



## OBSERVANDO OS OBSERVADORES: OS “PONTOS CEGOS” DO *DEVER* DE PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Valmir Chaves de Oliveira Neto\*

### RESUMO

O presente artigo possui dois eixos e tem a pretensão de testar a hipótese de que a teoria dos sistemas sociais, em especial a categoria da observação de segunda ordem, pode permitir uma atitude crítica perante o sistema jurídico, no sentido crítico/responsivo, em termos de uma análise desconstrutivista (primeiro eixo). Nesse sentido, aplicando-se a lente sistêmica-ecológica, o trabalho visa revelar os “pontos cegos” do *dever* de proporcionalidade na obra de Robert Alexy (segundo eixo), oferecendo críticas à teoria, em especial à sua instrumentalização, e iniciando um caminho para um agir acadêmico responsivo do Direito.

**Palavras-chave:** teoria dos sistemas; princípios; proporcionalidade; crítica; responsividade.

### OBSERVING OBSERVERS: THE “BLIND POINTS” OF THE DUTY OF PROPORTIONALITY IN ROBERT ALEXY’S THEORY

### ABSTRACT

This article has two axes, and intends to test the hypothesis that the theory of social systems, especially the category of the second-order observation, may allow a critical attitude towards the legal system, in the critical/responsive sense, in terms of deconstructivist analysis (first axis). In this sense, applying the systemic-ecological lens, the work aims to unveil the “blind spots” of the duty of proportionality in the work of Robert Alexy (second axis), by criticizing the theory, especially its instrumentalization, and starting from a path for an academic act of responsive law.

**Keywords:** systems theory; principles; proportionality; criticism; responsiveness.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa está inserida no âmbito das discussões sobre os potenciais críticos que podem ser extraídos da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e dialoga com um paradoxo científico, qual seja: o reconhecimento da importância e acolhimento prático<sup>1</sup> da teoria de Robert Alexy, mas, por outro lado, o desvelamento de um senso comum teórico no uso forense dessa categoria jurídica, especialmente, das suas limitações e deficiências (pontos cegos).

\* Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Advogado. valmirchavesneto@gmail.com.

<sup>1</sup> Como será abordado na seção “5” deste trabalho.



O método de investigação é baseado na matriz sistêmica (LUHMANN, 2007), notadamente pelas possibilidades de uma atitude crítica através da teoria dos sistemas de cariz *luhmanniana* e de seu potencial para o estudo jurídico, através de uma observação de segunda ordem, uma “observação dos observadores”<sup>2</sup> com viés responsivo (BORA, 2016).

Como revelado, o artigo tem a pretensão de ser um trabalho crítico e, quanto a esse intento, é preciso fixar bases e observações, inclusive antevendo possíveis objeções à nossa construção. A primeira observação diz respeito à máxima de que, para criticar uma teoria, é necessário que se estabeleça os pressupostos teóricos do que se critica, o que será demonstrado na seção “3”.

A segunda observação, que é consequência da primeira, está relacionada com a categorização da proporcionalidade na construção doutrinária de Robert Alexy e, como o próprio termo utilizado no título já denuncia, a proporcionalidade é entendida enquanto um *dever* instrumental, uma forma de argumentação, nos moldes da proposição de Humberto Ávila (1999).

A terceira e última observação é, na verdade, uma defesa prévia e de compreensão. O desenvolvimento científico<sup>3</sup> não é linear e, por isso, com a ressalva de quem pensa em contrário, um trabalho científico de viés crítico não necessariamente precisa propor uma (ou alguma) solução.

É desejável – e socialmente útil – que a crítica venha acompanhada de uma alternativa ou de uma solução. Esse desejo, contudo, não pode limitar o papel livre da crítica, que é o papel-chave das ciências sociais, pois a desconstrução de “dogmas” ajuda a questionar o estado de coisas, melhorá-lo ou criar bases para sua substituição e obsolescência.

Existe, portanto, uma normatividade em toda crítica, caracterizada pela responsividade para o futuro de que algo pode ser melhor ou pode ser melhorado ou, simplesmente, de que algo não é adequado pela sua natureza e, portanto, sem necessitar de um substituto.

Com base nessas premissas e observações, o artigo buscará, desde uma perspectiva sistêmica-ecológica (LUHMANN, 2007 e CARNEIRO, 2019), estabelecer e/ou reforçar críticas ao *dever* de proporcionalidade de Robert Alexy, acentuando, ainda, que a crítica deve

<sup>2</sup> A expressão “observação dos observadores” é diretamente influenciada pelo capítulo do livro de AMATO, 2017.

<sup>3</sup> O Direito deve buscar padrões que possibilitem um rigor técnico e empírico, a fim de que suas premissas sejam testadas em ambientes próprios. Essa questão merece ser mais bem trabalhada e transcende o objeto do presente trabalho.



ocorrer em dois planos: no plano acadêmico-teórico e no plano da prática forense, que se revela muito mais como um uso tópico do que um uso metodológico da teoria.

Na primeira parte do trabalho, será delimitada a lente de análise sistêmica, revelando as bases de observação e sua contextualização no âmbito de uma pesquisa maior.

Em um segundo momento, por coerência metodológica e comparativa, serão traçados alguns pressupostos teóricos essenciais da teoria da proporcionalidade. Prosseguindo e aplicando-se a meta-teoria sistêmica à teoria da *alexiana*, serão estabelecidas, ainda que de forma breve, análises críticas e contextuais que podem servir de ponto de partida para a superação da aludida teoria.

