

CADERNOS FGV DIREITO RIO

Volume I

# TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO

O Direito e  
as Incertezas Normativas

Pedro Fortes  
Ricardo Campos  
Samuel Barbosa  
COORDENADORES

 FGV DIREITO RIO

 JURUÁ  
EDITORA

CADERNOS FGV DIREITO RIO  
Volume I

Pedro Fortes  
Coordenador da Coleção

TEORIAS  
CONTEMPORÂNEAS  
DO DIREITO

O Direito e  
as Incertezas Normativas



EDITORA AFILIADA

---

Visite nossos *sites* na Internet  
*www.jurua.com.br* e  
*www.editorialjurua.com*  
e-mail: *editora@jurua.com.br*

---

**ISBN: 978-85-362-6614-5**



**Brasil** – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900  
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

**Europa** – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –  
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

**Editor:** José Ernani de Carvalho Pacheco

---

T314 Teorias contemporâneas do direito: o direito e as  
incertezas normativas./ coordenação Pedro Fortes,  
Ricardo Campos, Samuel Barbosa./ 1ª edição./ Curitiba:  
Juruá, 2016.  
338 p. – v. 1

Vários colaboradores

1. Direito – Teoria. I. Fortes, Pedro (coord.). II. Cam-  
pos, Ricardo (coord.). III. Barbosa, Samuel (coord.).

CDD 340.1(22.ed)  
CDU 340

---

**Pedro Fortes  
Ricardo Campos  
Samuel Barbosa**  
Coordenadores

# TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO

O Direito e  
as Incertezas Normativas

**Colaboradores:**

Alexandre da Maia	Noel Struchiner
Fábio P. Shecaira	Pedro Fortes
Fernando Leal	Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco
Gabriel Lacerda	Ricardo Campos
Gunther Teubner	Samuel Barbosa
Ino Augsberg	Thomas Bustamante
Juliano Maranhão	Thomas Vesting
Karl-Heinz Ladeur	Úrsula S. C. C. Vasconcellos
Marcelo Neves	

Curitiba  
Juruá Editora  
2016



## APRESENTAÇÃO

---

*A série Cadernos FGV DIREITO RIO acompanha a escola desde seu início como um espaço privilegiado de reflexão sobre ensino jurídico. Desde a edição inaugural de 2005 – quando se publicou seu projeto pedagógico e um estudo do professor Roberto Mangabeira Unger sobre quais deveriam ser as características básicas de uma nova faculdade de direito no Brasil – as publicações têm trazido uma coleção de artigos, pareceres e relatórios sobre diversas experiências acadêmicas marcantes da trajetória da FGV DIREITO RIO.*

*Assim, os cadernos têm funcionado como fórum de discussão teórica e prática sobre perspectivas pedagógicas, a saber, estratégia de ensino, estrutura das aulas e composição do currículo. Tem-se, ainda, feito o registro histórico de práticas acadêmicas diversas, tais como a construção da disciplina **Teoria do Direito Constitucional**, de uma prática jurídica qualificada e do ensino do direito através do cinema ou da literatura. Edições foram especialmente dedicadas a certas metodologias específicas, tais como o estudo de caso – método participativo característico da proposta inovadora de ensino da escola – e a pesquisa jurídica etnográfica – sendo também a pesquisa empírica uma marca registrada da FGV DIREITO RIO. Outros exemplares, por sua vez, resgataram textos históricos sobre ensino jurídico, brindando nossos leitores com autores clássicos como Alfredo Lamy Filho, Gilberto Freyre e San Tiago Dantas, por exemplo. Funcionando dentro do espírito da escola como um espaço livre de debates e não hierarquizado, desde um artigo sobre a simplificação da linguagem jurídica em 2006 de autoria de João Zacharias de Sá, a série já publicou dezenas de textos de nossos alunos com diversas reflexões sobre variados assuntos. Recentes volumes exploraram os temas da **Globalização do ensino jurídico e Formação da advocacia contemporânea**, contendo trabalhos inéditos de renomados autores internacionais como Helena Alviar, Bryant Garth e Rogelio Perez-Perdomo preparados especialmente para a nossa série, além de ensaios originais de importantes professores brasileiros. Além disso, nossos dois*

últimos volumes trouxeram uma série de experiências acadêmicas inovadoras com **Ensino Jurídico**, **Cultura Pop** e **Cultura Clássica**, celebrando o pioneirismo das escolas FGV DIREITO RIO e FGV DIREITO SP com o tema. O volume atual discute diversas perspectivas contemporâneas sobre a teoria do direito, aprofundando o debate acadêmico sobre a incerteza normativa e estabelecendo um rico diálogo entre professores e pesquisadores do Brasil e da Alemanha a respeito não apenas deste tema, mas também da unidade, integridade e interdisciplinaridade do direito.

Em meio a esta pluralidade de temas e autores, nossos cadernos pretendem combinar o espírito ensaístico típico dos **cahiers** franceses com o rigor intelectual característico dos livros acadêmicos. Por compartilharmos questões comuns do cotidiano dos professores de direito, resolvemos disponibilizar amplamente e de forma gratuita a série Cadernos FGV DIREITO RIO para a comunidade acadêmica lusófona. Além disso, convidamos professores de outras instituições acadêmicas nacionais e internacionais para aprendermos suas preciosas lições e, através desta série, multiplicarmos nosso conhecimento sobre ensino jurídico, mercado profissional e metodologias. Esperamos que este volume amplie os termos do debate e os horizontes da reflexão e desejamos uma boa leitura!

**Pedro Fortes**

Editor da Série

## SUMÁRIO

---

<b>Introdução</b> .....	9
<b>O Direito Moderno e a Crise do Conhecimento Comum</b> .....	19
<i>Thomas Vesting</i>	
<b>Da Incerteza do Direito à Incerteza da Justiça</b> .....	43
<i>Marcelo Neves</i>	
<b>Regulando a Incerteza: A Construção de Modelos Decisórios e os Riscos do Paradoxo da Determinação</b> .....	65
<i>Fernando Leal</i>	
<b>Positivismo Normativo ou Novos Desenhos Institucionais? – Uma Análise de Duas Alternativas para se Contestar a Supremacia das Cortes Constitucionais</b> .....	77
<i>Thomas Bustamante</i>	
<b>Reconfiguração Conceitual? O Direito Digital como Metáfora de Si Mesmo</b> ...	97
<i>Juliano Maranhão</i>	
<b>Constitucionalismo Social: Nove Variações Sobre o Tema Proposto por David Sciulli</b> .....	129
<i>Gunther Teubner</i>	
<b>A Visibilidade do Político: Secularização Versus Universalização em Carl Schmitt</b> .....	157
<i>Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco</i>	

<b>A Metamorfose do Direito Global para Uma Genealogia do Direito Além do Estado Nacional no Limiar do Século XIX .....</b>	<b>179</b>
<i>Ricardo Campos</i>	
<b>Uma Leitura Contemporânea da Teoria Sistêmica do Direito: Múltiplos Elementos Normativos do Direito na Sociedade .....</b>	<b>193</b>
<i>Pedro Fortes</i>	
<b>Fé e Conhecimento no Direito .....</b>	<b>221</b>
<i>Ino Augsberg</i>	
<b>Espaços Jurídicos e a Territorialidade do Direito Estatal .....</b>	<b>237</b>
<i>Samuel Barbosa</i>	
<b>A Importância da Dedução na Argumentação Jurídica .....</b>	<b>245</b>
<i>Fábio P. Shecaira</i>	
<b>Direito e Felicidade: Algumas Implicações da Teoria Comportamental ....</b>	<b>259</b>
<i>Noel Struchiner / Úrsula S. C. C. Vasconcellos</i>	
<b>Por Uma História das Imagens da Normatividade do Direito.....</b>	<b>279</b>
<i>Alexandre da Maia</i>	
<b>Estado Cibernético de Direito .....</b>	<b>297</b>
<i>Gabriel Lacerda</i>	
<b>A Transformação da Semântica Jurídica na Sociedade Pós-Moderna a Partir da “Subsunção” de Casos ao “Equilíbrio” e Uma Semântica de Redes.....</b>	<b>309</b>
<i>Karl-Heinz Ladeur</i>	
<b>Índice Alfabético.....</b>	<b>325</b>

## INTRODUÇÃO

---

O presente volume discute ‘teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas’, a partir de uma perspectiva interdisciplinar e pluralista sobre o direito na sociedade contemporânea. A presente obra é o resultado de um simpósio internacional organizado pelos editores em março de 2015 na FGV DIREITO RIO e que contou com a participação de autores brasileiros e alemães para discutir o tema em dois dias de intensa e rica discussão acadêmica. A reunião dos trabalhos em uma série dedicada ao ensino jurídico, à metodologia de pesquisa e à formação profissional se justifica porque os ensaios apresentam um mosaico com a proposta de uma visão renovadora sobre como a teoria pode contribuir para se pensar o direito no Brasil. Além de trabalhos atuais e inéditos de autores consagrados no Brasil e no exterior, reunimos ensaios de jovens professores e pesquisadores, cujos temas e textos contêm, em seu conjunto, um novo olhar contemporâneo sobre a teoria do direito e que – esperamos – terá impacto nos debates de sala de aula, na perspectiva metodológica e no refinamento das reflexões analíticas do leitor da série CADERNOS FGV DIREITO RIO.

Os colaboradores trabalharam com dois grandes eixos para o tratamento da relação entre direito e incerteza normativa. O primeiro eixo está relacionado à coerência formal do direito e a discussões relativas à dogmática jurídica, a teorias da norma jurídica e do direito como um sistema autônomo, harmônico e unificado para solucionar conflitos e absorver as incertezas da sociedade contemporânea. Inseridas neste debate estão teorias contemporâneas sobre os fundamentos epistemológicos da normatividade jurídica, a racionalidade da decisão jurídica e a conceitualização política do fenômeno jurídico a partir da ideia de soberania estatal. O segundo grande eixo, por sua vez, tem como partida a crise existencial do direito contemporâneo desde a desintegração da unidade entre o Estado e a Igreja, que encerrou um modelo de teologia política em que o controle social fundava-se em valores religiosos e iniciou um período de busca pluralista por novos valores fundacionais do Estado democrático de direi-

to. Inseridas neste debate estão discussões sobre o conteúdo do fenômeno jurídico, sua gramática moral, sua lógica argumentativa, sua estética contingente, seu flerte com comportamentalismos metanormativos e com tecnologias cibernéticas.

A perda da certeza fundacional da ordem jurídica – com a secularização estatal e a ruptura da unidade de sentido e valores conferida pela religião – impõe a necessidade de refletirmos sobre o tema das incertezas normativas. Nessa perspectiva, pode-se pensar em eventuais substitutos para a lacuna deixada pela religião<sup>1</sup>. Os candidatos a substituto da teologia são projetos de unidade semântica do direito a partir de teorias da soberania estatal e da razão jurídica. O soberano real é substituído pela soberania popular, encarnada não mais no corpo do monarca, mas na constituição do corpo político, na composição de um parlamento e no espírito de leis produzidas a partir de uma separação de poderes de cunho democrático<sup>2</sup>. Já o projeto da racionalidade jurídica percorreu distintas vias históricas, incluindo o iluminismo filosófico de matriz kantiana, a crítica dialética e fenomenológica formulada por Hegel, sua valorização como motor de desenvolvimento por Max Weber e sua identificação com o poder feita pelo positivismo jurídico e pela teoria social contemporânea<sup>3</sup>. A questão da racionalidade jurídica se apresenta, portanto, com diversas roupagens, permitindo discussões sobre a coerência interna do direito, da argumentação jurídica, das instituições sociais, das alocações de recursos econômicos e do poder político. Uma questão fundamental diz respeito à autonomia do direito em relação às demais ciências sociais e aos fundamentos políticos e sociais do fenômeno jurídico e da normatividade.

Esta questão nos conduz ao problema da relação entre a teoria e o conhecimento ordinário articulado dentro da sociedade. A descentrali-

---

<sup>1</sup> FÖGEN, Marie Theres. **Das Lied vom Gesetz**. Carl Friederich von Siemens, München, 2007. p. 83.

<sup>2</sup> KANTOROWICZ, Ernst. **The king's two bodies**: a study in medieval political theology. Princeton: Princeton, 1997. p. 87-97; HUME, David. **Essays**: moral, political, and literary. Indianapolis: Liberty Fund, 1997. p. 14-46; HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Cambridge: CUP, 1996. p. 100-115; MONTESQUIEU. **The spirit of the laws**. Kitchener: Batoche, 2001. p. 173-83.

<sup>3</sup> KANT, Immanuel. **Groundwork of the metaphysics of morals**. Cambridge: CUP, 2012; HEGEL, **Elements of the philosophy of right**. Cambridge: CUP, 1991; WEBER, Max. **Economy and society**: an outline of interpretive sociology. California: Berkeley, 1978. v. 1, p. 212-298; KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Clark: Law book exchange, 2009; HART, H.L.A. **The concept of law**. 3. ed. Oxford: OUP, 2013; FOUCAULT, Michel. **Security, territory, and population**: lectures at the College de France 1977-1978. London: Palgrave, 2007. p. 115-367; BOURDIEU, Pierre. The force of law: toward a sociology of the juridical field. **The Hastings Law Journal**, v. 38, p. 805-853, 1987.

zação causada pelo secularismo pretende ser substituída por uma reunificação semântica axiológica com a proposta de uma nova teologia política de princípios e valores harmônicos<sup>4</sup>. Contudo, a realidade social parece resistir a propostas unificadoras e o mundo dos fatos tende a prevalecer, ampliando o papel do conhecimento prático-concreto-pragmático sobre o conhecimento teórico-abstrato-dogmático. Em um cenário de emergência do conhecimento útil e de extrema complexidade<sup>5</sup>, as teorias contemporâneas têm que enfrentar a crise de instabilidade e de desencantamento do fenômeno jurídico. O direito também busca sua coerência externa e está à procura de sua alma.

O volume está organizado a partir destes dois grandes eixos. Iniciamos a trajetória com Thomas Vesting que, em seu artigo, questiona a relação entre o direito moderno e o saber comum disperso no corpo social. Segundo o Professor Catedrático de Teoria do Direito da Universidade de Frankfurt, haveria uma íntima e constitutiva relação entre conhecimento social e direito, em que uma epistemologia social constituída por redes de convenções sociais daria suporte à normatividade jurídica. Existiria assim uma estruturação do conhecimento prático social que influenciaria a base normativa do direito. Este fenômeno teria se consolidado através da emergência do direito liberal, quando os juristas passaram a ter um acesso generalizado e de certa forma uniforme ao conhecimento social. Assim, foi aprofundada a relação entre o direito e a epistemologia social, amparada pela ideia de generalidade da lei típica do modelo liberal predominante após o advento das revoluções francesa e americana. Posteriormente, com o advento de uma fase histórica de formação de grupos sociais – sindicatos, associações, partidos etc. – operou-se uma dinamização do conhecimento social que provocou questionamentos a respeito do mérito desta ideia de generalidade da lei. A sociedade de redes atual alterou novamente a epistemologia social e abriu espaço para uma nova reflexão sobre a relação entre o direito e a sociedade.

Marcelo Neves reconstrói o problema da relação entre direito e incerteza normativa a partir da ligação entre direito e linguagem. Nesse sentido, o ideário da certeza jurídica teria sido construído dentro do direito pela Escola da Exegese e pela jurisprudência dos conceitos. Neves propõe um outro viés interpretativo da (in)certeza jurídica trazendo a

---

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard, 2011. p. 7-11, 15-19, 123-188 e 417-419; DWORKIN, Ronald. **Religion without god**. Cambridge: Harvard, 2013; WALDRON, Jeremy. Religion without god by Ronald Dworkin. **Review, Boston University Law Review**, v. 94, p. 1207-12, 2014.

<sup>5</sup> MOKYR, Joel. **The Enlightened Economy: an Economic History of Britain. 1700-1850**. New Haven: Yale, 2010. p. 34.

discussão para outro nível de abstração, em que a relação entre *alter* (legislador) e *ego* (juiz) é compreendida como uma relação de dupla contingência. O professor da UNB pretende rechaçar a negação da incerteza jurídica incorporando-a ao cotidiano da decisão jurídica. Neves correlaciona o problema da justiça interna (coesão) ao da justiça externa (adequabilidade social), sendo que o direito teria o desafio de buscar o equilíbrio como instrumento social com função de ser o catalisador de incertezas normativas.

Fernando Leal também examina a questão da incerteza normativa não como um problema a ser sanado, mas como um aspecto inescapável do fenômeno jurídico. Seu ensaio aborda a dimensão da incerteza normativa dentro da teoria da justificação das decisões jurídicas. Para o professor da FGV DIREITO RIO, a incerteza normativa decorre do fato da inexorável indeterminação do direito. A partir da perspectiva interna do sistema de decisão jurídica, existiria um paradoxo da determinação, insuperável por todas as teorias decisórias normativas. Nesse sentido, haveria uma necessidade constante de um aperfeiçoamento metodológico do direito para melhor informar a decisão e justificação jurídica nesses casos.

Em seu ensaio, Thomas Bustamante oferece um contraponto aos textos de Marcelo Neves e de Fernando Leal, na defesa da certeza normativa a partir de uma investigação sobre a questão da coerência interna do direito. Seu foco central é o direito constitucional. Seu texto examina o problema da incerteza normativa no exercício da jurisdição constitucional em relação com a teoria democrática do jurista neozelandês Jeremy Waldron. Por um lado, o professor da UFMG esboça a alternativa da “rota institucional”, a partir de uma visão departamentalista da separação de poderes, em que haveria maior deferência do poder judiciário aos demais poderes e um esforço de devolução de debate sobre temas sensíveis para outras instituições e órgãos da sociedade. Por outro lado, o autor sugere ainda a adoção de uma “rota interpretativa”, a partir da defesa de um positivismo normativo e um apego textual para o exercício da jurisdição constitucional.

A seu turno, Juliano Maranhão aborda o problema da incerteza normativa incorporando um novo elemento na discussão – a sociedade computacional. Inspirado pela literatura alemã e por ideias também seguidas por Thomas Vesting, Maranhão se refere a uma relação constitutiva entre direito e visões de mundo (*Weltanschauung*), isto é, o fenômeno jurídico moldado pelo conhecimento social. O professor da USP aprofunda a dimensão da decisão judicial frente à crise de visões de mundo, especialmente com relação à unidade do direito. No âmbito da era informa-

cional, o direito enfrentaria profundos desafios e necessitaria de uma revisão de seus conceitos basilares, como personalidade jurídica, propriedade e responsabilidade civil, dentre outros. Diante de tais desafios, a dicotomia tradicional entre casos difíceis e casos não claros talvez não fosse mais adequada. Outra importante contribuição para o desafio de elaboração de conceitos jurídicos condizentes com a nova dinâmica social informacional se dá no exemplo do chamado ‘software livre’ e na nova semântica dos direitos subjetivos nessa seara.

Outro texto que trabalha com o problema da unidade do direito e da identidade do sistema normativo jurídico é o ensaio de Gunther Teubner, que aprofunda o fascinante tema dos fragmentos constitucionais, que tem dominado sua agenda de pesquisa ao longo dos últimos anos. Teubner tem ampliado a perspectiva sobre estruturas constitucionais, ao incorporar ao constitucionalismo as relações jurídicas fundamentais do direito global – por exemplo, comércio internacional, mercados financeiros, controle da internet e o universo do futebol<sup>6,7</sup>. Seu debate sobre fragmentos constitucionais coloca o problema do direito e sua relação com as incertezas normativas no cenário transnacional. Por não existir uma autoridade centralizadora, a sociedade global deve desenvolver mecanismos inovadores para a proteção de direitos. Neste ensaio original e inédito em português, Teubner sumariza alguns de seus principais argumentos e revisita diversos temas a partir da ideia do constitucionalismo além do Estado nacional. A emergência da nova disciplina ‘sociologia da constituição’ é o produto dessa empreitada<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> TEUBNER, Gunther. **Verfassungsfragmente**: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung. Berlin: Suhrkamp, 2012; TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalisation. Oxford: OUP, 2012; TEUBNER, Gunther. The project of constitutional sociology: irritating nation state constitutionalism. **Transnational Legal Theory**, v. 4, p. 44-58, 2013; TEUBNER, Gunther; BECKERS, Anna. Expanding constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 20, n. 2, p. 523-550, 2013; TEUBNER, Gunther. Constitutionalism in the transnational society. **Quaderni costituzionale**, v. 1, p. 185-204, 2014.

<sup>7</sup> Veja também FORTES, Pedro Rubim Borges. We the fans: should international football have its own constitution?, **Southwestern Journal of International Law**, v. 21, p. 63-70, 2014.

<sup>8</sup> THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions**: constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. Cambridge: CUP, 2011; FEBBRAJO; Alberto; CORSI, Giancarlo. **Sociology of constitutions**: a paradoxical perspective. Abingdon-on-Thames: Routledge, 2016; NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009; SCHWARTZ, Germano; PRIBAN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo da. **Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

O ensaio de Pedro Villas Boas também se inclui no debate sobre a unidade e a identidade do direito, na medida em que introduz a importante questão do conceito político para a discussão das incertezas normativas. Partindo do pensamento do jurista alemão Carl Schmitt, o autor afirma que o processo de secularização ocidental e a consequente formação de estados nacionais territoriais não tem como consequência a neutralização do conflito social, mas a visibilidade do antagonismo social. Conforme o diagnóstico apresentado pelo professor da UERJ, o conceito de político de Carl Schmitt seria essencial para entender esse longo processo de secularização e criação de estados nacionais e, acima de tudo, como a relação entre amigo e inimigo ganha outra roupagem dentro do direito da esfera internacional.

Ricardo Campos, por sua vez, apresenta um contraponto ao ensaio de Pedro Villas Boas, reconstruindo a ideia do surgimento do *jus publicum europaeum* também a partir da obra de Carl Schmitt. Contudo, o enfoque de seu ensaio é especialmente no desenvolvimento conceitual diferenciado do conceito de político. Haveria mais uma reconstrução conceitual do surgimento do direito internacional do que a polarização entre amigo e inimigo típico da teologia política. O autor conclui que com a queda do *jus publicum europeum* e a correlata dispersão da soberania pelo globo com a consequente mudança do status territorial em grande parte do mundo teria ocorrido uma nova abertura para o absoluto sem religião: a modernidade. Nessa, há uma nova forma de articulação de poder, direito, economia, que não mais ligada ao centralismo unitário.

Encerrando o primeiro eixo, o ensaio de Pedro Fortes também explora a questão da identidade e da unidade do direito. O professor da FGV DIREITO RIO critica e revisa aspectos fundamentais da teoria sistêmica do direito de Niklas Luhmann. Conceitos tradicionais como acoplamento estrutural, autopoiese e codificação autorreferencial são substituídos por um novo conjunto de conceituações – agrupamento estrutural, pluripotência, e fusão de vários elementos normativos. Diante da crescente interdisciplinaridade, a ideia da exclusividade do direito como o único elemento normativo para a codificação dos sistemas jurídico não se baseia em evidências empíricas relacionadas com o universo do direito na sociedade. Em contraste, a observação empírica do Estado constitucional contemporâneo evidencia uma articulação de vários elementos normativos e proporciona uma fusão de elementos normativos provenientes de direito, política, economia e religião. A cultura jurídica é apresentada como um caleidoscópio, influenciada por ideias plurívocas e acomodando múltiplas perspectivas sobre os fenômenos jurídicos.

Este texto oferece também uma ponte de travessia para o outro eixo do volume, na medida em que expõe a crise de identidade interna do direito e a constante busca de elementos normativos interdisciplinares para justificar as decisões jurídicas. O dogma da clausura normativa do direito e da autopoiese certamente perdeu sua força explicativa. Em busca de sua alma, o direito recorre à fé na ordem jurídica, a geografias morais, à lógica, à busca pela felicidade, a estéticas contingentes e à tecnologia cibernética. Além disso, as redes de relacionamento e o pluralismo de valores também devem ser considerados pelas teorias do direito.

Ino Augsberg inaugura o novo eixo a partir de uma vereda interessante da relação entre direito e incertezas normativas. Partindo da paradoxal constatação de que o crescente aumento de conhecimento tende a gerar mais incerteza e maior necessidade por conhecimento, o Professor Catedrático de Teoria do Direito da Universidade de Kiel vislumbra o problema em técnicas jurídicas de abrogação para gerenciar o conhecimento. Nesse sentido, Ino Augsberg defende a suplementação do conceito de autopoiese do direito – que privilegia a autoprodução jurídica – pela *autopistis* jurídica – em que a fé na ordem jurídica, sem autoridade exterior, deveria caminhar lado a lado do cotidiano operacional do sistema jurídico.

A contribuição de Samuel Barbosa discute a categoria de “espaço jurídico” para a pesquisa histórica. O objetivo é criticar uma imagem clássica herdada da Teoria Geral do Estado que reduz o espaço jurídico ao território nacional, um dos elementos do conceito de Estado. O professor da USP traz um conjunto de indicações programáticas que apontam para outras formas de espaço e de território. É desenvolvida a tese de que há uma relação constitutiva entre direito e espaço. O direito atribui sentido e configura diferentes formas de espaços jurídicos (propriedade privada, territórios, jurisdições, zonas de imunidade, fronteiras, dentre outros) e também definem “geografias morais” ou expectativas sobre o lugar adequado para as pessoas; o espaço, por sua vez, condiciona a reprodução do direito, a exemplo da importância das distâncias e do desafio de publicizar o direito. Esta reconfiguração aponta para a pluralidade de ordens normativas fora do enquadramento estatal, articulado em redes, sem uma base territorial estável.

Fábio Shecaira, por sua vez, traz para o debate “o outro” da teoria da cultura, ou seja, a importância do silogismo dentro da argumentação jurídica. O professor da UFRJ analisa também outras formas de argumentação jurídica, como a ponderação e a analogia, que entretanto não possuem validade dedutiva. Visando uma consistência maior na argumentação jurídica, Fábio Shecaira propõe uma regra de conversão dedu-

tiva, a qual processos interpretativos como a analogia e ponderação deveriam incorporá-las aproximando-se da estrutura dos argumentos dedutivos com premissas genéricas plausíveis.

A teoria comportamental vira o importante fio condutor da abordagem de Noel Struchiner e Úrsula Vasconcelos. Os autores partem da metáfora da máquina fotográfica moderna para compreender a construção do direito à felicidade. Para tanto, eles se valem dos estudos em torno das pesquisas comportamentais. A tese central dos autores é que há um hiato entre a previsão dos tomadores de decisão e dos afetados pela decisão. Isso é fundamentado baseando-se em várias dimensões dessa possibilidade de previsão. Os estudos da teoria comportamental poderiam ser frutíferos para que o tomador de decisão consiga atingir um grau de otimização do direito voltado para a felicidade comum.

Alexandre da Maia, por sua vez, reconstrói a relação entre direito e incerteza normativa através da relação entre imagens, subjetividade e contingência do direito. O professor da UFPE refuta assim o projeto de autofundamentação do direito com sua pressuposição de uma subjetividade universal sem âncora social para afirmar que a fragmentação da subjetividade na sociedade moderna é sustentado pela projeção das imagens normativas dentro do direito. O autor consegue assim uma interessante ponte entre a reprodução do cotidiano do direito, enquanto técnica, e a sociedade, aqui certamente representada por uma teoria da cultura moderna onde existe uma “flutuação” de contingências e imagens dessas contingências.

O ensaio de Gabriel Lacerda também está inserido no eixo em que o direito enfrenta sua crise contemporânea de identidade. Contudo, talvez seja mais correto considerar que a visão do autor seja menos uma busca do que uma venda de sua alma para a tecnologia cibernética. A visão de Gabriel Lacerda é uma profecia apocalíptica de um cenário em que a democracia cede espaço para a cibernética. Neste admirável mundo novo imaginado pelo ensaísta, haveria um estado cibernético de direito com a transmutação da forma da regra jurídica de regras centradas em liberdades subjetivas para regras centradas na obediência. A dimensão estatal também mudaria dentro desse contexto. Ao se valer de técnicas de controle cada vez mais aperfeiçoado, o Estado do mundo digital tenderia a se tornar totalitarista.

Karl-Heinz Ladeur, por sua vez, fecha a discussão sobre a busca do direito por sua alma em grande estilo, ao apresentar sua crítica aos métodos jurídicos da ponderação e subsunção<sup>9</sup>. O ensaio do Professor

---

<sup>9</sup> Veja também CAMPOS, Ricardo (Ed.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016.

Emérito de Sociologia do Direito da Universidade de Hamburgo explora um possível novo método jurídico mais adequado para interpretarmos o direito no contexto pluralista da nossa sociedade de redes. Ladeur nos lembra que as operações jurídicas e os julgamentos normativos são decorrentes de um fluxo incessantes de analogias provenientes de acontecimentos sociais que terminam por instituir a normatividade jurídica. Neste contexto, normas constituídas juridicamente estão intrinsecamente relacionados a comportamentos instituídos socialmente. Um processo de mapeamento identifica as novas construções surgidas a partir de uma codificação de situações a partir do conhecimento comum. Em seu eloquente ensaio, Ladeur critica simultaneamente a técnica da ponderação e uma visão monista do universo dos valores. Ao indicar como vias alternativas a normatividade das redes de relacionamento e o pluralismo normativo, Ladeur provoca uma reflexão profunda sobre os dois eixos de debates deste volume e reafirma a essencialidade da teoria para a compreensão do direito contemporâneo e de sua crise de identidade diante das incertezas normativas.

Desejamos boas leituras e reflexões a todos!

*Os coordenadores*



# O DIREITO MODERNO E A CRISE DO CONHECIMENTO COMUM<sup>1</sup>

Thomas Vesting<sup>2</sup>

---

*Sumário: 1. Exemplo: Direito Comercial e Práticas de Negócio. 2. O Contexto Histórico-Jurídico. 3. Epistemologia Social. 4. Epistemologia Histórica. 5. O Direito e seu Contexto Referencial de Práticas Instituídas. 6. O Conhecimento Comum Acessado pela Experiência. 7. O Conhecimento dos Grupos. 8. Conhecimento em Rede. 9. Referências.*

## 1 EXEMPLO: DIREITO COMERCIAL E PRÁTICAS DE NEGÓCIO

O direito moderno faz referência constante ao conhecimento prático. Vamos tomar como exemplo o direito comercial. Assim como a *lex mercatoria* medieval, formada a partir dos hábitos e costumes do comércio marítimo, das práticas comerciais cotidianas das cidades e assim por diante<sup>3</sup>, o direito comercial moderno apropria-se de uma série de práticas existentes entre os homens de negócio<sup>4</sup>. Desse modo, as leis comerciais codificadas são, até hoje, intimamente ligadas às convenções comerciais, a maior parte das quais não escritas. Há uma etiqueta comercial

---

<sup>1</sup> Traduzido do inglês por Julia Nemirovsky.

<sup>2</sup> Formado em Direito e Ciências Políticas pela Universidade de Tübingen. Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Livre-docente pela Universidade de Hamburg. Professor de Teoria do Direito, Teoria dos meios de comunicação e Direito público na Goethe Universität Frankfurt am Main.

<sup>3</sup> Ver BERMAN, Harold J. **Law and Revolution. The formation of the western legal tradition**. Cambridge: Harvard, 1983. p. 340.

<sup>4</sup> Ver BAUMBACH, Adolf; HOPT, Klaus J. **Handelsgesetzbuch**. 36. ed. München: Beck, 2014, para. 7, 18.

específica, além de formas de interação ou de usos, tal como o aperto de mão como uma forma de concluir um negócio; há unidades de medida específicas, como as referentes ao comércio de madeira; ou, ainda, a (cada vez mais obsoleta) linguagem de sinais do pregão. Essa dependência que o direito comercial positivo tem das formas convencionais de fazer negócio costuma significar que essas convenções assumem a forma de leis vinculantes caso sua prática e seu uso consistentes estejam aliados a uma visão consensual de sua juridicidade. No código comercial alemão, a dependência que o direito escrito tem das práticas comerciais instituídas vem à tona sobretudo no parágrafo 346. Nele, lê-se: “*Acerca do sentido e efeito das ações ou omissões entre partes de um negócio, deve-se levar em consideração os hábitos e costumes predominantes nas relações comerciais*”.

A primeira coisa que notamos nessa formulação – “*deve-se levar em consideração os hábitos e costumes predominantes nas relações comerciais*” – é que ela se refere explicitamente a um conhecimento prático compartilhado entre as partes do negócio, e não a algo acumulado de forma centralizada ou disponível de forma centralizada. Enquanto a *lex mercatoria* medieval ainda disputava legitimidade *com* as leis e costumes não escritos locais – por exemplo, a prática, comum na Inglaterra, de prender cidadãos estrangeiros por dívidas de concidadãos, abolida pelo Estatuto de Westminster, no século XIII<sup>5</sup> – a codificação de amplos campos do direito comercial no século XIX deu origem a um grupo de normas escritas e não escritas voltadas especificamente para o comércio: a direção de referência é *a partir* de um código *para* um conhecimento local compartilhado, o que indica ainda um “sistema aberto” que se reestrutura constantemente, independentemente de qualquer intenção superior. É verdade que os usos cotidianos também podem, por sua vez, tornar-se leis, como no caso do comércio doméstico de madeira na Alemanha, onde, desde 1950, um conjunto de normas escritas – conhecidas como “Costume de Tegernsee” – está em vigor. Via de regra, entretanto, os costumes aos quais o direito comercial se refere são marcados por uma natureza não codificada, não escrita e, às vezes, inclusive, não formulada verbalmente.

A estrutura do conjunto de leis comerciais escritas e não escritas pode ainda ser exemplificada pela chamada “carta comercial de confirmação”, referente à celebração de contratos. Enquanto a noção do direito contratual normalmente exige duas *declarações* de vontade compatíveis, que juntas manifestam uma vontade vinculante (em alguns tipos de con-

---

<sup>5</sup> Ver BERMAN, *Law and Revolution*, f. 1, p. 342.

trato, isso deve ser apresentado por escrito), no direito comercial uma validade tácita é suficiente para a celebração de um contrato vinculante, uma implicação semelhante à da *iura imaginaria*, que Giambattista Vico já apontou como típica do direito romano<sup>6</sup>. As partes do contrato nem mesmo precisam estar completamente cientes dessa implicação ou dessa ficção: caso as negociações precedentes – seja de fato ou na percepção do autor da carta de confirmação – tenham produzido uma relação contratual, e caso essas negociações sejam preservadas na carta de confirmação, então aquele que recebe a carta deve, em caso de omissão, submeter-se à validade de seu conteúdo. A declaração de vontade é, nesse caso, “derivada” da aceitação tácita da parte. Isso se aplica inclusive a um indivíduo que participe pela primeira vez daquele tipo específico de relação contratual, e que não esteja ciente de suas respectivas convenções.

## 2 O CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO

O exemplo do direito comercial demonstra que a relação entre direito e conhecimento prático tem um papel que não pode ser negligenciado na prática do direito. Mas observações mais precisas sobre essa rede de referências têm sido negligenciadas – provavelmente devido à prensa móvel e aos códigos dos Estados-Nação dos séculos XIX e XX. De todo modo, a noção hoje disseminada é a de que o direito moderno deve ser descrito como um direito “positivo”, autônomo: foi assim, afinal de contas, que o regime jurídico pós-1800 rompeu com antigas ordens normativas tais como a etiqueta, a moral, a convenção e o costume (o *coutume* francês, e o *Brauchtum* alemão), e a partir daí exerceu sua autoridade por meio de um sistema jurídico edificado nos institutos do Estado-Nação: constituições escritas, doutrina jurídica, tribunais e faculdades de direito. Kant já distinguia legalidade de moralidade, e relacionava essa distinção a uma diferença entre o interno e o externo, associando a autoridade do direito com uma força vinculante externamente. No início do século XX, com a teoria pura do direito de Hans Kelsen, essa divisão entre o interno e o externo dá origem à noção de uma ordem jurídica fechada normativamente, sustentada em uma hierarquia interna (o *Stufenbau* da ordem jurídica), cuja validade é teoricamente presumida (como *Grundnorm* – “Norma Básica”) e deve ser assegurada concretamente pelo

---

<sup>6</sup> Ver VICO, Giambattista. **The New Science of Giambattista Vico (1744)**. Trad. da 3. ed. por Thomas Goddard Bergin e Max Harold Fisch. Ithaca: Cornell, 1976. p. 389.

poder do Estado. Mesmo na teoria dos sistemas de Luhmann, esse legado positivista permanece ativo. É verdade que Luhmann insiste que o sistema jurídico fechado normativamente (ou seja, operacionalmente) – que não deve mais ser analisado acima de tudo com base na sua estrutura normativa, e sim com base na “produção de decisões” jurídicas – deva ser “aberto cognitivamente”. Mas com a noção de um sistema jurídico cognitivamente aberto, a relevância do conhecimento prático na ordem jurídica é ainda assim reduzida ao status de “conhecimento factual”. Além disso, de acordo com a premissa básica de Luhmann, esse “conhecimento factual” é absorvido pelo direito em decorrência das regras internas do sistema jurídico, ao mesmo tempo em que a elas se conforma<sup>7</sup>.

Em oposição a essas noções de uma ordem jurídica normativamente fechada e de uma legitimidade assegurada pela autoridade estatal, minhas observações decorrem da percepção teórica de que o sucesso da codificação do direito moderno não pode ser avaliado separadamente da contextualização do direito em um “espaço discursivo e cultural” mais amplo<sup>8</sup>. Parto, entretanto, não de uma crítica ao positivismo jurídico do ponto de vista do direito natural, como foi feito, por exemplo, por Gustav Radbruch, após o fim do regime nazista na Alemanha. Debates como esse permanecem demasiadamente fixados na ideia de um direito “positivo” autônomo. Em vez disso, meu objetivo é apresentar uma perspectiva histórico-cultural (teórico-midiática) do direito moderno, que destaque a forma como a normatividade do direito depende de um conhecimento comum que permeie a matéria do direito, como uma “segunda natureza”. O direito moderno já opera invariavelmente dentro de uma estrutura de orientações culturais que o transcendem, “textos culturais” no sentido de Aleida e Jan Assmann<sup>9</sup>, uma estrutura de “natureza vinculante” ou de “autoridade vinculante” intensificadas (*gesteigerte Verbindlichkeit*); como, por exemplo, regras de comportamento social ou narrativas sobre uma questão de interesse comum, que é parte da autoimagem de um gru-

---

<sup>7</sup> Ver LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Oxford: OUP, 2004 (1993). p. 117. Para uma crítica ver LADEUR, Karl-Heinz. Kommunikation über Risiken im Rechtssystem. Das Beispiel Nanotechnologie. In: BÜSCHER, Christian; JAPP, Klaus P. (Ed.). **Ökologische Aufklärung. 25 Jahre “Ökologische Kommunikation”**. Wiesbaden: Springer, 2010, p. 131 ff., 133 (diferentemente de Luhmann Ladeur, conceitualiza a experiência como um conceito híbrido. Para ele, a experiência é um processo que integra elementos normativos, práticos e cognitivos).

