



**THE PARADOX OF JUDICIAL DECISION BY NIKLAS LUHMANN\***

**O PARADOXO DA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DE NIKLAS LUHMANN**

Carlos Wagner Dias Ferreira<sup>1</sup>

**ABSTRACT**

This monographic essay seeks to examine, in the light of the perspective of Niklas Luhmann, the paradox of the phenomenon of judgments within its vast systems thinking. In a more adequate view the judicial decision-making phenomenon, Luhmann starts of a very particular notion of paradox as a necessary condition for the operation of the legal system. In luhmannian vision, decision translates in observation and happens through distinctions, which are called alternatives. These alternatives are specific forms of distinction. Decision is not a choice between the various possible alternatives, but a particular observation of distinctions that indicate either side. The decision always present as a specific point of view about something. In this luhmannian sense, the understanding of the Supreme Court of the Brazil will be examined and paradoxes present in the decision handed down in ADPF 132, backed on the premise that the pursuit of happiness is in principle result of the constitutional principle of human dignity.

**Keywords:** Judicial decision. Paradox. Perspective of Niklas Luhmann. Observation. Distinctions. Alternatives. Supreme Court of the Brazil. The pursuit of happiness. Principle. Principle of human dignity.

**RESUMO**

Este ensaio monográfico busca analisar, à luz da ótica de Niklas Luhmann, o fenômeno do paradoxo das decisões judiciais dentro de seu vasto pensamento sistêmico. Para explicar de maneira mais adequada o fenômeno decisório no plano judicial, Luhmann parte de uma noção bem particular de paradoxo como condição necessária para a operacionalidade do sistema jurídico. Na visão luhmanniana, decisão se traduz em observação e se desencadeia através de distinções, que se designam como alternativas. Essas alternativas são específicas formas de distinção. Decisão não seria uma escolha entre as várias alternativas possíveis, mas uma particular observação entre distinções que indicam um lado e outro. A decisão sempre se apresentaria como um específico

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra, Portugal). Professor Assistente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Juiz Federal no Rio Grande do Norte. E-mail: [carloswagnerdf@hotmail.com](mailto:carloswagnerdf@hotmail.com)



ponto de vista a respeito de algo. Neste sentido, a teor do pensamento luhmanniano, será analisado o entendimento do Supremo Tribunal Federal e os paradoxos presentes na decisão prolatada na ADPF 132, lastreada na premissa de que a busca da felicidade constitui-se em princípio decorrente do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Decisão judicial. Paradoxo. Pensamento de Niklas Luhmann. Observação. Distinções. Alternativas. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Busca da felicidade. Princípio. Dignidade da pessoa humana.

## 1. Considerações iniciais

Um avô, percebendo uma certa agitação, pergunta a seu neto qual o curso que ele havia sido aprovado na faculdade. O neto responde, animadamente, após ser aprovado no então vestibular existente à altura: Direito!! O avô, então, continua a questioná-lo: Mas por que Direito? Sem muito refletir, responde o jovem: Porque eu quero dar direito a quem não o tem! Insiste o avô, já de maneira irônica: Ora, ora, por que devemos dar um direito a quem justamente não o tem?<sup>2</sup> Esse breve diálogo, por mais desprezioso que possa parecer, a bem da verdade, simboliza um dos fenômenos mais inquietantes do Direito: o paradoxo. Poder-se-ia dizer que a decisão de fazer direito partiu de uma premissa nitidamente paradoxal, e, por isso mesmo, estaria errada?

Curiosamente, a sensação que se tem a respeito da importância e da evolução do direito sempre se revelou intrinsecamente ligada à observância e ao cumprimento de seus ditames pelos indivíduos da sociedade. Quanto mais uma norma jurídica, independentemente de sua força coercitiva, era atendida, mais se enaltecia o vigor do direito.

