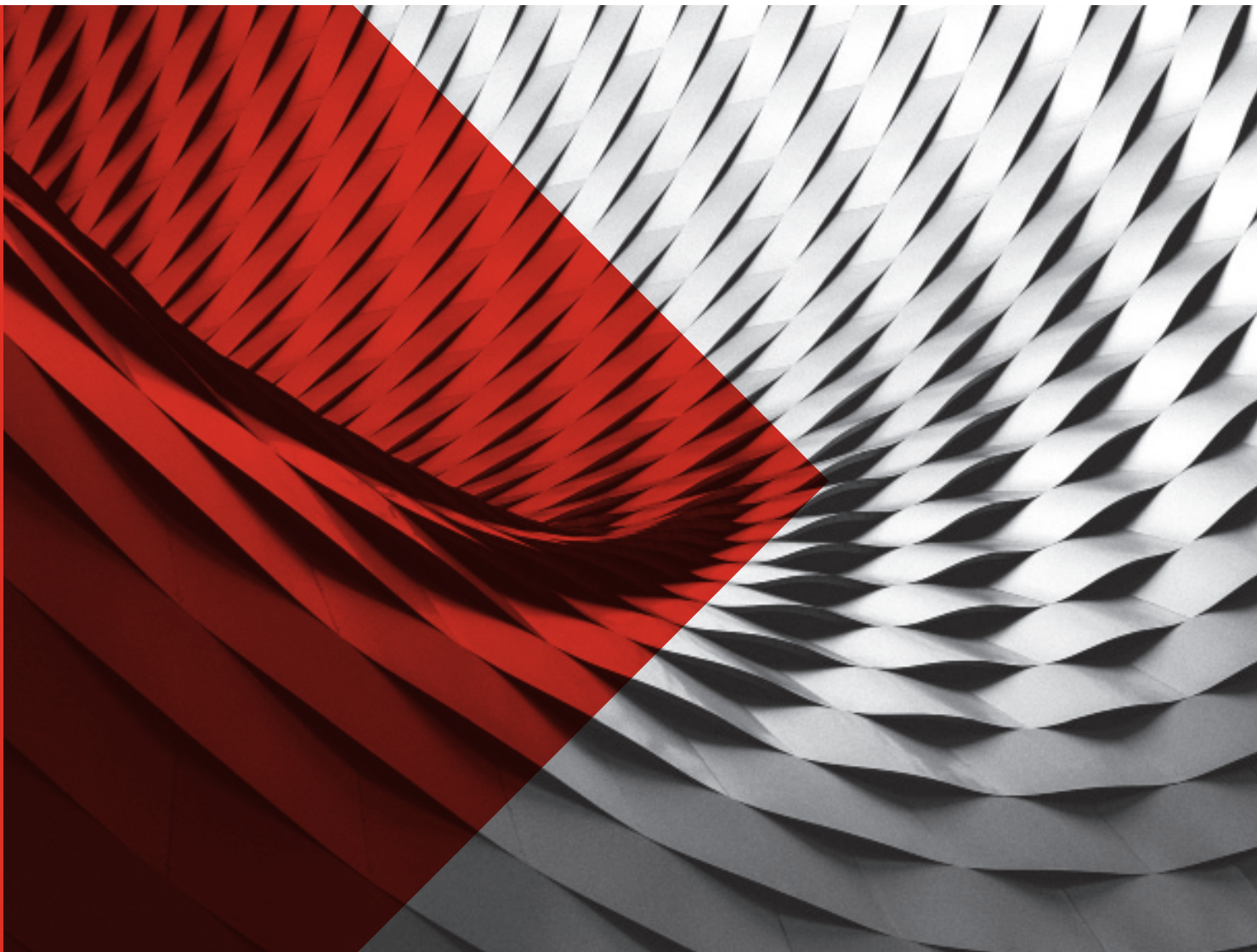


**OS SISTEMAS JURÍDICOS E POLÍTICOS VISTOS À LUZ
DA TEORIA DE SISTEMAS SOCIAIS LUHMANNIANA**
ANÁLISE DE PROBLEMÁTICAS DE FISCALIZAÇÃO
CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE LEVANTADAS
PELO AC. DE FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ
n.º8/2008

ALEXANDRE JOSÉ AU-YONG OLIVEIRA



Os sistemas jurídicos e políticos vistos à luz da Teoria de Sistemas

Sociais Luhmanniana

**(Análise de problemáticas de fiscalização concreta da constitucionalidade
levantadas pelo Ac. de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º8/2008)**

Seminário: Teoria Política da Justiça Constitucional

Universidade de Lisboa, 2009/2010

Curso de Doutoramento em Ciência Política

Doutorando: Alexandre José Au-Yong Oliveira

I. Enquadramento geral do trabalho

Gostaria de problematizar, neste trabalho, um problema de fiscalização concreta da constitucionalidade, partindo de um ponto de vista sistémico, na esteira da teoria de sistemas sociais desenvolvida na Alemanha pelo eminente sociólogo Niklas Luhmann. Abordarei, com alguns conceitos deste, a diferenciação e articulação do político e jurídico no Estado de Direito Democrático (português), utilizando como matéria-prima de análise um Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), controverso em termos jurídico-constitucionais. Poderemos assim observar, com a análise de um caso concreto, como o sistema judicial se comporta perante o ruído criado no seio do sistema jurídico, por uma linguagem, para si, inacabada, do sistema político.

O *input* político, ou seja, a comunicação concreta consistente, neste caso, na Lei 30/2000 de 29-11, gera, como veremos, um caos no sistema jurídico que, por sua vez, será estabilizado pela redução ao código jurídico operada pelo Acórdão que iremos analisar. O STJ obtém, assim, com o uso dos instrumentos próprios do jurídico, um certo equilíbrio sistémico. O código político será aqui assumido, portanto, como código secundário do código jurídico.

Por sua vez, veremos como a decisão política subjacente à Lei 30/2000 foi tomada num processo limitado pela esfera jurídica, quer pelos tratados internacionais ratificados por Portugal, quer pelos preceitos constitucionais vigentes, quer por outras comunicações do meio ambiente, tais como científicas, económicas, históricas e mediáticas, dentro de um sistema interno de tomada de decisões igualmente complexo. Aqui, o código jurídico é assumido como secundário face ao código político. A relação entre o jurídico e o político, como dois sistemas autónomos, é apresentado assim em termos sinalagmáticos, com comunicações ou prestações recíprocas entre ambos, onde o caos de um representa a ordem do outro, e onde transmutações substanciais ocorrem na passagem de um sistema para outro, numa contínua procura de estabilização (operada no interior de cada sistema). Do Caos criado por prestações recíprocas de códigos dissemelhantes, que se querem autónomos mas interdependentes, nascerá uma Ordem.