<sup>8</sup> Esse termo é usado por BENDER, John B.; WELLBERY, David E. Die Entschränkung der Rhetorik. In: ASSMANN, Aleida (Ed.). **Texte und Lektüren. Perspektiven in der Literaturwissenschaft**. Frankfurt am Main: Fischer, 1996, p. 79 ff., 84.

<sup>9</sup> Ver ASSMANN, Jan. **Religion and Cultural Memory: Ten Studies (Cultural Memory in the Present)**. Trad. Rodney Livingstone. Stanford: Stanford, 2005. p. 104.

po e, portanto, é parte também do “potencial expressivo” de indivíduos<sup>10</sup>. Outro componente dessa estrutura de orientações culturais é um conhecimento prático comum sem o qual não se pode conceber ações coordenadas juridicamente. Após essa contextualização, desenvolverei o argumento em três etapas. No capítulo sobre “epistemologia social”, introduzirei alguns pensamentos sobre a fundamentação do conhecimento em práticas sociais e formas de vida. Depois, darei uma dimensão histórica a essas considerações, no capítulo intitulado “epistemologia histórica.” Finalmente, irei propor um modelo que divide em três diferentes momentos a estrutura de referência mutável entre o direito e o conhecimento prático na história do direito moderno.

### 3 EPISTEMOLOGIA SOCIAL

Em contraste tanto com a teoria moderna do conhecimento, a partir de Descartes, e com a tradição da filosofia analítica, a “epistemologia social” entende todas as práticas de conhecimento como inseridas em um contexto social<sup>11</sup>. O conhecimento não é gerado internamente, dentro de um sujeito isolado, por meio da percepção sensorial dos objetos do mundo exterior, com base no pensamento lógico puro. Em vez disso, a epistemologia social parte da premissa – que compartilha com a filosofia do senso comum do Iluminismo escocês – de que a geração de conhecimento é ligada a uma atividade social de raciocínio e depende invariavelmente do conhecimento dos outros<sup>12</sup>. Se combinarmos esse modelo de produção colaborativa de conhecimento com o processo de transferência de conhecimento entre indivíduos e, ainda, com o problema de credibili-

<sup>10</sup> Ver DESCOMBES, Vincent. **Die Rätsel der Identität (Les embarras de l'identité)**. Berlin: Suhrkamp, 2013. p. 231, que – assim como Cornelius Castoriadis – fala do poder concebido institucionalmente em contraste com o poder constituinte e daqueles que subordinam o último ao primeiro.

<sup>11</sup> Para mais informações ver WILHOLT, Thorsten. **Soziale Erkenntnistheorie. Information Philosophie**, 5, 2007, p. 46 ff.; ver também KRÄMER, Sybille. **Media, Messenger, Transmission. An Approach to Media Philosophy**. Amsterdam: Amsterdam, to appear in June, 2015, p. 223 ff.; e as contribuições de LOENHOFF, Jens (Ed.). **Implizites Wissen**. Epistemologische und handlungstheoretische Perspektiven. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2012.

<sup>12</sup> Ver REID, Thomas. **Essays of the Intellectual Powers of Man**. Dublin: Dublin, 1786, Essay I, v. I, Chap. VIII (Of social operations of mind); para mais detalhes sobre a relação entre os julgamentos morais e as relações sociais na obra de Adam Smith (Reids' predecessor) ver também RAPHAEL, David D. **The Impartial Spectator**. Adam Smith's Moral Philosophy. Oxford: OUP, 2007.

dade, podemos então dizer, citando Sybille Krämer, que qualquer produção de conhecimento pressupõe “*a circulação de atos de testemunho no âmbito social*”. Tal conhecimento “atestado” produz, por sua vez, o “solo e o reservatório” de todas as práticas de conhecimento; isso certifica que toda epistemologia é “*uma epistemologia inteiramente social*”<sup>13</sup>.

Para a epistemologia social, o conhecimento encontra-se distribuído em redes sociais de referência e não centralizado dentro de um sujeito atribuidor de sentido. Portanto, o conhecimento não pode simplesmente ser apropriado (por um único sujeito), e muito menos “constituído”, por ser altamente dependente de habilidades práticas e aptidões pessoais. Todo conhecimento – desde a preparação de alimento à construção de casas, regras de conduta na família, formulação de normas para a interpretação de textos jurídicos, ou as atividades de pesquisa científica no laboratório – inclui um componente que não pode ser inteiramente articulado ou que deve ficar subentendido desde o início. Esse componente do conhecimento que não pode ser percebido imediatamente e que talvez não possa ser percebido nunca é, hoje em dia, mais frequentemente designado pelo conceito de “conhecimento tácito” ou “implícito”, um conceito que remonta a Michael Polanyi, que atuou primeiro na Alemanha como médico e químico e, posteriormente, na Inglaterra, como teórico da ciência<sup>14</sup>. A ideia de Polanyi sobre o conhecimento tácito vem junto de um estilo de pensamento que adota uma postura fundamentalmente crítica em relação à subjetividade, de acordo com a qual a produção de conhecimento ocorre invariavelmente dentro de um “*aparato cultural da linguagem e da escrita*” e que “*nos livra do absurdo da autodeterminação irrestrita*”<sup>15</sup>.

Para Polanyi, o conhecimento implícito é um tipo de intuição adquirida, manifestada tipicamente em um mestre artesão<sup>16</sup>. As habilidades de, digamos, um carpinteiro, a aptidão única que tem, a forma e o acabamento de seus produtos – tudo isso depende tanto de um conheci-

<sup>13</sup> Ver KRÄMER, **Media, Messenger, Transmission**, f. 9, p. 254, 257; ver também AUGSBERG, Ino. **Informationsverwaltungsrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 80 ff.

<sup>14</sup> Ver POLANYI, Michael. **Knowing and Being. Essays by Michael Polanyi**. Chicago: Chicago 1969, p. 142 ff., 161 ff.; SCHÜTZEICHEL, Rainer. ‘Implizites Wissen’ in der Soziologie. Zur Kritik des epistemischen Individualismus. In: **Implizites Wissen**, f. 9, p. 108 ff., 112 ff; and RHEINBERGER, Hans-Jörg. **Iterationen**. Berlin: Merve, 2005, p. 62 ff.

<sup>15</sup> POLANYI, Michael. **The Tacit Dimension**. Gloucester (Mass.): Peter Smith, 1983. p. 91.

<sup>16</sup> SCHÜTZEICHEL, ‘Implizites Wissen’ in der Soziologie. In: **Implizites Wissen**, f. 12, p. 115; ver também KOGGE, Werner. Empeiria. Vom Verlust der Erfahrungshaltigkeit des ‘Wissens’ und vom Versuch, sie als ‘implizites Wissen’ wiederzugewinnen. In: **Implizites Wissen**, f. 9, p. 31 ff.; RHEINBERGER, **Iterationen**, f. 12, p. 61-62.

mento implícito quanto de sua habilidade em transmitir seu ofício para colegas e aprendizes. O conhecimento implícito, desse ponto de vista, está sempre vinculado a práticas cotidianas; ele não pode ser explicitado – pelo menos não sem alguma perda – e apenas pode ser ensinado e transmitido de pessoa para pessoa<sup>17</sup>. Considerações similares já se basearam na filosofia científica de Ludwig Fleck, no período entreguerras. Especialmente pertinente, no nosso contexto, é a distinção que Fleck traça entre “experiência” (*Erfahrung*) e “competência” (*Erfahrenheit*). “Experiência” refere-se a uma dimensão cognitiva, à habilidade de avaliar e de julgar corretamente uma situação cotidiana, um trabalho ou um objeto. Por outro lado, a “competência” permite que uma pessoa “incorpore, em certa medida, avaliações e julgamentos, durante o processo de obtenção de conhecimento, ou seja, aprenda a pensar com mãos e ferramentas”<sup>18</sup>. Converter aptidão e habilidade prática em um tipo de capacidade natural é, entretanto, um processo que resiste a todas as formas de controle racionalmente formuláveis. “A competência **precisa** ser aprendida – isso lhe é inerente – e entretanto, ao mesmo tempo, ela excede aquilo que **pode** ser aprendido, em um sentido explícito”<sup>19</sup>.

Tanto o “conhecimento tácito” de Polanyi quanto a “competência” de Fleck privilegiam o conhecimento prático em detrimento do científico. Assim como teóricos da ciência que os sucederam, tais como Ian Hacking e Bruno Latour, Polanyi e Fleck tentaram provar que nosso conhecimento sustenta-se em forma concretas de vida e de atividade, que realizam o trabalho de abrir o mundo para nosso conhecimento em um sentido fundamental. Apenas com essa abertura, dizem os teóricos, que é estabelecida a confiança no mundo – essencial para atuação social – e apenas assim encontros entre o indivíduo e as coisas cotidianas tornam-se possíveis<sup>20</sup>. De modo mais geral, o que eles propõem de inovador é que

---

<sup>17</sup> Ver LADEUR, Karl-Heinz. Strategien des Nichtwissens im Bereich staatlicher Aufgabenwahrnehmung – insbesondere am Beispiel von Bildung und Sozialarbeit. In: TWELLMANN, Marcus (Ed.). **Nichtwissen als Ressource**. Baden-Baden: Nomos, 2014; cita COLLINS, Harry. **Tacit and Explicit Knowledge**. Chicago: Chicago, 2010: “*Não sabemos como funciona, nem tampouco os mecanismos através dos quais os indivíduos recorrem a ele*”).

<sup>18</sup> RHEINBERGER, **Iterationen**, f. 12, p. 62.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>20</sup> SCHÜTZEICHEL, ‘Implizites Wissen’ in der Soziologie. In: **Implizites Wissen**, f. 12, p. 114; ver também VATTIMO, Gianni. **Beyond Interpretation: The Meaning of Hermeneutics for Philosophy**. Trad. David Webb. Stanford: Stanford, 1997. p. 108 (que fala sobre a ideia heideggeriana de um “destino do Ser” “*articulado como a concatenação de aberturas dos sistemas de metáforas que tornam possível e qualificam as nossas experiências do mundo*”).

“um saber **como** é sempre mais importante do que saber **algo**. Ações pragmáticas gozam de prioridade epistemológica sobre a esfera de reflexão teórica”<sup>21</sup>. Hans-Jörg Rheinberger expressa a mesma reflexão da seguinte maneira:

*Na visão de Polanyi, o conhecimento tácito e o explícito coexistem não apenas como duas formas de conhecimento em um mesmo plano. Ele parte da primazia do conhecimento tácito e alega que todo conhecimento – desde a ação cotidiana de andar de bicicleta até descobertas científicas – ou tem um componente tácito ou é, ao menos, enraizado no conhecimento tácito. Para Polanyi, o conhecimento totalmente articulado é uma das grandes – ainda que condenadas – ilusões da filosofia analítica*<sup>22</sup>.

O privilégio dado pela epistemologia social ao conhecimento prático sustenta-se ainda no fato de o conhecimento explícito ser ligado a uma forma particular de percepção, conhecida como “atenção focal”, que por sua vez depende de uma outra, conhecida como “atenção subsidiária”. Quando alguém martela um prego em uma parede, sua atenção focal está no prego; sua atenção subsidiária, por outro lado, está no martelo. Sem a ação do martelo, não haveria experiência focal e não haveria objetos confiáveis<sup>23</sup>. Em outras palavras: nós entendemos as coisas “graças à nossa familiaridade com toda uma rede interligada de ‘referências’ (Verweisungen) e ‘possibilidades interrelacionadas’”<sup>24</sup>. O martelo e o prego não são, portanto, meros objetos, aglomerados de matéria nos quais o sujeito atuante, por assim dizer, projeta retroativamente uma funcionalidade. As coisas são, em vez disso, originalmente caracterizadas por nossa “capacidade de utilizá-las”<sup>25</sup>. A mesma metáfora ilustra como o conhecimento explícito apenas torna-se compreensível com o pano de fundo das habilidades práticas implícitas e de “totalidades situacionais” invariavelmente já dotadas de significado.

<sup>21</sup> LOENHOFF, Jens. Einführung. In: **Implizites Wissen**, f. 9, p. 16; SCHÜTZEICHEL, “Implizites Wissen” in der Soziologie. In: **Implizites Wissen**, f. 12, p. 108 ff., 113 ff.

<sup>22</sup> RHEINBERGER, **Iterationen**, f. 12, p. 63; ver também ONG, Walter J. **Interfaces of the Word. Studies in the Evolution of Consciousness and Culture**. Ithaca and London: Cornell, 1977. p. 45 (“a explicitude total é impossível”).

<sup>23</sup> RHEINBERGER, **Iterationen**, f. 12, p. 63; ver também POLANYI, **Knowing and Being**, f. 12, p. 138 ff.; ver também SCHÜTZEICHEL, “Implizites Wissen” in der Soziologie. In: **Implizites Wissen**, f. 12, p. 116.

<sup>24</sup> PIPPIN, Robert B. **After the Beautiful: Hegel and the Philosophy of Pictorial Modernism**. Chicago: Chicago, 2014. p. 104.

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 104.

Todo conhecimento explícito está arraigado em uma rede de conhecimento implícito; ele presume, retomando a terminologia de Sybille Krämer, um conhecimento “atestado” ou “testemunhado” cuja estrutura é, em maior parte, oral ou pré-linguística e apenas pode ser apreendida e transmitida por meio da escuta atenta, da observação, da imitação, da experimentação, da prática etc.

## 4 EPISTEMOLOGIA HISTÓRICA

A epistemologia social acentua a elaboração social do conhecimento. A cognição é concebida na forma de um processo social, que sempre pressupõe *a priori* um tipo de conhecimento que “o acompanha” e que “*nunca pode ser completamente apresentado e explicitado na comunicação*”<sup>26</sup>. Isso é verdadeiro em relação ao conhecimento como um todo: não apenas em relação ao conhecimento cotidiano, prático. O conhecimento científico contido nos textos, nos livros impressos e nas redes de computador tem que ser entendido como algo arraigado em estruturas socioculturais. Até mesmo o conhecimento científico incorpora elementos do contexto social e das normas culturais; ele nunca resulta de um instrumental metodológico e conceitual puro proveniente do desempenho consciente de um sujeito racional, como ainda é amplamente entendido na teoria jurídica<sup>27</sup>. Além do mais, métodos e conceitos (jurídicos) devem ser entendidos mais como experiências do que como formas de pensamento capazes de constituir algo objetivo – como experiências que outros tiveram e que, com o auxílio da escrita, pode-se estabelecer uma tradição estável que não precisa ser constantemente aprendida repetidas vezes a partir de novas experiências<sup>28</sup>.

O ponto decisivo para a epistemologia social é portanto “*a alegação de que a epistemologia não elege como objeto a **connaissance** de um sujeito, e sim um processo de **savoir** ligado à estrutura de uma prática*”<sup>29</sup>. O sujeito “*não surge como o dono*” dessa prática, mas apenas como um “*usuário temporário*”<sup>30</sup>. Em vez da relação cognitiva do sujeito com o

---

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. **Die Wissenschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990. p. 122.

<sup>27</sup> Ver JESTAEDT, Matthias. **Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. XI ff., XXXV.

<sup>28</sup> Ver RHEINBERGER, Hans-Jörg. **On Historicizing Epistemology**. Stanford: Stanford, 2010. p. 9, 41-42.

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 72.

<sup>30</sup> *Ibid.*

mundo, encontramos uma visão do conhecimento “*como um processo sempre implementado técnica e culturalmente*”<sup>31</sup>. A epistemologia social deve portanto ser pensada, mais precisamente, tanto como algo social quanto como algo histórico. Além do argumento da construção sociocultural de todo conhecimento, deve haver uma reflexão “*sobre as condições históricas nas quais, e os meios pelos quais, as coisas são transformadas em objetos de conhecimento. Ela se concentra, portanto, no processo de geração de conhecimento científico, e nas formas pelas quais ele é originado e mantido*”<sup>32</sup>. Resumidamente, poderíamos dizer que o conhecimento depende de “*estilos de pensamento*” e de “*hábitos de percepção*” que não são condicionados por leis atemporais e sim por um processo de mudanças históricas e “*irrupções internas inerentes*” (Gaston Bachelard). E uma vez que é esperado que tais mudanças e irrupções também ocorram no futuro, todo conhecimento é mantido “*em um estado permanentemente inacabado*”<sup>33</sup>.

## 5 O DIREITO E SEU CONTEXTO REFERENCIAL DE PRÁTICAS INSTITUÍDAS

O direito moderno e o conhecimento prático que o acompanha dependem de práticas instituídas que não são inteiramente susceptíveis à influência e ao conhecimento conscientes. Toda operação jurídica formal alude novamente a um universo de obrigações e convenções que não são nem inerentes, nem assimiláveis por um direito “positivo” concebido de forma autônoma. As leis (*Gesetz*) e o sistema jurídico (*Recht*) estão sempre arraigados em uma “*rede de ‘referências’ completamente interconectada (Verweisungen) e em possibilidades inter-relacionadas*”, que por sua vez remetem a um “*mundo prático de significação*” e sua “*familiaridade pré-proposicional*”<sup>34</sup>. Assim como o direito comercial sempre pre-

<sup>31</sup> RHEINBERGER, Hans-Jörg. **An Epistemology of the Concrete**. Durham and London: Duke, 2010. p. 19.

<sup>32</sup> RHEINBERGER, **On Historicizing Epistemology**, f. 26, p. 3.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>34</sup> PIPPIN, **After the Beautiful**, f. 22, p. 104; ver também PIPPIN, Robert. **The Persistence of Subjectivity. On the Kantian Aftermath**. Cambridge: CUP, 2005. p. 145 (“...*não há obrigações naturais, originais; elas são sempre... resultados, compromissos... Essa é a essência da alegação de que não há uma experiência humana do humano que seja natural ou pré-reflexiva; há em vez disso apenas a experiência humana implicitamente reflexiva, “negativa” a priori, ainda não completa e explicitamente reflexiva, se isso for considerado humano*”).

sume que as convenções do comércio estejam de fato em vigor, o juiz deve, *a priori*, falar um idioma e habitar um mundo semântico para que possa interpretar um texto jurídico, ou proferir e fundamentar uma decisão. E uma vez que as práticas instituídas não apenas geram conhecimento, mas também “*compromissos, testemunhos, e confiança; sem os quais o conhecimento é incapaz de conectar-se com qualquer coisa*”<sup>35</sup>, a autoridade da lei, a força vinculante da lei – o que o positivismo jurídico chama de “legitimidade” – não pode ser gerado apenas por operações jurídicas formais engendradas pelos sistemas que intervêm na sociedade, pela atividade legislativa, por decisões da administração ou pela doutrina.

O direito moderno está intrinsecamente ligado à semântica linguística e ao uso linguístico naturalizado – e somente esse uso nos remete, por sua vez, à experiência prática anterior de natureza compartilhada. A filosofia pragmática da linguagem de Wittgenstein acertadamente enfatiza que nenhum processo linguístico de entendimento pode ser concebido na ausência de um conhecimento comum a ele subjacente. “*Deve haver consenso não apenas acerca de definições mas também (por mais estranho que isso possa parecer) acerca dos julgamentos*” para a compreensão da linguagem<sup>36</sup>. Essa formulação traz consigo muitas considerações. Ela significa nada mais, nada menos, que os participantes de uma comunidade linguística devem agir de forma completamente sincronizada em relação ao uso da linguagem, devem estar “*mutualmente sintonizados de cima a baixo*”<sup>37</sup>. Toda capacidade de julgamento na linguagem depende de uma sintonia recíproca, fundamental entre um grupo de pessoas; alicerçada nos costumes, nos hábitos, e nas instituições que constituem uma forma de vida. Esse sustentáculo de pressuposições pode também ser atribuído, como faz Hans Blumenberg, a uma “racionalidade” ancorada nas “formas de vida”, uma racionalidade que, de acordo com Blumenberg, distingue-se justamente por sua “falta de justificação” (*Begründungslosigkeit*)<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> LADEUR, Karl-Heinz. The evolution of the law and the possibility of a “global law” extending beyond the sphere of the state simultaneously, a critique of the “self-constitutionalisation” thesis. *Ancilla Iuris*, 2012, p. 220 ff., 250.

<sup>36</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Ed. por G.E.M. Anscombe. Oxford: OUP, 1953 (1945), § 242.

<sup>37</sup> CAVELL, Stanley. *The Claim of Reason: Wittgenstein, Skepticism, Morality, and Tragedy*. New York: OUP, 1999. p. 32 (destaque no original).

<sup>38</sup> Ver BLUMENBERG, Hans. *Theorie der Lebenswelt*. Ed. por M. Sommer. Berlin: Suhrkamp, 2010. p. 90. A análise de Wittgenstein sobre a autoridade de seguir regras indica também a imagem de uma subjacência consolidada. Aqui, da mesma forma, o foco é na habilidade prática, um comportamento governado por normas, das quais não estão cientes as pessoas que as seguem. “*Quando sigo uma norma, eu não escolho. Eu obedeco à norma cegamente*”. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, f. 34, § 219.

Isso significa que todo o conhecimento explícito das normas jurídicas – a atividade legislativa, a jurisprudência e a doutrina – é ligado a critérios que devem ser considerados válidos de modo generalizado, e que se deixam teorizar apenas *a posteriori*. Isso é exemplificado na hermenêutica jurídica. O conhecimento hermenêutico-jurídico explícito pode ser canonizado na forma de normas para interpretação e argumentação, com o propósito de estabelecer uma orientação profissional comum para a explicação dos textos jurídicos. Mas a essência da hermenêutica jurídica não é de modo algum comprometida com uma metodologia *jurídica*, a metodologia transmitida por meio da educação profissional dos juristas. A interpretação juridicamente disciplinada deve, na verdade, participar necessariamente da reprodução de uma rede intertextual de referência e, desse modo, participar da sustentação de um mundo pragmático do direito. Mundo esse que, por sua vez, não pode ser separado do contexto e das normas culturais que o circundam, incluindo suas múltiplas e respectivas histórias: da linguagem, da moral, dos costumes, dos hábitos, das convenções etc. Quando o parágrafo 185 do código penal alemão criminaliza a injúria e a difamação, o texto impresso faz referência a um código de honra não escrito, cuja validade e eficácia na vida social cotidiana devem ser presumidas. Em outras palavras, a invocação jurídica da calúnia e a busca de critérios sob a luz dos quais o juiz possa dizer que esta ou aquela declaração é caluniosa aos olhos da lei pressupõe um conhecimento comum, uma “convergência de julgamentos” acerca da injúria e da difamação.

Podemos, portanto, assim como Karl-Heinz Ladeur, partir da premissa de que o conhecimento prático “*sempre se sustenta em uma situação historicamente variável de correspondência contextual e de referência à conceitos jurídicos, sem os quais não teria utilidade*”<sup>39</sup>. O direito “positivo” moderno, do mesmo modo, remete ao conhecimento, às morais, aos costumes, aos hábitos, às convenções etc; e toda a essa estrutura de referência entre o direito e as práticas instituídas pode ser concebida apenas como algo dependente do contexto e do tempo, assim como a epistemologia histórica e social. Devemos, portanto, presumir também que toda a estrutura do direito e do conhecimento prático passam por processos históricos de transformações, mudanças de significado, e alterações no “estilo de pensamento.” Se nos limitarmos ao direito moderno e à sua conexão com a prática instituída (deixando de lado a relação entre o direito e o conhecimento comum na Idade Média e na Antiguidade)<sup>40</sup>,

<sup>39</sup> LADEUR, Karl-Heinz. Strategien des Nichtwissens. In: **Nichtwissen als Ressource**, f. 15, p. 103, ff., 108 (Fn. 20).

<sup>40</sup> Sobre essa dependência, no caso da democracia ateniense, ver: OBER, Josiah. **Democracy and Knowledge**. Innovation and learning in classical Athens. Princeton:

podemos distinguir três “estilos de pensamento” ou “hábitos de percepção”: um burguês-liberal, um grupo-pluralista, e uma cultura em rede. Essas distinções não buscam traçar uma progressão histórica, mas servem para esboçar uma imagem multifacetada das estruturas diversas, interconectadas e conflitantes do direito e do conhecimento, nas quais a história não é somente aquilo que passou, mas mantém-se presente na cultura jurídica da modernidade<sup>41</sup>.

## 6 O CONHECIMENTO COMUM ACESSADO PELA EXPERIÊNCIA

No centro da cultura burguesa-liberal situa-se uma noção de estado de direito, remetendo ela própria a um conhecimento (implícito), amplamente reconhecido, amplamente compartilhado. A noção de estado de direito, na Alemanha, deve sua força sobretudo à ganância desmedida da monarquia. Foi contra isso que os juristas se rebelaram, com uma estratégia de reduzir as prerrogativas do rei em prol da objetividade impessoal dos textos jurídicos<sup>42</sup>. Savigny já havia relacionado o direito “positivo” e o *Volksgeist* – ou “espírito do povo” – com sua instância de autoridade, ou seja, uma força vinculante invisível e não-corpórea; e retratou os próprios juristas burgueses, com seu direito abstrato, como representantes e porta-vozes desse espírito. No final do século XIX, os juristas se concentraram cada vez mais no direito positivo e, em última análise, nos manuais de direito ou nos códigos como ideais de textos jurídicos<sup>43</sup>. A disseminação dos manuais de direito (*Gesetzbuch*) é indissociável do

---

Princeton, 2008; EZRAHI, Yaron. **Imagined Democracies. Necessary Political Fictions**. Cambridge: CUP, 2012.

<sup>41</sup> A favor desse modelo sobre as culturas dos indivíduos, RECKWITZ, Andreas. **Das hybride Subjekt**. Eine Theorie der Subjektkulturen von der bürgerlichen Moderne zur Postmoderne. Weilerswist: Velbrück, 2010; para teoria jurídica ver. LADEUR, Karl-Heinz. Die Netzwerke des Rechts und die Evolution der “Gesellschaft der Netzwerke”. In: BOMMES, Michael; TACKE, Veronika (Ed.). **Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft**. Wiesbaden: VS, 2010. p. 143 ff.

<sup>42</sup> Ver, de modo geral, KOSCHORKE, Albrecht. Vom Geist der Gesetze. In: GAMPER, Michael (Ed.). **Kollektive Gespenster: die Masse, der Zeitgeist und andere unfaßbare Körper**. Freiburg: Rombach, 2006. p. 29 ff.; ASSMANN, Aleida. **Einführung in die Kulturwissenschaft. Grundbegriffe, Themen und Fragestellungen**. 3. ed. Berlin: Erich Schmidt, 2011. p. 116-117.

<sup>43</sup> AUGSBERG, Ino. Diesseits und jenseits der Hermeneutik – Was heißt Textuales Rechtsdenken?. In: VESTING, Thomas; LÜDEMANN, Susanne (Ed.). **Was Heißt Deutung?**. München: Wilhelm Fink, no prelo, previsto para 2017.

aumento da atividade legisladora por parte do Estado-Nação em ascendência. O direito está agora comprometido apenas com a utilidade comum e não é mais legitimado pela tradição e pela sanção divina. Nesse sentido, até mesmo o estado monárquico pôde fazer avançar o direito, libertando-o das jurisdições locais e reorganizando-o, em um nível comum mais amplo, como um meio de coordenação de ações entre diferentes grupos comunitários. Parafraseando Monika Dommann: não apenas na área da música, mas também o direito do século XIX combinou qualidades progressistas com o abandono da tradição e privilegiou o conhecimento escrito em detrimento daquele transmitido oralmente<sup>44</sup>.

Quando atentamos para esse contexto histórico, logo torna-se claro o motivo pelo qual não devemos fazer uma leitura deliberadamente equivocada da cultura jurídica liberal das constituições escritas e dos manuais de direito. É verdade que, em geral, a lei é imaginada como a expressão de uma vontade soberana de súditos respeitáveis. A vontade do soberano pode, entretanto, articular-se apenas por meio de textos jurídicos escritos e, desse modo, torna-se objetivo: o direito passa a ser genérico, ou seja, não instrumental, não formulado ou pautado por metas específicas<sup>45</sup>; e por meio da sua articulação em linguagem escrita, ele permanece em contato com a reserva acumulada de experiência real e com a semântica padrão do discurso cotidiano. Além disso, nessa rede intertextual, não apenas supõe-se que o legislador seja um súdito respeitável, mas também um destinatário da lei: no código civil, por exemplo, a pessoa é tida como parte contratual essencialmente honesta e previsível, como alguém em quem se pode confiar ainda que não participe dos mesmos círculos pessoais de relações de família e conhecidos. Cada vez mais proeminentes, os direitos autorais beneficiam o autor com direitos individuais por sua força de invenção criativa; e desse modo pressupõem a integridade do autor como pessoa aos olhos da lei. Isso também se aplica aos agentes do Estado como, por exemplo, o juiz. O juiz é aquele que, no processo de aplicação da lei, considera a vontade da lei *como se fosse uma vontade “concedida por um poder maior do que ele mesmo”*<sup>46</sup>.

Na cultura jurídica burguesa-liberal, a estrutura de referência obtida a partir do direito como uma norma jurídica explícita e das redes

<sup>44</sup> DOMMANN, Monika. **Autoren und Apparate. Die Geschichte des Copyrights im Medienwandel**. Frankfurt am Main: Fischer, 2014. p. 41.

<sup>45</sup> Trata-se, portanto, de “relacionamentos pautados em normas” (Michael Oakeshott). Também NARDIN, Terry. **The Philosophy of Michael Oakeshott**. Pennsylvania State: University Park, 2001. p. 202-203.

<sup>46</sup> LABAND, Paul. **Das Staatsrecht des deutschen Reiches**. Reimpressão da 5. ed. 1911. Aalen: Scientia, 1964. v. 2, p. 178 f. (grifo nosso, T.V.).

de conhecimento prático que se sustentam em um arcabouço artificial de convenções é determinada pelo caráter comum da experiência compartilhada socialmente. É, portanto, tido como certo (e isso poderia ser presumido também ao longo de toda a história) que todos têm – ou pelo menos poderiam ter – acesso ao conhecimento prático e à sua familiaridade pré-proposicional. Isso se aplica, por exemplo, aos padrões de diligência ou aos conceitos jurídicos que definem o limite entre dano e lesão – um conceito um tanto central para o direito burguês-liberal. Portanto, o conceito de culpabilidade – do qual decorre a responsabilidade no direito comercial – está ligado a uma condição normal das coisas, a uma concepção de uso normal com base na qual o valor e a utilidade das mercadorias são determinados. A carruagem que chega com marcas de ferrugem e rachaduras no verniz infringe alguns pressupostos do comércio de carruagens e pode, portanto, ser devolvida. O mesmo não se aplica, entretanto, a carruagens de segunda mão.

Portanto, a experiência e o conhecimento acumulados por cidadãos em suas relações horizontais uns com os outros, que ultrapassam as fronteiras das relações tradicionais, ganham relevância em detrimento do conhecimento vertical proveniente do rei e de seus conselheiros<sup>47</sup>. O mesmo se aplica ao direito público em relação, por exemplo, à polícia. Quando a ação da polícia é restrita à manutenção da ordem e da segurança públicas, isso exclui ações de bem-estar social que ultrapassem essas fronteiras. O poder de polícia, portanto, recai sobre práticas e convenções sociais que não requerem autorizações reais ou mesmo que sejam imunes a elas. Em algumas áreas específicas do direito burguês, tal como o direito comercial, o sujeito do conhecimento comum é, em última análise, intercambiável: aqui, ele é o universo dos executivos aos quais se atribui uma experiência própria no mundo dos negócios. De todo modo, é sempre um conhecimento distribuído, disponível a todos, são sempre experiências que podem ser vivenciadas por todos que formam essa base. Pode-se dizer, por outro lado, que a cultura jurídica burguesa-liberal repousa sobre uma conexão íntima entre as normas jurídicas explícitas e o conhecimento implícito, e ajuda a assegurar, por meio dessa conexão, um conhecimento unificado de ambos núcleos de significação.

---

<sup>47</sup> Ver, em geral, (utilizando o exemplo histórico dos Estados Unidos) EGAN, Jim. **Authorizing Experience. Refigurations of the Body Politic in the Seventeenth-Century New England Writing**. Princeton: Princeton, 1999.

## 7 O CONHECIMENTO DOS GRUPOS

Talvez não seja por acaso que, no final do século XIX, uma epistemologia histórica e social que fosse além da tradição filosófica clássica já começava a se delinear. Hans-Jörg Rheinberger foi quem mais contribuiu para demonstrar, em várias publicações, como essa epistemologia relativiza a noção de uma ciência unificada e universal, centrada na física. O ideal (único) de uma teoria do conhecimento guiada por leis matemáticas gerais provenientes das ciências naturais torna-se plural, e é substituído pela ideia de uma multiplicidade de práticas de produção de conhecimento, “estilo de pensamento”, e hábitos de percepção distintos no tempo e no espaço. Ludwig Fleck dá voz a essa transição da teoria do conhecimento à epistemologia ao, entre outras coisas, embasar desde o princípio a epistemologia em uma estrutura sociocultural que transcende a relação elementar sujeito-objeto. “*Seja em qual local ou em qual momento começemos, estaremos sempre já no meio das coisas*”<sup>48</sup>. E, para Fleck, o fato de estarmos “no meio das coisas” significa, antes de tudo, que nenhum cientista pode mais ser entendido como um sujeito autoral soberano, e sim apenas como entremeado desde o princípio em diversas *coletividades de pensamento*. Tudo isso dá a entender que nunca podemos nos livrar do fato do sujeito depender da experiência, das convenções, e das condições práticas de trabalho de uma comunidade de cientistas específica; como, por exemplo, as de um determinado laboratório químico.

Assim como com a ciência, a cultura jurídica burguesa-liberal do final do século XIX foi também expandida e transformada por um “estilo de pensamento” orientado para a coletividade. Os diversos “interesses” provenientes da sociedade e o entendimento de que haveria uma “finalidade do Direito” (*Der Zweck im Recht*, citando o título do livro de Rudolf von Jhering) começaram avançar em detrimento da concepção anteriormente predominante acerca do direito, de maneira geral, e do conhecimento prático comum. A cultura jurídica gradualmente abriu-se para as novas condições institucionais e para as experiências práticas delas provenientes. Na década de 1930, devido às demandas que uma nova mídia – o rádio – gerou em relação à capacidade de atingir seus ouvintes, Walter Benjamin falou sobre o “agrupamento” (*Gruppierung*) como uma característica decisiva da nova situação epistemológica<sup>49</sup>. Com

<sup>48</sup> RHEINBERGER, *Epistemology*, f. 29, p. 28.

<sup>49</sup> BENJAMIN, Walter. *Theater und Rundfunk. Zur gegenseitigen Kontrolle ihrer Erziehungsarbeit* (1932). In: *id.*, **Medienästhetische Schriften**. Frankfurt am Main:

essa formulação, pode-se dizer que a nova epistemologia é definida pela experiência do agrupamento: o conhecimento (implícito) prático é agora filtrado por uma infinidade de padrões de grupo, estruturados ainda mais do que antes “*de acordo com a camada social, com as áreas de interesse, e com o ambiente*”<sup>50</sup>. Em oposição ao sujeito soberano respeitável da cultura burguesa-liberal, que se liberta das amarras da tradição e exerce sua autonomia recentemente adquirida, o sujeito dos agrupamentos vive “*sobretudo em suas relações*”<sup>51</sup>. O empregado, com sua orientação social extrovertida, é um sujeito paradigmático dos agrupamentos<sup>52</sup>.

A epistemologia dos agrupamentos é ligada a um mundo social composto de coletividades. Aqui, a unidade e o caráter comum do direito e do conhecimento prático têm seu sentido extremamente relativizados, e são confrontados com a crescente relevância de uma pluralidade de estruturas de grupo, que passam a determinar também o conhecimento prático. Da mesma maneira, o significado do termo direito “positivo” passa a depender de forças, grupos, organizações, e ambientes comunitários que operam em uma esfera social – assim como sempre ocorreu com direito comercial. Essa mudança que ocorreu no direito, de maneira geral, assim como no mundo científico, é motivada, em primeiro lugar, pela relevância crescente de indústrias de produção em massa e de uma crescente burocracia estatal. Esses dois fatores levaram a uma demanda cada vez maior pelo conhecimento qualificado, exigindo frequentemente a colaboração de especialistas: pode-se pensar, por exemplo, no aumento dos padrões autoimpostos pelas indústrias técnicas e nas expectativas de grupo lá existentes<sup>53</sup>. Coletividades de conhecimento que englobem, digamos, engenheiros elétricos, influenciam cada vez mais as normas e as convenções, o sentido dos textos jurídicos e, desse modo, influenciam a compreensão que a cultura jurídica tem de si mesma. O conhecimento das normas técnicas, nesse caso, toma novos contornos. Além do conhecimento partilhado que, em princípio, está disponível para todos, emerge um conhecimento subordinado a grupos específicos – frequentemente em

---

Suhrkamp, 2002. p. 396 ff., 398; Ver WEBER, Samuel. **Theatricality as Medium**. New York: Fordham University Press, 2004. p. 110 ff.

<sup>50</sup> BENJAMIN, Theater und Rundfunk. In: *id.*, **Medienästhetische Schriften**, f. 47, p. 398.

