

Paulo Vaz: Justiça não evita colisões com práticas sociais reais

A mídia brasileira, cumprindo seu papel, estampa notícias, artigos e comentários de especialistas sobre como deve o STF analisar a admissibilidade do recurso de Embargos Infringentes interposto pelos acusados/condenados no emblemático caso Mensalão (e, se admitido, como deverá julgá-lo no mérito). Sobressai a opinião, que traduz o senso comum social, de que o Pretório Excelso não deve admitir o recurso, o que representaria, para a Corte, um desgaste político desnecessário e um risco sério de traduzir-se em rematada impunidade (absolvição, redução de penas e prescrição). Conhecido, deve o STF negar-lhe provimento, mantendo a decisão antes proferida.

Gostaria de tematizar o *leading case* sob a metodologia sistêmica, para mostrar que a Justiça deve ouvir a sociedade, mas fazê-lo autopoieticamente. Niklas Luhmann, o maior expoente e criador da teoria dos sistemas sociais, concebe a sociedade como um sistema social, dividido em sistemas parciais: direito, política, ciência etc. Cada sistema parcial do sistema social tem sua funcionalidade e autonomia, é dizer, opera autorreferencialmente, segundo o seu próprio código binário, portanto, fechado operacionalmente, embora cognitivamente aberto, porque interage, por meio de acoplamentos estruturais, com o ambiente (tudo mais que não está dentro do sistema), sendo sensível às suas perturbações ou irritações, que processa segundo seu código. Por isso, podemos assim dizer, os sistemas são, em princípio, alheios ao ambiente bruto. O desafio da teoria dos sistemas é justamente a conectividade entre os sistemas parciais e o entorno.

Para o sistema do direito e o seu centro, a Justiça, o desafio é a sua aproximação com a semântica social, o que fica cada vez mais distante diante da sua complexidade (o entorno é pura complexidade). O acoplamento entre o centro do sistema jurídico (Justiça) e o ambiente social do direito (entorno) pressupõe o estabelecimento de zonas de contato entre ambos, mecanismos ou estruturas que ensejem a interação e o ajustamento condicionado de seus discursos. Nem a Justiça pode corromper-se adotando um discurso que não é jurídico, segundo o seu código (direito/não-direito ou lícito/ilícito), nem a sociedade pode ser olímpicamente olvidada. Gunther Teubner, dando sequência aos estudos de Luhmann, volta sua atenção para como reintegrar o direito ao contexto social, buscando formas de concepção de uma nova roupagem que permita ao direito viger em uma sociedade global complexa, policontexturada, otimizando sua capacidade de estabilizar as expectativas normativas sociais. Em outras palavras, busca uma solução para o problema crucial da relação entre as semânticas da sociedade pós-moderna e da Justiça. Fala, pois, de uma *reflexividade* explicativa do processo de interação entre fatores externos (pressões sociais) e internos (formalismo jurídico) na configuração dos sistemas jurídicos contemporâneos. O conceito de direito reflexivo representa justamente as condições da comunicação sistema/ambiente que são pressupostos para a concreta interação entre o sistema social e os sistemas jurídico, político e econômico e destes entre si.

No exemplo extremo da *Crônica de Uma Morte Anunciada*, de Gabriel García Marquez, Teubner demonstra que a semântica social pode obstar a normatividade do direito, melhor dizendo, que a eficácia social do direito pode ficar comprometida pelos discursos sociais hegemônicos e herméticos. “Não nos encontramos diante de um conflito de normas no interior de um discurso, mas de um choque de discursos colidentes entre si, de um irreconciliável conflito de diferentes sistemas de regras”. O direito

não é ouvido. O discurso da honra imuniza-se contra o idioma do direito. O fechamento dos discursos sociais em relação ao direito é notável.

Teubner incorpora o desafio da aplicação da noção de direito autopoietico em contextos reais e concretos. Segundo ele, o processo jurídico de reflexão define a auto-limitação do direito, mas sempre dentro do contexto de seus vínculos com a realidade social. Com isso, a resposta somente pode ser encontrada se observados os limites regulatórios do direito, sempre dentro do contexto de seus vínculos com a realidade social.