Ao final, o trabalho visa estabelecer pontos de superação do *dever* de proporcionalidade como metódica jurídica, inserindo-se em um contexto maior de uma defesa da contenção sistêmica da lógica judicial e da demonstração da utilidade crítica da gramática da teoria dos sistemas sociais e, por derradeiro, desvelar dogmas teóricos que vêm sendo aceitos sem maiores reflexões, ao menos no Brasil.

Aqui não se trata, portanto, de afirmar qual a forma de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais é preferível, a questão é observar e demonstrar as limitações de um procedimento estratégico como é o caso do *dever* de proporcionalidade.

## 2 OBSERVANDO OS OBSERVADORES: A OBSERVAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM

Esta seção, também introdutório e meta-teórico, representa, para o presente trabalho, a exposição da “lente” de análise do artigo, de sorte que a sua exposição possibilita a um só tempo: a clareza da base teórica e o teste da hipótese de que a categoria luhmanniana da observação de segunda ordem possibilita *partir* de uma complexa descrição do objeto de estudo *para buscar*, em termos responsivos, um impacto ou irritação no sistema ao qual a observação se dirige (postura crítica).

O paradigma da “observação de segunda ordem” para Niklas Luhmann está inserido em uma grande construção teórica e reflete uma nova gramática científica que, inclusive, poderia ser objeto de uma pesquisa própria e transcende os limites do trabalho.

Dessa forma, para este artigo, entende-se por observação de segunda ordem uma forma de ver e analisar a sociedade, de um sistema sobre outro, caracterizada pelos diferentes sistemas sociais autopoietico e sempre levando em conta que a sociedade é funcionalmente

complexa. Trata-se, pois, de uma observação ampla e funcional e não uma observação casuística, em uma análise epistêmica de uma teoria.

Vale ressaltar que o complemento “segunda ordem” da observação é um dos elementos centrais para o desenvolvimento desta pesquisa e da própria teoria luhmanniana.

Isto porque, partindo do pressuposto de que a sociedade é invariavelmente complexa e de formação contingente, a observação de segunda ordem consegue visualizar a teoria enquanto obra da engenhosidade racional, atingindo ou revelando os “pontos cegos” do observador de primeira ordem. Ou seja, os “pontos cegos” e limites dos teóricos do direito sem adentrar em um aspecto necessariamente valorativo.

Essa forma de análise permite levar em conta a complexidade social, em especial a distinção entre sistema e ambiente, como, por exemplo, na relação de irritabilidade entre o sistema jurídico (que opera com o código binário *conforme o direito/não conforme o direito*) e o sistema econômico (que opera através do código binário *ter/não ter*).

O complemento “segunda ordem” da observação é um dos elementos centrais para o desenvolvimento desta pesquisa, uma vez que, partindo do pressuposto de que os sistemas são diferentes, e que eles, ao longo de suas operações (*conforme o direito/não conforme o direito* ou *ter/não ter*), observam uns aos outros e se auto-observam.

Apenas a *observação de segunda ordem* consegue visualizar as operações e as distinções e daquele entorno, atingindo ou revelando os “pontos cegos” do observador de primeira ordem<sup>4</sup>.

Essa “vantagem” da observação de segunda ordem reside no fato do objeto de sua observação ser uma outra observação<sup>5</sup>, trata-se de uma observação que é caracterizada por uma renúncia à “segurança” de uma ontologia dos conteúdos, dados e formas. Afinal, todos os sistemas e suas observações possuem um “ponto cego” ou alguma imprevisibilidade que uma outra observação, em uma segunda ordem comunicacional, consegue melhor revelar<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Um exemplo de observação de primeira ordem, pode ser visualizado com um jurista analisando determinada decisão ou caso-problema com base no Código Civil ou em norma da Constituição da República.

<sup>5</sup> “A questão que se coloca neste contexto é a de como o observador observado diferencia. Os procedimentos e os critérios diferenciadores desse observador-objeto de observação constituem o centro das atenções. O interesse é concentrado à questão de como o observador diferencia o mundo, de como o analisa, do que considera relevante ou não. Ter-se-ia aqui ao mesmo tempo uma redução da complexidade, pois focalizar-se-ia um observador. A partir dele, considerando a forma com que diferencia o mundo, ter-se-ia uma “recuperação do mundo, a recuperação de uma visão do todo.” (BISPO. 2009).

<sup>6</sup> “A teorização de Luhmann em torno da observação da observação é uma das estratégias mais eficientes para a apreciação desse rendimento e em especial da dinâmica discursiva empreendida nos ego-escritos. Segundo Luhmann, todos os sistemas são constituídos por um “ponto cego” ou uma contingência que apenas um outro



Assim, seguindo as categorias de observação propostas por Luhmann (2000), os observadores de primeira ordem observam determinado evento, enquanto os observadores de segunda ordem observam o modo de observar do primeiro. É nessa segunda observação que é possível realizar uma discussão sobre o papel fundamental do sistema científico-universitário nesse *mister* crítico da observação de segundo grau<sup>7</sup>.