De outro lado, a concepção que normalmente gira em torno do paradoxo consiste em associá-lo à ideia de contradição, incoerência e ilogicidade e, portanto, a um problema que precisa ser solucionado no âmbito do direito. Como um dos mecanismos

---

<sup>2</sup> Essa conversa ocorreu há muitos anos entre o meu bisavô, dono de engenho e fazendeiro de uma pequena cidade da região oeste do Estado do Rio Grande do Norte, e o meu tio, que algum tempo depois se tornou juiz e nunca esqueceu esta intrigante provocação de seu avô.



de realização do direito, a decisão judicial pode também apresentar iguais sintomas de que aquele padece. Um deles seria o paradoxo. E mais, o paradoxo não se constituiria em um defeito ou falha do prolator da decisão judicial, suscetível de recurso específico para corrigi-los. Em realidade, faria parte constitutiva do próprio *decisum*, como condição de procedibilidade do processo decisório. Sem o paradoxo, impossível a existência da própria decisão.

A primeira noção de decisão, por seu turno, vem, no mais das vezes, timbrada com o sentido de escolha. Decisão seria, assim, uma escolha entre várias opções existentes. Contudo, tal conceito em nada acrescenta à definição de decisão, o que levou Niklas Luhmann a reconhecer nessa correlação verdadeira tautologia. Para escapar dessa inocuidade, equiparou a escolha com a ação de alguém. Alguém que age e que tem vontade. Porém, não se satisfaz Luhmann com a possível existência de relação entre a vontade e a ação, porquanto a vontade não era outra coisa senão a ação mesma<sup>3</sup>.

Por isso mesmo, para explicar de maneira mais adequada o fenômeno decisório no plano judicial, impende se partir, como se percebe, de uma noção diversa de paradoxo. O paradoxo será compreendido neste ensaio monográfico como condição necessária para a operacionalidade do sistema jurídico e esse pensar alicerça a perspectiva do direito e da decisão judicial na visão de Niklas Luhmann.

## 2. Decisão e paradoxo na visão de Niklas Luhmann

Principia Luhmann, entretanto, a sua reflexão sobre o paradoxo decisório com a compreensão que se deve ter da decisão. Propõe substituir o clássico conceito de ação, que sempre norteou a decisão e o processo que a concretiza, pelo de observação, e sobretudo, pelo de observador. A observação sempre se encontra presente no ato de definir um lado (e não o outro lado) em uma decisão. Além disso, apresentaria a vantagem de como se chega a esta ou a outra decisão, a esta ou a outra alternativa<sup>4</sup>, e

---

<sup>3</sup> LUHMANN, Niklas. **Organisation und Entscheidung**. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2000, p. 123.

<sup>4</sup> Ibid., p. 124-126.



afastaria da análise problemas sobre quem age e com que liberdade age, suscitando questões éticas e morais difíceis de resolver.<sup>5</sup>

Aliás, um dos maiores óbices ao estudo do processo decisório repousa na umbilical dependência da decisão ao seu prolator. Não é raro afirmar, no mundo jurídico, que se deseja conhecer - ou mesmo prevê - uma decisão, antes saiba quem a profere ou pretende proferi-la<sup>6</sup>.

No entanto, no olhar de Luhmann, decisão é observação. A observação ocorre através de distinções, que se designam como alternativas. Essas alternativas são específicas formas de distinção. E, ainda, acrescenta que “A forma alternativa, [...], é aquela forma que faz de uma observação uma decisão. A decisão indica qual lado da alternativa prefere”<sup>7</sup>.

A decisão, em geral, e, no caso do Judiciário, a decisão judicial passa, no palmilhar de Luhmann, a se constituir no paradigma central do direito, como acentua Castanheira Neves<sup>8</sup>.

Na ótica de Luhmann, como bem sintetiza Artur Stamford da Silva, decisão jurídica não resulta de ato de escolha, nem de poder (arbitrariedade) quer individual ou coletivo, nem de comunidade de intérpretes, nem uma questão exclusivamente política ou econômica, nem de consenso<sup>9</sup>. Decisão jurídica, por isso mesmo, não diz respeito à

<sup>5</sup> LUHMAN, op. cit., p. 124-126.