Num terceiro momento, levanta-se uma complexa problemática no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, reavivando a velha discussão Kelseniana sobre o “princípio da separação” e do “duplo monopólio”, no âmbito de um sistema concentrado de fiscalização da constitucionalidade e do sistema de direito de tipo continental (*civil law*). Esta problemática surge perante o potencial conflito institucional entre o Tribunal Constitucional (TC) e o STJ, no seio do singular sistema de controlo misto português (no contexto europeu). Dentro desta problemática, entrevemos, por fim, a intervenção do Tribunal Constitucional, como o lugar específico onde poderá ser realizado o “acoplamento estrutural” dos dois subsistemas referidos (jurídico e político), para uma mais adequada realização do Estado de Direito Democrático.

II. Afinal, quem é que faz as leis? Análise da Lei 30/2000 de 29-11 e do Ac. do STJ de Fixação de Jurisprudência n.º8/2008, publicado no DR, 1.ª Série, 05-08-2008

Valid law is now no longer the result of conflicts for which generalizable rules must be found in order to come to a decision. Rather, by its attempts to realize political goals, law creates the conflicts that it is then called upon to solve.

Niklas Luhmann, *Law as a Social System*

O Acórdão do STJ n.º8/2008 fixa jurisprudência sobre um assunto de alguma relevância política e social, incidindo directamente sobre a questão da criminalização ou descriminalização do consumo de estupefacientes, quando a detenção do produto excede determinadas quantidades. Este Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça fixa o preciso recorte entre o proibido e o permitido, os limites entre lícito e o ilícito, no âmbito de uma comunicação ambígua provinda do poder Legislativo. O Supremo nega, contudo, que esteja a desempenhar as funções próprias do Legislativo, dizendo antes estar a utilizar complexos instrumentos jurídicos para descortinar o “espírito do legislador”, dirimindo assim aquilo que gerou nos tribunais inferiores decisões contraditórias. Procede assim, da sua perspectiva, à estabilização do sistema jurídico na fixação de um sentido implícito na letra expressa do Legislador, não saindo, portanto, do sistema jurídico em que se insere, para se imiscuir no poder legislativo.

Neste âmbito, para a análise do problema dos limites e da diferenciação entre o sistema político e o sistema jurídico, julgamos interessante a perspectiva da teoria dos sistemas, desenvolvida por Niklas Luhmann, que visiona o Estado de Direito Democrático como um sistema onde predomina uma “autonomia operacional do direito”. Significa isto que o sistema jurídico reproduz-se primariamente a partir de um “código binário de preferência” próprio (Constituição, leis, decretos, jurisprudência, doutrina, etc.), que é integrado, à sua maneira, pelo sistema político.

Por sua vez, do ponto de vista jurídico, na procura do sentido da lei – tarefa essencial do juiz –, vislumbra-se no Acórdão do STJ, com clareza, como opera o seu “código binário de preferência”. Na procura do significado concreto de uma norma, num tecido normativo complexo, isto é, na procura do espírito do legislador, o que se revela, na realidade, é que este espírito se desprende de qualquer sujeito empírico para se integrar num jogo jurídico de certo modo “transcendental”¹. O jogo transcendental do jurídico é independente da experiência de legislar, e mantém-se, como veremos, autonomizado do processo deliberativo próprio do político.

O político, por seu turno, está sujeito ao seu próprio “código binário de preferência”: na alternativa poder/não poder, manifestando-se na circulação e contra-circulação de “política” e “administração” (compreendendo-se esta, em sentido amplo, como subsistema encarregado de produzir decisões colectivamente vinculantes, incluindo o parlamento, governo e burocracia administrativa, e aquela como subsistema destinado à preparação de temas e à escolha de pessoas, ao teste das hipóteses de consenso e à construção do poder, devendo a sua existência sobretudo à existência dos partidos políticos²).

Se ambos os sistemas, o jurídico e o político, deliberam, ou seja, tomam decisões vinculantes, é de acordo com códigos bastante diversos. A tomada de decisões judiciais é normalmente apenas para o caso concreto, não emitindo, portanto, de “decisões colectivamente vinculantes”. Contudo, o Acórdão em referência “fixa” jurisprudência, ou seja, tem uma força jurisdicional própria, aproximada da “força obrigatória geral” dos antigos Assentos.

De acordo com estas coordenadas essenciais, vejamos mais de perto o problema colocado ao Supremo, pelo *input* da Lei 30/2000, e o processo deliberativo que levou à produção deste, para

¹ Utilizamos este conceito em sentido kantiano, onde, nas palavras de Gilles Deleuze, “a subjectividade dos princípios não é uma subjectividade empírica ou psicológica, mas uma subjectividade «transcendental»”: GILLES DELEUZE, FILOSOFIA CRÍTICA DE KANT 21 (Germiniano Franco trad., edições 70 2000). Neste âmbito, recordando o próprio Kant: “Quando os jurisperitos falam de direitos e usurpações, distinguem num litígio a questão de direito (*quid juris*) da questão de facto (*quid facti*) e, ao exigir provas de ambas, dão o nome de dedução à primeira, que deverá demonstrar o direito ou a legitimidade da pretensão.”: IMMANUEL KANT, CRÍTICA DA RAZÃO PURA 177 (Manuela Pinto dos Santos trad., Fund. C. Gulbenkian 2001).

² Cfr. MARCELO NEVES, ENTRE TÊMIS E LEVIATÃ: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALEM DE LUHMANN E HABERMAS 87 (2.^a ed., Martins Fontes 2008).

melhor compreendermos a comunicação do sistema político que irá ser transmutado pelo sistema jurídico.