Com isso, a observação de segunda ordem não visa determinar como *deve ser*, mas sim irritar e ser levado em conta, como se o *outro* soubesse que exista uma observação sobre sua atividade, gerando no plano funcional uma responsividade<sup>8</sup>, o que dialoga com uma noção ecológica do direito, trabalhada por Wálber Araújo Carneiro (2019)<sup>9</sup>.

Nesse sentido:

Apenas um observador em segunda ordem pode captar o contingente ou o que os sistemas em si são impotentes para apreender. Pela segunda perspectiva, o observador se desvincula do princípio de univocidade e totalidade que marcam o observador na primeira perspectiva e garante uma espécie de visão cubista, que substitui a perspectiva direta pela apreensão simultânea de diversos ângulos em concomitância, dentre os quais o da observação crítica desse mesmo modo poliocular que se efetua. O que torna decisiva a contribuição de Niklas Luhmann com a teoria da observação em segunda ordem é exatamente essa particular problematização dos pontos cegos de todas as observações, uma cegueira que segundo o sociólogo não aliena os elementos do sistema, mas que, paradoxalmente, garante sua conexão criativa com ele.” (SANTOS, 2007, p. 71).

E é com base nessa capacidade de observar os sistemas sociais que é possível estabelecer premissas ou “lentes” de análise centrais para o estudo do *dever* de proporcionalidade, levando em conta a complexidade ambiental, a fim de maximizar a visualização dos “pontos cegos” do objeto-observador observado.

---

sistema de observação pode ver e desvendar. A essa observação mais precisa, Luhmann concede o nome de observação em segunda ordem e nos sistemas autopoéticos essa perspectiva é imprescindível para que se abarque a complexidade que nele atua.” (SANTOS, 2007, p. 69-70).

<sup>7</sup> É preciso ter em conta que observação de segunda ordem também é uma observação de primeira ordem, na medida em que não pode distinguir sua própria distinção. O observador de segunda ordem não possui acesso a um ponto de vista privilegiado ou melhor. A racionalidade não pode ser fundada em algum elemento externo objetivo; tem que ser estabelecido “no jogo”. (VANDERSTRAETEN, 2001)

<sup>8</sup> “The observation of a system by another system – following Humberto Maturana we will call this ‘second order observation’ – can also observe the restrictions forced on the observed system by its own mode of operation ... it can observe the horizons of the observed system so that what they exclude becomes evident.” (LUHMANN, 1989, p. 23).

<sup>9</sup> A noção de postura ecológica adotada neste trabalho não está relacionada às questões referentes à ecologia natural ou às relevantes pautas do meio ambiente no sentido biológico. Adotamos a noção de uma teoria ecológica no sentido de ecologia do ambiente social. Nesse sentido: A preocupação ecológica também exige uma crítica sobre formas alternativas e precisa ser capaz de explicar e orientar o fluxo de sentido entre o direito estatal constitucionalizado, outras formas de normatividade institucionalizadas e o ambiente não normativo dessa rede de sistemas jurídicos. (CARNEIRO, 2020, p. 24).



Com base nessa gramática, a teoria de Robert Alexy, enquanto teoria da argumentação jurídica (ATIENZA, 2000), é entendida como uma observação de primeira ordem, já os atos forenses decisórios são entendidos como operações<sup>10</sup> que utilizam o código próprio do sistema jurídico<sup>11</sup>. Portanto, a observação de segunda ordem busca ir além dos limites do sistema jurídico, identificando a distinção com os demais sistemas e a forma de irritação ou desestabilização que um sistema pode causar no outro, ou melhor, que um sistema não consegue “enxergar”.

O desafio no plano meta-teórico<sup>12</sup> é o de utilizar uma teoria eminentemente descritiva e buscar extrair algum potencial normativo/prescritivo. A teoria dos sistemas, ao menos em sua versão clássica (LUHMANN, 2005), não tem a pretensão de ditar como a sociedade ou o sistema do direito deve ser, mas sim descrever como realmente o seu *status*.

Ao observar o sistema jurídico a partir da categoria teórica da proporcionalidade (ALEXY, 2005) é experimentada uma tentativa de realizar o percurso da descrição para algum grau de prescrição (a ser denominada de responsividade) e, portanto, algum grau de criticidade que não quer ditar como as coisas *devem ser*, mas permite revelar ou irritar os observadores de primeira ordem, proporcionando uma abertura cognitiva do sistema jurídico.

Há, ainda, uma análise inserida, vale ressaltar, na perspectiva *derridariana* de desconstrução construtivista<sup>13</sup>, na medida em que a adoção de perspectivas, teorias e autores, em tese contraditórios<sup>14</sup>, pode ajudar a despir preconceções e adequar uma teoria descritiva da complexidade social para o seu potencial de análise crítica.

<sup>10</sup> Sobre a noção de “operação”: “*Con operación se entiende la reproducción de un elemento de un sistema autopoiético con base de los elementos del mismo sistema, es decir, el presupuesto para la existencia del sistema mismo. No existe por tanto un sistema sin un modo específico de operación propia, pero por otra parte no existe ninguna operación sin un sistema al cual pertenezca. Según ta teoría de la autopoiesis, todo lo que existe debe ser reconducido a las operaciones de algún sistema. Todo objeto posible existe sólo porque algún sistema lo constituye en cuanto unidad.*” (ESPÓSITO; BARALDI; CORSI, 1996, p. 117-118).