<sup>6</sup> Mas Luhmann considera essa construção uma outra inescapável tautologia, quando assevera que: “Se deve conhecer o decisor, se desejam prever as decisões; também se sabe que, se ele se conhece como decide, se faz forte nele a tentação de decidir diversamente. Assim o problema vem esposado pelo diagnóstico de uma situação ao diagnóstico de um sistema. Entram em jogo maior complexidade, maior redundância, maior variedade. Se tem mais pontos de referência para formular hipóteses e para dar explicações póstumas. E mais fácil de enganar a si mesmo e é menos fácil reconhecê-lo.” (Ibid., p. 136) (tradução livre do alemão).

<sup>7</sup> Ibid, p. 109. Pontifica Luhmann a respeito das alternativas que “como cada distinção, prevê dois lados, porém pressupõe que ambos os lados da distinção sejam alcançáveis, isto é, que ambos os lados possam ser indicados” (ibidem, p. 133) (tradução livre do alemão). Como sintetiza Juliana Neuenschwander Magalhães, “a observação é uma operação que utiliza uma distinção para definir um lado (e não outro)” (Raffaele De Giorgi e os paradoxos do Direito. In: **Justiça e Direitos Humanos**. Livro II. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 97).

<sup>8</sup> NEVES, Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz”, ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos atualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Digesta**. Vol. 3<sup>o</sup>. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 185.

<sup>9</sup> SILVA, Artur Stamford. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 33.



legislação em si mesma considerada, nem à interpretação ou argumentação, nem muito menos desfruta de relação com a cultura jurídica, pois se consubstancia mediante a operação de observação de primeira ordem do sistema jurídico<sup>10</sup>.

Assim, decisão jurídica não se equipara à decisão judicial ou judiciária, já que aquele representa a observação de primeira ordem, enquanto a segunda, observação de segunda ordem<sup>11</sup>. As decisões dos tribunais, que se dá pela interpretação por argumentação, é “uma observação da auto-observação que o sistema jurídico já fez de si mesmo”<sup>12</sup>.

Decisões, em Luhmann, são observações, que se revelam por distinções a que denomina de alternativas. A alternativa é a que faz de uma observação a decisão e particulares espécies de distinções em que cada um dos lados pode ser indicado<sup>13</sup>. E só a alternativa faz da decisão uma decisão<sup>14</sup>.

É oportuno realçar que, na doutrina luhmanniana, não existe uma única solução correta para as decisões, mas soluções satisfatórias, a depender da forma como a organização chega a decisão<sup>15</sup>.

E decisão não seria uma escolha entre as várias alternativas possíveis, mas uma particular observação entre distinções que indicam um lado e outro. A decisão sempre se apresentaria como um específico ponto de vista a respeito de algo. Cada observação

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 47.

<sup>11</sup> Ibid., p. 34.

<sup>12</sup> Ibid, p. 49. Artur Stamford da Silva desdobra esse pensamento ostentando que: “Distintas da decisão jurídica, a decisão judicial e a decisão judiciária são observações de segunda ordem, pois observações das observações já processadas autopoieticamente pelo sistema jurídico. Como, pois, observações de segunda ordem, a decisão judicial e a judiciária são argumentações legislativas, doutrinárias (dogmática, filosófica, sociológica), contratuais, jurisprudenciais (Poder Judiciário), peticionárias (decisão tomadas por advogados, promotores, delegados, procuradores), e ainda argumentos de não juristas. Ou seja, são informações a serem processadas pelo sistema jurídico de forma a poderem vir a constituir ou não o sentido de lícito e ilícito, conforme o sistema jurídico venha a observar tais informações. Para suprir a confusão que ocorre com o uso dos termos *interpretação e argumentação* como observação de primeira ordem, propomos os seguintes usos terminológicos: decisão jurídica como distinção produzida pelo sistema mesmo, incontrolável por qualquer indivíduo ou coletividade, fruto da *autopoiesis* do direito, da redundância de comunicação sobre o sentido de lícito e ilícito; decisão judicial como distinção produzida por juristas ou demais sistemas sociais, de forma que, por acoplamento estrutural, influenciem (ou não) a construção de sentido do direito da sociedade; decisão judiciária como distinções (interpretações e argumentações) produzidas exclusivamente pelos tribunais superiores” (Ibid., pp. 50-51).