A Lei 30/2000 foi criada e publicada no Diário da República em 29 de Novembro, em sequência da Resolução do Conselho de Ministros n.º46/99 (de ora em diante, Resolução), que apresentou ao público, através da sua publicação no Diário da República 1.ª série, n.º 122, em 26-05-1999, a “Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga”. Neste documento enuncia-se expressamente a sua visão humanista do toxicodependente enquanto doente, exigindo, por isso, a estratégia nacional, “a garantia de acesso a meios de tratamento a todos os toxicodependentes que se desejem tratar”. Independentemente da bondade da decisão política subjacente à estratégia delineada (que traduz, como se depreende da leitura do documento, os conhecimentos científicos, económicos, históricos, a opinião pública, etc, para o código do sistema político), esta é a visão enunciada pela Resolução. O toxicodependente, portanto, deve ser visto, no essencial, como um doente, e não como um delinquente.

Nesta esteira, em sede criminal e numa perspectiva “proibicionista moderada”, como a Resolução o denomina, é expressamente proposta a descriminalização do consumo de drogas, mantendo-se, no entanto, por motivos de compromissos assumidos em tratados internacionais, a necessária criminalização do comércio de substâncias psicotrópicas.

O consumo de drogas, de acordo com o documento político em referência, deverá manter “desvalor legal”. Contudo, o consumo e a posse de drogas para tais fins devem passar a ser sancionados em sede contraordenacional, onde se prevê o tratamento dos “doentes”. Nesta senda, o documento enuncia a necessidade da “Definição criteriosa do enquadramento legal dos diferentes comportamentos relacionados com o fenómeno das drogas, em obediência aos princípios humanistas que enformam o nosso sistema jurídico, enquanto sistema de um Estado de direito democrático, designadamente os princípios da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do direito penal e da proporcionalidade, com os seus corolários, que são os subprincípios da necessidade, da adequação e da proibição.” (cfr. Capítulo II, 8 – Princípios, ponto 3, alínea e) da Resolução).

Vemos, aqui, que a decisão política, na enunciação da estratégia política em causa, para além de reconhecer-se necessariamente comprometida na produção do direito interno, por obrigações

assumidas em tratados internacionais, e para além de incorporar conhecimentos providos de outros saberes produtivos, tais como a ciência, economia, etc, admite a necessidade de incorporar, no processo deliberativo político, conceitos próprios do sistema jurídico-constitucional. Com efeito, assume os princípios constitucionais referidos, tais como a subsidiariedade, proporcionalidade ou necessidade, como seus.

Assim se mostra, claramente, como “todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito”³, não obstante o direito ser assumido como “segundo código”⁴ (na terminologia luhmanniana), em relação ao seu código primário poder/não poder.

Aliás, a Estratégia em causa, na sequência da qualificação da toxicodependência como doença, e de acordo com o aludido princípio humanista enformador do ordenamento jurídico, enquadra a necessidade do seu tratamento expressamente “no direito constitucional à saúde” (cfr. Capítulo II, 8 – Princípios, ponto 3 da Resolução). Recorde-se, neste âmbito, que na, então ainda recente, revisão constitucional de 1997⁵ (LC n.º1/97) introduziu-se a alínea f) do art. 64.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), ou seja, o normativo expressamente consagrado à “Saúde”, onde se passou a prever a incumbência prioritária do Estado em “Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.”⁶. A decisão política vê-se assim delimitada, no seu processo deliberativo, necessariamente, por um horizonte jurídico-constitucional.

Mas daqui não se deve retirar que o sistema político é indiferenciado do sistema jurídico; o que daqui resulta é uma interdependência entre os dois sistemas. Diríamos, aqui, com o autor brasileiro Marcelo Neves e com a teoria dos sistemas sociais luhmanniano, que: “Por um lado, o ordenamento jurídico-constitucional confere competências, direitos e prerrogativas para o Estado ou governantes, mas também lhes impõe deveres e responsabilidades perante os cidadãos, grupos sociais e organizações privadas. Por outro lado, embora a ordem jurídica prescreva deveres, ónus e responsabilidades dos indivíduos e organizações perante o Estado,

³ Luhmann, citado por NEVES, *supra* nota 2, 89.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. J.G. CANOTILHO & VITAL MOREIRA, I CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA (4ª ed. rev., Coimbra 2007).

⁶ Para uma visão crítica desta inovação, pode ver-se J.G. Canotilho e Vital Moreira, onde os autores referem que “este destaque dado à toxicodependência não deveria desvalorizar os danos causados pelo *alcoolismo* e pelo *tabagismo*, em relação aos quais a complacência pública não está à altura de corresponder ao apelo constitucional relativo à «educação sanitária do povo» e às «práticas de vida saudável», a que se refere a al. b) do n.º2 deste artigo.”: CANOTILHO & MOREIRA *supra* nota 5, 830-831.

também lhes atribui direitos e garantias fundamentais de natureza individual e colectiva. Nesse sentido, o direito não se apresenta simplesmente como mecanismo de justificação do poder ou como instrumento de dominação, mas também serve à delimitação e ao controle do poder.”⁷.

Porque o político age pela criação de leis (para além de outras acções, burocráticas, administrativas, económicas, etc.), a estratégia nacional declarou expressamente a sua intenção de “Descriminalizar o consumo de drogas, proibindo-o como ilícito de mera ordenação social” (Capítulo II, 10 – Opções estratégicas, ponto 2 da Resolução), ao mesmo tempo que, em nome do valor “Segurança”, declarava a sua intenção de “Reforçar o combate ao tráfico de droga e ao branqueamento de capitais” (Capítulo II, 10 – Opções estratégicas, ponto 8 da Resolução).

É, pois, neste contexto político que surge a Lei 30/2000. Contudo, a aprovação do texto exacto desta lei não é isenta de mistério. Com efeito, do que nós conhecemos, existiam pelo menos três propostas de lei apresentadas em seguimento da estratégia nacional mencionada, uma do Governo, então do PS, uma do partido PCP e outra do PSD, não correspondendo o texto legal final a nenhuma delas.

Vejamos então o texto legal final e cada uma das propostas político-partidárias que conhecemos e que a antecederam⁸.

O artigo essencial do DL. 15/93 é do seguinte teor:

Art. 40.º

Consumo

1 – Quem consumir ou, para o seu consumo, cultivar, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias.

2 – Se a quantidade de plantas, substâncias ou preparações cultivada, detida ou adquirida pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 3 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.

3 – No caso do n.º 1, se o agente for consumidor ocasional, pode ser dispensado de pena.

⁷ NEVES, *supra* nota 2, 91.