<sup>11</sup> Sobre a noção de código: “Os sistemas da sociedade se diferenciam por sua unidade interna de comunicação, por terem como identidade uma estrutura invariável = o código binário de referência, o qual é constituído por valores opostos (positivo/negativo; interno/externo). Justamente por se tratar de valores da sociedade, no código é facilitada – para que o sistema opere em constante processo de adaptação ao meio de sentido – a passagem de um lado ou outro da codificação = *tecnização do médium*.” (SILVA, 2016, p. 104-105).

<sup>12</sup> Termo utilizado como sinônimo de teoria da teoria.

<sup>13</sup> “Utilizado pela primeira vez por Jacques Derrida em 1967 na Gramatologia, o termo ‘desconstrução’ foi tomado da arquitetura. Significa a deposição ou decomposição de uma estrutura. Em sua definição derridiana, remete a um trabalho do pensamento inconsciente (‘isso se desconstrói’), e que consiste em desfazer, sem nunca destruir, um sistema de pensamento hegemônico e dominante. Desconstruir é de certo modo resistir à tirania do Um, do logos, da metafísica (ocidental) na própria língua em que é enunciada, com a ajuda do próprio material deslocado, movido com fins de reconstruções cambiantes. (DERRIDA e ROUDINESCO, 2004, p. 9).

<sup>14</sup> A explicitação, como se verá, da relação de Alexy com Habermas foi propositalmente sobrelevada com o fito as possibilidades de usar uma teoria funcionalista (Niklas Luhmann), que rompe com o paradigma do



Como pano de fundo dessa discussão está a preocupação responsiva e ecológica do sistema jurídico para com o seu entorno, ou seja, a preocupação sobre como o sistema jurídico pode, através de uma comunicação que apenas lhe é própria (autopoiético), levar em conta uma preocupação com a complexidade social e com a autonomia dos outros sistemas, em um ideal de sustentabilidade.

Diante dessa pretensão responsiva, a teoria da proporcionalidade vai ser investigada e criticada, pois, como será melhor demonstrado nas seções finais, a aludida teoria é caudatária de um ideal de colonização racionalista, possuindo “pontos cegos” que, além de ajudar a encobrir uma irracionalidade da escolha da decisão, tem um potencial maléfico de desestabilizar outros sistemas sociais porque parte da premissa (ainda que implícita) de que a racionalidade jurídica e dos juízes pode resolver qualquer conflito societal.

### **3 O EMPREENDIMENTO RACIONALISTA DE ROBERT ALEXY: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO *DEVER DE PROPORCIONALIDADE***

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, em especial a categoria teórica e prática da proporcionalidade, alcançou grande relevância na academia brasileira, bem como na prática forense (BARROSO, 2009). Essa adoção de uma teoria no campo forense é, sem dúvida, um dos motivos pelos quais uma teoria de origem alemã provoque grande discussão e controvérsia no âmbito universitário brasileiro.

O jurista alemão, como se extrai das suas obras (ALEXY, 1988 e 2008), pode ser entendido como um racionalista, que se insere no contexto alemão de descendência crítica no sentido de afetar a realidade segundo critério de como ela deve (ou pode) ser.

Muito embora o autor alemão não possa ser, estritamente, identificado como um pensador da escola de Frankfurt, a influência epistêmica de autores como Adorno e Horkheimer é evidente na sua obra, como também e principalmente, a influência de Jürgen Habermas<sup>15</sup>.

---

racionalismo humanista do sujeito x objeto e é, de certa forma, “opositora” ao consensualismo humanista de Habermas.

<sup>15</sup> Sobre Habermas e sua influência na obra de Alexy: “Resumindo, o discurso, a argumentação, remete a uma situação ideal de fala ou de diálogo (o equivalente ao auditório universal perelmaniano). A verdade das proposições ou a correção das normas depende, em última instância, de que se possa alcançar um consenso numa situação de total liberdade e simetria entre todos os participantes do discurso. Nas palavras de Habermas: “Chamo de ideal uma situação de fala em que as comunicações não são impedidas só por influxos externos contingentes, mas também pelas coações decorrentes da própria estrutura da comunicação. A situação ideal de fala exclui as distorções sistemáticas da comunicação. E a estrutura da comunicação só deixa de gerar coações

Essa genealogia do pensamento-base da teoria de Alexy permite, portanto, identificá-lo como racionalista, em especial na proposição do *dever* de proporcionalidade, porque é perceptível a preocupação analítica em oferecer um padrão argumentativo e instrumental para as decisões judiciais, possibilitando uma forma de aplicação dos princípios perante casos concretos, notadamente na jurisdição constitucional.

Nesse sentido, a proporcionalidade na visão ideal da teoria *alexynana* deve ser considerada como um *dever* de proporcionalidade (ÁVILA, 1999), ou seja, um procedimento jurídico, que sobreleva a atitude interpretativa dos aplicadores do direito e está diretamente ligada à questão da alegada falta de uma precisão normativa nos moldes condicionais.

Dito de outra forma, a proporcionalidade no empreendimento de Alexy tem lugar, justamente, como uma técnica de concordância prática que oferece novas respostas que a subsunção direta da norma ao fato não seria suficiente<sup>16</sup>. Seguindo essa linha de pensamento, o próprio Alexy reconhece o caráter instrumental da proporcionalidade<sup>17</sup>.

Considerando, pois, a base racionalista, o *dever* de proporcionalidade assume o caráter de “forma”, uma forma de aplicação (ou otimização) dos direitos fundamentais em um determinado caso-problema.