<sup>51</sup> LETHEN, Helmut. **Cool conduct**: the culture of distance in Weimar Germany. Trad. Don Reneau. California: Berkeley, 2002. p. 189

<sup>52</sup> RECKWITZ, **Das hybride Subjekt**, f. 39, p. 409.

<sup>53</sup> Ver LADEUR, Die Netzwerke des Rechts. In: **Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft**, f. 39, p. 143 ff., 147 ff; ver também *id.*, Kommunikation über Risiken im Rechtssystem. In: **Ökologische Aufklärung**, f. 5, p. 131 ff.

cartéis – que também pode ser empregado estrategicamente a serviço de interesses particulares<sup>54</sup>.

O que o crescimento da epistemologia de grupo significa para a cultura jurídica pode ser extraído das mudanças na hermenêutica jurídica: em vez de uma submissão “passiva” dos indivíduos às leis, encontramos agora a noção de “Operação do Direito” (*Rechtsarbeit*) realizada pelo intérprete<sup>55</sup>, que é amarrado a circunstâncias da sociedade industrial – o conceito da concretização do direito por meio da produção de “concordância prática”. A interpretação jurídica agora alude necessariamente a uma autointerpretação, a uma pluralidade de interesses reais, autoentendimentos, e visões de mundo em diversas esferas de significação – a indústria, a imprensa, o artista, as partes de um acordo, a escola, a ciência etc. Essas esferas de significação estruturam previamente o espaço das possíveis interpretações relevantes e, desse modo, trazem o novo problema do possível conflito entre diversos autoentendimentos. Isso leva a um estado das coisas no qual a compreensão da lei não mais depende das implicações de um ambiente inerentemente comum: a interpretação das leis passa a inspirar-se em uma “sociedade de intérpretes aberta”, permitindo uma maior flexibilidade no processo de interpretação e substituindo a concepção de uma unidade do direito – e da premissa de um conhecimento prático estável e acessível – pela ideia de um consenso ou de uma conciliação entre diferentes configurações de interesses e valores.

A novidade da epistemologia de grupo – novamente, dessa vez com uma formulação um pouco diferente – é que o direito não pode mais se referir a valores compartilhados ou a um conhecimento prático comuns. Torna-se, em vez disso, cada vez mais dependente de dinâmicas de grupo, desconectadas de expectativas, normas, e leis que abrangem a todos. O direito “positivo” do Estado torna-se dependente de uma estruturação de grupo anterior. Regras específicas para doença, idade, e demissão são suplementadas por um sistema de seguridade social complexo; a experiência individual é substituída pelo conhecimento estatístico; os direitos autorais perdem espaço para o uso coletivo; a cultura literária e teatral burguesa é substituída, inclusive em termos de apoio e financiamento públicos, por empresas de comunicação concebidas de acordo com a necessidade dos grupos. Seja em qual local ou em qual momento o indivíduo entre em ação, ele sempre estará desde o início, no meio das coi-

---

<sup>54</sup> Ver VEC, Milos. **Recht und Normierung in der Industriellen Revolution**. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung. Frankfurt am Main: Klostermann, 2006, p. 165 ff.

<sup>55</sup> Ver MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. Berlin, 1994, p. 246 ff.

sas, intrincado em um mundo de coletividades, conectado a uma rede de “atribuições” e de possibilidades interconectadas que, por sua vez, aponta para um mundo de significações práticas moldado pelo conhecimento especializado de grupo e sua familiaridade pré-proposicional.

## 8 CONHECIMENTO EM REDE

A evolução mais recente na cultura jurídica e científica da modernidade pode ser descrita como uma transição de um paradigma de grupo plural para um paradigma em rede. Os novos modelos e estruturas da epistemologia em rede não são, entretanto, facilmente compreendidos e descritos. O que parece decisivo é, por um lado, o enfraquecimento do efeito “pré-estruturador” de grupos e organizações sobre a autointerpretação de esferas de significação social e de suas respectivas ordens normativas: em vez de ambientes comunitários (empresas, associações, partidos etc.) ancorados de forma relativamente estável, encontramos um tipo de liquidação permanente no qual os processos de produção de conhecimento tornam-se fluidos e dinâmicos. Por outro lado, o conhecimento reunido e articulado pelos grupos é complementado por novas formas de conhecimento especializado, provenientes de novas comunidades epistêmicas. A diferenciação do conhecimento profissional em indústrias de alta tecnologia, por exemplo (tecnologia de computação, nanotecnologia, biotecnologia, entre outros), traz consigo um relaxamento das fronteiras tradicionais das organizações: a empresa, ou mesmo áreas específicas dentro de uma empresa, abre-se para projetos compartilhados, para que possa estabelecer conexões temporárias em rede com outras empresas ou com outras áreas. O conhecimento prático torna-se portanto subordinado a projetos e manifesta-se tal qual um “enxame”. Como, por exemplo, no desenvolvimento experimental de um novo *software* ou de um novo *hardware* na indústria de computadores do Vale do Silício, onde qualquer resultado pode apenas ser estruturado juridicamente após sua concretização<sup>56</sup>.

Isso significa que a curadoria do conhecimento prático passa a ser feita em comunidades microepistêmicas, tais como a dos agentes participantes do mercado financeiro. Essas entidades não podem, entretanto, ser pensadas como entidades organizadas com pontos de controle hierár-

---

<sup>56</sup> Ver LADEUR, Karl-Heinz; VESTING, Thomas. Geistiges Eigentum im Netzwerk – Anforderungen und Entwicklungslinien. In: EIFERT, Martin; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Ed.). **Geistiges Eigentum und Innovation. Innovation und Recht I**. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 123 ff.

quico. São, em vez disso, constituídas internamente a partir de diversos ambientes comunitários com experiências práticas distintas, às vezes não interpenetráveis entre si (como gerenciamento de risco, controle, alta gerência etc.)<sup>57</sup>. A experiência altamente especializada, frequentemente incompreensível para outras partes da estrutura organizacional – tal como experiências com modelagem matemática (realizada por computadores) de instrumentos financeiros de alto risco – eclipsa o conhecimento reciprocamente observável de toda a organização, e até mesmo a noção de experiência comum compartilhada. O quadro torna-se ainda menos claro quando se considera que a extrema fragmentação do conhecimento prático nas redes dinâmicas de cooperação é confrontado, na esfera pública, com um conhecimento experimental comum que é, agora, fortemente determinado pelos roteiros personalizados das mídias eletrônicas (tais como a “ganância dos banqueiros”). A última parte desse quadro é o “*sujeito com estilo de vida pós-moderno*”<sup>58</sup>, que personaliza seu individualismo<sup>59</sup>, que passa a falar apenas por si mesmo e que ganha pelo menos uma parte da sua identidade “compartilhando” a experiência de eventos midiáticos com outros e trocando experiências “*extremamente pessoais*” nas “*mídias sociais*”<sup>60</sup>. Assim, nos casos mais extremos, a vida dos indivíduos desloca-se entre experiências locais de uma dimensão do mundo radicalmente particular e os roteiros globais, universais do mundo midiático.

Uma reação disseminada resultante da mudança para um conhecimento em rede consiste, aparentemente, em uma interpretação da complexidade de uma produção de conhecimento com base em projetos como uma volta do individual, e uma declaração do direito como um meio de expressão do eu: o sujeito exige reconhecimento da sua autenticidade e da possibilidade de autodeterminação; e a legislação política, a prática interpretativas dos tribunais, a doutrina das universidades são ajustadas a essa estrutura de aspirações do indivíduo personalizado. O que havia sido um conjunto de direitos sociais ligados a aspirações definidas e moldados para uma pluralidade de grupos torna-se agora um novo sistema de seguros para a necessidade de cada indivíduo; os currículos escolares amplamente disseminados abrem espaço para uma “oficina de aprendizado”

<sup>57</sup> Ver LADEUR, Karl-Heinz. *The Financial Market Crises. A Case of Network Failure*. In: KJAER, Poul F. (Ed.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: OUP, 2011. p. 63 ff., 81 ff.

<sup>58</sup> RECKWITZ, **Das Hybride Subjekt**, f. 39, p. 441, f. 1.

<sup>59</sup> Ver, em geral, EHRENBERG, Alain. **Das Unbehagen in der Gesellschaft (La Société du Malaise)**. Berlin: Suhrkamp, 2011.

<sup>60</sup> KAUFMANN, Jean-Claude. **Wenn ICH ein anderer ist (Quand Je est un autre)**. Konstanz: UVK, 2010. p. 173 ff.; RECKWITZ, **Das Hybride Subjekt**, f. 39, p. 574 ff.

individualizada; e um direito a *downloads* ilimitado assume o lugar dos direitos autorais.

Ainda que isso pareça retórico ou hiperbólico, um breve estudo sobre o desenvolvimento das leis de proteção da informação e sobre os direitos de personalidade na Alemanha, por exemplo, aponta claramente nessa direção: aqui, o domínio das concepções normativas de autonomia se estende pela legislação e por processos de garantia de direitos, concepções que deixam de oferecer um ponto de referência para o conceito de um conhecimento comum. Em vez do Outro da cultura, surge um Eu que deve agora ser um “*Eu escolhido*” ou, de todo modo, pelo menos o “*co-formador*” de sua própria personalidade<sup>61</sup>. O Eu torna-se a base de sua própria identidade com amplo direito à autêntica “*autoapresentação*”<sup>62</sup>.

Com o advento das redes temporárias de cooperação e com o aumento do individualismo personalizado, parece afrouxar também a conexão entre o direito “positivo” e a prática instituída das formas de vida compartilhadas, com seus hábitos e compulsões. Se a cultura jurídica da fase dos “grupos plurais” ainda almejava a institucionalização de sistemas nos quais o conhecimento comum pudesse ser gerado – pode-se pensar aqui na criação de sistemas de seguridade pública, no apoio estatal para o desenvolvimento de padrões técnicos para usinagem ou construção civil, ou para a constituição de emissoras públicas de radiodifusão –; o Estado atual parece cada vez mais perder de vista a necessidade de um equilíbrio entre, por um lado, as estruturas jurídicas criadas pela legislação, pelo Judiciário, e pela Administração e, por outro, do conhecimento prático compartilhado por toda a sociedade. A crise do conhecimento comum resultante da fragmentação dos núcleos de significação factuais e normativos na nova epistemologia em rede não pode, entretanto, ser solucionada por uma simples volta ao indivíduo e a seus direitos de autoapresentação. Ela exige a elaboração de um direito das redes que aceite a natureza da experiência nas novas redes de produção de conhecimento com base em projetos e atribua-lhe uma estrutura jurídica apropriada.

## 9 REFERÊNCIAS

ASSMANN, Aleida. **Einführung in die Kulturwissenschaft**. Grundbegriffe, Themen und Fragestellungen. 3. ed., Berlin: Erich Schmidt, 2011.

<sup>61</sup> BRITZ, Gabriele. **Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung? Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 10, 16.

<sup>62</sup> *Ibid*, p. 37 ff.; também p. 41 (“*Niemand sieht wirklich mich*”).

- ASSMANN, Jan. **Religion and Cultural Memory: Ten Studies** (Cultural Memory in the Present). Trad. Rodney Livingstone. Stanford: Stanford, 2005.
- AUGSBERG, Ino. Diesseits und jenseits der Hermeneutik – Was heißt Textuales Rechtsdenken?. In: VESTING, Thomas; LÜDEMANN, Susanne (Org.). **Deutung**. Munique: Wilhelm Fink (no prelo – publicação prevista para 2017).
- \_\_\_\_\_. **Informationsverwaltungsrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- BAUMBACH, Adolf; HOPT, Klaus J. **Handelsgesetzbuch**. 36. ed. Munique: Beck, 2014. parágrafo 7, 18.
- BENDER, John B.; WELLBERY, David E. Die Entschränkung der Rhetorik. In: ASSMANN, Aleida (Org.). **Texte und Lektüren**. Perspektiven in der Literaturwissenschaft. Frankfurt Am Main: Fischer, 1996.
- BENJAMIN, Walter. Theater und Rundfunk. Zur gegenseitigen Kontrolle ihrer Erziehungsarbeit, 1932. In: *Id.*, **Medienästhetische Schriften**. Frankfurt Am Main: Suhrkamp, 2002.
- BERMAN, Harold J. **Law and Revolution. The formation of the western legal tradition**. Cambridge: Harvard, 1983.
- BLUMENBERG, Hans. **Theorie der Lebenswelt**. M. Sommer (Ed.). Berlin: Suhrkamp, 2010.
- BRITZ, Gabriele. **Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung?** Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- CAVELL, Stanley. **The Claim of Reason: Wittgenstein, Skepticism, Morality, and Tragedy**. New York: OUP, 1999.
- COLLINS, Harry. **Tacit and Explicit Knowledge**. Chicago: Chicago, 2010.
- DESCOMBES, Vincent. **Die Rätsel der Identität (Les embarras de l'identité)**. Berlin: Suhrkamp, 2013.
- DOMMANN, Monika. **Autoren und Apparate. Die Geschichte des Copyrights im Medienwandel**. Frankfurt Am Main: Fischer, 2014.
- EGAN, Jim. **Authorizing Experience**. Refigurations of the Body Politic in the Seventeenth-Century New England Writing. Princeton: Princeton, 1999.
- EHRENBERG, Alain **Das Unbehagen in der Gesellschaft (La Société du Malaise)**. Berlin: Suhrkamp, 2011.
- EZRAHI, Yaron. **Imagined Democracies**. Necessary Political Fictions. Cambridge: CUP, 2012.
- GAMPER, Michael (Ed.). **Kollektive Gespenster: die Masse, der Zeitgeist und andere unfaßbare Körper**. Freiburg: Rombach, 2006.
- JESTAEDT, Matthias. **Hans Kelsen, Reine Rechtslehre**. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- KAUFMANN, Jean-Claude. **Wenn ICH ein anderer ist (Quand Je est un autre)**. Konstanz: UVK, 2010.
- KOGGE, Werner. Empeiria. Vom Verlust der Erfahrungshaltigkeit des 'Wissens' und vom Versuch, sie als 'implizites Wissen' wiederzugewinnen. In: LOENHOFF, Jens (Ed.). **Implizites Wissen. Epistemologische und handlungstheoretische Perspektiven**. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2012.
- KOSCHORKE, Albrecht. Vom Geist der Gesetze. In: GAMPER, Michael (Org.). **Kollektive Gespenster: die Masse, der Zeitgeist und andere unfaßbare Körper**. Freiburg: Rombach, 2006.
- KRÄMER, Sybille. **Media, Messenger, Transmission. An Approach to Media Philosophy**. Amsterdam: Amsterdam (no prelo. Publicação prevista para 2017).

- LABAND, Paul. **Das Staatsrecht des deutschen Reiches**. Reimpressão da 5. ed. 1911, Aalen: Scientia, 1964. v. 2.
- LADEUR, Karl-Heinz. Kommunikation über Risiken im Rechtssystem. *In*: BÜSCHER, Christian; JAPP, Klaus P. (Org.). **Ökologische Aufklärung**. 25 Jahre Ökologische Kommunikation. Wiesbaden: Springer, 2010.
- \_\_\_\_\_. Die Netzwerke des Rechts und die Evolution der ‘Gesellschaft der Netzwerke’. *In*: BOMMES, Michael; TACKE, Veronika (Org.). **Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft**. Wiesbaden: VS, 2010.
- \_\_\_\_\_. Kommunikation über Risiken im Rechtssystem. Das Beispiel Nanotechnologie. *In*: BÜSCHER, Christian; JAPP, Klaus P. (Org.). **Ökologische Aufklärung**. 25 Jahre. Ökologische Kommunikation. Wiesbaden: Springer, 2010.
- \_\_\_\_\_. Strategien des Nichtwissens im Bereich staatlicher Aufgabenwahrnehmung – insbesondere am Beispiel von Bildung und Sozialarbeit. *In*: TWELLMANN, Marcus (Org.). **Nichtwissen als Ressource**. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- \_\_\_\_\_. The Financial Market Crises. A Case of Network Failure. *In*: KJAER, Poul F. (Org.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective**. The Dark Side of Functional Differentiation. Oxford: OUP, 2011.
- \_\_\_\_\_; VESTING, Thomas. Geistiges Eigentum im Netzwerk – Anforderungen und Entwicklungslinien. *In*: EIFERT Martin; HOFFMANN-RIEM Wolfgang (Org.). **Geistiges Eigentum und Innovation**. **Innovation und Recht I**. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- \_\_\_\_\_. The evolution of the law and the possibility of a “global law” extending beyond the sphere of the state simultaneously, a critique of the “self-constitutionalisation” thesis. **Ancilla Iuris**, 2012.
- LETHEN, Helmut. **Cool conduct**: the culture of distance in Weimar Germany. Trad. por Don Reneau. California: Berkeley, 2002.
- LOENHOFF, Jens (Org.). **Implizites Wissen**. Epistemologische und handlungstheoretische Perspektiven. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2012.
- LUHMANN, Niklas. **Die Wissenschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Law as a Social System**. Oxford: OUP, 2004 (1993).
- MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- NARDIN, Terry. **The Philosophy of Michael Oakeshott**. Pennsylvania State: University Park, 2001.
- OBER, Josiah. **Democracy and Knowledge**. **Innovation and learning in classical Athens**. Princeton: Princeton, 2008.
- ONG, Walter J. **Interfaces of the Word**. **Studies in the Evolution of Consciousness and Culture**. Ithaca and London: Cornell, 1977.
- PIPPIN, Robert B. **After the Beautiful**: Hegel and the Philosophy of Pictorial Modernism. Chicago: CUP, 2014.
- \_\_\_\_\_. **The Persistence of Subjectivity. On the Kantian Aftermath**. Cambridge: CUP, 2005.
- POLANYI, Michael. **Knowing and Being**. **Essays by Michael Polanyi**. Chicago: Chicago, 1969.
- \_\_\_\_\_. **The Tacit Dimension**. Gloucester (Mass.): Peter Smith, 1983.
- RAPHAEL, David D. **The Impartial Spectator**. Adam Smith’s Moral Philosophy. Oxford: OUP, 2007.

RECKWITZ, Andreas **Das hybride Subjekt**. Eine Theorie der Subjektkulturen von der bürgerlichen Moderne zur Postmoderne. Weilerswist: Velbrück, 2010.

REID, Thomas. **Essays of the Intellectual Powers of Man**. Dublin: Dublin, 1786. Essay I, Capítulo VIII, v. I.

RHEINBERGER, Hans-Jörg **On Historicizing Epistemology**. Stanford: Stanford, 2010.

\_\_\_\_\_. **An Epistemology of the Concrete**. Durham and London: Duke, 2010.

\_\_\_\_\_. **Iterationen**. Berlin: Merve, 2005.

SCHÜTZEICHEL, Rainer. 'Implizites Wissen' in der Soziologie. Zur Kritik des epistemischen Individualismus, *In*: LOENHOFF, Jens (Org.). **Implizites Wissen. Epistemologische und handlungstheoretische Perspektiven**. Weilerswist: Velbrück, 2012.

TWELLMANN, Marcus (Ed.). **Nichtwissen als Ressource**. Baden-Baden: Nomos, 2014.

VATTIMO, Gianni. **Beyond Interpretation: The Meaning of Hermeneutics for Philosophy**. Trad. David Webb. Stanford: Stanford, 1997.

VEC, Milos. **Recht und Normierung in der Industriellen Revolution**. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung. Frankfurt am Main: Klostermann, 2006.

VICO, Giambattista. **The New Science of Giambattista Vico (1744)**. Trad. 3. ed. por Thomas Goddard Bergin e Max Harold Fisch. Ithaca: Cornell, 1976.

WEBER, Samuel. **Theatricality as Medium**. New York: Fordham University Press, 2004.

WILHOLT, Thorsten. Soziale Erkenntnistheorie. **Information Philosophie**, 5, 2007, p. 46 ff.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**, G.E.M. Anscombe (Org.), Oxford: OUP, 1953 (1945) (Trad. Stephen Haswell Todd/ Traduzido do inglês por Julia Nemirowsky).

# DA INCERTEZA DO DIREITO À INCERTEZA DA JUSTIÇA

Marcelo Neves<sup>1</sup>

---

*Sumário: 1. Incerteza do Direito: um Problema? 2. Da Ambiguidade e Vagueza do Direito como Linguagem Ordinária à Complexidade e Contingência da Comunicação como Fatores da Incerteza do Direito. 3. Da Incerteza do Direito como Condição de Segurança Jurídica à Incerteza Ínsita ao Paradoxo da Justiça. 4. Referências.*

## 1 INCERTEZA DO DIREITO: UM PROBLEMA?

Na tradição jurídica, a questão da incerteza sempre foi colocada como um problema a ser necessariamente superado. O legislador deveria escrever com precisão para evitar qualquer equívoco no momento da aplicação do direito e o doutrinador deveria definir com perfeita clareza e exatidão os conceitos jurídicos relevantes para a solução de casos. Se tal estado de coisas não fosse alcançado, caberia imputar à atividade legiferante ou à construção doutrinária uma falha ou um defeito grave, que deveria ser negado, afastado ou superado.

Na formação do Estado moderno, desenvolveu-se a ideia da inexorável precisão e univocidade da linguagem jurídica e dos textos legais. Essa compreensão se fundava, inicialmente, na crença de que a letra da lei é a expressão exata da vontade do legislador soberano. Tal entendimento já se encontra na obra de Thomas Hobbes, segundo a qual as palavras do soberano são expressas precisamente, não podendo dar

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Atualmente, *Senior Research Scholar* na Faculdade de Direito da Universidade de Yale.

ensejo a qualquer variação interpretativa da lei por parte dos súditos e juízes<sup>2</sup>. A certeza do direito, fundada na exatidão da relação entre vontade soberana e sua expressão linguística, é associada à própria segurança jurídica dentro do Estado com unidade política territorial. Caso contrário, haveria o retrocesso ao estado de natureza.

Em Montesquieu, a crença na certeza do direito é deslocada da relação entre soberano e súdito para o vínculo do juiz ao legislador: “*Os juízes da nação são apenas [...] a boca que pronuncia as palavras da lei*”<sup>3</sup>. Também nessa formulação supõe-se uma linguagem jurídica inequivocamente clara, expressão precisa da vontade do legislador. Os juízes seriam “autômatos silogísticos”, tendo sido essa feição da atividade judicante usualmente concebida como uma exigência da emergente sociedade burguesa, levada por “*uma ideologia de segurança jurídica*”<sup>4</sup>. Também nessa compreensão a segurança jurídica é associada diretamente à certeza do direito, fundada na precisão da linguagem do legislador.

A compreensão de Hobbes e Montesquieu sobre a certeza normativa no Estado moderno encontrará uma correspondência jurídico-doutrinária na Escola da Exegese, que surge na França no contexto da promulgação do Código de Napoleão (1804), glorificado como resposta normativo-institucional perfeita à exigência de certeza e segurança jurídica<sup>5</sup>. Nessa orientação, a univocidade de termos e enunciados normativos estava associada a um “culto ao texto da lei” como expressão precisa da “intenção do legislador”, que era elevada ao primeiro plano<sup>6</sup>. Assim reza a “profissão de fé” de Demolombe, um dos mais importantes representantes da escola da exegese: “*os textos antes de tudo*”<sup>7</sup>. A um outro, Bugnet, atribui-se a seguinte afirmação: “*Eu não conheço o direito civil; só ensino o Código de Napoleão*”<sup>8</sup>. E um terceiro, Laurent, escreveu: “*Os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete; este já não tem por missão fazer o direito, o direito está feito. Não há mais incerteza; o direito está escrito nos textos autênticos*”<sup>9</sup>. Bonnecase esclarecia, porém: “*Um texto, de acordo com ela [a Escola da Exegese], não vale nada por si mesmo, mas somente pela intenção do legislador, a qual ele supostamente traduz na realidade, o direito positivo esgota-se nessa intenção; é*

<sup>2</sup> HOBBS, 2010 [1651], p. 166-9 [142-6].

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, 1874 [1748], p. 149.

<sup>4</sup> COSSIO, 1944, p. 85.

<sup>5</sup> A respeito, ver BONNECASE, 1924; 1933, p. 288 ss., 522 ss.

<sup>6</sup> BONNECASE, 1924, p. 128 ss.; 1933, p. 524 ss.

<sup>7</sup> *Apud* BONNECASE, 1924, p. 129; 1933, p. 525.

<sup>8</sup> *Apud* BONNECASE, 1924, p. 128; 1933, p. 524. Cf. também 1924, p. 29-30; 1933: 292.

<sup>9</sup> *Apud* BONNECASE, 1924, p. 128; 1933, p. 524.

*ela que, além do texto, o jurista deve procurar*<sup>10</sup>. Dessa maneira, toda a crença na certeza do direito resultava de uma convicção de que haveria uma combinação perfeita entre a clara intenção do legislador e a sua exata expressão no texto legal.

Outra corrente fortemente orientada na afirmação da certeza do direito recorria, antes, à precisão do artefato conceitual da “ciência do direito”. Para a chamada “jurisprudência dos conceitos”, desenvolvida especialmente na Alemanha na segunda metade do século XIX, onde ainda não se contava com um Código como referência, a univocidade dos termos jurídicos decorreria de uma depuração conceitual de base lógico-científica. O direito é compreendido, então, como um sistema caracterizado pelo “nexo lógico entre os conceitos” e a “racionalidade dos fins”, uma compreensão do direito que importa uma teoria exegética “objetiva”, de acordo com a qual o fim da interpretação jurídica seria “*esclarecer o significado da lei como um todo objetivo de sentido*”<sup>11</sup>.

Em ambas essas correntes doutrinárias, caberia ao intérprete descobrir o único sentido juridicamente possível das expressões e dos enunciados normativos. O ponto crucial do processo interpretativo residiria na concatenação horizontal e vertical entre termos e proposições legais (Escola da Exegese), ou entre conceitos técnico-juridicamente precisos (jurisprudência dos conceitos), para que se definisse a única solução correta do caso. A essas concepções da interpretação jurídica subjaz um entendimento realista da linguagem, segundo o qual se busca o sentido essencial de termos e expressões jurídicas para possibilitar a aplicação correta do direito.

Esses modelos foram contestados desde a “jurisprudência dos interesses” na Alemanha<sup>12</sup>, em um desenvolvimento que culmina com o “*movimento do direito livre*”<sup>13</sup>. Também o realismo americano no início do século XX, no qual o juiz passa ser considerado “*o verdadeiro legislador*”<sup>14</sup>. Entretanto, essas vertentes tendiam basicamente a uma contraposição do subjetivo ao objetivo ou da adequação social do direito à consistência jurídica. Por um lado, a contraposição do subjetivo ao objetivo parece insatisfatória para a compreensão do direito como um fenômeno social construído em processos de comunicação que, além de não se an-

<sup>10</sup> BONNECASE, 1924, p. 131-2; 1933, p. 526.

<sup>11</sup> LARENZ, 1979, p. 35-6.

<sup>12</sup> Embora remonte a JHERING (1992 [1872]), a jurisprudência dos interesses é formulada definitivamente por HECK (1914).

<sup>13</sup> KANTOROWICZ, 2002 [1906].

<sup>14</sup> CARDOZO, 1991 [1921], p. 102 ss. [trad. bras. 2004, p. 74 ss.].

corarem em uma objetividade preestabelecida, vão bem além da subjetividade, não podendo ser reduzidos a esta. Por outro lado, a contraposição da adequação social do direito à consistência jurídica desconsidera que o direito moderno, ao diferenciar-se como campo, esfera ou sistema social, exige não apenas a resposta socialmente adequada aos casos jurídicos, mas também, em nome da segurança das expectativas, a consistência jurídica das decisões. Daí decorre um paradoxo central do direito positivo, que, como veremos adiante, está inerentemente vinculado à questão de sua incerteza normativa. Formalismo e realismo jurídico, ao concentrarem-se, respectivamente, na consistência jurídica ou na adequação social do direito, não enfrentam de forma apropriada a questão complexa da incerteza como condição de segurança e, relacionado a isso, o paradoxo da justiça do sistema jurídico.

Entretanto, a questão da certeza posta nos termos da Escola da Exegese e da jurisprudência dos interesses também foi rejeitada nas duas principais correntes do positivismo jurídico do século XX, a teoria pura do direito construída por Hans Kelsen, no âmbito do *civil law*, e o positivismo jurídico analítico elaborado por H. L. A. Hart, no espaço do *common law*. Para Kelsen, dentro de uma moldura *objetiva* a ser jurídico-cientificamente determinada, o órgão de interpretação-aplicação poderia escolher *subjetivamente* de acordo com critérios jurídico-políticos. Assim, o “direito a aplicar” é definido “como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação”<sup>15</sup>. Nessa formulação, reaparece a questão do objetivo e do subjetivo como duas dimensões a distinguírem-se precisamente, de tal maneira que a fronteira entre certeza (objetiva, científica) e incerteza (subjetiva, política) poderia ser fixada exatamente.

Similarmente, no modelo de Hart, a noção de “*textura aberta do direito*”<sup>16</sup> aponta para uma distinção entre o momento em que o juiz está vinculado a regras e o momento em que ele decide discricionariamente, livre de regras, sem vínculo a uma imposição normativa. Também nessa formulação, embora com base em outros pressupostos, pode-se verificar uma distinção entre o momento objetivamente vinculante da regra e o momento subjetivamente aberto do direito. A concepção é orientada pela diferença entre um espaço de obrigatoriedade e uma área de discricionariedade para o sujeito da interpretação-aplicação jurídica, o juiz.

Nessas duas vertentes do positivismo jurídico, a noção de um sujeito cognoscente, capaz de distinguir autonomamente o momento da

---

<sup>15</sup> KELSEN, 1960, p. 348-9 [trad. bras. 2006, p. 390-1].

<sup>16</sup> HART, 1994, p. 91 ss., 124 ss., 145-7, 272 ss. [trad. bras. 2009, p. 118 ss., 161 ss., 187-90, 351 ss.].

certeza (objetiva, vinculante) e o momento da incerteza (subjéctiva, discricionária) do direito, não considera que o direito como fenômeno social e a sua aplicação concreta como processo social neutralizam a subjetividade e não se relacionam a um todo objetivo de sentido. O direito e sua aplicação são uma construção social, nem subjéctiva nem objetiva nem sequer intersubjéctiva, mas sim transubjéctiva<sup>17</sup>. É na transubjéctividade do social e, nele, do jurídico que se assenta a questão inexorável da incerteza do direito.

Contra o positivismo, o modelo filosófico ideal de Ronald Dworkin vem reagir à questão da incerteza do direito com o recurso aos princípios, como um padrão jurídico fundado moralmente que, na falta de regra apropriada à solução do caso, oferecerá critério vinculante para a sua solução pelo juiz<sup>18</sup>. Evidentemente, Dworkin não desconhece a questão empírica da incerteza e imprecisão da linguagem jurídica, nem dos conflitos factuais de interpretação. Nesse sentido, reconhece que “*a moralidade da comunidade é incoerente*”, caracterizada por conflitos<sup>19</sup>. Mas ele recorre a um sujeito ideal ou transcendental, o juiz Hércules, que, orientado primariamente pelos princípios e capaz de identificá-los nas *controvérsias* em torno de direitos, viabiliza praticamente que se chegue a uma única resposta correta ou, no mínimo, ao melhor julgamento de um caso<sup>20</sup>. Embora se trate de uma ideia regulativa<sup>21</sup>, a aptidão do juiz Hércules para tomar a única decisão correta ou oferecer o melhor julgamento relaciona-se com o modelo dos princípios como superadores de qualquer discricionariédade ou incerteza nos chamados “casos difíceis”. É, muito embora varie pessoal e temporalmente a compreensão de se um caso ser “*difícil*” ou “*fácil*”<sup>22</sup> e, portanto, diversifique-se também conforme o contexto o que possa definir-se como *a única decisão correta* ou *o melhor*

<sup>17</sup> Cf. FISCHER-LESCANO, 2013, p. 17 ss.; LADEUR, 2014.

<sup>18</sup> Cf. espec. DWORKIN, 1978, p. 16 ss.; 46 ss. [trad. bras. 2002, p. 27ss.; 74 ss.].

<sup>19</sup> “*se quisermos usar o conceito de uma moralidade comunitária em teoria política, será preciso que também reconheçamos a existência de conflitos no âmbito dessa moralidade*” (DWORKIN, 1978, p. 126 [trad. bras. 2002, p. 197]).

<sup>20</sup> DWORKIN, 1978, espec. p. 279 [trad. bras. 2002, p. 429]; 1986, espec. p. 239 [trad. bras. 2003, p. 286-7]; 1985, p. 119 ss. [trad. bras. 2001, p. 175 ss.]; 2006, p. 41-3 [trad. bras. 2010, p. 60-3.].

<sup>21</sup> Embora HABERMAS (1992, p. 272ss. [trad. bras. 2003, v. I, p. 276 ss.]) critique, na esteira de MICHELMAN (1986, p. 76), o caráter “monológico” do juiz Hércules em Dworkin, ele adota a ideia regulativa de uma única resposta ou decisão correta (HABERMAS, 1992, p. 277 [trad. bras. 2003, v. I, p. 281]). Assim, passa-se de um sujeito ideal como observador privilegiado (Hércules) para um processo intersubjéctivo (discurso) como ponto dinâmico privilegiado de observação, orientado contrafactualmente para a resposta correto, a saber, o consenso.

<sup>22</sup> DWORKIN, 1986, p. 354 [trad. bras. 2003, p. 423-4].

juízo<sup>23</sup>, Hércules tem a capacidade de adequar os princípios ao contexto no modelo de Dworkin, superando as incertezas.

Essa postura transfere para um sujeito ideal o papel de superar a incerteza do direito. Esse modelo contrafactual de um observador privilegiado, capaz de considerar as diversas perspectivas, sem qualquer ponto cego, apenas serve para ocultar a incerteza inexorável do direito, assentada na agônica social, na qual estão envolvidos vários observadores parciais dos processos jurídicos. Na sociedade moderna, os pontos de observação se multiplicam cada vez mais, sendo inusitado que se possa falar de um ideal regulativo capaz de descortinar o consenso subjacente na moralidade comunitária. Antes se impõe discutir quais são as estruturas e os processos normativos adequados à absorção e dissipação legítima da incerteza estrutural do direito. Cabe observar que, nesse contexto, os princípios enriquecem os potenciais e as alternativas da cadeia argumentativa do direito. O direito se flexibiliza mediante princípios para possibilitar uma maior adequação do argumentar jurídico à complexidade da sociedade<sup>24</sup>. E tudo isso torna ainda mais patente a incerteza inexorável do direito.

Tanto nos modelos do positivismo do século XX quanto no idealismo jurídico-filosófico de base moralista, a questão da incerteza é considerada um problema a ser enfrentado e superado por um sujeito da interpretação e aplicação jurídica, seja ele empírico ou transcendental. Suponho, porém, que a incerteza seja inexorável ao direito e à sua linguagem, devendo ser tratada como algo relacionado ao processo social como fenômeno transubjetivo de comunicação e ser reconhecida como um paradoxo produtivo da reprodução legítima do direito moderno.

## **2 DA AMBIGUIDADE E VAGUEZA DO DIREITO COMO LINGUAGEM ORDINÁRIA À COMPLEXIDADE E CONTINGÊNCIA DA COMUNICAÇÃO COMO FATORES DA INCERTEZA DO DIREITO**

Já se tornou lugar-comum a assertiva de que a linguagem jurídica, enquanto tipo de linguagem ordinária ou natural especializada e não uma linguagem artificial<sup>25</sup>, é ambígua e vaga, o que dá ensejo a interpre-

---

<sup>23</sup> Cf. DWORKIN, 1986, p. 239 [trad. bras. 2003, p. 287].

<sup>24</sup> A esse respeito, ver NEVES, 2014.

<sup>25</sup> Cf., entre muitos, VISSER 'T HOOFT, 1974; CARRIÓ, 1973, p. 37-44; GREIMAS; LANDOWSKI, 1976, p. 83-4; OLIVECRONA, 1962, p. 151.

tações divergentes<sup>26</sup>. No sentido lógico, a conotação corresponde à dimensão semântica de sentido (significado), enquanto a denotação concerne à dimensão semântica de referência<sup>27</sup>. Assim sendo, mesmo que a ambiguidade em relação ao significado do texto normativo seja superada no processo de interpretação, ainda resta a questão da vagueza em face dos referentes. Portanto, não só as normas como significado prescritivo de um texto são, *em parte*, construídas no decurso do processo de concretização do direito, mas também os fatos como referentes são construções do direito. Na relação entre texto normativo e suporte fático (concreto)<sup>28</sup>, define-se não só a norma a aplicar na solução do caso, mas também o fato jurídico a ser enquadrado na hipótese normativa (abstrata). Na relação de tensão e complementaridade entre texto normativo e suporte fático desenvolve-se a trama da incerteza da norma jurídica a ser aplicada e do fato a ser enquadrado normativamente. Quando trata-se de entidade fami-

<sup>26</sup> Do incontestável retiram-se consequências as mais contraditórias entre os diferentes modelos teóricos e metodológicos – cf., p. ex., KELSEN, 1960. p. 348-9 [trad. bras. 2006, p. 390-1]; SMEND, 1968 [1928], p. 236; EHRlich, 1967 [1913], p. 295; ROSS, 1968, p. 116-7. Especificamente sobre a ambiguidade e vagueza da linguagem jurídica, ver CARRIÓ, 1973, p. 26-33; KOCH, 1977, p. 41 ss.; WARAT, 1984, p. 76-9; 1979, p. 96-100. Em contratendência, DWORKIN (1978, p. 133 ss. [trad. bras. 2002, p. 209 ss.]), baseado na distinção entre “conceito” e “concepção”, propõe uma releitura da noção de “cláusulas constitucionais vagas”. Warat, por sua vez, tratando das imprecisões semânticas das expressões jurídicas, distingue as seguintes manifestações: vagueza, ambiguidade, anemia semântica, anfibologia e afasia semântica (cf. 1972, p. 55 ss., 178-9). Porém, a anfibologia e a anemia semântica são casos mais graves da ambiguidade (cf. WARAT, 1984, p. 78; 1972, p. 169; 1979, p. 99-100). E a afasia semântica é uma situação mais grave da anemia semântica, na qual as palavras perdem seu significado e se transformam em meros significantes cujo sentido dependerá de variável axiológica aplicada ao contexto normativo (cf. WARAT, 1972, p. 178-9).