⁸ Conduzimo-nos *infra* pelas propostas de lei citadas no estudo de A. G. Lourenço Martins, *Comentário ao Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2008 – STJ*, 115 REV. M.º P.º 171, 219 (Jul/Set 2008).

O **artigo 28.º da Lei 30/2000**, veio revogar parcialmente o citado artigo 40.º do DL. 15/93, da seguinte forma:

Art. 28.º

Normas revogadas

São revogados o artigo 40.º, excepto quanto ao cultivo, e o artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime.

Por sua vez, o **art. 2.º da Lei 30/2000**, no que concerne ao consumo de estupefacientes, fixou o seguinte:

Art. 2.º

Consumo

1 - O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação.

2 - Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.

Subjacente ao citado art. n.º2 do art. 2.º, da Lei 30/2008, cuja criação parece ter sido provocada pelos projectos dos aludidos partidos, o então Governo apresentou a Proposta de Lei n.º31/VIII, que era do seguinte teor:

Para efeitos deste diploma, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderá exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias.

Interessante será aqui notar, tal como faz A. G. Lourenço Martins, Procurador-Geral Adjunto, eleito em 1995, pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas, membro do órgão internacional de controlo de estupefacientes, que “as posições dos Partidos (...) flutuavam entre

a adesão à descriminalizante proposta do Governo ou aos projectos do PCP – Projecto de Lei 120/VIII – e outro, oriundo de alguns deputados do PSD – Projecto de Lei n.º210/VIII.”⁹.

Assim, a proposta do **PCP** pretendia o aditamento ao citado art. 2.º, dos seguintes números:

3 – A aquisição e detenção das substâncias referidas, em quantidades que excedam o consumo médio individual durante um período de 10 dias, mesmo no caso de fundada convicção das autoridades policiais de que as substâncias se destinam a consumo exclusivo do próprio, implicam procedimento criminal.

4 – Nas situações previstas no número 3, o Ministério Público poderá, se assim o entender, suspender o processo-crime e remeter o arguido à Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência (CDT).

5 – Num período máximo de 180 dias o Ministério Público, face à evolução da situação do arguido, monitorizada junto da CDT, decidirá do arquivamento ou continuação do processo.

Por sua vez, os aludidos deputados do **PSD** apresentaram um projecto com vista à alteração da proposta do Governo nos seguintes termos:

1 – Quem consumir, ou para seu consumo, cultivar, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas Tabelas I-A, II-A, II-B, II-C, III e IV, é punido com pena de prisão até três meses ou com pena de multa até 30 dias.

2 – O consumo, bem como o cultivo, a aquisição ou detenção, para consumo individual no domicílio ou nos locais de venda autorizados, das plantas, substâncias ou preparações constantes da Tabela I-C, não constituem ilícito contraordenacional nem criminal.

3 – O consumo fora dos locais previstos no n.º2, bem como a aquisição e detenção em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de três dias, das substâncias compreendidas na Tabela I-C, constituem ilícito contraordenacional.

⁹ *Ibidem.*

Em síntese, o PCP pretendia que qualquer detenção de droga para consumo em quantidades superiores à necessária para 10 dias constituísse crime, introduzindo, porém, a possibilidade de suspensão do processo criminal em tais casos, com acompanhamento do arguido pela CDT por um período de 180 dias. Por seu turno, o PSD, pretendia a criminalização das chamadas drogas duras (Tabelas I-A, II-A, II-B, II-C, III e IV), a despenalização das chamadas drogas leves (Canabis – Tabela I-C), quando consumidas e detidas em casa até a quantidade necessária para três dias, e a punição do consumo de canabis como contraordenação se tal consumo ocorresse fora de casa ou a detenção para mero consumo excedesse a quantidade suficiente para 3 dias.

O texto final não espelha, no entanto, nos seus exactos termos, qualquer uma das propostas alternativas do PCP ou PSD.

Por sua vez, conforme se vislumbra do texto legal aprovado pela Lei 30/2000, este não corresponde, ao que tudo indica (pela inserção tardia do n.º2 do art. 2.º), ao declarado na supra descrita Estratégia nacional de luta contra a droga, base da iniciativa legislativa tomada pelo Governo. Na Estratégia delineada, aliás, nunca se discutiu quaisquer quantidades de droga possuídas para consumo; discutiu-se, sim, certas qualidades, ou seja, a diferença entre as chamadas drogas duras e drogas leves.

Permanece, deste modo, o mistério da razão de ser e sentido do texto final da lei, que, por um lado pretendia concretizar a Estratégia Nacional descriminalizando o consumo, e, por outro, teve de passar pelos procedimentos deliberativos próprios do sistema político para a produção de uma “decisão colectivamente vinculante”, passando necessariamente por um complexo procedimento deliberativo com discussão alargada no parlamento. Vemos, assim, aqui a cisão do que Luhmann denomina “política” e “administração”, cabendo à primeira a “preparação de temas e à escolha de pessoas, ao teste das chances de consenso e à construção do poder”, e à segunda a produção propriamente dita da decisão vinculante. Entre os dois, ou seja, entre a Estratégia Nacional delineada, que reflecte um determinado tema e propósito político exhaustivamente delineado, e a decisão efectivamente produzida, que reflecte o consenso efectivamente obtido, existiu um hiato que é reflectido no texto final da lei.

Se a intenção e o resultado final manifestam um hiato entre si, a mesma Lei 30/2000 denota ainda um outro problema, pois, ao revogar expressamente o art. 40.º do DL. 15/93, em tudo

excepto no que concerne ao cultivo de produtos estupefacientes, deixa, pelo menos aparentemente, um vazio legal no que respeita à punição da detenção para consumo de droga que exceda o necessário para 10 dias. Com efeito, a Lei 30/2000, no seu citado art. 2.º, n.º2, apenas considera consumo, para efeitos da sua própria aplicação, quando a posse de droga não ultrapassa o necessário para 10 dias, e o seu art. 28.º revogou expressamente o crime de consumo previsto no aludido art. 40.º, em tudo que não fosse “cultivo”.

E, foi aqui, neste ponto, que se gerou o caos na doutrina e na jurisprudência.