Nessa mesma linha, sem ignorar a doutrina que reconhece a presença de um critério moral ou uma carga valorativa ínsito à proporcionalidade, no nosso entendimento – e para

---

se, para todo participante do discurso, é dada uma distribuição simétrica das oportunidades de escolher e executar atos de fala" (Habermas, 1989a, pág. 153). Essa situação ideal de fala "não é nem um fenômeno empírico nem um mero construto teórico, mas, antes, constitui uma inevitável hipótese que nos fazemos reciprocamente no discurso. Essa hipótese pode ser, embora não necessite sê-lo, contrafática" *libid.*, pág. 155). As exigências de simetria e liberdade, propostas por Habermas, como em seguida veremos, constituem o conteúdo das regras do discurso racional que Alexy denomina regras de razão. (ATINEZA, 200, p. 163).

<sup>16</sup> A ponderação funciona, então, como um fenômeno complementar necessário ao método jurídico tradicionalmente firmado sob a cunha de “interpretação e subsunção” (“*Auslegung und Subsumtion*”). Ela completa essa técnica clássica, uma vez que ela oferece ao direito uma mais-valia para que ele seja capaz de decidir em conflitos específicos que são impassíveis de serem solucionados adequadamente pelo esquema clássico. No lugar de decisões dicotômicas do tipo ou-um-ou-outro (*Entweder-Oder-Entscheidungen*) – ou em que se analisa: a hipótese de incidência da norma (*Normatbestand*) foi preenchida ou não? – encontra-se o exame de interesses mutuamente afetados e de seu sopesamento (*Gewichtung*) específico no caso concreto ou sob o exame da posição que está do lado oposto<sup>5</sup>. Ao invés de “tudo ou nada”, a tarefa agora é: a otimização de todos os lados das posições dos afetados que estão em relação de conflito uma com a outra (LADEUR, K.-H.; CAMPOS, 2016, p. 11).

<sup>17</sup> My considerations up to this point have concerned the relationship between principles theory and proportionality. This connection turns out to be as close as it could possibly be. According to principles theory, principles are optimization requirements. Now the principle of proportionality with its three subprinciples of suitability, necessity, and proportionality in the narrower sense logically follows from the nature of principles as optimization requirements, and the nature of principles as optimization requirements logically follows from the principle of proportionality. This equivalence is necessary. (ALEXY, 2014, p. 57)



fins da fixação do pressuposto analítico-formal defendido neste artigo – a proporcionalidade não possui um critério valorativo próprio ou a priori.

Isto porque (i) não faria sentido, em termos ontológicos, que a proporcionalidade fosse constituída enquanto categoria teórica a partir de uma divisão no estilo passo a passo sem uma “resposta certa” (pela ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), uma vez que o procedimento poderia, em tese, possibilitar a descoberta de respostas diferentes (estas sim com carga valorativa). O que se vê, na verdade, é uma confusão entre o meio (proporcionalidade) e o fim (resposta baseada em um ou alguns princípios).

Outro ponto, que é consequência do anterior, diz respeito (ii) à situação de que, mesmo seguindo rigorosamente o “percurso” da proporcionalidade, o resultado final pode ser diferente (ou até oposto), o que reforça o caráter instrumental da proporcionalidade, sem um conteúdo valorativo a priori.

Em conclusão parcial, tendo em vista que o passo inicial de toda crítica é estabelecer o seu objeto, para a finalidade dessa pesquisa, a proporcionalidade é, de um lado, entendida como um *dever*, porque trata-se de um modo de ação perante um caso-problema entre princípios e, com base nessa conceituação e de outro lado, também entendida no seu papel caráter de meio, um instrumento para a realização de direitos fundamentais através do manejo do conteúdo dos princípios.

## 4 OS “PONTOS CEGOS” DO *DEVER* DE PROPORCIONALIDADE

### 4.1 Da Pretensão Metodológica à práxis argumentativa

No sentido de um tipo ideal acima destacado, a proporcionalidade se caracteriza como um *dever*. Porém, a partir de uma observação do sistema jurídico, é possível perceber que há na sua prática judiciária uma desvirtuação da teoria, nos moldes de um senso comum teórico das cortes judiciais<sup>18</sup>.

Esta primeira crítica, portanto, é menos uma crítica à teoria e mais ao seu uso prático e recepção no Brasil.

<sup>18</sup> “[...] Gostaríamos de fazer referências ao caráter institucional do senso comum teórico. Situando-nos nesta perspectiva poderíamos considerar o que chamamos de apropriação institucional dos conceitos, ou seja, da recuperação institucional do trabalho epistemológico. Assim, pretendemos designar um tipo de leitura, dos conceitos, construída no interior de marcos institucionais específicos (escolas de direito, tribunais, órgãos legislativos) onde se produzem versões das teorias ajustadas às crenças e, representações e interesses legitimadas pelas instituições.” (WARAT, 1982, p. 55).



A proporcionalidade de Alexy possui um viés formal e analítico, uma espécie de passo a passo argumentativo, um método decisório. Quando observadas as operações jurídicas, no entanto, verifica-se que a metodologia, ao menos na prática, dar lugar ao uso da proporcionalidade como um *topos*<sup>19</sup>. Ou seja, como um lugar comum argumentativo que funciona como uma máxima que justifica uma determinada posição ou escolha a priori do agente decisório.