<sup>27</sup> Cf. VON WRIGHT, 1963, p. 93-4 [trad. esp. 1970, p. 109]; COPI, 1961, p. 107 ss. [trad. bras. 1978, p. 119-23].

<sup>28</sup> Por um lado, Pontes de Miranda enfatiza que “o suporte fático *ainda* está no mundo fático; a regra jurídica colore-o, fazendo-o entrar no mundo jurídico” (1974, t. I, p. 21, grifo no original; cf. *id.*, p. 3 ss., 74 ss.). Por outro, ele (1974, t. V, p. 231) distingue o suporte fático do “*dado fático, fato ou complexo de fatos sem entrada no mundo jurídico*”. Esclareça-se que, embora utilize aqui o conceito no sentido análogo ao de Pontes de Miranda, considero o suporte fático como o referente (construído) de relatos no processo de concretização, que, quando qualificado juridicamente mediante a afirmação da incidência da respectiva norma jurídica nesse processo, transforma-se em fato jurídico, a saber, no referente (construído) de um enunciado implícito ou explícito de subsunção. É por isso que ele não é o *puro* dado de fato em sua riqueza inesgotável, meramente suposto, mas não integralmente apreendido na linguagem ou comunicação social em geral e jurídica em especial.

liar na união homoafetiva estável, qual a norma a aplicar?<sup>29</sup> Configura-se a hipótese normativa de crime de organização criminosa (ou formação de quadrilha), qual o fato enquadrável?<sup>30</sup> Trata-se de aborto ou de antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencéfalo, qual a norma a aplicar ou não aplicar?<sup>31</sup>

Todas essas situações, envolvendo, em grau maior ou menor, ambiguidade e vagueza da linguagem jurídica, implicam não só uma questão semântica, mas também a questão pragmática da variedade de utentes da linguagem jurídica ou, mais precisamente, da multiplicidade de expectativas normativas em relação ao textos jurídicos. Isso significa que a mesma expressão pode ganhar significados os mais diferentes não apenas por força da diversidade de situações comunicativas, mas também em virtude da pluralidade de perspectivas dos expectantes. Os expectantes podem ser pessoas, organizações ou inclusive sistemas funcionais. Ao observarem o problema jurídico a ser solucionado, surge a possibilidade de diversas compreensões de um mesmo fato e de um mesmo texto, viabilizando a variedade de fatos jurídicos e de normas jurídicas.

A textualidade e a facticidade originárias conduzem à incerteza na definição ou construção do caso e da norma a ser aplicada. Evidentemente, essa situação varia conforme o grau de abertura semântica do texto normativo. Assim, a disposição que estabelece a idade mínima de trinta e cinco anos como condição de elegibilidade para Presidente da República (art. 14, § 3º, inc. VI, alínea “a”, da Constituição Federal), implica um grau muito limitado de incerteza<sup>32</sup>. Por seu turno, o dispositivo que determina o procedimento “*declarado incompatível com o decoro parlamentar*” como fundamento para a perda do mandato de deputado ou senador (art. 55, inc. II, da Constituição Federal) remete a um alto grau de incerteza. Nesse caso, não só sob os aspectos diacrônicos da língua, ou seja, a sua variação temporal, mas também do ponto de vista sincrônico

---

<sup>29</sup> A esse respeito, é relevante a discussão e divergências interpretativas no julgamento da ADPF 132/RJ (ADI 4277/DF), Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno – j. em 05.05.2011 – DJe-198 13.10.2011 – public. 14.10.2011.

<sup>30</sup> Nesse particular, são significativas as divergências no julgamento da Ação Penal (AP) 470/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno – j. em 17.12.2012 – DJe-074, 19.04.2013 – public. 22.04.2013.

<sup>31</sup> A esse propósito, cumpre destacar as controvérsias no julgamento e em torno da ADPF 54/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno – j. em 12.04.2012 – DJe-080, 29.04.2013 – public. 30.04.2013.

<sup>32</sup> Em relação dispositivo similar da Constituição dos Estados Unidos da América, Ely (1980, p. 13) afirma, no sentido semelhante: “*Em um extremo – por exemplo, o mandamento de que o Presidente ‘tenha atingido a idade de trinta e cinco anos’ – a linguagem é tão clara que a referência consciente a fins parece desnecessária*”.

da língua<sup>33</sup>, a noção de decoro parlamentar pode variar imensamente, seja entre gerações ou entre regiões, seja entre postura de interesses, valores e representações morais dos expectantes em geral, com também entre perspectivas sistêmicas de observação da sociedade (religiosa, econômica, científica, educacional, familiar, política etc.).

Além disso, a dupla contingência inerente ao social (e, portanto, ao jurídico)<sup>34</sup> aponta para a incerteza ínsita em toda comunicação. Também a relação entre aquele que expede o texto normativo e aquele que o interpreta e aplica em casos determinados, ou, de maneira mais simples, entre legislador (inclusive o constitucional) e juiz, importa a dupla contingência. Em princípio, o problema da dupla contingência está presente na relação de observação recíproca entre *ego* e *alter* na interação. Mas a questão da dupla contingência não se restringe à interação, na qual os polos *ego* e *alter* remetem a (embora não se confundam com) pessoas, tendo em vista que *alter* e *ego* podem remeter a sistemas sociais<sup>35</sup> e, portanto, também a dimensões (subsistemas) deles; aqui, à legislação (ou ao legislativo), primariamente política, e à jurisdição (ou ao judiciário), primariamente jurídica.

A dupla contingência implica que *ego* conta com a possibilidade de que a ação de *alter* seja diversa daquela que ele projetou e vice-versa. Embora não possa persistir uma “*pura dupla contingência*” – pois há os condicionamentos da interação<sup>36</sup> e a “*absorção da insegurança*” mediante a “*estabilização de expectativas*”<sup>37</sup> –, “*a tentativa de prever precisamente o outro fracassaria inevitavelmente*”<sup>38</sup>. Isso importa a suposição mútua de “*graus de liberdade*”<sup>39</sup> (a ação de *alter* pode ser bem di-

---

<sup>33</sup> Sobre linguística sincrônica e linguística diacrônica, ver SAUSSURE, 1922, p. 114-260 [trad. bras. (s.d.), p. 94-220]. Entretanto, adotamos esta distinção não no sentido estrito que se desenvolve na obra de Saussure, ou seja, como dicotomia entre relações que unem *termos coexistentes* e relações que unem termos sucessivos (cf. *id.*, p. 140 [trad. bras., p. 116]), fundada em uma rígida postura metodológica de separação (cf. *id.*, p. 129 [trad. bras., p. 107]), mas sim para caracterizar o relacionamento paradoxal entre os elementos estáticos e dinâmicos das linguagens naturais consideradas em sua “dialética” interação *língua-fala*.

<sup>34</sup> LUHMANN, 1987a, p. 148 ss.; 1987b, p. 32 ss.; 2002, p. 315 ss. [trad. esp. 2007b, pp. 325 ss.]. O conceito de dupla contingência remonta, segundo LUHMANN (1987a, p. 148; 2002, p. 317 [trad. esp. 2007b, p. 327]), a Talcott Parsons e um grupo de pesquisadores a ele vinculados. Cf. PARSONS *et al.*, 1951, p. 16; PARSONS, 1968, p. 436.

<sup>35</sup> LUHMANN, 1987a, p. 152,155.

<sup>36</sup> Cf. LUHMANN, 1987a, p. 168,185-6.

<sup>37</sup> LUHMANN, 1987a, p. 158.

<sup>38</sup> LUHMANN, 1987a, p. 156.

<sup>39</sup> LUHMANN, 1987a, p. 186.

versa da projetada no vivenciar de *ego* e vice-versa), que converte o comportamento em ação: “*O comportamento torna-se ação no espaço de liberdade de outras possibilidades de determinação*”<sup>40</sup>. Disso decorre que a dupla contingência envolve uma combinação de não identidade e identidade: “*Ego vivencia alter como alter ego. Ao mesmo tempo que tem a experiência com a não identidade das perspectivas, ego vivencia a identidade dessa experiência de ambos os lados*”<sup>41</sup>.

Na relação entre legislação e jurisdição ou, mais abrangentemente, entre normatização e concretização normativa, estabelece-se inicialmente uma dupla contingência como em qualquer processo comunicativo. Ao fazer referência ao legislador (não no sentido subjetivo, pessoal, mas sim institucional), o intérprete-aplicador atribui-lhe uma dação de sentido para o respectivo texto normativo. Isso não significa que essa atribuição importe que este substitua aquele como produtor da respectiva norma. A situação aponta para uma pretensão limitada de estruturar a dupla contingência e determinar o conteúdo de uma comunicação (o que é que *alter* quis dizer?). A mensagem do legislador ou constituinte (*alter*) carrega um conteúdo informativo que precisa ser compreendido por *ego* (juiz), que poderá equivocar-se. Essa alteridade é análoga a todo processo social, inclusive os mais simples do cotidiano: “eu digo que tu disseste isso quando falaste naquela oportunidade”. Nesse caso, *ego* não está dizendo que o conteúdo da fala seja seu. Ele atribui um sentido à fala de *alter*, conforme o conteúdo informativo que compreendeu na mensagem. Essa relação de mensagem, informação e compreensão, ínsita a qualquer comunicação<sup>42</sup>, também se aplica na macro-escala dos sistemas sociais. No nosso contexto, isso significa que a imputação de um conteúdo ao texto normativo (assim como a um texto literário) não significa que eu seja autor da respectiva norma (ou livro). Nesse sentido, cabe distinguir dois níveis: o da *produção* institucional (inclusive não organizada no caso dos costumes jurídicos<sup>43</sup>) da norma e a *construção* hermenêutica da norma no processo de concretização. Supõe-se uma dação de sentido *prima facie* pelo órgão de produção normativa, que, no processo concretizador, é complementada ou transformada por uma dação de sentido em caráter

<sup>40</sup> LUHMANN, 1987a, p. 169.

<sup>41</sup> LUHMANN, 1987a, p. 172.

<sup>42</sup> LUHMANN, 1983a, p. 137; 1987a, p. 193 ss.; 2002, p. 292 ss. [trad. esp. 2007b, p. 306 ss.].

<sup>43</sup> Quanto ao significado jurídico do costume depender de linguagem e envolver interpretação de textos, ver as interessantes discussões e divergências no julgamento do RE 153531/SC – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Rezek – j. em 03.06.1997 – DJ 13.03.1998.

definitivo. Mas permanece a alteridade: a construção hermenêutica (no sentido amplo deste termo) parte da produção institucional da norma, sendo controlada socialmente no decurso do processamento da dupla contingência e, portanto, criticável como incorreta ou inadequada às condições do presente<sup>44</sup>.

A dupla contingência entre legislador e juiz importa sempre um *plus* na comunicação, ou uma “triangulação” no sentido de Davidson<sup>45</sup>, insuscetível de ser reduzida a uma das perspectivas ou a uma convergência delas. A “intertextualidade” da interpretação importa que esta seja compreendida “*como produção de novo texto com base em um texto mais antigo, como ampliação do fundamento do texto*”<sup>46</sup>. Na relação entre *alter* (o legislador) e *ego* (juiz), cada um dos lados parte da linguagem e dos critérios de cada um dos sistemas a que estão primariamente vinculados, a política e o direito.

Mas essas formulações sobre o impacto da vagueza e ambiguidade da linguagem natural ou ordinária, da pluralidade de perspectivas de observação dos expectantes e da dupla contingência da comunicação sobre a incerteza do direito não devem ser tomadas em caráter a-histórico, indiferente ao tipo de formação social. Nesse particular, o incremento da complexidade e contingência social<sup>47</sup>, relacionado à evolução dos meios comunicativos de difusão, passando da linguagem não escrita (oral e figurativa) ao advento da escrita e da imprensa, até chegar aos meios eletrônicos e, por fim, à Internet<sup>48</sup>, tem um papel fundamental na dimensão de incerteza do direito.

Em sociedades pré-modernas, fundamentadas em uma forte unidade acerca de valores e, correspondentemente, em concepções morais

---

<sup>44</sup> Nesse sentido, embora com base em outros pressupostos teóricos e com outras implicações, cf. BETTI, 1955, p. 816 ss.; GADAMER, 1990 [1960], p. 330 ss.

<sup>45</sup> Embora Davidson parta de outros pressupostos, sua ideia de “triangulação”, que implica um outro nível além dos comunicadores, ou seja, o social ou da comunicação (DAVIDSON, 1982, p. 327; 1991, pp. 159-60), tem algo de semelhante ao conceito de comunicação de LUHMANN (1987a, pp. 193 ss.), entendida como “processo seletivo triádico” de informação, mensagem e compreensão, que emerge “de cima” (1987a, p. 43-4), no âmbito da dupla contingência entre *alter* e *ego*.

<sup>46</sup> LUHMANN, 1993, p. 340.

<sup>47</sup> Complexidade entendida como presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas; contingência compreendida como a condição em que “*as possibilidades apontadas para as experiências ulteriores podem ser diferentes das que foram esperadas*” (LUHMANN, 1987b, p. 31), implicando, portanto, incerteza no plano das expectativas.

<sup>48</sup> Sobre essa evolução destaca-se a monumental obra, em quatro volumes, de Thomas VESTING (2011a; 2011b; 2013; 2015).

válidas para todas as esferas do agir e do vivenciar, uma interpretação divergente da determinada pelo “soberano” é, em regra, considerada um desvio condenável. Mesmo quando, excepcionalmente, surgem alternativas de interpretação, a unidade de valores, representações morais e interesses corporificada no detentor supremo de poder serve como critério que ignora ou reprime o dissenso eventual. É verdade que o surgimento da escrita, afastando as pressões da relação concreta entre presentes, já se apresenta como fator relevante de possibilitação de interpretações desviantes<sup>49</sup>. Mas o fato é que a questão das divergências interpretativas a respeito de textos jurídicos, relacionada à percepção e abordagem de sua plurivocidade, só se torna problemática com a complexidade da sociedade moderna. Nesta, a multiplicidade de valores, interesses e discursos possibilita uma variedade estrutural de expectativas sobre os textos jurídicos. Em relação à Constituição, que é mais abrangente na dimensão material, pessoal e temporal, essa situação acentua-se. Considerando que no Estado de direito predomina o princípio da interpretação conforme a Constituição<sup>50</sup>, as questões jurídicas, ao ganharem direta ou indiretamente um significado constitucional, carregam um forte potencial de conflito interpretativo. Mas é nas questões diretamente constitucionais que se observa mais claramente os chamados “casos difíceis” ou controversos. Nelas, a ambiguidade intensifica-se e a vagueza amplia-se, de tal maneira que se pode observar uma maior sensibilidade da esfera pública em relação às mesmas. Em outras palavras, pode-se afirmar que os “casos constitucionais difíceis”, por pressuporem uma maior multivocidade e implicarem divergências mais acentuadas na interpretação do texto constitucional, relacionam-se intimamente com a maior variedade de expectativas presentes na esfera pública sobre o significado da Constituição. Essa variedade de expectativas, por sua vez, é indissociável do dissenso estrutural sobre valores e interesses que caracteriza a esfera pública pluralista<sup>51</sup>. Daí porque a incerteza que marca a modernidade apresenta-se como um desafio para o Estado Constitucional<sup>52</sup>.

Em suma, no contexto da complexidade e contingência da sociedade moderna, a incerteza do direito é algo inexorável e precisa ser assumida, processada, absorvida e dissipada nos procedimentos de concretização jurídica, mas não negada ou reprimida, pois, senão, reinsurgirá de forma descontrolada e destrutiva.

---

<sup>49</sup> LUHMANN, 1993, p. 252 ss.

<sup>50</sup> A respeito desse lugar-comum, ver, entre muitos outros, MÜLLER, 1995, p. 86-9; HESSE, 1995, p. 30-33.

<sup>51</sup> Cf. NEVES, 2006, p. 136 ss.

<sup>52</sup> HAVERKATE, 1992, p. 120 ss.

### 3 DA INCERTEZA DO DIREITO COMO CONDIÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA À INCERTEZA ÍNSITA AO PARADOXO DA JUSTIÇA

A incerteza do direito moderno é uma garantia contra a certeza totalitária de uma única e última instância capaz de dizer qual é o direito a ser aplicado ao caso. Disso decorre que, ao contrário de uma suposição muito comum, a incerteza é uma condição da segurança jurídica. Por quê?

Quando, no início da controvérsia jurídica, já se sabe ou se tem certeza do resultado, o procedimento respectivo está de tal maneira deformado, que se transforma em um mero ritual, exatamente porque não há incerteza quanto ao resultado<sup>53</sup>. Assim, não só a legitimação pelo procedimento estará ausente, mas também a segurança jurídica como uma exigência do direito positivo moderno, sob condições sociais supercomplexas. A definição do resultado de antemão significa que o direito está subordinado a fatores sociais imediatos, como interesses econômicos concretos, constelações particulares de poder, boas relações e outros mecanismos corruptores da reprodução consistente do direito. Especialmente em experiências autoritárias e totalitárias, na impossibilidade de uma interpretação desviante dos interesses dos poderosos, reprimida ou suprimida a incerteza do direito, falta qualquer segurança jurídica dos indivíduos e da sociedade civil. O resultado de qualquer caso pode ser predefinido sem que haja nenhuma relevância da discussão jurídica fundada na incerteza quanto ao desfecho do caso. O direito como mecanismo de resolução de conflitos e de instituição destinada ao “alívio das expectativas” normativas<sup>54</sup> fica paralisado no seu potencial de inclusão. Uma das partes já pode ser considerada antecipadamente vitoriosa.

Mas tal situação de insegurança jurídica decorrente da repressão ou ocultação da incerteza jurídica não ocorre apenas em experiências autocráticas, nas quais, em nome da razão de estado ou da segurança nacional, pode-se garantir a certeza dos resultados e suprimir a segurança jurídica. Também em experiências de “corrupção” difusa do direito mediante particularismos políticos, econômicos e relacionais no caso de estado de direito ou constitucionalismo aparente ou simbólico, afasta-se a incerteza quanto ao resultado dos procedimentos jurídicos, que perdem credibilidade, o que leva à insegurança jurídica. Criam-se redes de conta-

<sup>53</sup> Cf. LUHMANN, 1983b [1969], p. 38.

<sup>54</sup> “O direito não é primariamente uma ordem coercitiva, mas sim um alívio das expectativas” (LUHMANN, 1987a, p. 100).

to<sup>55</sup> conforme as quais é possível definir-se antecipadamente o desfecho. Assim, quem entra com uma ação contra o mais poderoso está fadado, não só a perder no processo jurídico, mas também a sofrer retaliações ilícitas por causar tal vexame. Não se trata apenas de “donos do poder”, mas de *donos do direito*. Havendo esses, sempre capazes de contar com o resultado a seu favor, fica prejudicada a incerteza jurídica e, com isso, a segurança jurídica, que exige a credibilidade no procedimento como caminho de busca de um resultado juridicamente consistente. E a segurança jurídica, que é complementada pela incerteza procedimentalmente construída do direito, tanto pode ser vista em estritos termos da teoria dos sistemas como consistência jurídica da decisão<sup>56</sup>, quanto no sentido da teoria do discurso como coerência jurídica<sup>57</sup>, apesar dos pressupostos diversos.

A incerteza desenvolve-se primariamente no momento da variedade do direito, enquanto a segurança jurídica é processada primordialmente no momento da redundância, ambos fundamentais para a autonomia operativa do direito em face de particularismos sociais os mais diversos<sup>58</sup>. A incerteza exsurge procedimentalmente em face da textualidade e facticidade dos pontos de partida, que exigem a definição seletiva, respectivamente, do significado prescritivo (norma jurídica a aplicar) e do referente semântico (fato jurídico) apropriado à solução do caso. Supõe-se, porém, que, definida – entre os textos invocados e diante dos fatos apresentados pelas partes e membros do órgão judicial – a norma a ser aplicada ao fato jurídico enquadrado na hipótese normativa, a decisão sirva de parâmetro generalizado para outros casos da mesma feitura jurídica. Essa é a dimensão da segurança jurídica. Embora suponha a incerteza quanto ao resultado no ponto de partida, ela se dirige à reorientação das expectativas no desfecho do caso, para, assim, promover a produção de redundância com respeito ao futuro (ver figura 1). Isso não significa que a cadeia da incerteza não possa ser reaberta plenamente em outro caso, mas, em nome da segurança jurídica, impõe-se a discussão aberta

---

<sup>55</sup> As redes de contato não devem, nesse contexto, ser confundidas com os “*sistemas de contato*” no sentido de LUHMANN (1987a, p. 278-80; 1983b [1969], p. 75-81), que servem complementarmente ao funcionamento do direito positivo, pois elas, antes, são bloqueadoras da reprodução consistente do direito (a respeito, ver NEVES, 1992, p. 101 ss.).

<sup>56</sup> Cf. LUHMANN, 1993, p. 225-6.

<sup>57</sup> Cf. HABERMAS, 1992, p. 207 [trad. bras. 2003, v. I, p. 210].

<sup>58</sup> Sobre a combinação de redundância e variedade como condição de autonomia, ver ATLAN, 1979, que se refere aos dois casos extremos da relação entre redundância e variedade: “*A morte por rigidez, a do cristal, do mineral, e a morte por decomposição, a da fumaça*” (*id.*, p. 281).

do *overruling* ou *distinguishing* à luz dos textos e fatos invocados no novo caso, para que novamente haja uma decisão capaz de ser suportada sem quebrar a credibilidade do direito, ou seja, apta para reorientar as expectativas normativas envolvidas no procedimento.

Essa relação de complementaridade e tensão entre incerteza do direito e segurança jurídica leva-nos ao paradoxo da justiça. No modelo da desconstrução, essa questão é formulada sugestivamente por Derrida:

*Para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, deve não somente seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar-lhe o valor, por um ato reinstaurador, como se, no limite, a lei não existisse dantes, como se o próprio juiz a inventasse a cada caso [...]. Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que no seu momento próprio – se é que há um – ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destrutiva ou suspensiva da lei, de tal maneira que deva a cada caso reinventá-la, re-justificá-la, reinventá-la ao menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio*<sup>59</sup>.

De tal formulação resulta a afirmação peremptória: “A justiça é uma experiência do impossível”<sup>60</sup>. Mas, assim, estaríamos diante de uma aporia, não de um paradoxo. A aporia (ἀπορία), na tradição da filosofia vétero-europeia, leva ao “impasse” ou à “perplexidade *paralisante*”; na versão de Derrida, ela envolve um ponto de “indecidibilidade” insuperável, que mina o texto e o discurso, inviabilizando a decisão, pois, com ela, “**não seria mais possível constituir um problema, um projeto ou uma proteção**”, “**não há mais problema**”<sup>61</sup>. Como “**experiência de não passagem**”, “**trata-se do impossível ou do impraticável**”<sup>62</sup>. Tomada, nesse termos, como base da filosofia, ela resulta em uma metafísica negativa, como impossibilidade do ir além, em contraste com a metafísica positiva clássica, que insiste na necessidade do permanecer aquém. É por isso que a justiça, em seu caráter aporético, sendo a “própria desconstrução”, fica no campo de “uma experiência do impossível”.

<sup>59</sup> DERRIDA, 1994, p. 50-1.

<sup>60</sup> DERRIDA, 1994, p. 38.

<sup>61</sup> “*il ne seraît même plus possible de constituer un problème, un projet ou une protection*”, “*il n’y a plus de problème*” (DERRIDA, 1996, p. 31). Entretanto, Derrida põe a “palavra problema” “em tensão com essa outra palavra grega **deaporia**” (“*en tension avec cet autre mot grec d’aporia*” – *id.*, p. 30-1), possibilitando uma leitura no sentido de um paradoxo entre problema e aporia, mas sem querer explorá-lo nem enfrentá-lo.

<sup>62</sup> DERRIDA, 1996, p. 30 (“*l’expérience de non-passage*”) e 31 (“*il s’agit de l’impossible ou de l’impraticable*”).

Ao contrário da metafísica negativa da impossibilidade, expressa no impasse aporético da desconstrução, o paradoxo do problema e de sua solução desdobra-se, nos termos da teoria dos sistemas, como processamento da contingência, além tanto do necessário quanto do impossível, no processo sócio-histórico. Nessa perspectiva, a justiça não é apresentada como “*a experiência do impossível*”, mas sim como “*fórmula de contingência*”<sup>63</sup>, que implica “escassez”, “falta”, ambas motivadoras da ação. Assim como a escassez na economia e a falta no amor, como fórmulas de contingência, instigam a reprodução econômica e a paixão amorosa, a justiça é catalisadora do jurídico-social.

A justiça, nessa perspectiva, tem duas dimensões: a justiça interna, concernente à tomada de decisão *juridicamente consistente* (autorreferência); a justiça externa, referente à tomada de decisão *adequadamente complexa à sociedade* (heterorreferência)<sup>64</sup>. Por um lado, sem que se possa contar com uma solução juridicamente consistente, o direito perde a sua racionalidade. Isso implica que, sem um sistema jurídico orientado primariamente no princípio constitucional da legalidade, ou seja, sem “justiça constitucional interna”, não cabe falar de racionalidade jurídica em uma sociedade complexa. Os julgamentos vão subordinar-se, então, a fatores particularistas os mais diversos, sem significado jurídico-constitucional para a orientação do comportamento e a estabilização das expectativas normativas. A racionalidade do direito exige, portanto, consistência constitucional (redundância, segurança jurídica). Por outro lado, a justiça como racionalidade jurídica importa a adequação social do direito (variedade, incerteza do direito). Evidentemente, essa é uma questão difícil, pois no ambiente do direito há várias pretensões de autonomia sistêmica em conflito. Uma adequação econômica do direito, por exemplo, pode ter impactos negativos na educação, no ambiente, na arte e na ciência e vice-versa. Também há valores e perspectivas morais os mais diversos no mundo da vida fragmentado da sociedade mundial complexa do presente<sup>65</sup>. Algo que se apresenta adequado a um grupo pode parecer inadequado a

---

<sup>63</sup> LUHMANN, 1993, p. 214 ss. Luhmann se refere também à fórmula de contingência em outros sistemas sociais, como, por exemplo, escassez na economia, legitimidade no sistema político, limitacionalidade na ciência e Deus na religião (1997, t. 1, p. 470 [trad. esp. 2007a, p. 371]; 1993, p. 222).

<sup>64</sup> LUHMANN, 1993, p. 225-6; 1988, p. 26-5; 1981, p. 374-418.

<sup>65</sup> Uso “mundo da vida” não como “pano de fundo” da “ação comunicativa”, dirigida ao consenso, nos termos de HABERMAS (1986, p. 593; cf. também 1982, p. 182), mas sim para me referir às dimensões do ambiente dos sistemas funcionais não estruturadas sistêmico-funcionalmente, envolvendo uma diversidade de valores, interesses, expectativas e discursos entre si conflituosos (cf. NEVES, 2012, p. 122 ss.).

outro. E não há, nem no plano dos sistemas funcionais nem no plano do mundo da vida, um projeto hegemônico único<sup>66</sup>. A adequação social do direito, constitucionalmente amparada, não pode significar, portanto, uma resposta adequada a pretensões específicas de conteúdos particulares, mas sim a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que estes servem para reorientar as expectativas em face do direito, sobretudo daqueles que eventualmente tenham suas pretensões rejeitadas por decisões jurídicas.

Mas a relação entre justiça interna e externa é paradoxal. Não se pode imaginar um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito, a saber, entre justiça interna e externa, ambas ancoradas no tratamento igual/desigual de casos e dos homens como pessoas<sup>67</sup>. A justiça do sistema jurídico como fórmula de contingência importa sempre uma orientação motivadora de comportamentos e expectativas que buscam esse equilíbrio, que sempre é imperfeito e se define em cada caso concreto. Por um lado, um modelo de mera consistência jurídica conduz a um formalismo socialmente inadequado. O excesso de ênfase na consistência jurídica pode levar a graves problemas de inadequação social do direito, que perde, então, sua capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente. Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo juridicamente inconsistente. Na falta de valores, de morais e de interesses partilhados congruentemente na sociedade moderna supercomplexa, a ênfase excessiva na adequação social tende a levar à subordinação do direito a projetos particulares com pretensão de hegemonia absoluta. Nesse sentido, embora sempre defeituoso, pois nunca é alcançado plenamente e depende da experiência de cada caso, o equilíbrio entre justiça interna e externa serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicações do sistema jurídico.

Nesses termos, a justiça constitui um paradoxo. Repetindo, toda fórmula de contingência motiva a ação e comunicação enquanto é uma experiência com algo que falta<sup>68</sup>. Por exemplo, a legitimidade na política democrática implica sempre uma oposição que exige mudanças; a escas-

<sup>66</sup> A esse respeito, observa SONJABUCKEL (2007, p. 223): “*Não existe apenas um único projeto desse que poderia dominar o contexto social, mas sim projetos concorrentes, em correspondência com a multiplicidade das diferenças antagônicas*”.

<sup>67</sup> Cf. LUHMANN, 1993, p. 110 ss., 223 ss.; NEVES, 2009, p. 66 ff.

<sup>68</sup> LUHMANN (1993, p. 220), ao relacionar a fórmula de contingência à dimensão de “*determinabilidade/indeterminabilidade*”, afirma, por sua vez, que ela não se refere “*a fatos atualmente existentes (compreendidos, designados), mas sim a outras possibilidades de lidar com eles*”.

sez importa valores que motivam os agentes econômicos; Deus importa um mistério com o incognoscível, que é base da ação e comunicação religiosa; a ausência (falta) do amante é o momento em que se comprova o amor, motivando a ação ou a comunicação amorosa. Também a justiça é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente: como fórmula de contingência, a superação do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo, levando a uma desdiferenciação involutiva ou ensejando um “paraíso moral” de plena realização da justiça, assim como o fim da escassez como fórmula de contingência da economia conduziria a um “paraíso da abundância”, a saber, ao fim da economia<sup>69</sup>.

Nesse sentido, indo além da incerteza do direito, o próprio paradoxo da justiça do sistema jurídico, ao processar consistência jurídica e adequação social, é catalisador de incerteza. Nesse sentido, cabe dizer, considerando o caráter altamente contingente das comunicações e expectativas na sociedade mundial hodierna, que *a justiça como incerteza é a experiência do improvável*.

## 4 REFERÊNCIAS

ATLAN, Henri. **Entre le cristal et la fumée**: Essai sur l'organisation du vivant. Paris: Seuil, 1979.

BETTI, Emilio. **Teoria Generale delle Interpretazione**. Milão: Giuffrè, 1955. v. II.

BONNECASE, Julien. **L'École de l'Exégèse en Droit Civil**: Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants. 2. ed. Paris: E. de Boccard, 1924.

BONNECASE, Julien. **La pensée juridique française de 1804 à l'heure présent**: ses variations et ses traits essentiels. Bordeaux: Delmas, 1933. v. I.

BUCKEL, Sonja. **Subjektivierung und Kohäsion**: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts. Frankfurt am Main: Velbrück, 2007.

CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process** [1921]. New Haven/Londres: Yale University Press [trad. bras. (2004): **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 1. ed., 5. reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.

COPI, Irving M. **Introduction to Logic**. 2. ed. Nova York: Macmillan [trad. bras. (1978): **Introdução à lógica**. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1961.

---

<sup>69</sup> NEVES, 2009, p. 66.

- COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Losada, 1944.
- DAVIDSON, Donald. Rational Animals. **Dialectica**, v. 36, n. 4, p. 318-27, 1982.
- \_\_\_\_\_. Three Varieties of Knowledge. In: GRIFFITHS, Allen Phillips (Org.). **A. J. Ayer Memorial Essays (Royal Institute of Philosophy Supplement 30)**. Cambridge [u. a.]: Cambridge University Press, p. 153-166, 1991.
- DERRIDA, Jacques. **Force de loi – Le “Fondement mystique de l’autorité”**. Paris: Galilée, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Apories**. Paris: Galilée, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 2. impressão (corrigida) com apêndix. Londres: Duckworth [1ª impressão 1977] [trad. bras. (2002): **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes], 1978.
- \_\_\_\_\_. **A Matter of Principle**. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press [trad. bras. (2001). **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes], 1985.
- \_\_\_\_\_. **Law’s Empire**. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press. Trad. bras. (2003): **O império do direito**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Justice in Robes**. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press. Trad. bras. (2010). **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- EHRlich, Eugen. **Grundlegung der Soziologie des Rechts** 3. ed. Berlim: Duncker & Humblot [reimpressão inalterada da 1ª edição, 1913], 1967.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie. In: FISCHER-LESCANO, A. (Ed.). **Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie**. Bielefeld: Transcript Verlag, 2013. p. 13-39.
- GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. 6. ed. Tübingen: Mohr [1. ed. 1960], 1990.
- GREIMAS, Algirdas Julien; Landowski, Éric. Analyse sémiotique d’un discours juridique: la loi commerciale sur les sociétés et les groupes de sociétés. In: GREIMAS, A. J. **Sémiotique et sciences sociales**. Paris: Éditions du Seuil, 1976. p. 79-128.
- HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982. v. 2.
- \_\_\_\_\_. Erläuterungen zum Begriff des kommunikativen Handelns, 1982. In: HABERMAS, J. **Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. p. 571-606.
- \_\_\_\_\_. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp. Trad. bras. (2003): **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 vols., 1992.
- HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press. 1. ed. 1961. Trad. bras.: **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, 1994.
- HAVERKATE, Görg. **Verfassungslehre: Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung**. Munique: Beck, 1992.
- HECK, Philipp. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. **Archiv für die civilistische Praxis (AcP)** 112, p. 1-313, 1914.
- HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Karlsruhe: Müller [1. ed. 1967], 1995.

- HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Ian Shapiro (Org.). New Haven/Londres: Yale University Press [1. ed.: Londres, 1651], 2010.
- JHERING, Rudolf. **Der Kampf um's Recht**. Felix Ermacora (Org.). Berlim/Frankfurt am Main/Viena: Propyläen-Verlag [original: Palestra proferida em Viena, 1872], 1992.
- KANTOROWICZ, Hermann. **Der Kampf um die Rechtswissenschaft**. Baden-Baden: Nomos [reimpressão da edição de Heidelberg, 1906, publicada originariamente sob o pseudônimo Gnaeus Flavius], 2002.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Viena: Franz Deuticke. Trad. bras.: **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 1960.
- KOCH, Hans-Joachim. "Einleitung: Überjuristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht". In: KOCH, H.-J. (Org.). **Seminar "Die juristische Methode im Staatsrecht"**: Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977. p. 13-157.
- LADEUR, Karl-Heinz. Die transsubjektive Dimension der Grundrechte. In: VESTING, T.; KORIOTH, S.; AUGSBERG, I. **Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung**. Tübingen: Mohr, 2014. p. 17-38.
- LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 4. ed. Berlim/Heidelberg/Nova York: Springer-Verlag, 1979.
- LUHMANN, Niklas. **Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.
- \_\_\_\_\_. Die Einheit des Rechtssystems. **Rechtstheorie** 14, 1983a. p. 129-54.
- \_\_\_\_\_. **Legitimation durch Verfahren**. Frankfurt am Main: Suhrkamp [1. ed. Neuwied/Berlim: Luchterhand, 1969], 1983b.
- \_\_\_\_\_. **Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987a.
- \_\_\_\_\_. **Rechtssoziologie**. 3. ed. Opladen: West-deutscher Verlag, 1987b.
- \_\_\_\_\_. Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts. **Rechtstheorie** 19, 1988. p. 11-27.
- \_\_\_\_\_. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993
- \_\_\_\_\_. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2 t. [trad. esp. (2007a): **La sociedad de la sociedad**. México: Herder/Universidad Iberoamericana], 1997.
- \_\_\_\_\_. **Einführung in die Systemtheorie**. Org. Dirk Baecker. Heidelberg: Carl-Auer-Systeme [trad. esp. (2007b): **Introducción a la teoría de sistemas**. México: Universidad Iberoamericana/Tlaque-paque: Iteso], 2002.
- MONTESQUIEU. **De l'Esprit des Lois**. Paris: Garnier Frères [1. ed.: 1748], 1874.
- MULLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 6. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1995.
- NEVES, Marcelo. **Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien**. Berlim: Duncker & Humblot, 1992.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- OLIVECRONA, Karl. Legal Language and Reality. In: NEWMAN, Ralph A. (Org.). **Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. p. 151-191.

- PARSONS, Talcott. Interaction: Social Interaction. *In: International Encyclopedia of the Social Sciences*, Nova York: The Macmillan Company & The Free Press/Londres: Collier Macmillan Publishers [reimpressão 1972], 1968. v. 7, p. 429-41.
- PARSONS, Talcott *et al.* Some Fundamental Categories of the Theory of Action: A General Statement?. *In: PARSONS, T.; SHILS, E. A. (Orgs.). Toward a General Theory of Action*. Cambridge, MA: Harvard University Press [6. Impressão 1967], 1951. p. 3-29.
- PONTES DE MIRANDA, [Francisco Cavalcanti]. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. I e V.
- ROSS, Alf. **Directives and Norms**. Londres: Routledge & Kegan Paul/Nova York: Humanities Press, 1968.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale**. Paris: Payot. Trad. Bras. (s.d.): **Curso de lingüística geral**. 12. ed. São Paulo, Cultrix, 1922.
- SMEND, Rudolf. Verfassung und Verfassungsrecht (1928). *In: SMEND, R. Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1968. p. 119-276.
- VESTING, Thomas. **Die Medien des Rechts: Sprache**. Frankfurt am Main: Weilerswit, 2011a.
- \_\_\_\_\_. **Die Medien des Rechts: Sprache**. Frankfurt am Main: Weilerswit, 2011b.
- \_\_\_\_\_. **Die Medien des Rechts: Buchdruck**. Frankfurt am Main: Weilerswit, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Die Medien des Rechts: Computernetzwerke**. Frankfurt am Main: Weilerswit, 2015.
- VISSER'T HOOFT, H. Ph. La philosophie du langage ordinaire et le droit. **Archives de Philosophie du Droit** 19, 1974. p. 19-23.
- VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norm and Action: A Logical Enquiry**. Londres/Henley: Routledge & Kegan Paul [trad. esp. (1970): Norma y Acción: una investigación lógica. Madri: Technos], 1963.
- WARAT, Luis Alberto. **Semiótica y derecho**. Buenos Aires: Eikón, 1972.
- \_\_\_\_\_. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Com a colaboração de L. S. Rocha e G. G. Cittadino. Porto Alegre: Fabris, 1984.