Perante a ambiguidade da lei, ou seja, considerando que, para efeitos da Lei 30/2000, apenas se deveria considerar consumo a droga detida até à quantidade necessária para 10 dias, mas revogando-se, ao mesmo tempo, o crime de consumo de estupefacientes previsto no art. 40.º do DL. 15/93, em tudo excepto o “cultivo”, deixava de existir solução legal (pelo menos expressa) para o consumidor que detivesse, por ex., 11 doses diárias em vez de 10.

Neste âmbito, foram fundamentalmente três as soluções aventadas quanto ao enquadramento jurídico-penal a dar à conduta *supra* descrita:

- a) A de que tal conduta integra a prática da contra-ordenação prevista no artigo 2º, da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro¹⁰.
- b) A de que tal conduta integrava a prática de um crime de consumo, previsto e punido pelo artigo 40º, n.ºs 1 e 2, do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que se manteria em vigor não só para os casos de cultivo, como também para os casos em que o agente tem em seu poder uma quantidade de produto estupefaciente superior ao consumo médio individual durante o período de 10 dias¹¹.
- c) A de que tal conduta integra a prática dos crimes de tráfico previstos nos artigos 21º, 24º, 25º e 26º, do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro¹².

Perante o caos instalado e a contradição de julgados nos tribunais portugueses durante cerca de 8 anos, o STJ foi chamado a decidir e fixar jurisprudência com valor reforçado (arts. 437.º e ss. do Código de Processo Penal). O teor do dispositivo do **Acórdão n.º8/2008**, é o seguinte:

¹⁰ Neste sentido *vide* Acórdão do STJ, de 29/09/2005, disponível no site <http://www.dgsi.pt>.

¹¹ Neste sentido, o Ac. STJ n.º8/2008 em referência.

¹² Neste sentido *vide* o Ac. TC n.º295/03, sobre o qual *infra* se tecerão algumas considerações.

«Não obstante a derrogação operada pelo artigo 28.º da Lei 30/2000, de 29 de Novembro, o artigo 40.º n.º2 do Decreto-Lei n.º15/93, de 22 de Janeiro, manteve-se em vigor não só quanto ao “cultivo” como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.»

Ou seja, apesar da revogação do art. 40.º pela Lei 30/2008, com excepção do cultivo, o douto Acórdão de Fixação de Jurisprudência considerou que o legislador se tinha expressado mal, não querendo revogar o art. 40.º, n.º2 do DL. 15/93, dando-lhe, inclusivamente uma nova letra, conforme se depreende da fundamentação do Acórdão. Com efeito, pode ler-se na fundamentação em causa, que o artigo 40.º “... conservará válido e actual o texto remanescente”:

«1 — Quem, para o seu consumo, *cultivar* plantas compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias. Se a quantidade de plantas cultivadas pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 5 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.

2 — Quem, para o seu consumo, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.»

Significa isto que o STJ, em acórdão com valor reforçado, considerou que o Legislador, para além de não revogar o art. 40.º, n.º2, conforme expressamente tinha declarado no art. 28.º da Lei 30/2008, considerou que o Legislador tinha dito, se bem que de forma imperfeita, que o texto do art. 40.º, n.º2, afinal contém a menção a 10 dias de consumo e não a 3 dias conforme expressamente refere. Recorde-se que o texto original do art. 40.º, n.º2 do DL. 15/93 era:

“2 - *Se a quantidade de plantas, substâncias ou preparações cultivada, detida ou adquirida pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o*

período de 3 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias”, passando a dever ler-se, com o Ac. do STJ: “2 — Quem, para o seu consumo, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.” (sublinhados nossos).

Por seu turno, não se pode dizer que o STJ desconhecia a Resolução do Conselho de Ministros n.º46/99 e a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga, pois ele é expressamente referido na fundamentação do acórdão, na sua extensa busca pelo “espírito do legislador”. Para além da aludida estratégia, na mesma busca, o STJ, inclusive, fez notar “que no projecto que serviu de fonte remota à Lei n.º30/2008 não se previa nenhum limite à quantidade de droga para consumo, considerando-se simplesmente contra-ordenação a aquisição ou detenção para o consumo, independentemente da quantidade de droga que estivesse em causa.”.

O código político, contudo, assume aqui carácter secundário no discurso judiciário. Diríamos, com Luhmann, que é portanto o código político secundário do código jurídico, pois, conforme se depreende do acórdão em referência, este, apesar de invocar o processo deliberativo, fá-lo, como pano de fundo, invocando como critérios próprios da sua decisão, essencialmente, leis, princípios jurídicos gerais, decisões jurisprudenciais e estudos doutrinários.

Mas vejamos mais de perto como é assumido o código político, dentro do código jurídico.

O STJ refere que ao corpo do art. 2.º foi acrescentado o seu número 2, mas não menciona as propostas alternativas apresentadas pelo PCP e PSD supra aludidas, considerando apenas, que, com tal acrescento, “Não houve, todavia, o cuidado (*xxxiii*) de adaptar a redacção do então já redigido art. 28.º”. Dando conta do caos jurídico causado pelo *input* legislativo no ordenamento jurídico, diz o STJ: “Aliás, a Lei n.º30/2000 fornece ao estudioso do direito um bom exemplo do que não deve fazer-se quando se pretende introduzir uma mudança parcelar num todo normativo coerente que já existe.”, pois, nas palavras do mesmo STJ, “deixámos de saber como sancionar quem adquirir, também para consumo próprio, 11 doses diárias, calculadas segundo a mesma média”.

Não obstante a percepção do problema criado após a discussão pública do propósito político e o texto final da lei, o STJ conclui que, perante o “manifesto desajuste da solução encontrada através de um linear processo interpretativo”, é obrigado a ir mais longe para “deixar bem” o legislador, explicando que afinal “este disse mais do que desejava.”. Isto é, utilizando um complexo método de hermenêutica jurídica, o STJ procurou “deixar bem o legislador”, tirando e pondo na sua boca, literalmente, palavras que este disse e não disse, conforme resulta da simples comparação do art. 40.º revogado e “visto” pelo STJ e o corpo original do mesmo preceito supra citado.

