Time in Economics*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1958 (reimp. 1967).
- SHACKLE, George. *Uncertainty in economics and other reflections*. Cambridge: Cambridge University Press, 1955 (reimp. 1968).
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Marcos da; FERREIRA, Efigênia; SILVA, Girlene da. “O direito à saúde: representações de usuários de uma unidade básica de saúde”. In: *Physis Revista de Saúde Coletiva*, vol. 20, no. 4, Rio de Janeiro, 2010, pp. 1.183-1.207.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587-599.

- SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. “Claiming the right to health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded?”. In: *Law & Social Inquiry*, vol. 36, no. 4, 2011, pp. 825-853.
- SILVEIRA, Adriana Dragone. “Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à educação”. In: *Revista Brasileira de Educação*, vol. 17, nº 50, maio-agosto/2012, pp. 353-368.
- SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira. Quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2009.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 515-551.
- STICHWEH, Rudolf. “Inklusion in Funktionssysteme der modernen Gesellschaft”. In: *Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie*. Bielefeld: Transcript, 2005, pp. 13-44.
- STICHWEH, Rudolf. “Inklusion/Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft”. In: *Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie*. Bielefeld: Transcript, 2005, pp. 45-63.
- STICHWEH, Rudolf. “Zur Theorie der politischen Inklusion”. In: *Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie*. Bielefeld: Transcript, 2005, pp. 67-81.
- SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights. Why Liberty depends on taxes*. Nova York: Norton, 1999.
- TAVARES, André Ramos. “Direito fundamental à educação”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 771-788.
- TEUBNER, Günther. “How the Law thinks: toward a constructivist epistemology of Law”. In: *Law & Society Review*, vol. 23, n. 5, 1989, pp. 727-757.
- TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais”. In: Claudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (orgs.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 313-339.

- TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”. In: Ingo SARLET; Luciano TIMM (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 63-78.
- VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera; SCHRAMM, Fermin. “Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde”. In: *Physis Revista de Saúde Coletiva*, vol. 20, no. 1, Rio de Janeiro, 2010, pp. 77-100.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. “A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial ‘à brasileira’”. In: *Revista DireitoGV*, nº 8, São Paulo, jul-dez 2008, pp. 407-440.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WANG, Daniel Wei Liang. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”. In: Ingo SARLET; Luciano TIMM (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 349-371.
- WEIS, Carlos. *Direitos Humanos contemporâneos*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.