# REGULANDO A INCERTEZA: A CONSTRUÇÃO DE MODELOS DECISÓRIOS E OS RISCOS DO PARADOXO DA DETERMINAÇÃO

*Fernando Leal<sup>1</sup>*

---

*Sumário: 1. Introdução. 2. Localização do Problema: Precisão Descritiva x Ambição Normativa. 3. Um Problema Metodológico. 4. Dois Exemplos. 5. Conclusão. 6. Referências.*

## 1 INTRODUÇÃO

Entre os problemas centrais da filosofia do direito, três são permanentes. Eles estão relacionados à identificação do que possa ser chamado de *direito*, à definição da *justiça* e à *justificação de decisões* jurídicas. A maneira mais simples de expressar a permanência desses problemas é mostrar que eles não encontram respostas definitivas. Se tomarmos como exemplo o debate que separa tradicionalmente positivistas de não positivistas sobre a natureza do direito – um debate que diz respeito, portanto, ao primeiro problema indicado – encontraríamos em Kelsen uma certa resignação realista sobre as possibilidades de soterramento definitivo das disputas entre os dois lados. Para o autor, “[o] *que o positivismo jurídico é não está superado e nunca será superado. Muito menos o direito natural. Este nunca será superado. Essa oposição é eterna. Os espíritos da época mostram apenas que logo um ponto de vista,*

---

<sup>1</sup> Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Pelos comentários e sugestões a uma versão anterior deste texto sou grato a Thomaz Pereira.

logo o outro, *estará em evidência*<sup>2</sup>. Mas uma outra maneira de se referir à permanência daqueles problemas está relacionada à pluralidade de questões que cada um daqueles temas levanta e pode vir a levantar. A permanência, ao contrário do aspecto anterior, não decorre da precariedade das *respostas*, mas das dificuldades de se delimitar as próprias *perguntas* relevantes vinculadas a cada um daqueles grandes temas. “O que é o direito?”, “o que é a justiça?” e “como uma decisão jurídica pode ser considerada justificada?” são, portanto, apenas algumas perguntas que captam o que está por trás de cada um dos três problemas apresentados.

Embora o tema da incerteza normativa – um problema permanente para a teoria do direito – possa estar relacionado a cada um daqueles três pontos, ele é tradicionalmente encarado como a razão para a perenidade do terceiro problema. Se a justificação de decisões jurídicas é um problema permanentemente aberto na filosofia do direito é porque nem sempre é claro se ou como o direito atua sobre o comportamento individual em determinadas situações – ou porque, ainda que este não seja o caso, a aplicação da resposta jurídica para certo tipo de questão claramente regulada pelo direito mostra-se, em circunstâncias especiais, indesejável<sup>3</sup>. Assim, o problema da justificação de decisões jurídicas existe porque o direito pode ser considerado em alguma medida estruturalmente indeterminado<sup>4</sup>. E, para a tomada de decisão jurídica, essa indeterminação é a principal fonte de *incertezas* sobre o resultado jurídico de determinadas questões. Conhecer a fonte dessas incertezas, os tipos de problemas normativos por trás delas, os limites da linguagem para a enunciação de padrões de comportamento completamente determinados e apresentar mecanismos voltados a reduzi-las ou mantê-las sob controle são exemplos de subtemas da questão mais geral a respeito da justificação de decisões jurídicas que não se seguem diretamente do material jurídico preexistente ao momento da tomada de decisão.

No caso específico das propostas teóricas que erguem a pretensão de conduzir processos de justificação de decisões em casos difíceis,

---

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. Disukussion zum Vortrag von Erich Kaufmann. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer** 3 (1927). p. 53. Tradução livre. Grifo acrescido.

<sup>3</sup> Sobre a derrotabilidade de regras jurídicas incidentes v. HART, H.L.A. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society** 49, p. 171-194, 1949; HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. In: \_\_\_\_\_. **Studies in Legal Logic**. Dordrecht: Springer, 2005. p. 7-32.

<sup>4</sup> Assim FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; WERNECK, Diego. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 243, p. 79-112, 2006, p. 91 e s.

os debates permanentes costumam girar em torno dos méritos e deméritos da incorporação por autoridades oficiais do direito das diferentes alternativas para limitar as possíveis escolhas arbitrárias daqueles que têm por função atribuir uma resposta *jurídica* para determinada questão. E assim caminham as disputas constantes entre partidários de diferentes visões sobre como juízes, advogados e outros participantes do discurso jurídico *deveriam* desenvolver as suas cadeias de argumentos para mostrar por que as soluções que propõem para casos controversos não são o produto de simples escolhas pessoais. Parafraseando Kelsen, seria possível dizer que as divergências entre coerentistas, pragmatistas, textualistas e tantos outros nunca será superada. Ora uns, ora outros parecerão ser aqueles que sugerem a resposta mais adequada, à sua maneira, para determinado problema jurídico. Não raro, essas diferentes teorias podem ser até *ortogonais* relativamente aos resultados de disputas jurídicas pontuais, já que podem sustentar, ainda que por caminhos diferentes, a mesma resposta jurídica<sup>5</sup>. No entanto, mesmo assim, ainda haverá algo por que divergir.

Para além dessas disputas de primeira ordem, contudo, é possível identificar pontos de desacordo relacionados à própria *construção* dessas teorias normativas. Metaproblemas, portanto, que podem trazer questões importantes para reflexões filosóficas sobre o problema da justificação de decisões jurídicas. Para voltar mais uma vez às discussões sobre a natureza do direito, as disputas entre descritivistas, normativistas e naturalistas são expressões de como disputas sobre a metodologia mais adequada para o desenvolvimento de um projeto filosófico de investigação da natureza do direito pode estar no centro do que, no fundo, pode separar positivistas de não positivistas<sup>6</sup>. Da mesma forma, questões relacionadas ao *método* de construção de teorias podem ser cruciais para a avaliação do potencial efetivo de certas teorias normativas da decisão jurídica para inspirar *práticas* jurídicas – especialmente *judiciais*. Apre-

---

<sup>5</sup> BIX, Brian. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. *Rechtstheorie*, v. 37, 2006, p. 144.

<sup>6</sup> V. a respeito COLEMAN, Jules. Methodology. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 311-351. DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001; ALEXY, Robert. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas, PAULSON, Stanley L. & POGGE, Thomas Winfried Menko (Eds.). **Rights, Culture, and the Law: Themes From the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 3-16. LEITER, Brian; LANGLINAIS, Alex. The Methodology of legal philosophy. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper** 407, 2012. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/public\\_law\\_and\\_legal\\_theory/398/](http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/398/)>. Acesso em: 29 dez. 2015.

sentar um problema de natureza metodológica capaz de afetar a qualidade de teorias dessa natureza é o objetivo central deste trabalho.

## 2 LOCALIZAÇÃO DO PROBLEMA: PRECISÃO DESCRITIVA X AMBIÇÃO NORMATIVA

Teorias e métodos de decisão costumam ser desenhados para lidar com aquele que poderia ser chamado de “o problema fundamental da metodologia jurídica”. Para Alexy, este problema poderia ser enunciado da seguinte maneira: como controlar racionalmente as valorações de tomadores de decisão que precisam resolver problemas jurídicos cujas respostas não se extraem diretamente da conjugação de proposições normativas e proposições factuais?<sup>7</sup>

O propósito da maior parte das teorias normativas de justificação e dos métodos de decisão que pretendem enfrentar essa pergunta é limitar – ou ao menos manter sob controle crítico – as margens de valoração de tomadores de decisão chamados a enfrentar casos difíceis no direito. Um dos pressupostos que justifica a importância desse tipo de empreendimento é o de que tomadores de decisão que não se sentem limitados pelo direito podem impor as suas próprias preferências ao decidirem casos concretos. O conhecimento de uma certa predisposição de tomadores de decisão – notadamente juízes – para atuar de maneira não vinculada ao direito é, nessa linha, um dos aspectos da realidade que informa teorias e métodos de decisão jurídica que almejam, no fundo, combatê-la.

Se essa leitura pode ser considerada plausível, existe uma dimensão pretensamente *descritiva* – ainda que não empiricamente justificada – que orienta a construção de diversas teorias normativas da decisão jurídica e de métodos de fundamentação de decisões. São teorias e métodos que pretendem partir de como o mundo é para recomendar como ele deve ser. Nesse sentido, o investimento em teorias e métodos de decisão no domínio do direito pressupõe o conhecimento de determinadas *atitudes patológicas* que tomadores de decisão (i) teriam, caso não pudessem ser, de alguma maneira, limitados por metodologias de decisão, ou (ii) que já revelam ter ao decidir, mesmo quando recorrem a métodos e teorias amplamente reconhecidos na prática judicial. Neste último caso, o apelo a métodos e teorias decisórias seria apenas uma maneira de camuflar a ampla liberdade de escolha já exercida em processos decisórios

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*, *op. cit.*, p. 18.

reais<sup>8</sup>. Para essas propostas, as atitudes de tomadores de decisão são, em suma, um *dado* para o qual alternativas de solução são estruturadas.

Esse aspecto descritivo é crucial para que se possa explorar a possibilidade de propostas teóricas e metodológicas desenvolvidas para conduzir processos de tomada de decisão jurídica não produzirem, uma vez incorporadas na prática judicial, qualquer resultado prático relevante ou até mesmo o efeito *oposto* ao por elas visado. Nesse sentido, é possível argumentar que teorias e métodos complexos de decisão, em vez de reduzirem os níveis de incerteza subjacentes a processos de solução de casos difíceis no direito, podem *augmentá-los* descontroladamente. Para tanto, basta que as propostas normativas de esforços teóricos não internalizem em suas prescrições as atitudes dos tomadores de decisão diagnosticadas como sintomas que pretendem ser combatidos. Este é comumente o caso quando, a despeito das explicações pretensamente realistas sobre as motivações de tomadores de decisão usadas para inspirar a construção de modelos decisórios, *idealizações* são tomadas como referenciais para a orientação da prática decisória. Haveria, nesse cenário, uma combinação incoerente entre apelos teóricos ideais e não ideais, na medida em que, enquanto motivações *não ideais* seriam usadas com o propósito de diagnosticar problemas, motivações *ideais* seriam as bases para prescrições<sup>9</sup>. O pessimismo da percepção da prática é substituído por algum tipo de otimismo – às vezes, ingênuo – na construção de mecanismos para lidar com esses problemas. Com isso, em vez de teorias e métodos – especialmente os mais sofisticados – significarem mais barreiras, por exemplo, ao exercício da discricionariedade judicial (o que normalmente teorias normativas da decisão jurídica almejam realizar), eles podem se tornar, na verdade, mais munição para que juízes decidam como queiram simplesmente porque “esquecem” em suas prescrições como tomadores reais de decisão tendem, de fato, a agir. Casos como esse revelam um evidente paradoxo. Um *paradoxo da determinação*<sup>10</sup>.

Maiores esforços de determinação não necessariamente levam a maior limitação da discricionariedade. Ao contrário, como afirmado,

---

<sup>8</sup> Para Schauer, esse é o principal desafio do realismo jurídico para se pensar na existência de um raciocínio tipicamente jurídico. V. SCHAUER, Frereick, **Thinking like a Lawyer**, cap. 7.

<sup>9</sup> POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system? **The University of Chicago Law Review** 80, p. 1743-1797, 2013. p. 1744.

<sup>10</sup> Posner e Vermeule se referem a esse paradoxo como uma falácia do dentro/fora. A referência sobre o paradoxo da determinação tem origem na economia. V. a respeito BHAGWATI, Jagdish; BRECHER, Richard A.; SRINIVASAN, T. N. DUP Activities and Economic Theory. **European Economic Review** 24, p. 291-307, 1984.

podem apenas tornar o processo decisório mais incerto. Tome-se, como exemplo, a pluralidade de métodos disponíveis para orientar a interpretação constitucional no país e a dificuldade cada vez maior de antecipação de resultados e dos caminhos da fundamentação de decisões no Supremo Tribunal Federal. A tentativa de “controlar” a interpretação constitucional por meio de métodos e teorias decisórias que apelam para elementos contrafactuais ou prescrições vagas, em vez de aumentar a previsibilidade dos resultados, permite, na verdade, que fundamentos teóricos muito diferentes possam ser livremente selecionados para justificar qualquer decisão. O ministro que hoje se serve da concepção de direito como integridade de Dworkin é, amanhã, o que usará a interpretação teleológica, a ponderação de princípios ou a teoria da justiça de John Rawls para justificar suas decisões. Ou várias dessas teorias ao mesmo tempo. É certo que esse uso estratégico de teorias decisórias não é necessariamente um problema das próprias teorias. A compreensão ou a recepção inadequada dos pressupostos de grandes edifícios teóricos é um motivo comum para justificar o seu mau uso. Nada obstante, para o caso específico de teorias que se apresentam como institucional e/ou constitucionalmente adequadas para um determinado contexto, o paradoxo da determinação se torna um problema a ser levado a sério para se apreciar a qualidade de teorias normativas sobre a decisão jurídica.

### 3 UM PROBLEMA METODOLÓGICO

O problema por trás do paradoxo da determinação não é de natureza conceitual ou empírica. Não há necessariamente uma tensão entre sugerir teorias decisórias inspiradas em alguns ideais e recorrer a dados sobre o funcionamento do mundo para construí-las. Tampouco está o problema nas prescrições em si ou no desenvolvimento de modelos comportamentais que não possuem implicações normativas ou não aspiram a servir de base para a formulação de políticas públicas. O problema é *metodológico*; mais especificamente, de *consistência* – “*consistência de assunções e perspectivas*”<sup>11</sup>. A inconsistência que gera o paradoxo da determinação se localiza precisamente na *divergência* entre o tipo de motivação pressuposto para que o modelo de solução desenhado para lidar com certo problema do mundo funcione e o tipo de motivação diagnosticado como a base a partir da qual decisões são tomadas na realidade.

<sup>11</sup> POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian, **Inside or Outside the System?**, *op. cit.*, p. 1745.

É preciso, por isso, que aquilo que é endogenamente identificado como comportamento padrão de certos atores seja incorporado nos esforços prescritivos destinados a, por meio de métodos de tomada de decisão ou incentivos específicos, reorientá-los para a realização de um estado de coisas considerado desejável. Sem essa incorporação, diagnósticos sobre o funcionamento do mundo tornam-se úteis apenas para anunciar o insucesso de remédios prescritos para lidar com certos problemas, e não para inspirar a prescrição dos remédios adequados. Quando isso acontece, as teorias normativas da decisão jurídica perdem a força do apelo vinculado à proposição de soluções para problemas reais e passam a contar, no limite, apenas com a virtude de atores institucionais que podem se deixar inspirar por prescrições não empiricamente informadas.

O risco de inconsistência teórica por trás do paradoxo da determinação pode ser notado no direito não só quando as intuições de formuladores de propostas normativas destinadas a lidar com ou neutralizar certas disposições reais de tomadores de decisão são simplesmente deixadas de lado quando as suas sugestões sobre a tomada de decisão jurídica adequada – a preocupação central deste texto – são desenvolvidas. Ele se torna especialmente relevante quando estudos empiricamente informados sobre o comportamento judicial proliferam, mas terminam por ser amplamente mencionados por teóricos mais para dar uma roupagem de sofisticação às suas propostas normativas do que para, por meio de efetiva incorporação, inspirá-las. Neste contexto, o diálogo que juristas podem tentar estabelecer, por exemplo, com a ciência política ou a economia comportamental pode, antes de levar a teorias mais consistentes sobre a compreensão ou a orientação da tomada de decisão judicial, “*produzir um tipo de esquizofrenia metodológica*”<sup>12</sup>. Mais dados e mais informações sobre o mundo não significam, como já alertado, teorias normativas necessariamente mais robustas para aumentar a qualidade das decisões de juízes reais. Voltando mais uma vez ao tema da interpretação constitucional, a aproximação recente da teoria constitucional brasileira com a ciência política e o aumento da produção de dados sobre o funcionamento real das instituições brasileiras não levarão necessariamente, se o argumento de Posner e Vermeule faz sentido, a prescrições mais adequadas para resolver problemas reais se, do ponto de vista *exclusivo* dos potenciais da própria teoria de propor melhores soluções, os diagnósticos mais precisos sobre o mundo forem desconsiderados na formulação dos critérios de orientação da prática jurisdicional. Ao contrário, o risco é o de proliferação de certo tipo de padrão de produção de trabalhos acadêmi-

---

<sup>12</sup> *Id.*

cos. Neles, “*the diagnostic sections of a paper draw upon the political science literature to offer deeply pessimistic accounts of the ambitious, partisan, or self-interested motives of relevant actors in the legal system, while the prescriptive sections of the paper then turn around and issue an optimistic proposal for public-spirited solutions*”<sup>13</sup>.

O risco de ocorrência de um paradoxo da determinação pode ser notado em dois exemplos. No primeiro, discute-se a real utilidade da incorporação na prática judicial de métodos sofisticados de justificação de decisões – como a fórmula do peso de Robert Alexy – quando se parte de um diagnóstico sobre determinadas atitudes de tomadores de decisão – ministros do STF, por exemplo – para manipular a máxima da proporcionalidade com o intuito de fazer prevalecer os seus próprios interesses. Este caso ilustra como problemas teóricos podem surgir quando se tenta aproximar estudos sobre o comportamento real de tomadores de decisão com teorias normativas da decisão judicial disponíveis que podem ser consideradas *puramente* ideais, *i.e.* sem qualquer apelo empírico relevante para a elaboração de suas recomendações. O paradoxo da determinação é, com outras palavras, o produto potencial da tentativa de embasar empiricamente teorias que não partem de diagnósticos sobre como agem efetivamente tomadores de decisão. No segundo exemplo, questiona-se uma teoria que recomenda a tribunais superiores o uso apropriado de precedentes ou a construção de suas decisões de maneira tal que facilite o seu potencial para funcionar como precedente para a solução de casos futuros, mas que parte, ao mesmo tempo, da visão de que os seus membros agem de maneira autointeressada e tendem a usar estrategicamente as decisões da própria corte para fundamentar as suas visões sobre problemas concretos. Neste caso, o paradoxo decorre da inconsistência entre diagnóstico (pessimista) e prescrição (otimista, na medida em que depende de comportamento virtuoso) na própria teoria desenvolvida para lidar com atitudes que podem ser consideradas patológicas.

## 4 DOIS EXEMPLOS

A possibilidade de o paradoxo da determinação se aplicar à teoria dos princípios está relacionada especificamente a um problema de recepção, e não a alguma inconsistência interna da própria teoria. De fato, não me parece simples identificar uma divergência entre diagnósticos

---

<sup>13</sup> POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian, *Inside or Outside the System?* *op. cit.*, p. 1745.

reais e pretensões normativas quando o tema é a utilidade de ferramentas metodológicas como a fórmula do peso ou a lei de sopesamento para orientar processos de tomada de decisão jurídica em que princípios jurídicos estão em colisão. Isso porque Alexy não levanta nenhuma pretensão de investigar em abstrato as disposições reais de tomadores de decisão para, a partir delas, justificar a estrutura da ponderação e recomendar métodos decisórios como fomentadores de racionalidade. A construção do edifício teórico, ao contrário, é feita a partir de passos que pretendem harmonizar conceitual e normativamente o instrumental metodológico fornecido pela teoria dos princípios em um grande sistema, que inclui desde uma concepção sobre a natureza do direito e uma teoria procedimental da correção prática até uma concepção sobre o constitucionalismo democrático<sup>14</sup>. Assim, a teoria não parece ser afetada por não incorporar análises exógenas sobre o comportamento dos atores que ela mesma pretende influenciar – juízes, por exemplo – simplesmente porque não há apelos sobre como esses atores, de fato, comportam-se em ambientes de tomada de decisão jurídica. Há, na verdade, apelos à realidade tal qual ela se apresenta quando, por exemplo, a fórmula do peso ergue a pretensão de ser uma reconstrução racional do processo decisório do tribunal constitucional federal alemão. Mas, mesmo neste caso, nada é dito sobre as reais motivações dos julgadores quando são chamados a decidir.

Problemas de recepção, porém, podem ocorrer quando dados ou certas intuições sobre motivações comportamentais de tomadores de decisão são usados para apresentar um cenário problemático e, logo após, o arsenal metodológico fornecido por Alexy é prescrito como antídoto. Neste caso, o paradoxo da determinação poderia aparecer ao se tentar, de um lado, recorrer a visões tipicamente realistas sobre o comportamento judicial, e, de outro, receitar como soluções para esse problema métodos decisórios incapazes de eliminar completamente a discricionariedade judicial. Se se parte, por exemplo, da visão de que o material jurídico autoritativo não determina o resultado de processos judiciais, mas, ao contrário, que decisões judiciais podem ser mais adequadamente explicadas a partir de influências de fatores não propriamente jurídicos, pressupõe-se que o direito não é necessariamente o motor da tomada de decisão. Uma roupagem jurídica para certo resultado torna-se, nesse quadro, no máximo uma tentativa de racionalização *ex post* de escolhas. Dado, porém, que a teoria dos princípios não incorpora essa predisposição real de tomadores de decisão em seus referenciais de justificação de decisões, a

---

<sup>14</sup> Sobre esses passos do projeto teórico alexyano, v. ALEXY, Robert. **Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts**, especialmente p. 159 e ss.

inconsistência teórica surge quando são sugeridos mecanismos de racionalidade que se sabe, desde o início, que tenderão a ser manipulados<sup>15</sup>.

O mesmo tipo de problema pode ser percebido quando se tenta construir teorias normativas sobre o trabalho com precedentes que, apesar de partirem de certos diagnósticos sobre certas disposições concretas de tomadores de decisão, resumem-se apenas a exortações à adoção de comportamentos virtuosos inspirados em ideais como os de Estado de Direito ou de democracia<sup>16</sup>. Se a descrição do funcionamento real de um tribunal como o Supremo mostra uma predisposição para o uso completamente estratégico e desparametrizado de decisões anteriores da corte<sup>17</sup> e sugere que os seus ministros buscam maximizar o seu poder, existe um problema de consistência facilmente constatável quando teorias normativas sobre o comportamento judicial sugerem mecanismos de vinculação horizontal a precedentes, deferência a decisões do Legislativo e do Executivo e posturas minimalistas. O problema neste ponto está, mais uma vez, na prescrição de algo que já se sabe, de antemão, que o tribunal não fará – salvo quando juízes tiverem motivações estratégicas para adotar qualquer um daqueles comportamentos. O uso do mesmo *habeas corpus* (HC 95.290/SP) para sustentar votos em sentidos opostos no HC 127.186/PR, relacionado ao caso “lava jato”, a liminar concedida pelo ministro Fux no MS 31.816/DF, que obrigava o Congresso Nacional a apreciar vetos presidenciais na ordem cronológica em que eram apresentados<sup>18</sup>, e o julgamento da constitucionalidade da criação do instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade (ADI 4029/DF)<sup>19</sup> são, respectivamente, exemplos de como a reali-

---

<sup>15</sup> LEAL, Fernando. **Irracional ou Hiper-racional?** A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo, p. 187.

<sup>16</sup> V. para problemas da realidade norte-americana, POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **Inside or Outside the System?**, *op. cit.*, p. 1780-1783.

<sup>17</sup> V., por exemplo, o retrato feito em LEAL, Fernando. **Uma Jurisprudência que serve para tudo**. Disponível em: <<http://jota.info/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

<sup>18</sup> A liminar foi revertida em plenário, por maioria apertada. V. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232098>>. Acesso em 14 jan. 2015.

<sup>19</sup> No caso, discutia-se essencialmente a necessidade de a conversão de medidas provisórias em lei observar rigorosamente a exigência de exame e parecer prévio por uma comissão mista de deputados e senadores, tal qual determina o art. 62, § 9º, da Constituição Federal, ou se uma Resolução do Congresso poderia criar temperamentos no comando constitucional (no caso, a Resolução 1/2002 dispunha que, decorridos 14 dias sem deliberação pela comissão mista de deputados e senadores exigida pelo referido dispositivo constitucional, o parecer poderia ser apresentado individualmente pelo relator perante o plenário). O STF, por maioria, entendeu que o art. 62, § 9º, CF, deveria ser sempre observado – e isso poderia ser razão suficiente para a declaração de in-

dade se afasta das prescrições da suposta teoria sobre o comportamento judicial acima exposta. E um dos motivos simples para justificar a irrelevância da teoria reside no fato de que a descrição sobre o funcionamento da realidade revela que aquilo que efetivamente impulsiona as decisões dos ministros é incompatível com o endosso das sugestões normativas da teoria, ancoradas em idealizações e conceitualismos<sup>20</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

O paradoxo da determinação é um problema metodológico que afeta a qualidade de teorias normativas que almejam lidar com a incerteza normativa por meio de fixação de regras de decisão ou roteiros de argumentação supostamente adequados a certa realidade. O problema, de fato, surge quando as descrições sobre o mundo não informam as recomendações dirigidas a atores institucionais como juízes e legisladores. Cria-se, assim, um espaço vazio entre os diagnósticos pretensamente realistas sobre atitudes ou crenças de certos atores institucionais e as idealizações, que *não* partem daqueles diagnósticos, por trás das sugestões sobre como tomadores de decisão devem agir em casos para os quais o direito não fornece resposta precisa. Em um contexto acadêmico em que cada vez mais dados sobre o funcionamento real das instituições são produzidos e em que as lentes de outras disciplinas são usadas para a melhor compreensão do mundo, o paradoxo da determinação não deve ser encarado como argumento para a rejeição de aproximações entre o direito e outras áreas<sup>21</sup>. Ao contrário, ele deve ser compreendido como um alerta importante para que os diálogos entre teorias jurídicas normativas e as explicações fornecidas por outras ciências sobre o comportamento de determinados atores sejam metodologicamente rigorosos e, assim, possam produzir resultados efetivamente relevantes.

---

constitucionalidade da lei que criou o instituto Chico Mendes. Nada obstante, alguns ministros apresentaram fundamentos mais amplos para a decisão de inconstitucionalidade, especialmente juízos sobre a urgência e relevância da MP que criou o referido instituto, que, no caso, levaram o STF a declarar a lei inconstitucional também porque era o produto de uma medida provisória que não observava os requisitos constitucionais para a sua edição.

<sup>20</sup> Entende-se conceitualismo como a tentativa de extrair parâmetros de interpretação diretamente de compromissos conceituais abstratos, como democracia, Estado de Direito, constitucionalismo ou separação de poderes. Assim VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**, p. 2.

<sup>21</sup> POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **Inside or Outside the System**, *op. cit.*, p. 1797.

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. **ARSP** 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009.

\_\_\_\_\_. The nature of arguments about the nature of law. *In*: MEYER, Lukas, PAULSON, Stanley L. & POGGE, Thomas Winfried Menko (Eds.). **Rights, Culture, and the Law: Themes From the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-16.

\_\_\_\_\_. **Theorie der juristischen Argumentation**. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.

BHAGWATI, Jagdish; BRECHER, Richard A.; SRINIVASAN, T. N. DUP Activities and Economic Theory. **European Economic Review** 24, p. 291-307, 1984.

BIX, Brian. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. **Rechtstheorie**, v. 37, p. 139-149, 2006.

COLEMAN, Jules. Methodology. *In*: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 311-351.

DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

FALCÃO, Joaquim, SCHUARTZ, Luis Fernando; WERNECK, Diego. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo** 243, p. 79-112, 2006.

HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. *In*: \_\_\_\_\_. **Studies in Legal Logic**. Dordrecht: Springer, 2005. p. 7-32.

HART, H.L.A. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society** 49, p. 171-194, 1949.

KELSEN, Hans: Disukussion zum Vortrag von Erich Kaufmann. *In*: **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer** 3, 1927.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Uma Jurisprudência que serve para tudo. **Jota**. Texto disponível em: <<http://jota.info/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

LEITER, Brian; LANGLINAIS, Alex. The Methodology of legal philosophy. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper** 407, 2012. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/public\\_law\\_and\\_legal\\_theory/398/](http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/398/)>. Acesso em: 29 dez. 2015.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system?. **The University of Chicago Law Review** 80, p. 1743-1797, 2013.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

# POSITIVISMO NORMATIVO OU NOVOS DESENHOS INSTITUCIONAIS? UMA ANÁLISE DE DUAS ALTERNATIVAS PARA SE CONTESTAR A SUPREMACIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

*Thomas Bustamante*<sup>1</sup>

---

*Sumário: 1. Introdução. 2. A Rota Institucional; 2.1 A Resposta de Jeremy Waldron à teoria dos “precomprometimentos constitucionais”; 2.2 Uma visão alternativa: as cortes como fomentadores da deliberação pública. 3. A Rota Interpretativa. 4. Conclusões. 5. Referências.*

## 1 INTRODUÇÃO

Tem-se observado, na literatura de direito constitucional, nos novos desenhos institucionais propostos em alguns países e na filosofia política recente, principalmente sob a influência de Jeremy Waldron, ao menos dois caminhos para se realizar uma crítica à instituição da jurisdição constitucional e ao primado das cortes constitucionais na interpretação da constituição. Na ausência de uma nomenclatura mais adequada, podemos denominar essas duas vias de “rota institucional” e de “rota interpretativa” para desconstruir o princípio da supremacia judicial.

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Bolsista de Produtividade em Pesquisa – Nível 2, do CNPq. Este trabalho foi escrito durante estágio pós-doutoral na Universidade de São Paulo, sob a supervisão do Prof. Titular Ronaldo Porto Macedo Júnior e com financiamento da FAPESP. Foi beneficiado, ainda, por recursos de fomento à pesquisa do CNPq (Edital Universal 2013) e do Programa Pesquisador Mineiro (PPM-2014) da FAPEMIG.

A rota institucional, por um lado, é justificada, no plano teórico, por uma crítica dura à legitimidade democrática dos sistemas jurídicos com um controle de constitucionalidade “forte” – combinada, por vezes, com a defesa de um modelo de “diálogos institucionais” entre os poderes legislativo e judiciário – e, no plano prático, por meio de propostas de modelos frágeis de controle de constitucionalidade (“*weak judicial review*”), onde as cortes constitucionais carecem da prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido e o alcance dos direitos fundamentais previstos na constituição.

A rota interpretativa, por outro lado, é defendida, no plano teórico, por meio de um “positivismo normativo” ou “político” – que oferece uma série de argumentos morais em favor de um método de identificação do direito que separe as questões de “autoridade” das questões de “justiça” – e, no plano prático, por meio de um neoformalismo interpretativo que se aproxima de uma leitura minimalista da Constituição.

O que pretendo discutir nesse trabalho é se essas duas estratégias, que buscam fundamento em uma série de considerações morais sobre a legitimidade da autoridade das cortes constitucionais, são compatíveis entre si, ou se elas devem ser entendidas como inaplicáveis simultaneamente.

Sustentarei, neste ensaio, que embora ambas as estratégias argumentativas possam ser justificadas pela concepção de democracia de Waldron, um dos mais bem sucedidos filósofos do direito que vem refletindo sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, elas não devem ser adotadas simultaneamente, pois produzem resultados conflitantes no âmbito da jurisdição constitucional.

## 2 A ROTA INSTITUCIONAL

### 2.1 A Resposta de Jeremy Waldron à Teoria dos “Precomprometimentos Constitucionais”

A rota institucional que se desenvolverá aqui parte de algumas críticas adotadas por Jeremy Waldron em **Law and Disagreement** e uma série de outros escritos em que constrói o seu argumento a partir da diferenciação entre as questões de autoridade e as questões de justiça no âmbito dos nossos desacordos morais e da determinação do conteúdo dos direitos que nós temos em uma comunidade política. Enquanto as últimas (questões de justiça) se referem à correção substancial de uma determina-

da solução para um desacordo moral, as primeiras (questões de autoridade) se referem à titularidade do poder de alcançar essa solução. Não se discute, neste âmbito, se há ou não uma “resposta correta” para nossas contendas morais<sup>2</sup>, mas apenas quem tem legitimidade para decidir, e qual deve ser o procedimento mais equânime para se alcançar essa decisão.

Embora reconheça a importância das teorias da justiça no âmbito da distribuição dos bens sociais e dos direitos em uma comunidade política, Waldron acredita que a teoria do direito carece hoje mais de uma teoria da autoridade, pois as democracias contemporâneas estão caracterizadas por um profundo e insuperável desacordo de boa fé sobre questões de justiça e de moralidade política, que inviabiliza o consenso e exige um mecanismo de agregação da vontade coletiva que seja capaz de a um só tempo coordenar a ação dos participantes da sociedade e respeitar os juízos e convicções morais de boa fé adotados por cada um dos cidadãos nela representados.

Muito se poderia dizer sobre a teoria da autoridade proposta por Waldron, mas temos de resistir a essa tentação porque uma tal reflexão ultrapassaria os propósitos deste ensaio, que se destina a examinar principalmente um modelo alternativo ao controle de constitucionalidade tradicional, que não é de todo incompatível com algumas críticas que Waldron aduziu à jurisdição constitucional.

Merece menção especial, porém, a réplica que Waldron aduz a um dos argumentos recorrentes em defesa da supremacia judicial no âmbito da interpretação da constituição. Trata-se da visão que atribui à constituição e às cortes constitucionais uma justificação baseada em um *precomprometimento* racional e compartilhado do próprio povo, entendido enquanto um conjunto de cidadãos soberanos livres e iguais em um momento fundante em que realizaram as suas “*escolhas constitucionais*” (WALDRON, 1999, p. 258). Essa concepção foi defendida na literatura jurídico-filosófica contemporânea por Samuel Freeman, que justifica a prática da jurisdição constitucional nesse tipo de precomprometimento coletivo em relação a determinados direitos, na medida em que os próprios autores da constituição – um conjunto de cidadãos que se reconhecem como livres e iguais – antecipa a possibilidade de violações a esses

---

<sup>2</sup> Waldron considera, a rigor, que a existência de objetividade no campo da moral é irrelevante do ponto de vista político, pois ainda que se considere haver respostas corretas no âmbito da moralidade política não teríamos acesso imediato a elas, de sorte que permaneceria o desacordo razoável acerca dos direitos e permaneceria a necessidade de um procedimento para resolver esses desacordos (WALDRON, 1999, p. 164-183).

direitos por parte das maiorias em um momento futuro. “Ao concordarem com a prática da revisão judicial, eles [os cidadãos] amarram a si próprios ao acordo unânime sobre os seus iguais direitos básicos que especificam a soberania deles. A **judicial review** é então a única forma de proteger o seu status de cidadãos iguais” (FREEMAN, 1990, p. 353-4).

Uma das formas de ilustrar esse argumento é com uma metáfora que Homero emprega na Odisseia. Para resistir à tentação do canto das sereias, que poderiam seduzi-lo a jogar sua embarcação em direção às rochas, Ulisses ordena à sua tripulação que o amarre ao mastro e o prenda com ainda mais força caso ele implore para ser libertado. A posição da Ulisses seria análoga, portanto, à do consumidor de álcool que entrega as chaves do seu veículo a um amigo no início de uma festa, para que este a retenha caso ele venha a decidir dirigir sob o efeito do álcool no momento de voltar para casa. Sabedor de que depois de consumir álcool não conseguirá realizar o melhor juízo sobre a sua condição de conduzir, o próprio motorista voluntariamente decide no momento  $t1$  abdicar de sua autonomia no momento  $t2$ <sup>3</sup>.

Contra esse argumento, Waldron oferece uma série de considerações. Duas delas merecem a nossa atenção.

A primeira delas é de que o argumento só funcionaria se a auto-vinculação realizada por Ulisses pudesse ser garantida por uma “estrutura externa” capaz de limitar a vontade do povo por meio de uma espécie de “mecanismo causal”. Nesse sentido, Waldron traz à baila a asserção de Elster de que “*um precomprometimento só tem efeito se ele é ‘fixado por algum tipo de processo causal no mundo exterior’*” (WALDRON, 1999, p. 261). Esse tipo de mecanismo causal, no entanto, não está à disposição nem de Ulisses e nem muito menos do povo no âmbito da interpretação das questões constitucionais. Aliás, não está disponível nem mesmo no exemplo do condutor, pois nesse caso o precomprometimento “*opera através de um juízo do amigo e nessa medida a sua operação no momento  $t2$  não está inteiramente sob o controle do consumidor de álcool no momento  $t1$* ” (WALDRON, 1999, p. 261).

Quando alguém decide em um momento  $t1$  vincular a si próprio em um momento  $t2$ , na ausência de um mecanismo externo e causal,

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, escreve Holmes: “*Uma constituição é como Pedro sóbrio enquanto o eleitorado é como Pedro bêbado. Os cidadãos precisam de uma constituição, como Ulisses precisou prender a si próprio ao mastro. Se fosse permitido aos eleitores ter tudo o que eles querem, ele inevitavelmente iriam conduzir a si próprios ao naufrago. Ao vincular a si próprios a regras rígidas, eles podem alcançar melhor os seus fins coletivos de longo prazo*” (HOLMES, 1995, p. 86).

sempre haverá de ser realizado um *juízo* sobre se estão presentes no momento *t2* as condições que o agente previu como limitações legítimas à sua ação no momento *t1*. As condições para a operacionalização da auto-limitação são em grande medida difíceis de antever e raramente são incontroversas. Exatamente por isso, segundo Waldron, deixam de ser uma forma de autogoverno, pois a ideia de precomprometimentos constitucionais vai de encontro à noção democrática de que esses juízos têm que ser realizados *pelo* povo, e não por terceiros.