No entender do STJ, este procedimento interpretativo-jurídico não “bole com o princípio da legalidade e o seu papel garantístico.”. Quer isto dizer que o STJ estava plenamente consciente de que o problema que enfrentava levantava questões sobre a eventual violação de Direitos Fundamentais previstos na Constituição – em especial, o princípio da legalidade e os imperativos consagrados nos arts. 18.º, n.º2 e 29.º, n.º1, 3 e 4 da CRP. No entanto, foi neste contexto, e procedendo à aplicação do princípio geral de hermenêutica jurídica consagrado no art. 9.º, n.º3 do Cód. Civil, ou seja, na presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados¹³, que o STJ, aplicando o código que lhe é próprio, fixou o sentido da lei e a própria definição e delimitação da conduta lícita/ilícita, preenchendo, portanto, o *input* legislativo, submetido ao seu próprio código de preferência (poder/não poder), com o seu código binário próprio (lícito/ilícito).

E, para tanto (para delimitar o lícito do ilícito), apresentou, inclusive, uma justificação jurídico-política, ou, nas suas palavras, uma “«boa razão» para levar o legislador a querer continuar a punir como crime, em função de um critério puramente quantitativo, uma conduta que, com fundamentos vários, decidiu despenalizar”, adiantando que tal “boa razão” consiste na possibilidade da droga ser, quando ultrapassa o necessário para o consumo de 10 dias, “proporcionada a outrem”, existindo assim o perigo da droga se espalhar pela comunidade. Porém, tal “boa razão”, que transforma o tipo de crime de consumo em crime de perigo abstracto, antecipando a tutela penal, com todos os riscos constitucionais daí derivados e bem

¹³ Note-se, contudo, que o STJ não refere expressamente o princípio geral, expresso no art. 9.º, n.º2 do Código Civil, de que não deve ser considerado pelo intérprete “o pensamento legislativo que não tenha na lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.”

conhecidos por parte dos Penalistas e Constitucionalistas, não foi expressa em qualquer local pelo sistema político, nem na Estratégia, nem nos projectos de lei.

Vemos, pois, aqui, mais uma vez, o poder político a ser reinterpretado, ou mesmo imaginariamente (re)criado, pelo poder judicial.

Não podemos deixar de dizer, neste ponto, que não temos uma posição certa acerca da matéria em causa. Com efeito, a questão foi resolvida pelo STJ de forma bastante profunda. Contudo, perante um problema de constitucionalidade tão delicado, a nossa própria posição, sobre o sentido da lei e o procedimento adoptado por um órgão jurisdicional para o fixar, não pode ser senão dubitativa.

Por seu turno, a complexidade do actual sistema político, quer internamente – com os seus diversos partidos políticos, multiplicidade de deputados, a máquina burocrática pressuposta, os múltiplos programas dos partidos e as suas inúmeras comissões –, quer externamente – no que Luhmann designa de “ambiente”¹⁴, onde o político se vê confrontado com múltiplos *inputs* económicos, históricos, mediáticos, religiosos, jurídicos, etc –, também não nos deixa chegar a uma visão una e clara do que se quis efectivamente consagrar.

Repare-se que o Acórdão do STJ não passou despercebido nos meios jurídicos (desconhecemos o impacto que teve, se é que teve algum, no sistema político), tendo-se levantado vozes discordantes como as de A. G. Lourenço Martins, no estudo já mencionado, e, até, através da comunicação social, da Juíza Conselheira do TC, penalista e constitucionalista, Maria Fernanda Palma¹⁵. Aliás, o próprio Acórdão do Pleno do Supremo contém dois votos de vencido, dos Colendos Conselheiros Henriques Gaspar e Maia Costa, para além de ter dois votos de esclarecimento prestados pelos Colendos Conselheiros Souto Moura e Henriques da Graça, para justificar os seus votos favoráveis ao Acórdão que fez vencimento.

¹⁴ Como nos diz Luhmann: “Research on systems is divided on the same issue as to what is meant by system as opposed to environment. All statements by systems theory have to be formulated as statements that relate to the difference between system and environment or at least need to start from the form of this distinction ”: NIKLAS LUHMANN, LAW AS A SOCIAL SYSTEM 79 (Klaus A. Ziegert trad., Fatima Kastner et al ed., Oxford 2008).

¹⁵ Vide artigo de opinião da Conselheira em referência, no diário Correio da Manhã de 02-11-2008, onde se pode ler que “Reeditar um crime de consumo é contrário à letra e ao espírito da lei”.

III. Onde está o Tribunal Constitucional?

Ao fim e ao cabo, havemos de nos lembrar de que tentamos construir no Direito de garantia português, com as suas imperfeições. Não poderiam ser semelhantes o sistema de recurso para o tribunal pleno e o sistema de tribunal constitucional, onde existe.

Jorge Miranda, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade* (1968)

Aqui chegados, é altura de perguntar, porque ainda não interveio o Tribunal Constitucional no exercício dos seus poderes de fiscalização de constitucionalidade concreta, perante as dúvidas levantadas pelo douto Acórdão de Fixação do STJ e a Lei 30/2000?

Note-se, primeiramente, que o TC já se tinha pronunciado no âmbito da problemática jurídica levantada pela aparente contradição entre os arts. 2.º, n.º2 e art. 28.º da Lei 30/2000, no seu douto Acórdão n.º295/03 (disponível no site do TC), concluindo que a interpretação segunda a qual as condutas aqui em causa – posse para consumo de droga em quantidade superior à necessária para 10 dias –, integravam o crime de tráfico de estupefacientes (de menor gravidade – art. 25.º do DL. 15/93). Por outras palavras, a primeira solução *supra* enunciada não era uma interpretação normativa inconstitucional, sendo inegável, no seu dizer, “que deve ser atribuída ao legislador uma ampla margem de liberdade na tipificação de determinadas condutas como constituindo ilícitos criminais”.