A proporcionalidade passa a ser, em alguma medida no seu uso forense, como um trunfo argumentativa, um adjetivo da argumentação, desvirtuado da metódica *alexiana*.

Por certo, tal quadro faz refutar, inclusive, o argumento do próprio Alexy de que até para criticar a proporcionalidade, os seus críticos usariam da proporcionalidade e em especial a ponderação.

A frase não está de todo errada, mas também não pode ser usada para respaldar o pensamento *alexiano*, pois ser “proporcional” ou ter em conta o pensamento meio e fim não é uma invenção da argumentação jurídica, de modo que muitas vezes a proporcionalidade é usada como predicado argumentativo e não como método de argumentação.

Há uma diferença entre ser proporcional como critério ético e utilizar a proporcionalidade como método.

Seguindo esse pensamento, vale diferenciar o que é o *dever* de proporcionalidade – que se constitui como método – da proporcionalidade enquanto inserida em um catálogo de *topoi*, uma vez que essa confusão entre a proporcionalidade como adjetivo e como procedimento é bastante maléfica para a própria recepção da teoria e sobretudo para o seu uso na prática dos tribunais.

Um dos sintomas dessa confusão pode ser visualizado na recorrente confusão entre a proporcionalidade e a razoabilidade<sup>20</sup>. Assim, revela-se o primeiro ponto cego da teoria da proporcionalidade: a falta de preocupação com a distinção do *dever* de proporcionalidade com a categoria do “proporcional” enquanto adjetivo.

<sup>19</sup> Sobre o pensamento tópico, vale conferir as lições de VIEHWEG (1979).

<sup>20</sup> Nada obstante o autor entenda que a proporcionalidade é uma regra, vale citá-lo, pois desvela a distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade: “O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins, conforme ficará claro mais adiante.” (SILVA, 2002, p. 33).



#### 4.2 A insuficiência do diálogo entre presentes

Tal como acentuado ao longo das seções anteriores, o *dever* de proporcionalidade apresenta uma insuficiência metodológica, qual seja: como método, ainda que com prescrições analíticas bem delimitadas, o uso da proporcionalidade não garante, necessariamente, a resposta juridicamente correta ou sequer um leque previsível de possibilidades.

Esse paradoxo da *previsibilidade* da forma de justificação e da *imprevisibilidade* do seu resultado está relacionado sobretudo à atribuição, pelo agente decisório, de pesos na fase interna da ponderação, dentro de uma comunicação estritamente jurídico, com um código próprio e que possibilita a manifestação apenas dos sujeitos presentes.

Pela sua instrumentalização e discricionariedade na escolha principiológica, oferece-se uma racionalização de irracionalidades de toda ordem (preconceitos, posições ideológicas, posições religiosas).

Sem adentrar na questão da legitimidade argumentativa do Poder Judiciário<sup>21</sup>, é possível notar que até mesmo o mais rigoroso controle procedimental não oferece respostas válidas ou testáveis. No entanto, como pontua CARNEIRO (2018), esse não seria um problema muito grande se a decisão judicial envolvesse somente os limites dos “sujeitos presentes” e se, a partir da decisão os seus efeitos não se espalhassem<sup>22</sup> sobre um grande número de “sujeitos ausentes” ao processo.

O uso da proporcionalidade, portanto, encontra outra importante limitação ou “ponto cego”, qual seja: ela não consegue dialogar com uma comunidade de ausentes, pois a sua metodologia, o próprio procedimento, a temporalidade e a linguagem de um processo judicial não permite que esse tipo de comunicação ocorra de forma ampla.

Trata-se de um verdadeiro processo de alienação dos motivos determinantes de uma decisão judicial, uma alienação excludente de maiores influxos de atores e sujeitos que possam ser afetados direta ou indiretamente por determinadas decisões.

Por mais que se reconheça que medidas como audiências públicas e *amicus curiae* sejam ferramentas que potencializem um maior diálogo das Cortes com a sociedade – em reconhecimento da complexidade social para além das partes formais do processo –, ainda há

<sup>21</sup> Para um maior aprofundamento: OLIVEIRA NETO, 2017.

<sup>22</sup> Em especial nos processos judiciais objetivos, a exemplo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

limites evidentes para o diálogo entre ausentes, que ganha lugar quando se discute quem tem acesso a tais lugares de fala no seu formato *oratorial*<sup>23</sup>.

Aliás, um dos papéis da crítica, como se propõe sinteticamente neste trabalho, é o desvelamento dos “pontos cegos” do *dever* de proporcionalidade para diminuir o grau de dirigismo semântico dos atores do sistema jurídico, em especial de uma discricionariedade dos juízes, na qual posições apriorísticas desses agentes, que antecedem a racionalização procedida pelo citado *dever* de proporcionalidade, podem definir as “soluções” dos problemas levados ao Poder Judiciário.

A noção de que a proporcionalidade é um meio eficaz para solucionar problemas que envolvam colisões entre direitos deve ser questionada pela sua insuficiência de levar a cabo os mandamentos de otimização<sup>24</sup>.