Com base na distinção entre as formas de governo de Aristóteles, Waldron caracteriza como “aristocracia” uma estrutura decisória em que esse tipo de juízo é realizado por um pequeno grupo de juízes não eleitos e nem sujeitos a um controle procedimental pelo próprio povo. A única diferença entre as diferentes formas de governo é sobre a quem compete o juízo sobre a criação e a aplicação das normas. E, para Waldron, “*juízos prefiguram desacordos, e na política a questão é sempre como desacordos entre os cidadãos devem ser resolvidos*” (WALDRON 1999, p. 264). Questões políticas são *sempre* relativas à realização de juízos, e o núcleo da pretensão democrática é de que “*o povo tem a titularidade de governar a si mesmo segundo os seus próprios juízos*” (WALDRON, 1999, p. 264).

A segunda consideração se refere, por sua vez, a uma distinção entre a “fraqueza de vontade” e os “desacordos razoáveis” no momento de identificação dos limites estabelecidos nos momentos constitucionais. No momento em que um consumidor de álcool entrega a chave a seu companheiro, ou em que um fumante determinado a parar esconde um pacote de cigarros para não cair na tentação de fumá-los, ou uma pessoa com tendência a dormir demais coloca o despertador longe da sua cama para não cair na tentação de apertar o botão “*snooze*”, estamos lidando com categorias que Waldron classifica como uma “patologia decisória” ou uma “*akrasia*”. Em todas essas situações, não há qualquer dúvida por parte do agente da autovinculação acerca da conduta que ele considera desejável ou correta, e a única razão do precomprometimento é ele antever uma situação em que a sua capacidade de juízo estará patologicamente afetada (WALDRON, 1999, p. 266-7).

Segundo Waldron, essa não é, porém, a situação típica dos alegados precomprometimentos constitucionais. O âmbito da jurisdição constitucional é caracterizado pelas seguintes condições: 1) “*O povo compromete a si próprio na sua constituição (por uma supermaioria) com certas fórmulas bastante abstratas sobre direitos*”; 2) “*Um legislador aprova uma medida que supostamente viola a proposição constitu-*

cional”; 3) “Uma corte, decidindo por maioria simples, sustenta que a promulgação do legislador é inconstitucional. Quatro entre nove juízes dissentem e sustentam, porém, que a legislação não deveria ser anulada” (WALDRON, 1999, p. 267).

De acordo com Waldron, em todas essas decisões, há inevitavelmente um desacordo razoável acerca do que é que “*torna uma provisão moralmente não-atraente*” (WALDRON, 1999, p. 267). Para o autor, “*é o mesmo tipo de desacordo do início ao fim*”, em todas as três fases, e somente um “*idiota*” (*sic*) poderia dizer que os desacordos razoáveis que se instauram sobre questões constitucionais são comparáveis à estória de Ulisses e as sereias:

*Ulisses está seguro de que ele quer escutar o canto das sereias, mas não quer responder aos estímulos do canto; o povo, no nosso exemplo, está dilacerado. Se Ulisses fosse de alguma maneira desamararrar a si mesmo e se preparar para mergulhar e nadar em direção às sereias, estaria muito claro para a sua tripulação que isso é exatamente o que ele ordenou que ela o proibisse de fazer; mas na maioria dos casos constitucionais, há opiniões diferentes entre os cidadãos sobre se a legislação em questão é o que eles quiseram (ou o que eles deveriam querer) proibir em um momento fundacional. (...) Um ‘precomprometimento’ constitucional nessas circunstâncias é portanto não o triunfo de uma racionalidade preemptiva que aparece nos casos de Ulisses, do fumante ou do condutor bêbado. Ele é, ao contrário, a predominância artificialmente sustentada de uma visão na comunidade política sobre outras visões, enquanto as questões morais complexas permanecem não resolvidas. Impor o modelo de precomprometimento nessa situação se assemelha mais a Procustes do que a Ulisses.* (WALDRON, 1999, p. 268)

Waldron rejeita, portanto, o argumento de que a jurisdição constitucional poderia ser justificada por meio de um precomprometimento do povo no momento fundacional da constituição, e acredita que nem mesmo uma defesa mais elaborada da jurisdição constitucional poderia se fundamentar em uma democracia. Nesse sentido, oferece também uma réplica ao argumento – aduzido por Ronald Dworkin e Stephen Holmes, entre outros – de que a jurisdição constitucional se justificaria porque o governo majoritário depende de certas condições deliberativas para funcionar adequadamente<sup>4</sup>. Embora considere esse argumento atrati-

<sup>4</sup> Dworkin se refere a essas circunstâncias da deliberação como “*condições democráticas*” (DWORKIN, 1996).

vo, Waldron sustenta que ele depende de ao menos uma entre duas premissas que não se verificam na realidade dos sistemas constitucionais contemporâneos: 1) a pressuposição de que o povo teria uma concepção “*constante e unânime*” do que seja um processo adequado de decisão majoritária e das “*condições necessárias para a sua efetiva realização*”; ou 2) a pressuposição de que as minorias “*teriam razão para temer que qualquer revisão legislativa sobre as regras acerca da liberdade de expressão ou do direito de oposição seria uma forma de esmagar ou silenciar o dissenso*” (WALDRON, 1999, p. 279).

Para Waldron, nenhuma dessas dessas pressuposições é verificável. Quanto à primeira, o autor aduz que a persistência de profundos desacordos sobre as condições adequadas da deliberação é uma característica saudável e insuperável das democracias. Mesmo quando as sociedades divergem quanto ao sistema eleitoral, ao financiamento de campanhas, e uma série de outros pontos mais específicos, uma coisa não podemos afirmar: “*não podemos descrever esse processo em termos de um conjunto de precomprometimentos populares unívocos a uma forma particular de processo de decisão*” (WALDRON, 1999, p. 280). Quanto à segunda, Waldron distingue ao menos duas situações: i) a dos países em que tais liberdades ainda não existem, mas existe uma clara intenção do povo em assegurá-la, como os países do leste Europeu que, no momento em que sua obra era escrita, estavam passando por um processo de constitucionalização; e ii) a dos países onde essas liberdades já estão amplamente reconhecidas na tradição. No caso dos primeiros, Waldron acredita que uma fiscalização da constitucionalidade dessas liberdades (por uma corte) seria na melhor das hipóteses uma proteção extremamente frágil, e que teria ainda o preço de impor ao povo uma estrutura constitucional muito rígida que dificultaria o estabelecimento democrático das tradições constitucionais pelo próprio povo. No caso dos últimos, essas liberdades já estão estabelecidas e foram conquistadas “*apesar dos esforços do judiciário*” (WALDRON, 1999, p. 281).

A crítica que Waldron apresenta às teorias que defendem a jurisdição constitucional como um precomprometimento do povo em defesa de direitos invocáveis contra si próprio, embora tenha encontrado críticos à altura – por exemplo, Waluchow (2005) – constitui um dos argumentos mais robustos que podem ser aduzidos contra a jurisdição constitucional, e chama a atenção para dois aspectos importantes que não costumam ser levados a sério pelos defensores de um modelo forte de controle de constitucionalidade: 1) a presença maciça de desacordos razoáveis sobre as questões constitucionais, não apenas na sociedade em geral, mas também no interior da própria corte; e 2) a inexistência de um método de agregação melhor do que o princípio majoritário no interior das

cortes, uma vez que os juízes, assim como legisladores e como o cidadão em geral, precisam resolver os seus desacordos com base no princípio majoritário. Por que, então, substituir uma maioria legislativa por uma maioria judicial?

## 2.2 Uma Visão Alternativa: as Cortes como Fomentadores da Deliberação Pública

Embora a crítica de Waldron à defesa da jurisdição constitucional como precomprometimento esteja longe de ser incontroversa, partiremos da premissa neste trabalho de que ela produz um bom argumento contra a jurisdição constitucional forte.

Não obstante, ainda que Waldron esteja correto nesse ponto, é possível se pensar também em outros argumentos para justificar o controle judicial de constitucionalidade das leis. Entre eles, Dworkin apresenta uma série de argumentos que gozam de uma ampla aceitação por parte da comunidade jurídica no Brasil. Para Dworkin, a jurisdição constitucional é uma “característica marcante” da nossa vida política, “*porque ela força o debate político a incluir argumentos sobre questões de princípio, não apenas quando um caso chega à corte, mas muito antes e muito depois*” (DWORKIN, 1985, p. 70). A existência da corte poderia elevar o nível da deliberação pública e forçar a sociedade a tomar posição sobre questões morais que muitas vezes são evitadas no debate político majoritário.

Como tive oportunidade de aduzir em outro trabalho (BUSTAMANTE, 2016, seção 3.3.5), esse argumento é diferente do argumento que Dworkin aduz em outra ocasião sobre as denominadas “*condições democráticas*” (DWORKIN, 1996, p. 24) – segundo o qual uma concepção adequada de democracia deveria estabelecer uma série de condições democráticas que seriam imprescindíveis para garantir os ideais liberais de “igual respeito e consideração” por cada um dos membros da comunidade política. Como vimos acima, Waldron rebate esse argumento ao tratar da concepção que descreve a jurisdição constitucional como precomprometimento, pois o reconhecimento dessas condições não implica automaticamente a supremacia judicial, uma vez que há um amplo e persistente desacordo sobre quais são essas condições e como elas hão de ser interpretadas, e as possibilidades de erros e acertos por juízes e legisladores de boa fé são simétricas.

Bem entendido, o argumento que pretendemos tratar agora fornece uma justificação instrumental da jurisdição constitucional que tem uma estrutura semelhante à denominada Tese da Justificação Normal, que Raz apresenta para a autoridade em geral. Segundo essa tese,

*a forma habitual de estabelecer que uma pessoa tem autoridade sobre outra envolve a demonstração de que o alegado sujeito tem melhores condições de obedecer às razões que se aplicam a ele se ele aceitar as diretivas da alegada autoridade como vinculantes e tentar segui-las, ao invés de tentar seguir as razões que se aplicam a ele diretamente.* (RAZ, 1986, p. 56)

No modelo de Raz, a autoridade funciona como uma mediadora entre o sujeito e as razões que ele próprio tem para agir neste ou naquele sentido. A autoridade presta ao sujeito um serviço ao ponderar adequadamente essas razões e ao facilitar o acesso do indivíduo a elas quando, por alguma circunstância, ele tiver em uma posição que torne essa ponderação de razões problemática ou dificultada<sup>5</sup>.

Entendida sob essa perspectiva, a corte constitucional age a serviço dos cidadãos em geral, já que ela está em melhor posição para ponderar todas as razões de princípio que são aplicáveis a esses cidadãos mesmo quando elas não estejam visíveis no debate político ordinário. A decisão da corte é relevante porque ela facilita o povo a obedecer às razões de princípio que ele tem para atuar de certa maneira. Tal como acontece na “Normal Justification Thesis” de Raz, as diretivas da corte constitucional derivam a sua força das considerações que as justificam (RAZ, 1986). É *porque* a decisão da corte é baseada em princípios que nem são sempre considerados nas deliberações políticas que nós devemos aceitar a autoridade das cortes.

Esse argumento, embora importante, não recebeu suficiente atenção de Waldron. Em *Law and Disagreement*, Waldron acredita rebater o argumento de que a corte pode melhorar a qualidade da deliberação pública e “*umentar o caráter participativo da nossa política*” por meio de contraexemplos. Ele aduz que Dworkin está tentando fazer “*afirmações empíricas apressadas sobre a qualidade do debate público*” (WALDRON, 1999, p. 290), e limita-se a dizer que essas afirmações empíricas são implausíveis porque elas não resistem a um exame dos contraexemplos encontrados em países onde não há jurisdição constitucional. Nesse sentido, Waldron compara os debates sobre o aborto realizados nos Estados Unidos, no interior da Suprema Corte, com os debates parlamentares em países como o Reino Unido e a Nova Zelândia, onde o próprio parlamento estabeleceu uma legislação de legalização do aborto a partir de um discurso moral mais genuíno e menos impregnado de conceitos jurídicos, doutrinas, precedentes e apelo ao aparato dogmático típico dos juristas. Wal-

---

<sup>5</sup> Desenvolvo esse argumento com mais profundidade em Bustamante (2016).

dron acredita, nesse sentido, que questões morais devem ser enfrentadas diretamente, sem o intermédio de doutrinas jurídicas. Não devem ser abordadas como questões “interpretativas” onde o resultado do processo decisório é assimilado a uma interpretação de conceitos jurídicos abstratamente previstos na constituição (WALDRON, 1999, p. 290).

Nessa réplica de Waldron, acredito que seja possível encontrar duas asserções independentes: 1) do ponto de vista empírico, o exemplo da deliberação parlamentar sobre o aborto no Reino Unido e na Nova Zelândia constitui um indicador importante da ausência de plausibilidade das afirmações empíricas de Dworkin sobre a contribuição que as cortes dão para o debate público sobre direitos; 2) as questões sobre direitos em uma comunidade política não devem ser encaradas como questões interpretativas, pois essa alternativa retira o foco da deliberação moral que tipicamente acontece nos debates legislativos.

Dessas duas asserções, ao menos a segunda delas é difícil de se sustentar em qualquer sistema jurídico submetido a uma Declaração de Direitos (Bill of Rights). O ponto central de Waldron pode ser expresso na seguinte citação:

*A argumentação legislativa é uma forma de argumentação em nome de toda a sociedade sobre questões morais importantes quando é apropriado que tal argumentação não esteja sob a constrição de textos existentes, doutrinas ou precedentes. Os legisladores abordam o problema diretamente, como se fosse pela primeira vez (mesmo quando seja um assunto que tenha chegado a eles diversas vezes). É claro, é importante para eles entender como a decisão a que eles chegam irá se ajustar ao direito adjacente em outros assuntos. Mas isso é diferente de uma obrigação de uma corte de reconciliar a sua decisão com decisões prévias sobre o mesmo assunto e assuntos similares. Quase sempre legisladores estão em uma posição de raciocinar sobre questões morais diretamente, nos seus méritos. Membros do legislativo falam diretamente sobre os assuntos envolvidos, de uma maneira que é no mais das vezes livre da distração de doutrinas e precedentes jurídicos. (WALDRON, 2009, p. 60)*

Diferentemente de Waldron, tenho dúvidas sobre se os legisladores podem evitar o tipo de leitura interpretativa das Cartas de Direitos que parece pouco atrativa para ele. Sua visão acerca do raciocínio legislativo não me parece correta porque não há razão para se crer que os legisladores ordinários estejam, de modo decisivo, mais livres do que juízes para ponderar argumentos de princípio e se afastar dos valores morais da

comunidade entrincheirados na constituição. Enquanto os legisladores entenderem a sua atividade prática como fiel aos princípios morais compreendidos na Carta de Direitos, eles devem interpretar esse documento como uma norma que é juridicamente vinculante, e a sua competência para realizar juízos morais como juridicamente regulada. Ainda que eles não vejam a si mesmos como subordinados aos juízos realizados por uma corte suprema, isso não evitará o aparecimento de argumentos baseados em “precedentes” ou “doutrinas jurídicas”, já que as assembleias legislativas não estarão levando a sério os direitos se elas declinarem de sua tarefa de considerar suas leis anteriores e a justificação pública das decisões de autoridade tomadas no passado, no presente e no futuro. Quando legisladores enfrentam um desacordo moral, ao contrário de considerações pragmáticas sobre políticas públicas, eles estão tão vinculados pelas exigências de consistência e integridade quanto as supremas cortes estão. Não se pode esquecer, aqui, que o raciocínio de uma suprema corte em casos difíceis não é tão estritamente vinculado quanto o de um juiz ordinário que trabalha em um sistema de precedentes vinculantes. Como aponta Dworkin, é muito plausível sustentar, como ele faz com sua “*rights thesis*”, que “*a história institucional funciona não como uma restrição nos juízos políticos, mas como um ingrediente desses juízos*” (DWORKIN, 1978, p. 87). Se Dworkin está correto, então, a prática do precedente judicial não é baseada na autoridade dos juízes anteriores, mas sim na doutrina da equidade, que exige que os tribunais tratem casos semelhantes de maneira semelhante e tenham igual consideração pelas partes (DWORKIN, 1978, p. 131). Se interpretarmos a vinculação dos juízes dessa maneira, não é crível que os legisladores estejam vinculados de uma maneira qualitativamente diferente. É possível, portanto, que a crença de Waldron de que o raciocínio legislativo é sempre diferente do das supremas cortes, quando ambas consideram direitos fundamentais, seja pouco acurada, já que ambas são sensíveis à história institucional e à moralidade pública da comunidade.

Ainda que se possa encontrar certas distinções entre os processos de raciocínio dos legisladores e das cortes, é igualmente fácil encontrar importantes pontos comuns que tornam difícil aceitar a pretensão de Waldron de que ao interpretar a Carta de Direitos os legisladores estejam mais preparados para enfrentar questões morais em si mesmas, livres de restrições jurídicas. Isso porque em todos esses casos a autoridade decisória terá uma obrigação discursiva de justificar publicamente a sua decisão de um modo a demonstrar que a decisão é “*ao menos consistente com comprometer-se constitucionais, incluindo o comprometimento com os direitos*” (DYZENHAUS, 2009, p. 52).

Parece-nos equivocada, portanto, segunda premissa de Waldron, que sustenta que a determinação do conteúdo dos direitos previstos em uma constituição ou em uma carta de direitos deve ser feita de maneira “não-interpretativa”.

Resta, portanto, apenas a primeira asserção, consistente na afirmação empírica de que as cortes, ao deliberarem e forçarem a deliberação pública sobre argumentos de princípio (que muitas vezes, por razões estratégicas, não entram no jogo da deliberação parlamentar se não forem devidamente estimulados), contribuem para incrementar o debate na esfera pública. O que dizer desse argumento apresentado por Dworkin?

Nesse ponto, não creio que Waldron tenha oferecido, seja em *Law and Disagreement* ou em escritos posteriores, uma réplica adequada a essa hipótese de justificação instrumental da existência da jurisdição constitucional. Com efeito, ele se limita a contrapor o exemplo da alta qualidade da deliberação nos projetos de lei que levaram à legalização do aborto no Reino Unido de na Nova Zelândia, sem qualquer tipo de análise estatística ou investigação empírica sobre se essa conclusão pode ser generalizada para além desse único exemplo. A impressão que passa da leitura de seu escrito posterior, “*The Core of the Case Against Judicial Review*”, é de que nem mesmo Waldron está totalmente satisfeito com esse contra-argumento, já que ele parece ver algum sentido na existência de um sistema frágil de jurisdição constitucional e faz ressalvas, ao longo de todo o seu artigo, para deixar claro que a sua crítica está limitada aos sistemas de “*strong judicial review*”, isto é, aos sistemas jurídicos onde está institucionalizada a supremacia judicial e as cortes gozam da prerrogativa de negar aplicação à lei e torná-la nula de pleno direito (WALDRON, 2006, p. 1353-1359).

Em seu celebrado ensaio mais recente, Waldron parece temperar um pouco a sua crítica à jurisdição constitucional, pois já não afirma mais que o controle de constitucionalidade é intrinsecamente antidemocrático e formula sua crítica de maneira condicional, de modo que a objeção ao controle de constitucionalidade só teria lugar diante de quatro pressuposições: 1) a presença de instituições democráticas em razoável funcionamento, incluindo-se uma legislatura eleita democraticamente; 2) um conjunto de instituições judiciais em bom funcionamento e decidindo disputas de acordo com o império do direito (*rule of law*); 3) um comprometimento por parte da maior parte das pessoas na sociedade e por parte da maioria dos oficiais que aplicam o direito com os direitos dos indivíduos e das minorias; e 4) um desacordo persistente, substancial e de boa fé sobre esses direitos e suas implicações concretas (WALDRON, 2006, p. 1360). Uma crítica à jurisdição constitucional só é atingida pelos

argumentos de Waldron diante dessas situações, e se estivermos falando de um sistema forte de jurisdição constitucional.

Em *The Core of the Case* e escritos posteriores, Waldron não contesta abertamente a premissa empírica de Dworkin com a qual estamos trabalhando, e que nos parece intuitivamente verdadeira. Como se pode ler no excerto adiante, o argumento de Waldron é muito mais moderado do que em sua formulação original:

*Um argumento que eu respeito, em favor de algum tipo de poder de revisão judicial, segue a seguinte formulação: pode ser que nem sempre seja fácil para os legisladores verem quais questões de direito estão entrelaçadas em uma proposta legislativa trazida diante deles; pode ser que não seja sempre fácil para eles antever quais questões de direito podem surgir da sua subsequente aplicação. Então parece útil haver algum tipo de mecanismo que permita aos cidadãos trazer essas questões à atenção de todos na medida em que elas aparecem. Mas esse é apenas um argumento para a jurisdição constitucional frágil, e não para a forma forte dessa prática, em que a questão abstrata acerca do direito que foi identificado é resolvida definitivamente da maneira que a corte julga apropriada. Isso é um argumento para algo como o sistema existente no Reino Unido, em que a corte pode expedir uma declaração de que há uma importante questão de direito em jogo. (WALDRON, 2006, p. 1370)*

O que chama a atenção nessa formulação moderada é que Waldron admite uma certa força para o argumento empírico de Dworkin, pois a corte poderia desempenhar uma importante “função de alerta” e atrair a atenção do legislador e do governo em geral para situações de violação de direitos que não foram devidamente enfrentadas pelos poderes constituídos. A eficácia da decisão da corte sobre o conteúdo dos direitos residiria, portanto, na força dos seus argumentos e não propriamente em sua autoridade formal. Se os governos aderem à interpretação adotada pela corte acerca de uma questão político-moral, é muito mais pelo constrangimento que essa decisão é capaz de engendrar e pela dificuldade de se desvincular dos ônus argumentativos que a decisão cria do que por um mecanismo formal de revogação ou anulação da decisão legislativa pela judicial.

É esse o espírito dos sistemas jurídicos que integram o denominado “*Novo Constitucionalismo da Commonwealth Britânica*” (GARDBAUM, 2013).

Resta, porém, um problema: se Dworkin está certo e as cortes podem, ainda que sob certas condições, atuar como agentes deliberativos capazes de fomentar um debate público de razões sobre os direitos morais dos cidadãos e das minorias, que tipo de raciocínio a corte deve seguir para tanto?

Minha hipótese é de que a corte só conseguirá cumprir esse papel se realizar exatamente o tipo de *interpretação construtiva* que Dworkin defende em sua teoria do direito, tentando realizar uma leitura moral da constituição atenta aos princípios de moralidade política que se localizam na sua base e que proveem a sua justificação política e moral. Deverá interpretar o direito à luz do ideal político de integridade, com vistas a torná-lo o melhor que ele pode ser (DWORKIN, 1986; 1996; 2006; 2013).

Não creio ser necessário me estender muito nesse ponto. Afinal, a teoria de Dworkin dispensa apresentação e será familiar ao leitor desse trabalho. É uma teoria em que a legitimidade da decisão judicial repousa em algo próximo ao que Habermas chamou de “*força sem coerção dos melhores argumentos*”.

Se a legitimidade das cortes estiver radicada em sua capacidade de deliberar e na contribuição que ela pode dar para que os próprios cidadãos e agentes governamentais possam refletir mais adequadamente sobre os direitos fundamentais, como aspiram os defensores dos sistemas frágeis de *judicial review*, então inevitavelmente se exigirá uma postura interpretativa que compreenda o direito na sua melhor luz e que construa o direito de modo a torná-lo o melhor que ele pode ser, como pretendeu Dworkin em sua teoria normativa da interpretação do direito.

Essa conclusão, no entanto, embora nos pareça compatível com as principais críticas que Waldron aduz contra a jurisdição constitucional no que eu chamei de “rota institucional” (uma rota que advoga mudanças nos desenhos institucionais para abandonar o princípio da supremacia judicial, mas ainda é compatível com um sistema frágil de *judicial review*), vai de encontro a uma outra rota que Waldron também adota para mitigar o poder judicial: a rota interpretativa, a qual comentarei na próxima seção.

### 3 A ROTA INTERPRETATIVA

A rota “interpretativa” poderia também ser designada de “jurídico-teórica”. Ela parte de uma teoria jurídica normativa acerca do direito e dos critérios estabelecidos para a sua identificação. Trata-se de uma

defesa deliberadamente pautada em argumentos políticos e morais da denominada “tese das fontes sociais”, que constitui o cerne do pensamento jurídico positivista no âmbito da teoria jurídica contemporânea<sup>6</sup>.

Como sabemos, o positivismo jurídico pode ser defendido de pelo menos duas maneiras.

De um lado, ele pode aparecer como uma teoria conceitual ou metodológica, dentro do âmbito de investigação designado por Hart e seus defensores contemporâneos como “teoria do direito conceitual” (*conceptual jurisprudence*). O propósito de uma teoria positivista, nessa perspectiva “conceitual” ou “metodológica”, é realizar o que Himma denomina uma “análise conceitual”, que “*pressupõe que os conceitos centrais do direito são construtos sociais que surgem do entendimento comum da prática jurídica pelos juristas práticos*” (HIMMA, 2013, p. 154). Nesta perspectiva, a teoria do direito se apresenta como uma empreitada neutra ou desengajada, cujo objetivo é expor ou descrever o direito tal como ele é (abstendo-se de realizar qualquer valoração sobre essa prática) e direcionar a análise conceitual para atender a necessidades puramente cognitivas do teórico do direito.

De outro lado, o positivismo pode ser defendido também como uma teoria normativa ou prescritiva, como o “positivismo normativo” encampado, entre outros, por Waldron. A diferença entre ambas não está no critério de determinação do direito válido, mas nas razões pelas quais se defende o positivismo e na forma como o teórico do direito se relaciona com a prática. O positivismo normativo é um positivismo defendido por razões políticas ou morais. “*A pretensão dos positivistas normativos é a de que os valores associados ao direito – a legalidade e o Estado de Direito – em um sentido significativamente amplo – podem ser melhor alcançados se a operação ordinária de tal sistema não exigir que as pessoas exerçam juízos morais para descobrir o que o direito é*” (WALDRON, 2001, p. 421).

Nesse sentido, o positivismo normativo “*é em si mesmo uma tese moral: de fato é uma tese moral sobre a formulação de reivindicações morais em uma área particular da vida social que nós denominamos direito*” (WALDRON, 1999, p. 167).

---

<sup>6</sup> A Tese das Fontes Sociais pode ser considerada o núcleo do positivismo jurídico. Em sua formulação mais ortodoxa, defendida por Raz, ela não admite sequer a possibilidade de a regra de reconhecimento incorporar critérios morais de identificação do direito válido. Essa parece ser a versão da tese das fontes sociais defendida por Waldron em *Law and Disagreement* e outros escritos sobre o seu “positivismo normativo”. Nessa acepção, a tese das fontes sociais diz que “*Todo o direito está embasado em fontes sociais*” (“*All Law is source-based*”) (RAZ, 1994, p. 210).

Embora se possa dizer que o positivismo normativo é uma forma minoritária de positivismo, pode-se encontrar traços importantes do positivismo normativo na teoria jurídica anglo-saxã, como, por exemplo, na crítica de Bentham ao *Common Law* (POSTEMA, 1989), nos escritos de juventude de Neil MacCormick, em que se defendia argumentos morais para uma definição “não moralista” do direito (MACCORMICK, 1985), na recente teoria do “direito como planejamento” de Scott Shapiro (cf. BUSTAMANTE, 2012), e em algumas passagens importantes da defesa que Frederick Schauer faz de um “modelo de decisão baseado em regras” no âmbito do direito (SCHAUER, 1991).

Em escrito anterior, classifiquei o positivismo normativo de Waldron como uma teoria que no ponto de vista metateórico é semelhante ao interpretativismo de Dworkin (BUSTAMANTE, 2015). Embora Waldron não defenda que o direito deva ser identificado de maneira interpretativa (no sentido particular defendido por Dworkin, que fala em uma “interpretação construtiva” em que o sentido de uma prática social é estabelecido de acordo com o seu propósito fundamental ou “*point*”), a defesa de um método amoralista de identificação do direito é baseada também em uma “atitude interpretativa” do teórico do direito, que entende que uma das funções essenciais do direito é promover a coordenação social segundo diretivas dotadas de autoridade, de modo que o propósito fundamental do direito estaria frustrado caso se reabrisse a argumentação jurídica para uma deliberação moral no momento de identificar o conteúdo de uma regra jurídica.

A formulação teórica do positivismo normativo, em Waldron, é profundamente direcionada para a prática, e desemboca em duas recomendações concretas para o jurista prático: 1) uma crítica ao “interpretativismo” de Dworkin no âmbito da identificação do direito em situações concretas (é dizer, o direito é tido como sendo *determinado exclusivamente por “fatos sociais”*, de sorte que há de ser identificado apelando-se a uma fonte social capaz de produzir o direito segundo critérios de validade estabelecidos em uma regra de reconhecimento)<sup>7</sup>; e 2) uma defesa do “textualismo” na interpretação do direito pelos juízes.

---

<sup>7</sup> É interessante notar, como disse acima, que o positivismo normativo pode ser também entendido como uma teoria interpretativa sobre o direito, que constrói uma concepção de juridicidade semelhante ao que Dworkin denominou de “convencionalismo” em **O Império do Direito** (DWORKIN, 1986). O fato de o positivismo normativo ser uma teoria “interpretativa” do direito (que propõe uma forma de identificar o direito a partir do que o teórico considera ser o “point” ou propósito do direito), entretanto, não implica que o método de determinação do direito válido seja, ele também, interpretativo. O positivismo normativo é uma teoria interpretativa do direito que propõe que a

Para utilizarmos uma categoria de Dworkin, o positivismo normativo de Waldron seria uma espécie de “convencionalismo” em sentido forte, ou melhor, um “convencionalismo amoralista” que leva, na prática, a um formalismo judicial e a um textualismo.

Nesse ponto, Jeremy Waldron possui um argumento interessante contra a busca de intenções concretas do legislador, num contexto parlamentar em que há várias opções disponíveis à disposição dos diferentes grupos que formam a maioria em uma legislatura.

Waldron traz à tona, nesse contexto, o exemplo de H. L. A. Hart de uma regra que proíbe “veículos no parque”. É perfeitamente possível imaginar, de acordo com Waldron, “*que a nossa imaginária Lei Sobre Veículos no Parque, considerada como um todo, não reflita os propósitos ou intenções de nenhum dos legisladores que em conjunto a promulgaram*” (WALDRON, 1999, p. 125). No exemplo, os legisladores podem estar divididos quanto (A) à criação de exceção para bicicletas; (B), à criação de exceção para ambulâncias; e (C) quanto à inclusão na lei de parques estaduais e parques municipais. É possível imaginar, segundo Waldron, legisladores divididos em 3 facções, que têm atitudes diferentes em relação a A, B e C:

<b>Facção 1</b>	<b>Facção 2</b>	<b>Facção 3</b>
A	A	Não A
B	Não B	B
Não C	C	C

Como explica Waldron, “*sucessivas votações majoritárias nessas várias questões iriam produzir a nossa familiar lei [no exemplo Hartiano]*”, segundo a qual se poderia aceitar A & B & C, “*apesar de essa combinação não corresponder à preferência de ninguém*” (WALDRON, 1999, p. 127).

No contexto de uma legislatura plural e diversificada, Waldron vê o apelo à intenção do legislador histórico com um elevado grau de ceticismo:

*Legisladores virão para uma câmara legislativa provindo de diferentes comunidades, com diferentes ideologias, e diferentes perspectivas*

---

validade do direito seja determinada de uma maneira não interpretativa. Não há nenhuma contradição nisso.

*sobre o que conta como uma boa razão ou uma consideração válida em um argumento político. A única coisa que eles têm em comum, na sua diversidade e na multiplicidade da retórica e dos mútuos mal-entendidos que contam para um debate político moderno, é o texto da medida legislativa sob nossa corrente consideração. Esse é constituído pelas convenções da linguagem oficial compartilhada como o único marco, o único ponto de referência ou coordenação, em um mar de possíveis mal-entendidos.* (WALDRON, 1999, p. 145)

Fica claro, portanto, que o positivismo normativo de Waldron leva a um textualismo e a uma leitura formalista (ou, pelo menos, amoralista) das regras jurídicas estabelecidas pelo legislador. É, por conseguinte, uma tentativa de conter a criatividade judicial e de evitar que os juízes façam deliberações morais ao interpretar o direito. Eles devem atuar como fiéis executores das determinações legislativas, de modo que a realização de juízes morais sobre o conteúdo de nossos direitos seja feita exclusivamente pelo legislador.

Waldron encampa, aqui, uma concepção rígida de separação dos poderes, vendo com profunda desconfiança as valorações morais realizadas pelos juízes no contexto da aplicação do direito.

## 4 CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, poderíamos indagar: existe coerência entre a rota institucional e a rota interpretativa para combater a supremacia judicial na interpretação da constituição e do direito em geral?

O ponto central da análise realizada nesse breve comentário foi tentar estabelecer as bases para uma resposta negativa a essa indagação. Caso o crítico à supremacia judicial opte pela rota institucional, ele acatará vários argumentos de Waldron, mas terminará defendendo ou a abolição completa das cortes constitucionais – que é uma alternativa radical que praticamente nenhum sistema jurídico contemporâneo tem sequer aventado – ou um modelo de jurisdição constitucional frágil onde as cortes exercem a função de alertar ao povo e aos demais poderes sobre possíveis violações de direitos fundamentais, aumentando o grau de deliberação pública sobre direitos. A atuação da corte só tem valor, nessa rota, por sua capacidade argumentativa e por sua atuação na esfera pública como um parceiro dos legisladores na construção de um diálogo sobre a melhor interpretação dos princípios abstratos previstos na constituição.

Se essa via for adotada, cortes e legisladores se engajam conjuntamente em uma espécie de “interpretação colaborativa” dos direitos fundamentais (DWORKIN, 2013, p. 134-139), que foi defendida e radicalizada recentemente por Dimitrios Kyritsis em um modelo normativo onde cortes e legisladores assumem a interpretação da constituição como uma tarefa compartilhada e moralmente responsável (KYRITSIS, 2015).

No entanto, essa estratégia, que me parece bastante plausível, só tem alguma chance de atingir os seus propósitos se a rota interpretativa defendida por Waldron para limitar o poder judicial for rejeitada. Um juiz formalista e atrelado ao texto da lei, como quer Waldron em seu positivismo normativo, é incapaz de cumprir as tarefas que lhe restam se a rota institucional for seguida.

Em poucas palavras, podemos concluir com a seguinte tese: a crítica à supremacia judicial e a defesa de um modelo de jurisdição constitucional frágil só se justificam caso se assuma uma leitura moral da constituição tal como a defendida por Dworkin em seu interpretativismo. Uma corte frágil, carente de autoridade para fixar definitivamente o conteúdo do direito, só tem alguma utilidade se ela adotar uma metodologia interpretativa capaz de levar os governos, os cidadãos e a sociedade a dialogarem com a corte assumindo os ônus argumentativos necessários para interpretar o direito em sua melhor luz. A rota institucional – que propõe mudanças no modelo de controle de constitucionalidade para fomentar o debate moral no legislativo e nos demais órgãos governamentais em uma democracia – só faz sentido caso se suponha que toda a sociedade detém a capacidade de adotar a atitude interpretativa defendida por Dworkin. Só faz sentido caso se suponha algo como a “interpretação protestante” (generalizada para toda a sociedade) defendida por Dworkin em *O Império do Direito* (DWORKIN, 1986).

A legitimidade de uma determinada interpretação, caso se adote o modelo de interpretação protestante sugerido por Dworkin, advém do reconhecimento público de sua integridade e justiça. E, naturalmente, a corte só pode contribuir para esse reconhecimento se ela também adotar uma interpretação construtiva do direito e dos princípios de moralidade política incrustados na Constituição.

A rota institucional, que nos parece plausível, é incompatível com a rota interpretativa que defende o positivismo normativo e o textualismo na interpretação judicial.

## 5 REFERÊNCIAS

- BUSTAMANTE, Thomas. Book Review – Legality, by Scott Shapiro. **Legal Studies**, v. 32, n 3, p. 499-507, 2012.
- \_\_\_\_\_. A breve história do positivismo descritivo: o que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, p. 307-327, 2015.
- \_\_\_\_\_. On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review be Morally Justified?. *In*: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo (Orgs.). **Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism**. Heidelberg: Springer, 2016.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Belknap, 1978.
- \_\_\_\_\_. **A Matter of Principle**. Cambridge, MA: Belknap, 1985.
- \_\_\_\_\_. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Belknap, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge, MA: Belknap, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Justice in Robes**. Cambridge, MA: Belknap, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA: Belknap, 2013.
- DYZENHAUS, David. Are Legislatures Good at Morality? Or Better at it than Courts. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 1, p. 46-52, 2009.
- FREEMAN, Samuel. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. **Law and Philosophy**, v. 9, p. 327-370, 1990.
- GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism – Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- HIMMA, Kenneth Einar. A Comprehensive Hartian Theory of Legal Obligation: Social Pressure, Coercive Enforcement and Legal Obligations of the Citizens. *In*: WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan (Orgs.). **Philosophical Foundations of The Nature of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013p. 152-182.
- HOLMES, Stephen. **Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy**. Chicago: University of Chicago Press, 1995.
- KYRITSIS, Dimitrios. **Shared Authority – Courts and Legislatures in Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- MACCORMICK, Neil. A Moralistic Case for A-Moralistic Law. **Valparaiso University Law Review**, v. 20, n 1, p. 1-41, 1985.
- POSTEMA, Gerald. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Clarendon, 1989.
- RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Ethics in the Public Domain**. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. *In*: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 411-433.
- \_\_\_\_\_. The Core of the Case Against Judicial Review **Yale Law Journal** v. 115, p. 1346-1406, 2006.
- \_\_\_\_\_. Do Judges Reason Morally. *In*: HUSCROFT, Grant (Org.). **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 38-64, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- WALUCHOW, Wil. Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 18, n. 2, p. 207-247, 2005.