Este Acórdão do TC n.º295/03 não se pronunciou, contudo, sobre se tal era a melhor interpretação jurídica (nem o tinha que fazer¹⁶). Não se pode olvidar, ainda, que a Colenda Conselheira Maria Fernanda Palma votou vencida no Acórdão em referência, e deixou consignadas, em tal voto, além do mais, as seguintes palavras, “... a sucessão de leis no tempo impõe, igualmente, uma interpretação não restritiva da norma revogatória do artigo 28.º da Lei n.º30/2000, de 29 de Novembro. Uma interpretação restritiva daquele preceito

¹⁶ Conforme refere o Conselheiro Eduardo Maia Costa, “Não está aqui em causa evidentemente saber se essa é a melhor interpretação da lei, mas sim indagar se essa interpretação ofende ou não a Constituição.”: Eduardo Maia Costa, *Prisão Preventiva: medida cautelar ou pena antecipada?*, 96 REV. M.º P.º 91, 167 (Out/Dez 2003).

descriminalizador seria uma verdadeira redução teleológica proibida no Direito Penal, pelo menos ao mesmo título que a analogia (artigos 29.º, n.º1 e 3, da Constituição e 1.º do Código Penal)”. Ou seja, segundo a visão expressa pela aludida Conselheira, parece que o entendimento sufragado pelo STJ, porque procede a uma interpretação restritiva do art. 28.º da Lei 30/2000, ofende direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Porém, quanto à questão ora posta pelo Ac. n.º8/2008 do STJ, o TC ainda não se pronunciou. E isto não é por inexistência de decisões dos tribunais comuns, discordantes da decisão do STJ. Com efeito, pelo menos por duas vezes os tribunais de primeira instância já se manifestaram contra a jurisprudência “obrigatória” do STJ, declarando a respectiva interpretação inconstitucional por violação do princípio da legitimidade consagrado no art. 29.º da CRP.

Uma de tais decisões de primeira instância, a que tivemos acesso, proferida por um juiz do Tribunal de Comarca de Barcelos, foi já decidida em sede de recurso obrigatório para o STJ, que, como era de esperar, manteve a sua decisão, de forma, aliás, veemente, por Acórdão de 05-11-1009 (disponível no site www.dgsi.pt). Mas antes de tais autos subirem ao STJ, foi interposto recurso, por parte do digno MP, para o TC. Contudo, o TC proferiu decisão sumária¹⁷ a não tomar conhecimento do recurso interposto, argumentando, de acordo com jurisprudência uniforme do mesmo Colendo Tribunal, que o recurso obrigatório para o STJ tinha “precedência” sobre o recurso obrigatório para o TC, escudando-se no disposto no art. 70.º, n.º5 da LTC¹⁸ (Decisão Sumária do TC n.º247/2009¹⁹, à qual acedemos no próprio TC).

Esta douta decisão do TC remete, além do mais, para a decisão de reclamação sobre decisão sumária semelhante, proferida no Ac. TC. n.º76/2008 (disponível no site do TC), onde se pode

¹⁷ As decisões sumárias do TC encontram-se previstas no art. 78.º-A, n.º1 da Lei do Tribunal Constitucional, que prevê a sua possibilidade quando a “questão a decidir é simples, designadamente por a mesma já ter sido objecto de decisão anterior do Tribunal, ou por ser manifestamente infundada”. O mesmo normativo no seu número 2, prevê a decisão sumária quando não são cumpridas as formalidades legais do recurso previstas no art. 75.º-A da mesma lei.

¹⁸ Recorde-se que o teor deste dispositivo é: “Não é admitido recurso para o Tribunal Constitucional de decisões sujeitas a recurso ordinário obrigatório, nos termos da respectiva lei processual.”. Note-se, contudo, que o recurso obrigatório para o STJ, em sede de decisões contrárias a jurisprudência fixada pelo mesmo, assume carácter extraordinário, o que é contornado pelas decisões do TC em referência, apelando-se também aqui ao princípio da presunção do “legislador razoável”.

¹⁹ Nesta mesma decisão sumária alude-se a outra decisão sumária (543/2008), tomada precisamente em processo que incidiu sobre a mesma questão de mérito, daí sabermos que por pelos menos duas vezes os tribunais de primeira instância decidiram contra o Ac. FJ do STJ 8/2008.

ler o seguinte fundamento para não conhecer do recurso: “a inconveniência de o tribunal superior, na respectiva ordem jurisdicional, ficar tolhido na sua liberdade de decisão pela circunstância de ter de respeitar o caso julgado entretanto formado, no concreto processo em causa, pela decisão do recurso de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional.”. Ora, se bem entendemos o alcance da jurisprudência do TC nesta matéria, o que sucede na prática é que, com grande probabilidade, o STJ manterá, como no caso sob análise, o sentido da sua decisão, afastando, portanto, a questão da inconstitucionalidade e o recurso obrigatório para o TC.

É certo, conforme referido no Ac. TC n.º281/2001 (citado no Ac. TC n.º76/2008), que “Interposto esse recurso – e vamos admitir que chegamos ao Supremo Tribunal de Justiça –, este Tribunal, para respeitar o caso julgado formado no processo sobre a questão de constitucionalidade, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 80.º da Lei n.º 28/82, tem de alterar a orientação jurisprudencial que definiu, revendo o assento, sem ter tido a oportunidade de se pronunciar sobre a decisão que recusou a respectiva aplicação por inconstitucionalidade. Do ponto de vista das relações institucionais entre o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal Constitucional, há-de concordar-se não ser esta a melhor solução.”. Ou seja, a jurisprudência uniforme do TC, é no sentido de não comprometer o STJ nas suas decisões, para preservar as relações institucionais entre o STJ e o TC. Contudo, precisamente como mostra o presente caso, será este valor merecedor de tutela?

Ora, quanto a nós, a posição supra enunciada do TC, através do não conhecimento de questões de fundo de estrita constitucionalidade, com referência expressa à intenção de preservação das “relações institucionais entre o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal Constitucional”, traz à superfície uma fragilidade inerente ao sistema de controlo misto da constitucionalidade, consagrado no ordenamento jurídico-constitucional português²⁰. Com efeito, em sequência da posição sufragada pelo TC, poder-se-ia perguntar por que é que a fiscalização concreta da constitucionalidade não é atribuída pura e simplesmente ao STJ? Isto é o que nos parece que o caso em apreço indicia... Por outro lado, poder-se-ia perguntar porque não se reserva o controlo da constitucionalidade atribuída ao TC à fiscalização abstracta, ou mesmo só ao controlo abstracto preventivo²¹?

²⁰ Sobre a “singularidade” da “mistura” portuguesa no contexto europeu, vide Maria Lúcia Amaral, *Problemas da Judicial Review em Portugal*, VI.10 THEMIS 67 (2005).

²¹ Tal solução não seria inédita na Europa. Com efeito, por exemplo em França, o *Conseil Constitutionnel* apenas exerce o controlo abstracto preventivo.