Seja qual for a teoria de justiça que se queira considerar para a solução dos conflitos individuais e sociais, a Justiça não consegue evitar as colisões com práticas sociais reais. É preciso atentar para o fato de que a sociedade policontexturada e policentrada tende a desenvolver racionalidades e normatividades próprias, que colocam sob suspeita a atuação da Justiça a partir de uma espécie *cegueira jurídica* ou bloqueio do discurso do direito estatal, ainda seu instrumento e objeto de trabalho por excelência. Uma das hipóteses de compensação do déficit de normatividade do direito, decorrente do *conflito de regras de diferentes sistemas*, é apresentada por Teubner, no que propõe, diante da colisão dos mundos de sentido idiossincráticos de hoje em dia, malograda uma reconciliação através de uma racionalidade societal e, menos ainda, através de uma justiça socialmente abrangente, a integração conectiva entre as semânticas sociais e da Justiça, possibilitando que as perturbações provocadas no sistema jurídico, em sendo processadas autorreferencialmente, é dizer, passando pelo crivo do código binário do direito, possam transformar as estruturas comunicativas da Justiça e permitir, por acoplamento estrutural, a conectividade almejada.

Em um conceito sociológico, *a justiça é a fórmula de contingência do sistema jurídico* (Luhmann). Isso representa que a tematização da justiça ativa uma dinâmica social de irritação que torna drasticamente visível para todos a contingência do Direito: o Direito justo poderia/deveria ser de outro modo! A irritação da justiça começa com a emergência dos conflitos sociais, prossegue por meio da sua tradução na linguagem artificial do Direito, na *praxis* da aplicação do Direito, nas táticas advocatícias, nos conflitos de interpretação, na tomada de decisão judicial, na imposição do cumprimento da lei, na observância às regras, e termina com a não observância das normas e decisões jurídicas, com o protesto dos homens e sua revolta contra a injustiça do Direito (Teubner).

Como a Justiça atua nessas práticas? A justiça não é aberta a qualquer ponderação. No Direito, ela é uma fórmula de contingência. A justiça jurídica é utilizada como a fórmula de orientação central, irrefutável, e não pode entrar em concorrência com qualquer princípio, jurídico ou extra-jurídico. A fórmula de contingência do Direito – a justiça – aparece, conseqüentemente, como um necessário esquema da busca por fundamentos ou valores, que só podem adquirir validade jurídica na forma de programas. Mas a fórmula de contingência, diz Teubner, implica muito mais do que mera consistência interna do decidir: contingência significa também ser-possível-de-outro-modo e, ao mesmo tempo, ser-dependente-de-alguma-outra-coisa.

O clamor por justiça – e esse é o núcleo da fórmula de contingência – requer que conseqüências sejam extraídas da dependência do Direito quanto a sua ecologia, a seus ambientes social, humano e natural. Com isso, entram em jogo, além da consistência formal, pontos de orientação materiais. Na definição “complexidade adequada do decidir consistente”, o aspecto decisivo é a *adequação social* em sua

relação com a consistência interna. A intenção da Justiça se dirige, não à maximização da consistência dogmática, mas a responder-se sensivelmente às mais divergentes demandas vindas de fora e, assim, a buscar-se a máxima consistência possível.