# RECONFIGURAÇÃO CONCEITUAL? O DIREITO DIGITAL COMO METÁFORA DE SI MESMO

*Juliano Maranhão*<sup>1</sup>

---

*Sumário: 1. O Direito Digital em Meio à Crise de uma Visão de Mundo. 2. O Núcleo e a Configuração dos Sistemas Normativos. 3. Conceitos Jurídicos: Definições, Inferências e Implicaturas. 4. Conceitos Jurídicos e Metáforas. 5. Metáforas e Desafios ao Direito Postos pelo Ambiente Digital. 6. Conclusão: uma Hipótese. 7. Referências.*

## 1 O DIREITO DIGITAL EM MEIO À CRISE DE UMA VISÃO DE MUNDO

As últimas décadas do Séc. XX foram agitadas por ricas discussões em teoria do direito sobre a adequação ou quebra de determinada “visão de mundo”:

- i) o direito é um dado identificado com referência a uma prática social (a convergência em relação a uma fonte convencional), que permite derivar um conjunto de regras gerais, resultado de escolhas prévias de autoridades reconhecidas, do qual se extrai um sistema de soluções para qualquer tipo de conflito prático;

---

<sup>1</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor Visitante da Goethe-Universität Frankfurt am Main. Coordenador do Grupo de Estudos de Inteligência Artificial e Direito- GELIAD/USP e de pesquisa jurídica do Centro de Competência em Software Livre- CCSL/USP. O autor agradece a CAPES e a Fundação Humboldt pelo suporte para o projeto de pesquisa “*Logical tools for modelling conceptual reconstruction and argumentation in Cyberlaw*” (Processo n. 99999.000073/2016-04), no âmbito da qual o presente artigo foi produzido.

- ii) aos juízes é conferida autoridade para criar normas individuais que deverão (competência delimitada pelo conteúdo das normas de conduta hierarquicamente superiores) aplicar essas soluções para os casos concretos que se enquadrarem naqueles tipos de conflitos previamente solucionados. Em caso de dúvida (indeterminação, lacuna ou inconsistência) ou necessidade de adaptação, há suficiente discricionariedade para que o juiz crie a solução particular.

Esse modelo foi e continua questionado em dois flancos: o pressuposto de unidade das regras e o papel cognitivo da atividade judicial.

No primeiro flanco, começa-se a reconhecer que a identificação de regras vinculantes para determinadas práticas não tem exclusivamente fonte estatal, em função de crescente regulação privada, dada, por exemplo, por associações e autorregulação por companhias, ou externa, por exemplo, regras incorporadas a partir de organizações internacionais públicas, bem como padrões não escritos de comportamento e conceitos derivados de práticas arraigadas, políticas e valores prevalecentes em determinados campos, que criam regras ou determinam sentidos<sup>2</sup>.

Essa transformação mexe diretamente com a forma pela qual o direito é interpretado e aplicado em frentes importantes: (i) o *direito internacional* ganha expressão nas ordens jurídicas internas, resgatando a noção de um *jus gentium* em torno de princípios jurídicos ou práticas comerciais universalmente reconhecidos (responsabilidade dos Estados em questões econômicas ou de práticas comerciais “justas”, o julgamento de crimes contra a humanidade), o que trouxe uma revalorização dos direitos humanos, com toda sua carga moral; (ii) o *direito constitucional* conferindo grande amplitude ao controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, que passa a ser justificativa para interpretações *de lege ferenda*, ou aplicações imediatas dos textos constitucionais aos casos, com base em interpretações de enunciados de direitos fundamentais, direitos sociais e interesses coletivos, além de programas políticos neles incorporados; (iii) a *relação público vs privado* torna-se menos demarcada quando o setor privado retoma terreno e assume funções típicas do Estado, que passa a ter função reguladora e indutora de comportamentos para a proteção do interesse público, de modo que o judiciário sai de um papel negativo de rechaçar intervenções estatais abusivas no domínio privado para avaliar a “proporcionalidade” na ponderação, pelas autoridades, de interesses individuais, setoriais e coletivos (concorrência, consumidor, meio ambiente, cultura etc.).

---

<sup>2</sup> VESTING, T. *Rechtstheorie*. C. H. Beck, 2014.

Com isso, a ênfase deixa de estar no Direito como um dado e passa a estar na dinâmica de produção normativa, interpretação e reconstrução conceitual a partir de casos particulares e de campos específicos de aplicação, sensível a valores próprios<sup>3</sup>. E aqui entra a transformação no segundo flanco. A partir do final do século passado, o judiciário passou cada vez mais a enfrentar questões típicas de moralidade e políticas públicas, vendo-se imbuído do dever de garantir justiça substantiva e não apenas procedimental (declaração do direito estabelecido em decisões políticas prévias), o que fica refletido em decisões baseadas na ponderação de valores, direitos humanos (individuais, sociais e coletivos), ou em análises consequencialistas, justificadas por reconstruções da ordem jurídica. Fica em xeque a imagem piramidal com a qual o ordenamento era associada, colocando-se no lugar a imagem do ordenamento como uma rede de sistemas e subsistemas de normas jurídicas que integram regras de diferentes fontes cuja autoridade é reconhecida, a partir do qual o jurista deve construir soluções<sup>4</sup>.

Nesse quadro, fica difícil explicar o direito abstraindo-se da interpretação e da valoração (não necessariamente moral) de seu conteúdo, das condições de validade e justificação das decisões, o que pode ser feito integrando-se a teoria da validade à interpretação. Sem questionar a possibilidade de explicar essas decisões com base na discricionariedade, o fato é que o grau de discricionariedade judicial passou a ser o grande alvo de preocupação, de modo que a pergunta sobre *como* os juízes decidem (quais são seus critérios na reconstrução do ordenamento) tornou-se crítica<sup>5</sup>.

Tal busca por explicação e fundamentação da atividade interpretativa é o sintoma característico da percepção de incerteza na identificação do direito. Quero discutir aqui esse tema a partir do desafio particular que o ambiente digital tem trazido a essa visão de mundo.

A regulação e aplicação do direito no âmbito da tecnologia da informação e particularmente da internet é um exemplar típico dessas transformações: está sujeita a correção<sup>6</sup>, com regras impostas pelo Estado, tem a arquitetura e funcionamento determinado por regras decor-

---

<sup>3</sup> MULLER, F. **Strukturierende Rechtslehre**. Dunker & Humboldt, 1994.

<sup>4</sup> VESTING, T. **Rechtstheorie**, C. H. Beck, 2014.

<sup>5</sup> Sobre essa intrincada discussão presente na teoria do direito contemporânea, discorro com mais detalhe em MARANHÃO, J.S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons (em especial o Cap. 2).

<sup>6</sup> MARSDEN, C. T. **Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace**. Cambridge, 2011.

rentes da tecnologia e códigos computacionais adotados<sup>7</sup>, além de estar sujeita a autoadministração por entidades reguladoras; traz complicadas questões de soberania na aplicação da lei diante de comunicações envolvendo cidadãos de diferentes países intermediadas por companhias transnacionais; as práticas comerciais são pautadas por tipos de contratos desenhados conforme o direito vigente em países de fronteira tecnológica que acabam por se impor ou ao menos se disseminar em outros países (e.g a licença GPL para software em regime livre), ainda que sua compatibilidade com os respectivos ordenamentos seja duvidosa.

Esses aspectos já colocam os conflitos nascentes nesse ambiente dentro de um campo de incerteza, dada a dificuldade de identificação das próprias regras aplicáveis (dotadas de autoridade). Mas é na atividade de interpretação que os conflitos no ciberespaço desafiam o direito de forma mais aguda. Esse desafio está presente em três dimensões inter-relacionadas: (i) *emprego de metáforas*: argumentos construídos a partir de metáforas do mundo físico para o digital são empregados como ferramentas heurísticas para classificar novas tecnologias em categorias já conhecidas presente na legislação ou em precedentes; (ii) *sopesamento de valores*: dificuldades de categorização levam a argumentos baseados em políticas e valores potencialmente conflitantes ligados à internet (e.g. liberdade de expressão e privacidade); (iii) *mudanças de estrutura conceitual*: novas formas de produção, criação e relações econômicas, como “*creative commons*” e “*sharing economy*”, ou novas tecnologias, como agentes eletrônicos, parecem exigir revisão de conceitos jurídicos fundamentais como personalidade jurídica, propriedade e responsabilidade civil.

Diante dessas dificuldades interpretativas, os argumentos se polarizam em duas concepções antagônicas. A primeira, excepcionalista, tende a ver a internet como um campo específico, que demanda novas soluções, construindo-se um direito próprio para o universo digital. A segunda, não excepcionalista, vê apenas o mesmo direito aplicado a um novo objeto ou a relações jurídicas que meramente se travam por um novo meio de comunicação.

Uma tentativa de lidar com esse impasse pode partir de esforço de compreensão do tipo e profundidade da incerteza gerada por esses casos desafiadores trazidos pelo ambiente digital. Mas uma caracterização bem-sucedida da incerteza está ligada à compreensão daquilo que entendemos como certo.

---

<sup>7</sup> LESSIG, L. *Code and other laws of Cyberspace*, v. 2.0. Lawrence Lessig, cc attribution-share alike, 2006.

## 2 O NÚCLEO E A CONFIGURAÇÃO DOS SISTEMAS NORMATIVOS

A discussão sobre o que os juristas entendem por casos fáceis ou claros é uma incursão sobre teoria da interpretação. Todavia, nas últimas décadas ocupou o cenário da teoria do direito no que concerne à teoria da validade. Isso se deve principalmente ao ataque de Dworkin à tese positivista da convenção social ou tese das fontes sociais, segundo a qual a identificação do direito parte de uma convenção ou convergência na prática social sobre quais são as fontes dotadas de autoridade para a criação de regras de comportamento. Por meio de seus “*hard cases*” – casos em que a regra aplicável tem um conteúdo claro, porém há fortes razões morais ou políticas para “derrotar” sua aplicação, questionou a possibilidade de convergência em torno de critérios moralmente neutros sobre quais são as fontes de direito válido.

A partir desse ataque, tornou-se um *desideratum* no âmbito da teoria do direito precisar o sentido de objetividade que permite falar em casos claros e casos não claros. Não há efetivamente consenso sobre o que isso significa e há mesmo indeterminação terminológica, com menções a casos “claros”, “fáceis”, “objetivos” (às vezes tomados por sinônimos, às vezes não), em oposição a casos de “penumbra”, “difíceis”, “não claros”.

O primeiro elemento que se tem à disposição são os textos decorrentes de promulgações de normas. Mas não é possível reduzir o ordenamento jurídico a sequências de símbolos: há referências dos textos uns aos outros (*e.g.* atribuições de competência especificando critérios de identificação de autoridades de hierarquia inferior) e a compreensão desses é necessária até mesmo para se identificar objetivamente as fontes de regras válidas. Tem-se, portanto, que lidar com o sentido dos textos.

O problema em lidar com o sentido está na indeterminação inerente à linguagem natural. Daí por que Hart distingue entre casos claros e casos de penumbra. A base da distinção é a interpretação que Waismann dá à teoria do significado de Wittgenstein no texto “*Verifiability*”<sup>8</sup>. Aqui não é o lugar para entrar na complexidade dessa teoria, basta destacar a ideia de que conhecer o sentido de um termo da linguagem significa dominar uma habilidade em aplicá-lo, o que pressupõe, no mínimo, a possibilidade de identificação e aplicação desse termo em algumas instâncias

---

<sup>8</sup> WAISMANN, F. *Verifiability*. *Proceedings of the Aristotelean Society*, v. 19. [S.I.: s.n], 1945.

de forma não problemática. Ou seja, conhecer o sentido significa conhecer casos-padrão ou típicos de aplicação. Por isso, é uma verdade conceitual haver um núcleo de instâncias do termo reconhecidas pela comunidade linguística, sem o que não haveria um uso compartilhado deste e, portanto, não haveria sentido.

Essa tese deixa em aberto, porém, o que se deve entender por identificação não problemática de instâncias de aplicação de um termo ou, para o que interessa aqui, de uma norma jurídica.

Marmor descreve tais situações como aquelas nas quais o sentido dos termos da norma são claros e dispensam a interpretação para sua aplicação<sup>9</sup>. A interpretação só é chamada a atuar quando a formulação da regra criar dúvida. Interpretar significa, para Marmor, substituir o texto da norma por uma formulação mais precisa, levando em conta uma compreensão contrafática da intenção do legislador. Para Marmor, portanto, caso claro também tem a ver com a clareza da formulação normativa, ou seja, é identificado quando a norma não precisa ser interpretada para a sua aplicação. Como procurei mostrar em outra oportunidade, porém, tal concepção encontra dificuldades uma vez que pode-se identificar casos certamente considerados “claros” ou “fáceis” mas que exigem reformulação do enunciado normativo para que o sentido aceito identifique-se com sua expressão<sup>10</sup>.

Parece inadequado, portanto, definir casos claros como aqueles nos quais a norma não precisa ser interpretada. Como o próprio termo já induz essa ideia, é melhor até mesmo basear a identificação da objetividade em outra distinção terminológica. Não se trata de saber se a norma é clara ou não. “Caso claro” ou “caso fácil” diz respeito a uma propriedade do caso com relação à norma, ou melhor, da objetividade da instanciação da norma ao caso. Nessa linha, que toma a instanciação como noção central, MacCormick defende a existência de decisões jurídicas suficientemente justificadas em forma puramente dedutiva<sup>11</sup>. Atria<sup>12</sup> interpreta essa sugestão em contraposição à tese de Alexy<sup>13</sup>, da perspectiva de sua teoria

---

<sup>9</sup> MARMOR, Andrei. **Interpretation and Legal Theory**. 2. ed., rev. Oregon: Hart Publishing, 2005. p. 96 e ss.

<sup>10</sup> Ver MARANHÃO, J. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2013 (item 3.5).

<sup>11</sup> MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, reimpressão de 1994 com novo prefácio.

<sup>12</sup> ATRIA, Fernando. *Del Derecho y el Razonamiento Jurídico*. **Doxa**, 22, 1999.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão: Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005, parte III, item 1-2.

da argumentação, segundo a qual toda fundamentação de decisão, para ser considerada suficientemente justificada, deve necessariamente conter uma justificação interna (dedução da conclusão a partir das premissas) e uma externa (argumentação em defesa das premissas com base em legalidade, moralidade, consequências, intenção do legislador etc.). Assim, casos fáceis seriam aqueles para os quais a justificação externa das premissas normativas seria desnecessária<sup>14</sup>.

Também essa conceituação enfrenta dificuldades, como mostrei em outra oportunidade, identificando-se casos certamente considerados como claros, mas que envolvem justificação, ao menos implícita, das premissas normativas. Ou seja, o significado tomado como claro ou fácil pode ser já o resultado determinado de uma possível disputa interpretativa e argumentativa (justificação externa, na terminologia de Alexy<sup>15</sup>), que envolve controvérsia sobre as premissas de uma instanciação, com atribuições de sentido e justificações concorrentes. Ou seja, da mesma forma que o “claro” pode não ser uma qualidade semântica da formulação normativa, o “fácil” para uma instanciação não significa que essa seja “puramente dedutiva”.

Como existem casos fáceis envolvendo reformulação de conteúdo e justificação externa das premissas, é preciso buscar uma perspectiva mais geral. O caso é fácil naquelas instancicações que são geralmente consensadas pela comunidade jurídica. Na verdade, essa concepção se aproxima de Hart<sup>16</sup>, que distingue o sentido leigo, dado pelo consenso no uso ordinário dos termos empregados na regra, daquele sentido técnico-jurídico dado pelo emprego de técnicas de interpretação. Este último já envolve o controle do significado por meio de convenções especiais ou

---

<sup>14</sup> Obviamente trata-se de uma leitura feita por Atria da posição de MACCORMICK em **Legal Reasoning and Legal Theory**. Já na reedição de 1994 daquele livro, como o próprio Atria destaca, MacCormick marcou no prefácio uma alteração em sua compreensão do papel da dedução no raciocínio jurídico: “*That shows why deductive reasoning from rules cannot be a self-sufficient, self-supporting, mode of legal justification. It is always encapsuled in a web of anterior and ulterior reasoning from principles and values, even although a purely pragmatic view would reveal many situations and cases in which no one thinks it worth the trouble to go beyond the rules for practical purposes*” (MACCORMICK, 1994, p. xiii).

<sup>15</sup> ALEXY (2005, p. 226).

<sup>16</sup> HART (1983, p. 106), “*Os casos claros são aqueles nos quais existe consenso geral de que se inserem no escopo da regra e é tentador atribuir esse consenso simplesmente ao fato de que necessariamente há tais acordos no uso de convenções compartilhadas da linguagem. Mas isso seria uma simplificação demasiada, pois ela não abriria espaço para convenções especiais do uso jurídico das palavras, que podem divergir do uso comum, ou para a forma pela qual o significado das palavras pode ser claramente controlado com referência ao propósito de um ato legislativo, que pode ele mesmo ser afirmado explicitamente ou geralmente acordado*” (Tradução livre).

do propósito claramente atribuído ao ato de promulgação ou decisão. Aquele sentido leigo tem a ver com o material que é dado ao jurista. Este sentido técnico já pode ser o resultado da atuação da interpretação, que *torna* o caso claro. Naquilo que é considerado “claro” ou “fácil”, simplesmente não se cogita de argumento plausível contra a instanciação, uma vez que essa faz parte de um núcleo já arraigado na prática jurídica. Desafiar esse conteúdo significaria desafiar a própria prática.

Outro aspecto importante: Hart acena para o *caso* como elemento determinante da facilidade ou dificuldade da instanciação da norma e não o contrário<sup>17</sup>. Não são as regras que determinam as suas instâncias de aplicação, mas é a partir do caso que se identificam, por interpretação, as regras a aplicar e qual seria o conteúdo claramente aplicável a esse caso. A pergunta abstrata sobre o conjunto de todas as normas jurídicas válidas não faz muito sentido prático para o operador do direito. A pergunta sobre o conteúdo do ordenamento, na voz dos operadores, está sempre ligada à resolução de um problema, atual ou hipotético. Ou seja, a questão é saber o que isso que nós consideramos “o ordenamento” diz sobre o status deôntico (permitido, proibido, obrigatório) *dessa ação nessas circunstâncias* com a qual me confronto.

Essa reconstrução do sistema normativo direcionado ao problema apoia-se justamente naquele conjunto de casos ou situações indisputáveis que forma o núcleo daquilo que entendemos por direito ou por alguma área específica do direito. A reconstrução dos sistemas normativos, a partir do material jurídico vinculante, deve ser capaz de explicar, ou ser coerente, com esse conteúdo básico socialmente convergente. Entram em jogo não só o sentido das regras postas cuja autoridade seja reconhecida, mas também os valores subjacentes que justificam aquelas regras com aqueles sentidos atribuídos em cada reconstrução possível. A perspectiva é congênere à imagem do ordenamento como uma rede de subsistemas de soluções normativas. Mas note-se que ela admite também mais de um conjunto de subsistemas possíveis (de normas e justificações valorativas) capazes de explicar aquele núcleo convergente, o que coloca esta concepção de sistema normativo e ordenamento em um modelo explicativo coerentista, em que o conteúdo das regras (e suas justificações morais) é inferido a como a melhor explicação possível para material jurídico pré-interpretativo e para o conjunto convergente de instâncias, local, não holístico, ou seja, as explicações e sistemas de soluções

---

<sup>17</sup> “é muito difícil oferecer uma abordagem exaustiva do que faz um “caso claro” ser claro ou faz uma regra geral ser unicamente aplicável a um caso particular. Regras não podem pretender instâncias próprias e situações de fato não aguardam o juiz emblemadas com a regra a elas aplicável” HART, *op.cit.*, p. 106, tradução livre.

são reconstruídas a partir de um problema ou conflito dado e da parcela do ordenamento relevante (não para todas as ações e conflitos possíveis ou para todo o ordenamento) e subdeterminado (admite-se sistemas normativos concorrentes como juridicamente possíveis)<sup>18</sup>.

Vamos chamar esse conteúdo convergente e nuclear de “casos determinados” de identificação do direito a partir do ordenamento (material jurídico sujeito a interpretação). Os casos em que há subdeterminação (sistemas concorrentes admissíveis instanciam soluções opostas) são aqueles onde há incoerência (que pode ser entre normas conflitantes, ou entre a solução apontada pela regra e a solução apontada por sua justificação de fundo) ou indeterminação (que pode decorrer de lacunas normativas, exigindo integração, ou de penumbra ou vagueza do termo normativo, o que leva a escolhas entre atribuições de sentido concorrentes)<sup>19</sup>. A solução nos casos de subdeterminação é encontrada a partir de reconstruções de sentido das regras (e suas justificações morais/políticas) coerentes com os casos determinados.

### 3 CONCEITOS JURÍDICOS: DEFINIÇÕES, INFERÊNCIAS E IMPLICATURAS

O conceito de “caso fácil” ou “determinado” aqui adotado, de inspiração hartiana, alinha-se a uma concepção de sentido como *habilidade de uso* pelos participantes de uma comunidade linguística e não com

---

<sup>18</sup> Para maior detalhamento desta concepção de sistema normativo e ordenamento e sua distinção em relação ao outras, em particular com o modelo de direito como integridade de Dworkin, ver MARANHÃO, J.S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>19</sup> Normalmente, quando se destacam os chamados “problemas de interpretação”, são os quatro casos nas pontas do diagrama (penumbra, lacuna, inconsistência e incoerência) que pautam as classificações. É usual, desde Savigny, (SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del Diritto Romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico, 1886. p. 229) dividi-los entre problemas das leis consideradas singularmente e das leis consideradas em sua relação com o sistema jurídico, de forma que penumbra e casos difíceis passam a pertencer à primeira classe, enquanto lacunas e conflitos normativos passam a ser problemas de sistematização. Savigny denominava “leis defeituosas” os problemas ligados a leis singulares, distinguindo entre leis indeterminadas e leis inexatas. As indeterminadas são aquelas que não indicam perfeitamente um pensamento, i.e. os casos de ambiguidade e vagueza. As inexatas são leis que manifestam um pensamento claro mas diverso do seu “pensamento verdadeiro” (que é a hipótese de conflito entre a regra e sua *ratio*). A perspectiva adotada aqui vê a determinação e subdeterminação não nas regras, mas nos casos.

determinada *descrição definida* pelo elenco de condições necessárias e suficientes para emprego do termo ou para predicação verdadeira de “fácil” para determinado caso jurídico. A existência desse conjunto convergente de casos determinados, aderentes a um conjunto de soluções e conceitos jurídicos, é tomado como condição de possibilidade de sentido para o termo “*direito*”<sup>20</sup>. Pressupõe-se que se não houver convergência mínima em torno de um conteúdo para uma prática social, que seja reconhecida reflexivamente pelos praticantes como tal, não se pode admiti-la como prática social.

A referência, assim, de “direito” (em uma comunidade qualquer) identifica-se com esse núcleo convergente de sentido (os casos fáceis/determinados) e os possíveis conjuntos de soluções normativas, conceitos e valores que sejam com ele coerentes, a partir de fontes reconhecidas de autoridade. O significado de “casos fáceis” poderia ser tomado simplesmente como aquele conjunto de instâncias de soluções, conceitos jurídicos e valores compartilhados em cada comunidade jurídica, admitindo-se para esse termo apenas uma denotação (referência) sem conotação (sentido)<sup>21</sup>. Assume-se, porém, na linha de Searle<sup>22</sup>, que a convergência no uso decorra de um consenso de ação que envolva alguma cognição, ainda que não possa ser traduzida por uma descrição singular identificadora. Aquele que compreende e identifica de modo competente um caso fácil em uma comunidade jurídica, normalmente o associa a um conjunto de fatores, ainda que vagos, correspondente a alguma porção de propriedades (*cluster*) que acredita justificar seu emprego<sup>23</sup>. Mas esse *cluster* não precisa ser estável ou especificável informativamente de modo unívoco.

Por exemplo, pode-se afirmar com segurança que uma viagem de lua de mel não é uma razão jurídica para justificar a realização de um aborto segundo o direito brasileiro. A verdade dessa proposição pode

---

<sup>20</sup> Ver MARMOR, **Interpretation and Legal Theory**. Oxford, 2005. Esse pressuposto convencionalista é o alvo central do ataque de Dworkin ao positivismo analítico (DWORKIN, Ronald. M. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1997).

<sup>21</sup> No sentido que Frege atribui a esses termos. (FREGE, G. *Über Sinn und Bedeutung*, *Zeitschrift für Philos. Und Philos. Kritik*, 1982, p. 100.

<sup>22</sup> Há uma rica disputa em torno do significado de nomes próprios e conceitos na filosofia analítica da linguagem que não cabe entrar aqui. Para uma introdução, ver MILLER, Alexander. **Filosofia da Linguagem**. São Paulo: Paulus, 2010.

<sup>23</sup> Raz defende uma concepção semelhante ao falar em um conceito compartilhado de direito no qual os participantes convergem sem que dele tenham um domínio completo e que envolvem algumas características gerais. Ver RAZ, J. *Pode Haver uma Teoria do Direito*. In: RAZ, J.; ALEX, R.; BULYGIN, E. **Uma discussão sobre a Teoria do Direito**. 2013, p. 69-101.

estar associada a alguns fatores como a existência de uma regra no código penal, admitido como vinculante e válido no país, que proíbe o aborto e não prevê essa exceção, o conceito compartilhado de “aborto” com suas instâncias típicas de ação, a crença na literalidade da proibição; a ausência de justificativa moral plausível endossada pela legislação que legitime o aborto nessa hipótese etc. de modo que não cabe argumento para desafiar as premissas normativas aceitas ou sua subsunção.

Como não há extensão demarcada por uma descrição definida para esse núcleo – mas apenas um *cluster* de crenças dos praticantes sobre as propriedades que justificam o emprego do conceito de direito e sobre o qual se pressupõe um mínimo de sobreposição e convergência – admite-se uma variação de grau, com o reconhecimento de representantes prototípicos<sup>24</sup>, que podem reunir mais elementos convergentes, e outros que, embora reconhecidos, não têm o mesmo grau de convergência.

O mesmo vale para os conceitos jurídicos que fazem parte daquele núcleo compartilhado envolvido nessa habilidade de identificação dos casos fáceis que compõem o direito em determinada comunidade. Com relação a esses, há duas concepções contrapostas na tradição jurídica.

A primeira, a *concepção ontológica*, crê que conceitos jurídicos têm significado independente e prévio à sua estipulação em norma jurídica: seu significado contribui para a determinação e composição do significado da norma. Os conceitos jurídicos, nessa linha, referem-se a objetos no mundo jurídico que podem ser descritos, de modo que cada conceito tem um significado e propriedades que lhes são inerentes, merecendo definição e categorização capaz de distingui-las e relacioná-las com os demais conceitos. Essa perspectiva incorpora realismo compatível com a visão jusnaturalista, em que o conteúdo dos conceitos é deduzido de determinadas máximas de moralidade, mas teve seu representante mais típico na dogmática alemã do século XIX (que Jhering batizou de “*jurisprudência*”).

---

<sup>24</sup> A teoria prototípica do significado tem sua origem na filosofia da linguagem ordinária segundo Wittgenstein. Ver Lakoff (LAKOFF, George. **Women, Fire, and Dangerous Things – What Categories Reveal about the mind**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1990, part. I, item 3), que discute a concepção de Wittgenstein para fundamentar o discurso e a formação de conceitos por meio de metáforas. Ver também a coletânea de ensaios (MARGOLIS, Eric; LAURENCE, Stephen (Eds.). **Concepts – Core readings**. Cambridge-London: The MIT Press, 1999). Uma leitura de Hart como adepto de uma concepção prototípica de sentido pode ser encontrada em ENDICOTT, Timothy A. O. Herbert Hart and the Semantic Sting. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005 (Reimpressão).

*dos conceitos*”)<sup>25</sup>. Boa parte dos manuais de direito que hoje conhecemos incorporam essa tradição ao categorizar o direito em árvores de dicotomias, por exemplo, como fatos *vs* fatos jurídicos, fatos jurídicos *vs* atos jurídicos, atos jurídicos não negociais *vs* negociais, contratos bilaterais *vs* multilaterais, pessoais ou reais, com diferentes categorias contratuais como compra e venda, empréstimo, locação, comodato etc. comparados conforme suas semelhanças e diferenças.

Essa sistematização dogmática no séc. XIX isolou o direito do domínio das deliberações políticas ao conferir-lhe um conteúdo dado por conceitos jurídicos historicamente determinados. Em-bora em sua origem essa conceptualização objetivasse apurar o desenvolvimento histórico do conceito por determinada cultura jurídica, em oposição à visão jusnaturalista de conceitos prefixados por uma moralidade universal, o historicismo, tanto no *direito continental* quanto no *common law*, passou a ser visto como restrito à definição, concatenação e classificação de conceitos a serem subsumidos aos conflitos, o que seria expressão de postura neutra, científica e apolítica. Exatamente por isso foi atacado no final do séc. XIX e início do séc. XX como formalista e conservador, impregnado de uma moralidade política liberal (sacralização da propriedade, responsabilização de danos pela culpa subjetiva, validade do contrato fundada na vontade das partes), insensível às transformações sociais (na época, vivenciava-se uma série de novos conflitos decorrentes da segunda revolução industrial) e aos objetivos e razões políticas de cada instituto ou conceito.

A segunda concepção, *inferencial*, que passa a dominar a cena no século XX, liga-se ao positivismo analítico e reduz o conceito a suas condições e consequências determinadas por regras jurídicas<sup>26</sup>. Ou seja, são as regras e as inferências normativas por elas previstas que dão sentido ao conceito jurídico e não o contrário. Os conceitos ganham sentido na medida em que são inseridos nos textos normativos, que, por sua vez, funcionam como ligações inferenciais entre condições e consequências. Se as regras mudam, por decisões políticas, o significado do conceito jurídico também muda. E entender um conceito jurídico, como, por exemplo, o direito de propriedade, nada mais seria do que descrever as condições de instanciação de regras (as condições alternativas de aquisi-

---

<sup>25</sup> JHERING, R. **Sherz und Ernst in der Jurisprudenz**: eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum. Leipzig, 1884.

<sup>26</sup> Para uma exposição mais detalhada dessa virada na teoria do direito ver MARANHÃO, J.S.A. “Por que teorizar sobre teoria do direito?”, estudo preliminar à edição brasileira de RAZ, J.; ALEX, R.; BULYGIN, E. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ção de propriedade – usucapião ou sucessão ou compra e venda) e as consequências dessa instanciação (o conjunto de direitos – usar, fruir e dispor – e deveres – pagamento de impostos, servidões etc. – decorrentes do título de propriedade). Nessa linha, o realismo escandinavo<sup>27</sup> chega a defender a tese de que os conceitos jurídicos são, na verdade, despidos de significado, ou possuem apenas um significado místico ou metafórico e sua manutenção justifica-se tão somente por seu caráter instrumental ou intermediário, ao abreviar em apenas um termo o que seria uma longa descrição de antecedentes disjuntivos e consequentes conjuntivos de normas jurídicas para cada conceito.

Sartor, ao discutir as duas tradições, sob a ótica de modelos representacionais de inteligência artificial e direito<sup>28</sup>, sugere a possibilidade de conciliação, desde que a concepção ontológica admita derrotabilidade para as definições categoriais, tornando-as sensíveis e adaptáveis a mudanças no sistema normativo, de um lado, e, de outro, assumam-se uma versão atenuada do compromisso com o domínio da totalidade das consequências e condições normativas envolvidas em cada sistema normativo por aquele que apreende o conceito. Tal perspectiva conciliadora parece congênera à forma que a dogmática jurídica e o direito posto de fato interagem, com influências mútuas. O esforço de definição conceitual pela dogmática influencia a elaboração de regras pelo legislador ou a fundamentação de decisões judiciais, ao passo que mudanças nas regras exigem reformulações e novas classificações pela dogmática, de modo a que haja um equilíbrio entre as condições de satisfação de conceitos e suas consequências conforme o sistema normativo e o conteúdo definicional explorado ou discutido pela doutrina.

Essa relação imbricada entre definições doutrinárias e regras jurídicas na formação de conceitos, dentro do conjunto de convicções compartilhadas que formam o núcleo daquilo que entendemos por direito, pode ser melhor aproximada se olharmos mais de perto a concepção inferencial na filosofia da linguagem, ainda que dentro dos limites possíveis para este artigo.

Atribui-se a origem do inferencialismo à Frege, quando toma a sentença e não a palavra como elemento primitivo para identificação do significado. O significado de uma palavra ou termo é, assim, extraído a

---

<sup>27</sup> Ver ROSS, A. Tû-Tû. *Scand. Stud. Law* 1, p. 139-153, 1957; LINDAHL, L. Deduction and Justification in the law: the role of legal terms and concepts. *Ratio Juris*, 17, p. 182-201, 2004.

<sup>28</sup> SARTOR, Giovanni. Legal Concepts as inferential nodes and ontological categories. *Artificial Intelligence and Law*, 17, p. 217-251, 2009.

partir das condições de verdade da sentença dentro de uma linguagem lógica<sup>29</sup>.

Na famosa crítica de Quine aos dogmas do empirismo lógico<sup>30</sup> não só as palavras, mas também as sentenças são consideradas como parte de um corpo coerente de crenças e conhecimento, de modo que suas condições de verdade são testadas em relação a esse corpo, o que leva a seu ceticismo quanto à determinação unívoca do significado a partir de observações de uso de sentenças: corpos coerentes e concorrentes de crenças e proposições podem ser bem sucedidos em preencher o papel explicativo do significado de um conjunto de sentenças e dos elementos subsentenciais diante de informações observacionais do comportamento linguístico dos usuários.

A semântica de Sellars incorpora essa concepção ao tomar o significado como derivado do domínio de um corpo de regras de inferência formais e materiais, o que pressupõe uma interconexão entre sentenças na linguagem. Compreender, por exemplo, que alguém é solteiro envolve compreender e estar disposto a inferir que esse indivíduo é um ser humano e que não é casado; compreender “vermelho” significa inferir que é uma cor e que é diferente de azul etc.<sup>31</sup>. Em concepção ampliada, Brandom inclui nesse corpo não só inferências materiais necessárias, mas também aquelas acidentais, como, por exemplo, ao compreender que dois indivíduos são casados, comprometemo-nos, em geral, com a crença (derrotável) de que vivem juntos<sup>32</sup>. Esse compartilhamento de regras de inferência dá-se, para Brandom, em um jogo de linguagem de reconhecimento mútuo entre os participantes de aplicações e justificação de aplicações de sentenças e de conceitos nelas inseridos, que explicitam esses compromissos inferenciais.

Nesse ponto, Brandom ultrapassa a perspectiva semântica (linguagem-linguagem) e abre a possibilidade para determinação do conteúdo de conceitos a partir do uso efetivo e do contexto de conversação no

---

<sup>29</sup> FREGE, G. **Begriffsschrift**: eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens. Halle, 1879. Mas é efetivamente com o segundo Wittgenstein que a noção representacional do significado é colocada em xeque diante da concepção do significado como definido a partir do papel desempenhado pelas palavras e enunciados em um jogo de linguagem (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. G. E. M. Anscombe and R. Rhees (Ed.). Trad. by G.E.M. Anscombe. Blackwell, Oxford, 1964).

<sup>30</sup> QUINE, W. V. Two Dogmas of Empiricism. **Philosophical Review**, 60, 1951.

<sup>31</sup> SELLARS, W. Inference and Meaning. **Mind**, 62, 1953, p. 313-338.

<sup>32</sup> Brandom, Robert B. **Making It Explicit**: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994.

qual os compromissos mútuos sobre as inferências são constituídos, o que permite reconhecer também implicaturas pragmáticas, no sentido de Grice<sup>33</sup>, naquele conjunto de inferências materiais. Para a composição do que o falante significa, Grice distingue entre o que se disse (*what the speaker says*) e o que se quis dizer (*what the speaker implies*) com aquilo que se disse. Na dimensão semântica, por exemplo, não há diferença entre os enunciados “*Meu filho caiu e bateu a cabeça*” e “*Meu filho bateu a cabeça e caiu*”, dado que os enunciados autorizam as mesmas inferências formais. Porém, em um contexto de conversação da mãe com o médico, sabemos que há diferença importante entre os enunciados e naturalmente associamos à conjunção uma ordem temporal (“antes caiu, depois bateu a cabeça”). Ou seja, o significado inclui não só a ocorrência de ambos os eventos (o que se disse) como também a sequência temporal (o que se quis dizer). Tal inferência é justificada por Grice, a partir dos propósitos de uma conversação, em que os falantes pressupõem mutuamente e se comprometem (normativamente) a emitir enunciados cooperativos com o diálogo. A partir daí, destrincha uma série de máximas compartilhadas em quatro categorias: quantidade (faça uma contribuição nem mais nem menos informativa que o necessário), qualidade (não emita enunciados falsos ou diga algo de que não disponha de suficiente evidência), de relação (emita enunciados relevantes para o contexto do diálogo) e de modo (seja preciso, breve, ordenado).

Essas máximas da conversação têm a função de constringer possíveis atribuições de sentido ao excluir hipóteses de atribuição de intenção ao locutor, o que torna a implicatura uma espécie de inferência abduativa<sup>34</sup>, de modo que o significado pode ser derrotado diante de novas locuções ou informações sobre o contexto de fala.

Voltando para os conceitos jurídicos, podemos reconhecer na prática da comunidade dos operadores jurídicos não só inferências formais dedutivas (a subsunção, o argumento por redução ao absurdo etc.) como inferências materiais dadas pelas normas jurídicas que ligam condições fáticas a consequências normativas, esquemas de argumentação não dedu-

---

<sup>33</sup> GRICE, Paul. *Logic and Conversation. Studies in the way of words*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

<sup>34</sup> Sobre inferência abduativa ver Josephson, JOHN R.; JOSEPHSON, Susan G. (Eds.). **Abductive Inference: Computation, Philosophy, Technology**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1994; HARMAN, Gilbert. The inference to the best explanation. **Philosophical Review**, 74. [S.I.: s.n.], 1965. Para sua aplicação ao direito e relação com a construção de sistemas normativos coerentes ver MARANHÃO, **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**, *op. cit.*, 2013; AMAYA, A. **The tapestry of Reason: An Inquiry into the nature of Coherence and its role in legal argument**. Oxford: Hart Publishing, 2015.

tivos como a analogia, a contrário etc., além de princípios interpretativos (*lex posterior, lex specialis, lex superior*) e máximas próximas aos postulados de conversação de Grice, que são traduzidos na figura metafórica do legislador racional<sup>35</sup>. Essa personificação do sistema jurídico (também encontrada no direito anglo-saxão<sup>36</sup>) é expressão do ideal de unidade que reúne postulados de competência assumidos na interpretação. Entre eles estão aqueles postulados absolutos, com a força de descartar atribuições de sentido que os violem (consistência, justiça, coerência das normas como meios adequados para alcançar os valores vislumbrados pela legislação) e os relativos, cuja violação torna a atribuição de sentido menos elegível do que a atribuição alternativa (completude, precisão, ordem, não redundância)<sup>37</sup>. Uma vez explicitados, entendemos os compromissos inferenciais mútuos na comunidade linguística que permitem a fixação de significados.