<sup>13</sup> LUHMAN, op. cit., pp. 132-133.

<sup>14</sup> Ibid., p. 135.

<sup>15</sup> Ibid., p. 35.



demarca o objeto demarcado. E mais, cada observação, na ótica luhmanniana, construiria aquilo que é observado e o que não é observado<sup>16</sup>, daí repousando o mais fundamental paradoxo da decisão. Aquilo que não é observado seria o ponto cego do observador.

Heinz Von Foerster, de igual sorte, aponta contradições na teoria do conhecimento, desenvolvida no primeiro quarto do século passado, que defendia a concepção de uma ciência definitiva em busca de uma descrição objetiva do mundo sem subjetivismos e, portanto, despida de visões e óticas pessoais dos sujeitos. E, para eliminar tais contradições, sugere a necessidade de se admitir, ao menos, um observador (um sujeito) e de se deixar de compreender as observações como apreciação absoluta do objeto, já que representam apenas uma particular percepção do observador. Ladeado a isso, ainda propugna que o ato de observação influencia o objeto observado a ponto de torná-lo imprevisível até mesmo para o próprio observador<sup>17</sup>.

E o mais curioso disso tudo é que esse paradoxo não pode ser eliminado, como acentua Luhmann, ao cotejá-lo com o diabo. Pode-se até mandar no diabo, mas não se mostra possível eliminá-lo eticamente, logicamente, nem sequer no plano normativo ou cognitivo<sup>18</sup>. E, neste sentido, o paradoxo é insolúvel, pois cada decisão contém o próprio contrário<sup>19</sup>. O paradoxo faz parte do processo decisório como condição de operacionalidade do próprio sistema jurídico. O paradoxo não deve ser evitado, porquanto constitui a própria realidade<sup>20</sup>.

Aliás, o paradoxo estaria na base da teoria dos sistemas de Luhmann, constituindo-se o sistema na unidade da diferença entre sistema e ambiente. O paradoxo

---

<sup>16</sup> LUHMAN, op. cit., p. 127.

<sup>17</sup> FOERSTER, Heinz von. **Sistemi che osservano**. A cura di Mauro Ceruti e Umberta Telfner. Roma: Casa Editrice Astrolabio, 1987, p. 152.

<sup>18</sup> LUHMAN, op. cit., p. 131.

<sup>19</sup> Ibid., p. 132.

<sup>20</sup> MAGALHÃES, op. cit., p. 96. Essa pensadora, de forte influência luhmanniana, explica que esta concepção de nítido caráter construtivista trata do conceito de paradoxo de uma maneira muito própria, ao sustentar que: “ao invés de negá-lo, refugiando-se na instância transcendental ou na da chamada racionalidade, o construtivismo assume o paradoxo, partindo da afirmação de que não existe um observador último, capaz de conhecer uma verdade última” (Ibid., p. 96).



surge, neste palmilhar, apenas quando, no plano da observação, o sistema estabelece a diferença entre sistema e ambiente<sup>21</sup>.

O direito evolui à medida que mais ilicitudes são cometidas. Como bem assinala Raffaele De Giorgi, o próprio direito possui uma constituição paradoxal, na medida em que a distinção entre direito e ilícito (e, portanto, contrário ao direito) parte dele (o direito) mesmo<sup>22</sup>. É o direito que diz aquilo que considera contrário ao direito e, assim, escolhe e define a ilicitude. O direito constrói o que vem a ser a ilicitude.

Esse paradoxo reside na unidade que conecta a licitude à ilicitude e, neste sentido, na diferença entre licitude e ilicitude. Enfim, o paradoxo descansaria na unidade de uma decisão. O paradoxo ganha relevo no direito, dada a potencialidade de edificar a sua própria realidade e construir os institutos que almeja. Não se acredita no fundamento, na natureza ou na essencialidade das figuras jurídicas. Tudo seria criado pela observação do observador.