Como isso deve ocorrer, eis o problema crucial. Que mecanismos possibilitariam, sem corrupção do sistema de justiça, sua adequação em relação ao mundo exterior, adequação essa que não pode ser alcançada através de “um passeio do Direito pelo mundo exterior, mas somente dentro do Direito”. A explicação, em Teubner, é a *re-entry* do extrajurídico no jurídico. Enquanto as operações jurídicas constroem, com o auxílio de sua sequencialização, uma fronteira entre Direito e não-Direito (esse no sentido de “extrajurídico”, não de “antijurídico”!), entre comunicação jurídica e outras formas de comunicação social, as auto-observações jurídicas utilizam esta mesma diferenciação “Direito/não-Direito”, só que dentro do mundo simbólico do Direito. Sempre que a diferenciação “Direito/não-Direito” entra novamente na sequência de operações jurídicas, e que a argumentação jurídica é colocada em posição de ser capaz de diferenciar entre normas e fatos, entre atos jurídicos internos e atos sociais externos, entre conceitos jurídicos e interesses da sociedade, bem como entre construções internas da realidade de processos jurídicos e sociais, então é chegado o momento em que o discurso da Justiça debate uma decisão sobre essas diferenciações e lança a questão sobre se as decisões jurídicas fazem justiça àqueles aspectos do mundo exterior da mesma forma como eles foram internamente reconstruídos. O resultado da *re-entry* é a criação de um “espaço imaginário” dentro do Direito, que compreende a si mesmo, porém, como realidade. A justiça só pode operar no Direito dentro desse espaço imaginário, que emerge através da *re-entry* da ecologia no Direito, através da construção jurídica interna de demandas externas da sociedade, dos homens e da natureza.

Este processo de abertura da Justiça ao ambiente social obedece a três condicionamentos: à redução da experiência infinita da justiça a uma decisão binariamente codificada, à sua fundamentação responsivo-consistente e à sua normatização condicional. As diferenças de uma justiça jurídica específica para um “impulso cego” se tornam especialmente claras se se consideram as drásticas limitações às quais o sistema jurídico moderno, após o delírio de sua auto-transcendência, compele sua própria fórmula de contingência. A justiça jurídica não pode identificar, no acesso à totalidade, a injustiça do Direito com aquela do mundo. Ela deve produzir a conexão estrutura/decisão dentro do espaço de possibilidades de decisões jurídicas altamente limitado pelo código jurídico/antijurídico e por seus programas, ainda que isso contrarie seu próprio convencimento, pois está compelida à decisão. Não é permitido que a busca se perca em sentimentos irracionais de injustiça ou em aspirações vagas à justiça. Ao invés, ela é constrangida pelas aporias especificamente estruturadas do processo jurídico, a expor-se com toda a intensidade à experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência. Ela deve, então, transformar essa experiência em fundamentos racionais, argumentos técnico-jurídicos e dogmática jurídica conectável.

Aqui, diz Teubner, vem à tona a dificuldade tão enfaticamente descrita por Luhmann, de se ir, responsivamente e com argumentos racionais, ao encontro das elevadas exigências que o mundo externo impõe ao Direito mas, ao mesmo tempo, satisfazer às exigências internas relativas a uma decisão consistente do caso. Finalmente, o espaço de atuação da justiça jurídica é restringido pelo fato de que ela não dispõe de todos os meios de poder e de influência deste mundo para, assim, poder criar uma sociedade justa. Ao contrário, ela dispõe apenas das operações e estruturas do Direito, de atos jurídicos e normas jurídicas, que, em comparação, são ao mesmo tempo altamente especializados e pobres. Ela [a

justiça jurídica] é confrontada com rigorosas limitações quanto a suas possibilidades de solução, que a diferenciam do ato arbitrário de um soberano poderoso, de um oráculo obscuro, da revelação mística. Ela deve reduzir, de uma forma absurdamente simplificadora, suas impressionantes experiências da alteridade – isto é, as experiências da infinitude interna do homem individual, as experiências da racionalidade própria e da normatividade própria dos diferentes discursos – bem como as experiências da irracionalidade, à formulação de uma norma que carrega a pretensão de ser adequada ao conflito jurídico. Diante do duplo imperativo “introduzir o caos na ordem”, nenhuma norma legal, nenhum ato do julgador, nenhum construto dogmático pode subsistir, tudo é submetido ao julgamento da justiça. A justiça jurídica deve inventar continuamente novas normas legais, atos de julgadores, conceitos jurídicos, que estejam à altura da pretensão de serem mais justos do que os anteriores, percebidos como fórmulas profundamente injustas. Eis o desafio do Supremo Tribunal Federal.

Date Created

18/09/2013