Deveres procedimentais pautados em uma concordância prática – leia-se: concordância prática entre “sujeitos presentes” – têm uma forma racional, mas, em razão da falta de conteúdo próprio, permitem que escolhas trágicas ou inconstitucionais sejam validadas em uma postura que tende a gerar uma pan-ponderação, na qual tudo pode passar pelo crivo do *dever* de proporcionalidade, em especial em ordenamentos altamente principiológicos como o brasileiro.

#### 4.3 O risco ecológico e a imprevisibilidade ambiental

O quadro descrito na seção anterior gera um círculo vicioso na doutrina e na prática judiciária brasileira, porque se tudo é passível de ser ponderado (fase interna do *dever* de proporcionalidade) e se esse método é instrumental dos princípios jurídicos para efetivação de direitos, não é à toa que se verifica no Brasil uma espécie de pan-principiologismo<sup>25</sup> para “alimentar” o método da proporcionalidade.

Essa situação entra em conflito com a lente de epistemológica utilizada no presente artigo, em especial pela preocupação de que o sistema jurídico seja responsivo, cumprindo o

<sup>23</sup> Por formato oratorial, leia-se o modelo anti-dialógico no qual os sujeitos não debatem e podem não ser levados em conta, revestindo-se de um caráter meramente simbólico de participação.

<sup>24</sup> Em consonância com a crítica em discussão, é importante levar em conta que se discute a própria pertinência e os efeitos de conceituar princípios como mandamentos de otimização. Nesse sentido: “[...] mandado de otimização conhece claramente suas fronteiras. Enquanto “mandamentos de otimização”, os princípios exigem uma centralização do conhecimento na instituição tribunal, que não é mais condizente com a complexidade social atual de extrema fragmentação social. Ao revés, a sociedade atual clama uma crescente necessidade de descentralização e cooperação.” (LADEUR, K.-H.; CAMPOS, 2016, p. 114).

<sup>25</sup> Sobre o pan-principiologismo no direito brasileiro, vale a leitura de OLIVEIRA NETO, 2015.



seu papel de estabilizar expectativas, mas também evitando a colonização de outros campos sociais, em desrespeito ao ecossistema social que é, na sociedade moderna, altamente complexo, dividido e especializado.

Na mesma direção, em que pese o *dever* de proporcionalidade represente um conforto decisório na medida que oferece um caminho de racionalização da justificação, em outra medida ele possibilita um maior dirigismo semântico dos agentes jurídicos em uma encenação do Direito como elemento “emancipatório” dos conflitos societais.

Nesse sentido Wálber Araújo Carneiro:

A insistência no dirigismo semântico desloca o sentido do direito para uma batalha hermenêutica na qual a última palavra caberá ao “soberano” do “momento”. O sonho de uma revolução jurídica guiada pela semântica de princípios que refletem valores supremos não passará, em razão de suas impossibilidades epistêmicas e societais, de simulacro para os usos diabólicos do símbolo constitucional. E a ponderação, a proporcionalidade que a cerca e os métodos que sustentam a “unidade” na “concordância prática” são, sem dúvida, perfeitamente adequados para essa “encenação” constitucionalista. (CARNEIRO, 2018, p 159-160).

O *dever* de proporcionalidade, na medida que tende buscar uma racionalidade universalista a partir do sistema jurídico, também acaba por acarretar uma tendência colonizadoras de sistemas sociais, criando um “mal estar” de irritabilidade na sociedade, em especial porque a comunicação jurídica ainda se mantém “cega” à complexidade do ambiente social, ou seja, sem levar em considerações as diferenças comunicacionais dos diferentes sistemas.

Essa deficiência proporcionada pelo *dever* de proporcionalidade gera, no ambiente social – e por ambiente leia-se os demais sistemas sociais – uma insegurança e quebra das expectativas normativas do sistema do direito, com a perda da referência à estabilidade.

Dessa forma, a proposição de um dever procedimental, tal como o *dever* da proporcionalidade, mostra-se como um método a um só tempo é ineficaz e desestabilizador do ambiente, pois lastreado em uma fictícia concordância prática, ao passo que uma teoria jurídica deve, como ponto de partida, tomar o paradigma da sociedade complexa, com comunicações próprias, expectativas e racionalidades específicas e variadas, baseada em uma heterorreflexividade para erigir uma teoria responsiva.

## 5 CONCLUSÃO

O *dever* da proporcionalidade, com a sua proposital imprecisão, encontra terreno fértil em uma jovem democracia constitucional como a brasileira. Trata-se de um florescimento que não é sem propósito, mas está relacionada com a grande quantidade de direitos fundamentais positivados na Constituição Federal e com o papel de protagonismo encampado por setores do Poder Judiciário.

Como visto, a crítica ao *dever* da proporcionalidade perpassa por, ao menos, quatro grandes vetores: o primeiro referente a sua pretensão metodológica enquanto forma sem conteúdo; o segundo referente às distorções teóricas na prática forense, que a teoria dá margem, e sua transversão em um *topos*; o terceiro diz respeito a imprevisibilidade do resultado da aplicação do método e a deficiência em propor uma racionalização de viés universalista, tal qual uma “fórmula mágica”, sem levar em conta a comunidade de “sujeitos ausentes” à esses processos; e o quarto está relacionado com os riscos ecológicos que a o *dever* de proporcionalidade gera para o ambiente social, sobretudo pelo risco colonizador através de uma racionalidade jurídica limitada.