Na arena judicial, os tribunais, por sua vez, teriam o papel de supervisionar a consistência das decisões jurídicas (leis, contratos, testamentos, entre outros). Esse olhar configuraria a observação de segunda ordem (*Beobachtung zweiter Ordnung*) que observa as decisões jurídicas, que, por seu turno, já observou o direito (observação de primeira ordem), através da interpretação. Os tribunais interpretam, mas o fazem de modo diverso mediante a argumentação, para comprovar a racionalidade de suas decisões judiciais<sup>23</sup>.

### **3. Análise da decisão judicial proferida no ADPF nº 132 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro**

Em que pese se constituir em observações, as decisões se realizam como comunicações. Como ressalta Luhmann, decisão é um evento comunicativo<sup>24</sup>. A

---

<sup>21</sup> MAGALHÃES, op. cit., p. 97.

<sup>22</sup> DE GIORGI, Raffaele. Condizioni della descrizione della complessità nella società del mondo. In: **Temî di Filosofia del Diritto**. Lecce: Pensa MultiMedia, 2006, p. 17.

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993, p. 327.

<sup>24</sup> LUHMAN, op. cit., p. 141-142.





comunicação ocorre como operação unitária que pressupõe a unidade de informação, do ato de comunicar e da compreensão. Mas – e isso se revela como uma questão central em seu pensamento – de que maneira esta unidade pode comunicar uma alternativa escolhida na decisão? E Luhmann mesmo responde: “A decisão deve informar sobre si mesma, mas depois também sobre a alternativa, isto é, sobre o paradoxo que a alternativa é uma (diversamente a decisão não seria uma decisão) e ao mesmo tempo nenhuma (diversamente a decisão não seria uma decisão)”<sup>25</sup> (tradução livre do alemão).

A comunicação constrói a realidade, secciona o direito à luz da lente do observador. Porém, este observador não consegue ver tudo o que consegue ver. Nas palavras de Luhmann, “um observador (e também: um autoobservador) não pode ver aquilo que não pode ver, e antes de tudo não pode ver a si mesmo. Na autoobservação a unidade da sociedade torna-se o paradoxo do observador”<sup>26</sup> (tradução livre do italiano).

O Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, reconheceu a união homoafetiva<sup>27</sup> como uma das modalidades de entidade familiar (família)<sup>28</sup> prevista no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988<sup>29</sup>, com base, entre outros argumentos e razões, no princípio da constitucional da busca da

<sup>25</sup> Ibid, p. 142.

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 11ª Edizione Milano: FrancoAngeli, 2003, p. 373.

<sup>27</sup> É de bom alvitre realçar que a análise deste caso submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal não alcançará a justiça ou o acerto da decisão proferida, nem sequer almejará emitir tom discriminatório à formações familiares homoafetivas, pois se pretenderá apenas efetuar o juízo crítico sobre a utilização do chamado princípio da busca da felicidade como fundamento jurídico para enfrentá-lo.

<sup>28</sup> Essa posição ficou bem assentada na ementa do julgado, cujo trecho merece ser transcrito na parte que a toca: “A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice.”

<sup>29</sup> Dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição de 1988 que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.





felicidade, de raízes norte-americanas (Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776).

No julgamento do ADPF 132, ocorrido em 05 de maio de 2011, tanto o Juiz Relator Carlos Ayres Brito, como o Juiz Celso de Mello, em seus respectivos votos<sup>30</sup>, assentaram que o princípio implícito da busca da felicidade decorreria do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, considerado neste julgado princípio basilar do sistema constitucional brasileiro mediante o qual todos os demais direitos fundamentais gravitariam em torno.

Este entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a bem da verdade, evidencia um fenômeno paradoxal da decisão judicial consistente na busca incessante por fundamentos ou rastros, amparados na natureza, na essência ou mesmo em alguma hierarquia axiológica (como é o caso da dignidade da pessoa humana), para respaldar a construção argumentativa e criativa de novos postulados e princípios que a Corte constrói no processo decisório.