Em suma, e de forma talvez mais sensata, julga-se, poder-se-ia questionar se o modelo Kelseniano original não teria afinal razão de ser. Efectivamente, a problemática institucional levantada pelo próprio TC, parece sustentar a tese de que o *princípio da separação* do modelo Kelseniano original, no sentido de um “duplo monopólio – o do Tribunal Constitucional para julgar questões atinentes a matérias jurídico-constitucionais, e o dos tribunais comuns para julgar questões atinentes a todas as outras matérias”²², evitaria o potencial conflito institucional entre a jurisdição comum e o TC.

O mecanismo de reenvio prejudicial característico do modelo Kelseniano certamente resolveria a questão das relações institucionais colocada pelo próprio TC. Com efeito, o juiz *a quo*, por exemplo, o juiz da comarca de Barcelos, supra referido, em vez de decidir a questão de inconstitucionalidade em sentido diverso do incidentalmente aludido na fundamentação do Ac. do STJ n.º8/2008, simplesmente suspenderia a instância e solicitaria ao TC a resolução da questão, sem, portanto existir a possibilidade de conflitos institucionais. Ou, mesmo antes de tal suceder, o próprio STJ poderia ter suscitado ele mesmo a questão de eventual inconstitucionalidade da Lei 30/2000, antes de ter proferido a sua decisão n.º8/2008. Tais soluções não deixariam de se revestir de uma certa sensatez...

Podemos, pois, perante a evidência da posição tomada pelo TC, defendida por este de forma uniforme (Cfr. Acs. do TC n.º281/2001, 282/2001, 412/2003, 470/2003, todos citados no Ac. TC n.º76/2008), perguntar, juntamente com a Maria Lúcia Amaral, “estaria afinal certa, a tese de Kelsen?”²³

É verdade que, neste âmbito, tanto quanto sabemos, Jorge Miranda defende, ainda que hesitantemente e em termos não totalmente desenvolvidos, que os Acórdãos do STJ com valor reforçado – tanto cíveis, como criminais – devem estar sujeitos à fiscalização da constitucionalidade por parte do TC²⁴. Contudo, o caso concreto e a posição do TC em análise, para além de colocarem a questão do controlo efectivo da constitucionalidade dos Acórdãos do STJ com valor reforçado, trazem à superfície todo o problema institucional existente na “mistura”, caracteristicamente portuguesa, dos sistemas de controlo difuso e concentrado.

²² Amaral, *supra* nota 20, 74.

²³ *Id.*, p. 76.

²⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, VI MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL 176, 177 e 181 (3.ª ed., Coimbra 2008).

Quanto a nós, portanto, o debate em questão, como se sabe quase centenário, da maior adequação de um sistema de fiscalização plenamente concentrado para um sistema de direito do tipo continental, mantém-se em aberto. Desconhecemos a resposta definitiva a dar ao debate, mas temos como certo, perante os contornos da problemática ora levantada, que a intervenção do TC seria uma intervenção susceptível de efectuar um mais adequado “acoplamento estrutural”²⁵, no seio de um Estado de Direito Democrático. Com efeito, o TC estará porventura mais apto do que o STJ, pelo seu posicionamento na organização do Estado Português²⁶, e a sua competência de “especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional” (art. 221.º da CRP), para falar o Direito Constitucional. Dado o seu posicionamento de interface entre o jurídico e o político, poderá processar assim, autonomamente, os dois códigos em jogo, o jurídico e o político, submetendo-os a um terceiro código binário: constitucional/inconstitucional.

Deste modo, na nossa perspectiva, obter-se-ia o desejado acoplamento estrutural entre o jurídico-político, expressando de forma pura, através da linguagem específica da esfera jurídico-constitucional, paradoxalmente, a mistura entre os dois sistemas. Tal “mistura pura”, aliás, constitui hoje, como vimos, o cerne da própria política, em especial aquando da própria produção legislativa, e está presente na Constituição enquanto forma do poder e, na sua fiscalização, enquanto poder da forma.

²⁵ Como nos diz LUHMANN, *supra* nota 14, 263: “the problem of structural coupling can be restricted to the relationship between politics and law – either by taking these functioning systems as a unit, which converges at the top, or by coupling them with the special institution of the constitution”.

²⁶ Nos dizeres de António Araújo e outros, “colocado no topo da hierarquia dos tribunais – pelo menos, no que se refere ao controlo da constitucionalidade – o Tribunal Constitucional é um órgão constitucional autónomo que ocupa uma posição *a se* no ordenamento judiciário português...”: António de Araújo et al, *As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias*, in ESTUDOS EM HOMENAGEM AO CONSELHEIRO JOSÉ MANUEL CARDOSO COSTA 203, 205 (Coimbra 2003)

III. Bibliografia

Maria Lúcia Amaral, *Problemas da Judicial Review em Portugal*, VI.10 THEMIS 67 (2005)

António de Araújo et al, *As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias*, in ESTUDOS EM HOMENAGEM AO CONSELHEIRO JOSÉ MANUEL CARDOSO COSTA 203 (Coimbra 2003)

J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, I CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA (4.^a ed. rev., Coimbra 2007)

Eduardo Maia Costa, *Constitucionalidade da integração do crime de tráfico de estupefacientes da detenção de quantidade superior a dez doses diárias para consumo pessoal – Acórdão n.º295/03 do Tribunal Constitucional*, 96 REV. M.º P.º 91 (Out/Dez 2003)

GILLES DELEUZE, A FILOSOFIA CRÍTICA DE KANT (Germiniano Franco trad., edições 70 2000)

IMMANUEL KANT, CRÍTICA DA RAZÃO PURA (Manuela Pinto dos Santos & Alexandre Fradique Morujão ed., 5.^a ed., Fund. C. Gulbenkian 2001)

NIKLAS LUHMANN, LAW AS A SOCIAL SYSTEM (Klaus A. Ziegert trad., Fatima Kastner et al ed., Oxford 2008)

A.G. Lourenço Martins, *Comentário ao Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2008 – STJ*, 115 REV. M.º P.º 171 (Jul/Set 2008)

JORGE MIRANDA, CONTRIBUTO PARA UMA TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE (Reimp. 1.^a ed., Coimbra 2007)

JORGE MIRANDA, VI MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL (3.^a ed., Coimbra 2008)

MARCELO NEVES, ENTRE TÊMIS E LEVIATÃ: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALEM DE LUHMANN E HABERMAS (2.^a ed., Martins Fontes 2008)