Estabelecidas as críticas, vale frisar, como afirmado nas seções iniciais, que através da exploração dos potenciais críticos da observação de segunda ordem (LUHMANN, 2010 e 2018), o artigo não possui o compromisso de dizer como o judiciário deve proceder para decidir, talvez, inclusive, pela ausência de fórmulas decisórias eficazes.

Essa “defesa” contra críticas à falta de soluções ao *dever* de proporcionalidade representa uma mudança da pergunta. Não se trata de saber como fazer para o juiz decidir racionalmente e com aceitabilidade?, mas sim de questionar se é possível teorizar sobre um método decisório sem adentrar em “pontos cegos”, encobrimentos e riscos à sustentabilidade da sociedade complexa?

A resposta a esta última pergunta tende a ser “não”. E é negativa através de uma postura autológica, ou seja, qualquer observação social reflexiva deve observar a si mesmo e o diferente (outros sistemas), diminuindo os “pontos cegos”, revelando as suas limitações e desdobrando os seus paradoxos. Trata-se do reconhecimento das limitações da comunicação jurídica.

Não há, portanto, uma alternativa no sentido analítico-metódico de viés universalista. Ela não é possível, pois o grau de racionalidade teórico só consegue acessar alguma previsibilidade em termos funcionais. A tentativa de prever uma alternativa é certamente um



empreendimento relegado à frustração e, principalmente, ao encobrimento de vários outros problemas.

Essa postura cética, entretanto, não significa um relativismo ou abandono científico ante a atuação decisória, mas representa a mudança do paradigma “sujeito x objeto” para o paradigma funcional e sistêmico, na medida que seja possível, a partir da desconstrução crítica, que a academia possa ter em mente a necessidade de uma nova construção teórica, que não tenha pretensão de racionalidade universal e que, sobretudo, possua uma heterorreflexividade do direito perante a sociedade complexa.

## BIBLIOGRAFIA

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, abr. 2002, p. 23-50.

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica, Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constitutional Rights and Proportionality (April 19, 2014)**. *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2014) 22. 51-65. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2426876>. Acesso em 12/11/2019.

AMATO, Lucas Fucci. **Construtivismo: teoria no direito**. Curitiba: Juruá, 2017.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. *Revista de Direito Administrativo*, 215 (1999): 151-179.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BISPO, A. A. **Observação de segunda ordem e "o ver o que os outros não veem"**. *Revista Brasil-Europa - Correspondência Euro-Brasileira* 117/10 (2009:1). Disponível em: Acessado em 01/12/2019.

BORA, Alfons. **Sociology of Law in Germani: reflection and practices**. *Journal of Law and Society*, v. 43, p. 619-646, 2016.



CARNEIRO, W. A. **Os direitos fundamentais da constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global.** Revista Direito Mackenzie, v. 12, n. 1, 2018, p. 129--165, 2019.

\_\_\_\_\_, **Análise ecológica do Direito e construção transubjetiva de direitos da natureza e dos animais: aspectos estruturais e metodológicos de uma epistemologia complexa.** Revista Brasileira de Direito Animal, e -issn: 2317-4552, Salvador, volume 15, n. 02, p.17-46, Mai – Ago, 2020.

DERRIDA, J., & ROUDINESCO, E. (2004). **De que amanhã. Diálogos de Derrida e Roudinesco.** Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar.

ESPÓSITO, E; BARALDI, C; CORSI, G., **Glosario sobre la leorfa social de Niklas Luhmann.** traducción de Miguel Romero Perez. 1996.

LADEUR, K.-H.; CAMPOS, R. **Entre teorias e espantalhos – deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens.** In: CAMPOS, R. (Org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.** São Paulo: Saraiva, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Art as a social system.** California: Stanford University Press, 2000.

\_\_\_\_\_, **Ecological communication.** Chicago: University of Chicago Press, 1989.

\_\_\_\_\_, **El derecho de la sociedade.** Cidade do México: Herder, 2005.

\_\_\_\_\_, **Introdução à teoria dos sistemas.** 2. Ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_, **La sociedade de la sociedade.** Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007.

\_\_\_\_\_, **Teoria dos Sistemas na prática.** Vol. I, estrutura social e semântica; tradução de Patrícia da Silva Santos. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** Tradução Eliane Lisboa. 5.e.d. Porto Alegre: Sulina, 2015.

OITAVEN, Daniel. **A hermenêutica da esgrima e os direitos humanos: as aporias vinculação/discricionarietà, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranóia mútua entre autoipoiese e desconstrução.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

OLIVEIRA NETO, V. C. **A relação entre Legislativo e Judiciário no fenômeno da judicialização da política: linguagem, separação de poderes e diálogo Institucional.** 2009. 51 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). UFBA. Salvador. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25053>. Acesso em: 20/11/2019.





\_\_\_\_\_. **O pan-principiologismo no Direito administrativo brasileiro, o caso da legalidade.** Revista do Cepej, v. XVI, p. 483-503, 2015.

SANTOS, Cátia Cristina Assunção Henriques dos. **Ego-escritos na ficção contemporânea.** Orientadora: Heidrun Friedel Krieger Olinto de Oliveira. – 2007. Tese (Doutorado em Letras) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007

SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002.

VANDERSTRAETEN, Raf. **Observing Systems: a Cybernetic Perspective on System/Environment Relations.** In Journal for the Theory of Social Behaviour. September 2001).

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas.** Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 48-57, jan. 1982. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>>. Acesso em: 21/11/2019.