De fato, inexistente no texto constitucional brasileiro um princípio, muito menos enunciado normativo nem de relance, que concretize a busca da felicidade. É certo que o intérprete constitucional, fundado em referências históricas e normativas existentes em

---

<sup>30</sup> O voto do Relator Carlos Ayres Brito assim abordou esta questão: “Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou ‘homoafetivamente’, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.” Já o Juiz Celso de Mello foi mais preciso em efetuar tal conexão entre a busca da felicidade e a dignidade da pessoa humana, como se vê nas seguintes linhas de seu voto: “O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. (...) o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.”



outros ordenamentos jurídicos, em especial o norte-americano, construiu e, por assim dizer, criou uma nova norma jurídica capaz de solucionar diretamente casos concretos, sem a intermediação de outras normas de índole constitucional ou legal, embora diga que deriva da dignidade da pessoa humana, essa sim capitulada expressamente no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988.

E ainda disse mais, batizou o Supremo Tribunal Federal a busca da felicidade como um princípio, espécie de norma jurídica. Poderia tê-lo feito como valor, mas certamente não o fez, dada a qualidade inegavelmente deontológica dos princípios, o que os credenciam como normas jurídicas<sup>31</sup>. Mais vale na ordem jurídica brasileira, até pelo mesmo pelo colorido retórico que se emprestam às argumentações decisórias, ser uma norma reconhecida como princípio do que como regra ou valor.

Ora, se a busca da felicidade encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana, qual seria a razão de considerá-la um princípio autônomo? Não seria desnecessário? Já não estaria a busca da felicidade contemplada como mais um conteúdo ou sentido inserto na ideia principiológica da dignidade da pessoa humana?

E é aí onde se acha o paradoxo da decisão. Quando o aplicador da norma depara-se com a necessidade de criar novos sentidos e visões que não se encontram previstos na redação ou na interpretação já existente, para solucionar novos desafios impostos ao direito, sente a necessidade de buscar a origem, o fundamento em outra norma ou texto normativo. Isso não se constitui em um defeito ou prática equivocada do aplicador, mas, antes de tudo, possibilita e viabiliza a operacionalidade da própria evolução e construção do direito, que precisa sempre, para criar novos sentidos, retornar às suas bases e aos seus fundamentos primários e primevos.

Não se pode cair na tentação de pensar que tal sentido (busca da felicidade) já se encontrava inserido no sistema jurídico brasileiro. Não. O Supremo Tribunal Federal

---

<sup>31</sup> Os valores não chegam a se constituir em categoria normativa de essência deontológica, pois não emanam conseqüências jurídicas com força normativa tendentes a regular condutas humanas, mas apenas projetam indicativos éticos no tecido social. Os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva, envolvendo um problema de gosto. Enquanto os valores teriam conteúdo meramente axiológico, os princípios têm cunho essencialmente deontológico, estabelecendo, ainda que com certo grau de generalidade, conseqüências jurídico-normativas de proibição, permissão ou obrigação.



criou a busca da felicidade e, para fugir da acusação de que estaria a instituir algo decorrente da subjetividade pessoal de seus julgadores, socorreu-se de princípios ou normas consideradas cardeais e fundamentais na estrutura sistêmica do direito. Igual fenômeno acontece com os princípios da democracia, da igualdade, da liberdade, do direito à vida e, de resto, a todas as normas jurídicas, sendo mais frequentes nas de patamar constitucional, dada a textura semântica aberta e genérica que possuem.

No que toca, por outro vértice, às alternativas à decisão nesta hipótese, é forçoso reconhecer que nada impede, como é própria da distinção que caracteriza o fenômeno decisório, terem alguns Juízes da Suprema Corte (Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso) chegado a entendimento diverso com relação à interpretação do § 3º do art. 226 da Constituição, ao negarem o enquadramento da união homoafetiva como espécie de família constitucionalmente estabelecida, embora admitissem a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. A fundamentação a amparar a isonomia de tratamento entre casais hetero e homoafetivos estariam ancorados em outros dispositivos constitucionais.

#### **4. Considerações finais**

Diante disso, é possível inferir que decisão é observação e, assim, não seria uma escolha entre as várias alternativas possíveis, mas uma particular observação entre distinções que indicam um lado e outro. A decisão sempre se apresentaria como um específico ponto de vista a respeito de algo. Cada observação, ao demarcar o objeto demarcado, construiria aquilo que é observado e o que não é observado, daí repousando o mais fundamental paradoxo da decisão. Aquilo que não é observado seria o ponto cego do observador.

O paradoxo, por sua vez, não pode ser eliminado, pois cada decisão contém o próprio contrário, fazendo parte do processo decisório como condição de operacionalidade do próprio sistema jurídico. O paradoxo não deve ser evitado, porquanto constitui a própria realidade.



É o direito que diz aquilo que considera contrário ao direito e, assim, escolhe e define a ilicitude. O direito constrói o que vem a ser a ilicitude.

Esse paradoxo reside na unidade que conecta a licitude à ilicitude e, neste sentido, na diferença entre licitude e ilicitude. Enfim, o paradoxo descansaria na unidade de uma decisão. O paradoxo ganha relevo no direito, dada a potencialidade de edificar a sua própria realidade e construir os institutos que almeja. Não se acredita no fundamento, na natureza ou na essencialidade das figuras jurídicas. Tudo seria criado pela observação do observado.

Em que pese se constituir em observações, as decisões se realizam como comunicações. A comunicação ocorre como operação unitária que pressupõe a unidade de informação, do ato de comunicar e da compreensão. A comunicação constrói a realidade, secciona o direito à luz da lente do observador. Porém, este observador não consegue ver tudo o que consegue ver.

No julgamento do ADPF 132, o Supremo Tribunal Federal, ao assentar que o princípio implícito da busca da felicidade decorreria do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, evidenciou um fenômeno paradoxal da decisão judicial consistente na busca incessante por fundamentos ou rastros, amparados na natureza, na essência ou mesmo em alguma hierarquia axiológica (como é o caso da dignidade da pessoa humana), para respaldar a construção argumentativa e criativa de novos postulados e princípios que construiu.

Quando o aplicador da norma depara-se com a necessidade de criar novos sentidos e visões que não se encontram previstos na redação ou na interpretação já existente, para solucionar novos desafios impostos ao direito, sente a necessidade de buscar a origem, o fundamento em outra norma ou texto normativo. Isso não se constitui em um defeito ou prática equivocada do aplicador, mas, antes de tudo, possibilita e viabiliza a operacionalidade da própria evolução e construção do direito, que precisa sempre, para criar novos sentidos, retornar às suas bases e aos seus fundamentos primários e primeiros.

Não se pode cair na tentação de pensar que tal sentido (busca da felicidade) já se encontrava inserido no sistema jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal criou



a busca da felicidade e, para fugir da acusação de que estaria a instituir algo decorrente da subjetividade pessoal de seus julgadores, socorreu-se de princípios ou normas consideradas cardeais e fundamentais na estrutura sistêmica do direito.

## 5. Referências

DE GIORGI, Raffaele. Condizioni della descrizione della complessità nella società del mondo. In: **Temî di Filosofia del Diritto**. Lecce: Pensa MultiMedia, 2006.

FOERSTER, Heinz von. **Sistemi che osservano**. A cura di Mauro Ceruti e Umberta Telfner. Roma: Casa Editrice Astrolabio, 1987.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993.

\_\_\_\_\_. **Organisation und Entscheidung**. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2000.

LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 11ª Edizione Milano: FrancoAngeli, 2003.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Raffaele De Giorgi e os paradoxos do Direito. In: **Justiça e Direitos Humanos**. Livro II. Curitiba: Juruá Editora, 2014. Pp. 79/106.

NEVES, Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz”, ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do direito. In: **Digesta**. Vol. 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SILVA, Artur Stamford. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

---

\* Submetido em 12 de agosto de 2015 e aceito para publicação em 27 de agosto de 2015.