Essa determinação do sentido não está propriamente na regra como ligação inferencial independente e autônoma, uma vez que a interpretação doutrinária a informa e molda a forma pela qual a compreendemos como parte de um sistema normativo ou de uma ordem jurídica. Assim, a identificação daquele núcleo de significados e instâncias determinadas, que permite toda a reconstrução de sistemas normativos locais coerentes, decorre desse mútuo ajuste entre regras jurídicas, regras de inferência próprios da atividade interpretativa e esquemas conceituais doutrinários.

#### 4 CONCEITOS JURÍDICOS E METÁFORAS

Uma forma particular de inferência compartilhada na compreensão da linguagem, de interesse aqui, é aquela derivada do emprego de

---

<sup>35</sup> Sobre o papel epistemológico da figura metafórica do legislador racional na sistematização e interpretação do direito ver MARANHÃO, J. S. A. **Padrões de Racionalidade na Sistematização de Normas**. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

<sup>36</sup> Pollock, por exemplo, ao discorrer sobre o sistema jurídico do *Common law* e sua racionalidade coloca: “remember that our lady the *Common law* is not a task-mistress, but a bountiful sovereign whose service is freedom” (POLLOCK, F. **The Expansion of the Common Law**. London: Stevens and Sons, 1904, *apud* DUXBURY, N. **Frederick Pollock and the English Juristic Tradition**. Oxford, 2004.

<sup>37</sup> Em Maranhão e Ferraz Junior (Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica “do” ou no direito? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 5, 2007) explora-se a ligação entre a noção de legislador racional e as implicaturas de Grice e em MARANHÃO, J.S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**, Marcial Pons, 2013, aponta-se para sua estrutura conceitual em termos de inferências abduativas.

metáforas. Lakoff e Johnson apontam que as metáforas, mais do que simples figuras retóricas de linguagem, como tradicionalmente encaradas, são *figuras de pensamento* e desempenham papel fundamental na formação de conceitos e construção de significados, principalmente em relação ao raciocínio abstrato<sup>38</sup>. Isso ocorre na medida em que metáforas não são empregadas isoladamente, mas em *clusters* e, desse modo, permitem transferir determinada estrutura de cognição e disposição para agir de um *domínio fonte* (*source domain*), que dominamos intelectualmente, para um *domínio alvo* (*target domain*) de modo coerente. Essa transferência não só tem papel heurístico, como incorpora determinado sistema de crenças e valorações que determinam o significado e influenciam o discurso e a ação. Por exemplo, um conjunto de metáforas sobre a argumentação como “ataque essa premissa!”, “defenda-se dessa conclusão!”, “precisamos construir uma estratégia para vencer a disputa (argumentativa)”, “se cair nesse dilema, ficará encurralado” etc. revelam uma categorização básica de que a “argumentação é uma batalha”, o que determina as disposições para agir: os participantes de uma argumentação são adversários, o objetivo é vencer, há uma causalidade que estrutura o jogo (cada argumento (ataque) exige um contra argumento (defesa)) etc. Uma conceptualização diferente, por exemplo, “argumentação é uma construção” levaria a uma compreensão diferente do significado de argumentos e o papel dos interlocutores.

O papel inferencial das metáforas na determinação do significado pode ser compreendido como uma forma de implicatura cuja compreensão pressupõe a máxima de qualidade<sup>39</sup>. Quando dizemos que “João é uma pedra de gelo” não queremos, assume-se, veicular uma informação falsa, mas descrever um aspecto abstrato de sua personalidade e construir expectativas para ação com base na associação metafórica de uma experiência física.

Como a subsunção da regra ao caso tem papel central na argumentação jurídica, no direito são frequentes os argumentos ontológicos ou de “*classificação verbal*”<sup>40</sup>, que pretendem determinar se o caso inclui-se na extensão do conceito contido na regra. Determinar a “*natureza jurídica*” do conflito ou de uma ação cumpre o papel não só de selecionar as regras aplicáveis, como de determinar o seu sentido. Assim, por exemplo, um contrato de compra e venda de mercadoria pode ter conteúdo

<sup>38</sup> LACKOFF, G.; JOHNSON, M. **Metaphors we live by**. The University of Chicago Press, 2003.

<sup>39</sup> MARTINICH. **Uma teoria da Metáfora**.

<sup>40</sup> WALTON, D. Argument from analogy in legal rhetoric, **Artificial Intelligence and Law**, v. 21, n. 3, 2013.

distinto (as regras aplicáveis são distintas) caso uma das partes seja considerada “*consumidor*”. Embora a instância prototípica de “*consumidor*” seja a pessoa física que adquire no varejo um produto (onde se presume a vulnerabilidade daquele), a doutrina estende metafóricamente o conceito para instanciá-lo também para pessoas jurídicas. Por sua vez, a própria conceituação de empresa como “*pessoa jurídica*” é metafórica e permite operacionalizar uma série de relações multilaterais (entre os sócios e terceiros) como relações jurídicas bilaterais, quando a empresa é então considerada uma entidade unívoca, com vontade própria e autônoma, portanto com responsabilidade individualizada<sup>41</sup>.

As metáforas estão disseminadas no discurso jurídico e desempenham papel importante na construção conceitual e na estrutura do ordenamento<sup>42</sup>. O interesse no seu estudo está no fato de que, muitas vezes, passam desapercibidas. As metáforas não vêm com rótulos, a exemplo de outras figuras jurídicas em que regras explicitamente determinam se um item *deverá*, ainda que contra a linguagem natural, ser enquadrado em determinado conceito por equiparação (presença de semelhanças relevantes e diferenças secundárias) ou por ficção (apesar da diferença reconhecida). Ao contrário, são incorporadas no discurso e argumentação jurídicas como parte da “*natureza*” ou “*essência*” de institutos e acabam por se tornar arraigadas. É importante trazê-las à tona por três motivos.

Primeiro, a transferência do conceito do domínio fonte para o domínio alvo baseia-se em analogias, que, obviamente, nunca são perfeitas: pode-se deixar traços importantes do domínio fonte de fora quando empregado no domínio alvo e pode-se carregar aspectos do domínio fonte que são incompatíveis com o domínio alvo. Lakoff chama atenção para o fato de que “*ao fazer com que foquemos um aspecto do conceito... o conceito metafórico pode nos impedir de focar outros aspectos do conceito que são inconsistentes com aquela metáfora*”<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Uma passagem de Felix Cohen ilustra bem a consciência dessa metáfora e consequências para a interpretação jurídica “*Nobody has ever seen a corporation. What right have we to believe in corporations if we don't believe in angels? To be sure some of us have seen corporate funds, corporate transactions, etc... But this does not give us the right to hypostatize, to “thingfy”, the corporation, and assume that it travels about from State to State as mortal men travel*”(COHEN, Felix. *Tanscendental Nonsense and the functional approach*, 35, **Columbia Law Rev**, 809, p. 810-11, 1935 *apud* WINTER, *Re-Embodying Law. Mercer Law Review*, v. 58, 2006-2007).

<sup>42</sup> WINTER, Steven L. **A clearing in the forest: law, life and mind**. University of Chicago Press, 2001.

<sup>43</sup> “*In allowing us to focus on one aspect of a concept ... a metaphorical concept can keep us from focusing on other aspects of the concept that are inconsistent with that*

Segundo, as metáforas carregam valorações próprias do domínio fonte que acabam por moldar o domínio alvo. Winter chama a atenção, por exemplo, para a influência da famosa figura de linguagem usada por O.W. Holmes (“*marketplace of ideas*”) que traça um paralelo entre o livre comércio e a liberdade de expressão. Nesse movimento, subrepticiamente foi relativizada a importância da verdade do discurso (não há *a* verdade, assim como não há *o* melhor produto) para valorizar a autonomia individual e livre manifestação do pensamento (a maior disseminação possível de ideias fontes diversas e antagonicas), onde a maior chance de se aproximar da verdade é tomada como produto da competição<sup>44</sup>.

Por fim, a alteração ou emprego de metáforas para reinterpretar conceitos jurídicos reflete mudanças culturais e valorativas e constitui uma forma importante pela qual o direito se flexibiliza para acomodar novas formas de conflitos sociais.

A alteração dos conceitos por meio de metáforas é sutil e normalmente envolve ajustes mútuos entre definições dogmáticas e as fontes. Por exemplo, se a fonte de direito inclui pessoas jurídicas em instâncias inferidas a partir de “consumidor”, para descrever e explicar essa instanciamento, a dogmática é levada a modificar sua teoria para que mantenha seu poder explicativo, transferindo a raiz do conceito de consumidor do indivíduo (“*indivíduo que consome um bem*”) para a relação da qual ele participa, “relação de consumo”, de modo que consumidor passa ser qualquer indivíduo que participa daquela relação. Como corporações também podem ocupar o polo de uma relação jurídica de consumo (ainda que sua individualidade seja uma construção também metafórica), também são consumidores. Ao se adotar essa conceituação, considerando que “relação de consumo” é aquela que se opõe à relação inserida na cadeia produtiva, mesmo pessoas físicas que adquiram no varejo, ainda que vulneráveis diante de empresas, não mais se enquadram na condição de “consumidor” quando, por exemplo, a compra do bem for destinada a uso profissional (o que pode influenciar operadores jurídicos, transformando-se mais uma vez o conceito por sua aceitação inferencial)<sup>45</sup>.

---

*metaphor*” LACKOFF, G.; JOHNSON, M. **Metaphors we live by**. The University of Chicago Press, 2003, p. 10.

<sup>44</sup> WINTER, S. Re-Embodying Law. **Mercer Law Review**, v. 58, 2006-2007.

<sup>45</sup> Tais mudanças não são diretas ou uniformes, envolvendo, na verdade, teorias interpretativas concorrentes, de modo que há sistemas normativos alternativos para lidar com as questões em foco. No caso da conceituação de “consumidor”, no Brasil, há pelo menos três visões conflitantes em instâncias que variam em função de critérios como uso profissional, finalidade, hipossuficiência, dentre outros.

## 5 METÁFORAS E DESAFIOS AO DIREITO POSTOS PELO AMBIENTE DIGITAL

O chamado “direito digital” é um campo particularmente interessante para observar essas transformações do sistema normativo por meio de metáforas. Como se encontra em *statu nascendi*, permite visualizar de que forma a relação de coerência de um particular ramo se conecta com outros subsistemas do ordenamento por meio de ligações conceituais e inferenciais. Por outro lado, os conflitos no ambiente digital exigem dos operadores os o emprego para o “mundo virtual” de conceitos jurídicos originalmente construídos com referência ao mundo físico. E esse esforço lida com questões ontológicas sobre a essência de uma tecnologia ou de uma aplicação na internet, onde as metáforas desempenham papel central.

Por exemplo, a condenação, na Suécia, dos desenvolvedores do site Pirate Bay girou em torno de disputa sobre qual a “natureza” de um site indexador e de busca de arquivos para compartilhamento via “torrent”: o site seria uma “*plataforma*” onde potenciais violadores de direitos autorais apenas se comunicam (sem responsabilidade pelo site) ou um “*quadro de avisos*” que estimula a prática de violação autoral?<sup>46</sup> Outro exemplo é a discussão sobre se o *streaming* de músicas na internet significa “reprodução pública” sujeita a remuneração por direitos autorais<sup>47</sup>, ou ainda, se o envio em massa de spams ou o uso de softwares robôs para baixar conteúdo de webpages poderia se algum tipo de “invasão de propriedade” etc.

A própria compreensão do que é a “*internet*” é metafórica<sup>48</sup>. Uma das metáforas importantes a concebe como uma “*autoestrada de informação*” (“*information superhighway*”). Assim como estradas estão sujeitas a regulação do Estado para garantia de segurança, essa metáfora carrega consigo o valor e importância da regulamentação. Por outro lado, tende a ver a internet de uma perspectiva externa, ou seja, como mais um meio de comunicação entre usuários, o que os alinha com a concepção de

---

<sup>46</sup> LARSSON, S. Metaphors, Law and digital phenomena: the Swedish pirate bay court case. **International Journal of Law and Information Technology**, v. 21, n. 4, p 354-379, 2013.

<sup>47</sup> O tema, ao lado da legalidade do compartilhamento de músicas, é discutido em várias jurisdições. No Brasil, aguarda decisão pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp. 1559.264-RJ (2013/0265464-7), Rel. Ricardo Villas Boas Cueva).

<sup>48</sup> Ver BLAVIN, J. H.; COHEN, Glen. Gore, Gibson and Goldsmith: the evolution of internet metaphors in law and commentary. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 16, n. 1, 2002.

que a internet não exige regulação específica, apenas a aplicação do direito existente a um novo objeto. As implicações são bem distintas caso se adote a ideia de que a internet é um “lugar” ou “espaço” virtual (*cyberspace*), com uma geografia própria e lugares fixos (sites, home-pages, chat rooms). Aqui, a perspectiva é interna: o usuário não está fora e se comunica por meio do computador, mas vive experiência virtual dentro de um novo espaço. Ilustrando a diferença, a metáfora de invasão de propriedade para combater o uso de robôs que baixem conteúdo de um site cabe aqui, mas não se encaixa na perspectiva externa da internet como uma estrada<sup>49</sup>. Como na perspectiva interna tratamos de um novo espaço de relações, deveria haver uma regulação específica e excepcional.

Embora hoje a metáfora espacial para a internet seja predominante, ela não superou o impasse entre excepcionalistas e não excepcionalistas, uma vez que a discussão passou a ser “*quão diverso é o espaço virtual em relação ao real?*”. Os excepcionalistas defendem que há uma diferença essencial, ao passo que os não excepcionalistas vêem apenas uma diferença de grau<sup>50</sup>.

Como nota Cohen, ambas as visões concebem o ciberespaço como algo diferente e separado do espaço real, de forma que, assim construído, o debate perde a “*interligação entre a geografia real e a digital*”, de modo que a questão correta deveria ser “*que tipo de espaço é e virá a ser o mundo que inclui o ciberespaço*”<sup>51</sup>. Aqui, Cohen chama atenção para o fato de que conflitos surgidos na internet afetam nossas relações individuais no mundo real e vice-versa de modo que a regulação deveria, antes, conceber um só espaço de relações jurídicas, que inclui a internet.

A perspectiva de Cohen parece importante para capturar o tipo de alteração estrutural em curso nos sistemas normativos, em função das

---

<sup>49</sup> Há uma versão mais liberal que vê a internet como um espaço sem fronteiras, internacional, portanto não sujeito a qualquer regulação Estatal (ver BLAVIN; COHEN, Glen, *op. cit.*). Essa disputa entre metáforas liga-se ao famoso debate “Law of the Horse” entre Judge Frank Easterbrook, defendendo que a internet era apenas um novo objeto para o direito já existente (EASTERBROOK, F.H. **Cyberspace and the law of the Horse**. University of Chicago Legal Forum, 2017 (1996)), e Lessig, defendendo o direito digital como um novo ramo, com regulação e soluções jurídicas específicas (LESSIG, L. The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach?, **Harvard Law Review**, 501, 1999), controvérsia que originou duas correntes antagônicas (não excepcionalistas vs excepcionalistas).

<sup>50</sup> O debate é amplo principalmente na dogmática e jurisprudência norte-americana: ver, por exemplo, BELLIA, P.L. BERMAN, P.S.; FRISCHMANN, B.M.; POST, D. G. **Cyberlaw: problems of policy and jurisprudence in the information age**. 4. ed. West Pub., 2011; COHEN, J. Cyberspace as /and Space, 107. **Colum. L. Rev.**, p. 210-256, 2007.

<sup>51</sup> COHEN, J. Cyberspace as /and Space, 107. **Colum.L.Rev.**, 2007, p. 213.

relações travadas por meio da tecnologia da informação. Aplicando-a para as questões aqui levantadas sobre a inter-relação e o conteúdo inferencial dos conceitos jurídicos, percebe-se que se concebermos o direito digital como apenas mais um ramo do direito, a reconstrução conceitual tende a ser *unidirecional*: o novo ramo importa e adapta conceitos jurídicos básicos e gerais, de modo a criar um novo subsistema na periferia da rede que compõe o ordenamento. Todavia, o chamado direito digital parece ter papel bem mais disseminado e ativo, dada a crescente importância da comunicação digital em todos os campos das relações sociais, de modo que afeta e traz novos desafios para diversos ramos do direito, como, por exemplo, responsabilidade civil (responsabilidade de intermediários provedores de aplicativos ou de acesso à internet), direito internacional (agentes múltiplos de diferentes nacionalidades envolvidos na mesma relação comunicativa, seja por participação seja por prover os meios), direito do trabalho (novas relações de trabalho como *outsourcing* e *crowdsourcing* e nova relação entre local e jornada de trabalho viabilizada pela comunicação), direito concorrencial (o papel da inovação na dinâmica de competição e redefinição do conceito de poder de mercado), direito contratual (*e.g.* contratos fechados por agentes eletrônicos, licenciamento em regime livre-*creative commons*), direito tributário (dúvidas sobre conceituação de produtos ou serviços na internet para aplicação de tributação ou sobre o local de determinada relação comercial) etc.

Assim, é importante atentar para a direção reversa: qual é o impacto do esforço de reconstrução conceitual para adaptar ao ambiente virtual conceitos jurídicos fundamentais, como propriedade, responsabilidade civil, personalidade jurídica, relação pública ou privada etc. na estrutura do sistema normativo como um todo? A partir da interação acima destacada entre a atividade doutrinária e alterações nas regras para mútuo ajuste entre definições e inferências jurídicas (ou instanciarções normativas autorizadas), espera-se, por exemplo, que novas regras para a internet que ampliem instanciarções vigentes sobre “responsabilidade de intermediários” (para sites de busca), ou decisões que ampliem o que se entende por “reprodução pública de conteúdo” (para alcançar *peer to peer streaming*), não fiquem circunscritos à internet. Tais alterações deverão exigir novas conceituações doutrinárias, capazes de explicar ambos os conjuntos de implicações normativas (no espaço real e na internet) de modo a permitir uma apreensão coerente do ordenamento. Com isso, não só se cria novo entendimento para uma específica violação de direito autoral na internet, ou o que se entende por responsabilidade por outros tipos de violação (não autorais) na internet, mas potencialmente se altera o que entendemos sobre responsabilidade civil de intermediários, sobre o próprio conceito

de responsabilidade civil, sobre o que entendemos por direito de autor e qual a extensão de sua proteção, ou ainda sobre o que é hoje o espaço público em oposição ao privado.

Com isso, os conflitos no âmbito digital e o esforço de conceituação jurídica podem não se limitar a alterações de sistemas normativos na periferia, mas transformar o próprio núcleo de conceitos jurídicos básicos sobre qual ordenamento se constitui. Vou buscar ilustrar o tipo de dificuldade trazida pelas inovações surgidas no ambiente de comunicação digital com a discussão sobre a conceituação do chamado “software livre”.

A criação e licenciamento de softwares em regime livre é um exemplo típico de nova forma de produção propiciada pela internet, na qual uma comunidade aberta e indeterminada de indivíduos contribui com o desenvolvimento de uma criação intelectual (*creative commons*). Essa forma de criação cooperativa, por si, já é difícil de encaixar no modelo autoral, que personaliza “proprietários de sua criação” e só conhece colaboração criativa na forma de coautores, igualmente proprietários.

Em relação ao software, diferentemente do licenciamento em regime proprietário, no qual o licenciado obtém apenas o direito de executar o programa no computador, na licença livre o licenciado tem também o direito de visualizar o código fonte, alterá-lo e redistribuí-lo (direitos que são exclusivos do autor no regime proprietário). Em alguns tipos de licenças, chamadas licenças *recíprocas*, impõe-se ao licenciado, o dever de manter o regime livre de licenciamento caso desenvolva alguma derivação e pretenda distribuí-la (o chamado *copyleft*). Esse regime de licenciamento é amplamente disseminado na internet. Ocorre que a simples pergunta sobre se tais licenças seriam válidas perante o direito vigente leva a uma intrincada rede de metáforas.

Inicia-se pelo direito autoral, que já é conceituado metaforicamente como propriedade, incorporando uma série de características e direitos próprios da propriedade física<sup>52</sup>, mas que foi originalmente concebido como um privilégio de editores/impressores de produzir cópias de obras com exclusividade (*copyright*). A semelhança com propriedade estava apenas na exclusividade, mas a noção foi até mesmo aproximada da propriedade física sobre a cópia por parte das editoras. Essa conceitua-

---

<sup>52</sup> HERMAN, Bill, D. Breaking and entering my own computer: the contest of copyright metaphors, **Communication Law and Policy**, p. 231-274, v. 13, 2008. Ver também LARSSON, S. **Metaphors and Norms: Understanding Copyright Law in a Digital Society**. Lund: Lund University, 2011.

ção perde a força com o barateamento da tecnologia de reprodução, de modo que as editoras passaram a se apegar na sua relação contratual com os autores e defender, então, o direito de autor como proteção jurídica ao criador da obra, concepção que vai aparecer na França revolucionária, com ares de um “direito natural do criador” e se consolidar no séc. XIX, tendo seu reconhecimento internacional na convenção de Berna de 1886<sup>53</sup>. Na medida em que é incorporado à esfera de interesses do autor, também sua nota central é o poder de autorizar com exclusividade a reprodução da obra. É essa nota de “exclusividade” sobre o elemento físico, industrial, a reprodução sobre determinada mídia, que o vincula à ideia de um título de propriedade. Mas a verdade é que a obra transcende ao meio e à sua reprodução, sendo, aliás, por sua natureza, não rival: ao contrário do que ocorre com bens imóveis ou corpóreos, o uso por um ou muitos da mesma obra não impede o uso por outros. Mais do que isso, é o uso por outros e a divulgação cultural que parecem conferir a um conteúdo intelectual o caráter de conteúdo artístico.

Esse aspecto cultural da comunicação e relação do autor com o público é que aos poucos elevou a proteção jurídica a uma esfera mais abstrata, não só patrimonial, mas moral, com o reconhecimento de uma relação íntima entre o autor, como sujeito de direito, e a obra, como um objeto abstrato, reforçada por mais uma metáfora (o pai e sua criação, de onde entendemos a indisponibilidade e irrenunciabilidade do direito moral). Embora ambas metáforas para o autor (o “proprietário” e o “pai”) funcionem bem para uma série de aplicações, algumas perplexidades surgiram na doutrina e jurisprudência, quando a analogia entre *autor* e *proprietário* ou entre *obra* e *res* não funcionava adequadamente, como, por exemplo, a dificuldade de se identificar, em obras coletivas, aquele que pode ter a “natureza de autor” e a separação doutrinária entre o “autor moral” (o diretor ou criador do argumento de uma obra audiovisual) e o “autor patrimonial” (o produtor). O que ocorreu, nesse passo, foi a separação entre o “pai” e o “proprietário”, ainda que, inadvertidamente, seria a “paternidade” o fator a justificar a aplicação analógica da ideia de propriedade.

---

<sup>53</sup> Ver MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property**. New York: Foundation Press, 2004, (Cap. II, I, A) e, particularmente, sobre as origens e mesmo questionamento da oposição usual entre o modelo francês/continental, orientado para a noção de propriedade do autor, e o modelo anglo-americano, orientado para o público e a divulgação da obra (daí a concessão, como estímulo à atividade de impressão, de privilégios aos editores) ver GUINSBURG, J. A Tale of two Copyrights: literary property in Revolutionary France and America, **Tulane Law Review**, 64, 1990. Ver também GOLDSTEIN, P. **Copyright's Highway: from Gutenberg to the celestial jukebox**. Stanford University Press, California, 2003, para uma análise evolutiva do direito de autor à luz das transformações na tecnologia de reprodução.

A metáfora subsequente para a conceituação jurídica de software vem com sua equiparação à obra literária. Na legislação brasileira (Lei 9.609/1998), pela definição adotada, considera-se obra literária não só sua expressão no *código fonte*, das regras do programa que estão mais próximas de uma formulação em linguagem natural, mas também no *código objeto*, i.e., na linguagem de máquina, em que o software se aproxima mais de uma funcionalidade ou produto (aliás, daqui surgem os impulsos para protegê-lo como propriedade industrial).

Nessa conceituação metafórica, o regime proprietário já carrega problemas latentes. Como não há propriedade sobre ideias, os direitos autorais sobre software (uso exclusivo, cópia, modificação, etc.) recaem sobre a criação intelectual, i.e., a forma de expressão, não sobre o conhecimento subjacente (conteúdo científico ou técnico). Mas se nas obras literárias prototípicas é perfeitamente possível dar cumprimento à regra de proteção à forma de expressão e, ao mesmo tempo, permitir a propagação do conhecimento ou cultura (não apropriável), no caso dos softwares, como a linguagem objeto é codificada para execução em máquina, a inacessibilidade do código fonte aos demais usuários encerra uma aparente contradição. O regime proprietário torna o conteúdo técnico, no mínimo, próprio (de fato).

Essa restrição está na raiz do movimento intelectual de defesa do software livre, que vê na proteção ao código fonte verdadeira apropriação (de direito) de conhecimento a ser oposta por um compromisso mútuo de comunhão<sup>54</sup>. Mas para que essa comunhão de conhecimento sobre o conteúdo técnico de um software seja garantida, é necessário o *copyleft*, presente nas licenças recíprocas. E aqui surge uma dificuldade importante: em grande parte das jurisdições com proteção autoral, reconhece-se também a propriedade de um autor de obra derivada sobre sua derivação. Se o autor da derivação é proprietário, então tem o direito de livre disposição, o que é inconsistente com o *copyleft*.

Às voltas com o problema e presos na metáfora de propriedade, juristas falam de licenciamento em regime livre como “*abdicação do direito de autor*” ou de “*conteúdo sem autor*”, o que o descaracterizaria como obra, caindo fora da proteção autoral (algo não congênere com o poder conferido a cada participante da cadeia de desenvolvimento do software por licenças livres recíprocas para contestar derivações fechadas). Ou ainda, buscam fundamentar o *copyleft* em uma espécie de função social da propriedade do software. Esses são sintomas do esgarçamento

---

<sup>54</sup> FUGGETA, Alfonso. **Open source and Free Software**: a new model for software development, 2004.

de uma metáfora que precisa ser colocada à mostra no esforço de conceituação. Não se trata de abdicação, pois o *copyleft* impõe importantes obrigações aos licenciados. A função social também não se encaixa, uma vez que o licenciamento em regime proprietário ou mesmo a derivação são formas de emprego produtivo. Também seria difícil sustentar que haveria “abuso de direito” com o fechamento do código fonte. Aqui o jurista se vê bloqueado em um labirinto de definições e conceitos assumidos como dogmas. E para explicar essa forma de licenciamento e as obrigações delas derivadas de modo coerente terá que desafiar metáforas arraigadas como “*software é obra literária*” ou “*direito de autor é propriedade*”.

## 6 CONCLUSÃO: UMA HIPÓTESE

Qual o tipo de dificuldade trazida por casos como a validade de licenças de software livre ou da produção colaborativa comum (*creative commons*)? Não se trata de lacuna, nem de penumbra, uma vez que a titularidade do autor da obra derivada sobre sua derivação é claramente reconhecida pela legislação. Também não se trata de incoerência entre o comando da regra e sua justificação política, que convergem nesse ponto. Há alguma proximidade entre o conflito, no caso entre a licença livre e a legislação autoral, mas nesse caso não haveria preocupação, pois a hierarquia já o teria resolvido. Talvez haja um problema de eficácia com a disseminação da licença entre os programadores. Mas além de haver eficácia para uma série de aplicações da proteção ao autor da obra derivada, que sequer é questionada, o ponto não é apenas fático: há uma pressão normativa entre os participantes, o que significaria aceitar vínculo obrigacional a conteúdo extralegal.

Como procurei mostrar, a impressão de extralegalidade pode ser sutilmente absorvida com a modificação das metáforas envolvidas. Mas há, por trás desse movimento, a percepção de um dever, que em um primeiro momento tem conotação moral, derivado de uma ética própria dos usuários de internet, mas que pode ganhar juridicidade, também pela incorporação de novas metáforas.

A dificuldade se repete em formas similares de produção colaborativa na internet, que envolve compromissos mútuos, portanto obrigações mútuas, sem que se identifique um “titular”. Isolar cada participante como detentor individual de “direitos subjetivos” e sua relação como um conjunto de trocas, pela livre disposição desses direitos exclusivos, não

reflete adequadamente a prática ou os valores que a eles são subjacentes<sup>55</sup>. Isso significa que a própria metáfora e crença em uma distribuição equilibrada de “direitos” para cada indivíduo livre, que está na base do que compreendemos como direito, desde a era moderna, pode ser desafiada.

Wolfgang Hoffmann-Riem nota bem a alteração da concepção da liberdade no campo informático e propõe uma nova conceituação de liberdade como reciprocidade:

*o direito à autodeterminação informacional é, em consequência, não um direito de defesa privatístico do indivíduo que se põe a parte da sociedade, mas objetiva possibilitar a cada um uma participação em processos de comunicação. Outros [seres humanos] constituem o âmbito social, em cujas lindes a personalidade de cada um se expande: a autonomia, e não a anomia, do indivíduo é a imagem diretora da Constituição. A autonomia deve ser possível em espaços vitais socialmente conectados, nos quais a liberdade de comunicação – ou melhor: a liberdade em comum – não pode ser orientada para um conceito limitador da proteção à expansão egocêntrica, mas deve ser entendida como o exercício da liberdade em reciprocidade. Esta liberdade não é ser livre dos outros, mas liberdade por intermédio dos outros<sup>56</sup>.*

Como no ambiente virtual a liberdade se aproxima da liberdade de comunicação ou livre expressão, a noção de exercício da liberdade fica mais próxima do acesso e participação em uma comunidade de interlocutores e não da garantia de um espaço de não impedimento ou de ação autônoma. Assim, a tecnologia da informação não só afeta conceitos fundamentais como personalidade<sup>57</sup>, propriedade<sup>58</sup> e responsabilidade<sup>59</sup>,

---

<sup>55</sup> Ver. BOYLE, James. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain**. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/66LCPBoyle>>; RIFKIN, J. **The age of Access**: How the shift from ownership to access is transforming modern life. London: Penguin, 2000; BENKLER, Y. Coase's Penguin, or Linux and the nature of the firm. **The Yale Law Journal**, 2002. Disponível em: <<http://www.benkler.org/CoasesPenguin>>. Hunter, D. Cyberspace as Space and the Tragedy of the Digital Anticommons, 91, **Cal. L.Rev.** 439, 469-75, 2003.

<sup>56</sup> HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Rechtliche Rahmenbedingungen. In: BÄUMLER, Helmut (Org.). **Der neue Datenschutz**. Neuwied/Kriftel: Luchterhand, 1998. p. 13.

<sup>57</sup> TEUBNER, G. Rights of non-humans? Electronic agents and animals as new actors in politics and law. **Journal of Law and Society**, 33, p. 497-521, 2006; ver também WEITZENBOCK, E. Good faith and fair dealing in contracts performed by electronic agents, **Artificial Intelligence and Law**, 12, 2004.

<sup>58</sup> MARANHÃO, J. S. A.; FERRAZ JUNIOR, T. S. Free Software and non-exclusive individual rights. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie-ARSP**, v. 94, 237-252, 2008; FAIRFIELD, J. Virtual Property, 85, **B.U.L.Rev** 1047, 2005.

como mexe com a noção de liberdade presente na fundamentação subjacente a esses conceitos.

Trata-se de uma dimensão mais profunda da construção de valores sobre as práticas no ambiente digital ou, como prefere Cohen, das práticas no ambiente que inclui a comunicação digital, que não se limita ao sopesamento de valores ou direitos fundamentais opostos, também frequentes nos conflitos envolvendo a internet (por exemplo, a ponderação entre liberdade de expressão *vs* privacidade, ou segurança *vs* privacidade)<sup>60</sup>. Parece estar em jogo aqui uma reconstrução conceitual desses valores subjacentes ligada também a uma reconstrução de conceitos jurídicos fundamentais, que são nucleares para nossa concepção do direito hoje.

O tipo de transformação guarda paralelo com outro momento histórico de revolução tecnológica. Um jurista na virada do séc. XIX para o Séc. XX talvez tenha percebido de forma menos cataclísmica o surgimento do direito trabalhista apenas como um novo ramo do direito. Mas uma antiga metáfora, “trabalho é um bem (*commodity*)”, crucial para o desenvolvimento da economia de mercado<sup>61</sup>, começava a ser desafiada. O trabalho passava a ser visto como um veículo de integração social que merece proteção e a relação entre empregado e empregador não como aquela de “venda da força de trabalho” por contrato individual, mas como uma relação entre classes sociais, sujeita a regramentos gerais voltados para o equilíbrio de forças. A modificação foi gradativa e encontrou alguns “pontos cegos”, como, por exemplo, a punição a sindicatos, nos primórdios do direito concorrencial, por formação de cartel (combinação de ativos)<sup>62</sup>. Mas a alteração não ficou circunscrita ao “contrato de trabalho”, dado que a doutrina precisaria adequar a própria noção de “contrato”, cuja definição, antes calcada na “encontro entre manifestações de vontade livre”, passou a incorporar a ideia de “equilíbrio das prestações”. Mudanças importantes também afetaram a noção de propriedade, que também ganhou dimensão social e se tornou mais abstrata com a incorporação, em

---

<sup>59</sup> Ver STROWEL, A. (Ed.). **Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law**. Edward Elgar, 2009.

<sup>60</sup> Sobre os valores e direitos humanos presentes no ambiente digital, ver JORGENSEN, R.F. **Human Rights in the in the Global Information Society**. Cambridge, Mass: MIT, 2006; KLANG, M.; MURRAY, A. **Human Rights in the Digital Age**. London: Routledge, 2005.

<sup>61</sup> POLANYI, K. **The great transformation: the political and economic origins of our time**. Boston: Beacon Press, 2001.

<sup>62</sup> HOVENKAMP, H. **Enterprise and American law, 1836-1937**. Harvard University Press, 1991.

seu conceito, por exemplo, da propriedade intelectual. Essas reconstruções conceituais tinham, como pano de fundo, uma nova ideologia política e sua absorção jurídica se deu pela infusão da noção de igualdade no conceito estruturante de liberdade individual: não apenas vontade livre, mas condições (equilibradas) para o efetivo livre exercício da vontade. Ou seja, na virada daquele século, o direito foi “reconfigurado”.

Encarar os desafios trazidos pelo ambiente digital como o simples surgimento de um novo ramo do direito (o direito digital) e polemizar sobre sua sujeição a regulação específica não parece fazer jus ao tipo de transformação conceitual em jogo. Aparentemente, na virada para o século XXI, a revolução econômica e social trazida pela tecnologia da informação submete o direito a uma nova reconfiguração, ao afetar seu núcleo em meio à crise de uma visão de sua própria identidade. O problema não se reduz a novas metáforas conceituais para o ambiente digital, mas envolve a metaforização de tudo por um mundo ainda demasiado abstrato para nossa natureza corpórea, onde tudo parece ser apreendido metaforicamente.

## 7 REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica** – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.
- AMAYA, A. **The tapestry of Reason: An Inquiry into the nature of Coherence and its role in legal argument.** Oxford: Hart Publishing, 2015.
- ATRIA, F. Del Derecho y el Razonamiento Jurídico. **Doxa**, 22, p. 79-119, 1999.
- BENKLER, Y. “Coase’s Penguin, or Linux and the nature of the firm”. **The Yale Law Journal**, 2002. Disponível em: <<http://www.yale.edu/yalelj/112/BenklerWEB.pdf>>.
- BELLIA, P. L.; BERMAN, P. S.; FRISCHMANN, B. M.; POST, D. G. **Cyberlaw: problems of policy and jurisprudence in the information age.** 4. ed. St. Paul: West Publishing, 2011.
- BLAVIN, J. H.; COHEN, G. Gore, Gibson and Goldsmith: the evolution of internet metaphors in law and commentary. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 16, n. 1, p. 265-285, 2002.
- BOYLE, J. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain**, 2003. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=lcp>>.
- BRANDOM, R. B. **Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment.** Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- COHEN, J. Cyberspace as/and Space. **Columbia Law Review**, 107, p. 210-256, 2007.
- COHEN, F. Transcendental Nonsense and the functional approach, **Columbia Law Review**, 35, 1935. *apud* WINTER, S. L. Re-Embodying Law. **Mercer Law Review**, v. 58, p. 869-897, 2007.

- DWORKIN, R. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- EASTERBROOK, F.H. Cyberspace and the law of the Horse. **University of Chicago Legal Forum**, v. 207, p. 207-216, 1996.
- ENDICOTT, T. A. O. Herbert Hart and the Semantic Sting. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- FAIRFIELD, J. Virtual Property. **Boston University Law Review**, v. 85, p. 1047-1102, 2005.
- FREGÉ, G. **Begriffsschrift: eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens**. Halle: 1879.
- \_\_\_\_\_. Über Sinn und Bedeutung. **Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik**, v. 100, p. 25-50, 1892.
- FUGGETTA, A. Open source and Free Software: a new model for software development process? **The European Journal for the Informatics Professional**, v. V, n. 5, p. 22-26, 2004.
- GOLDSTEIN, P. **Copyright's Highway: from Gutenberg to the celestial jukebox**. California: Stanford University Press, 2003.
- GRICE, Paul. Logic and Conversation. In: **Studies in The Way of Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 23-40.
- GUINSBURG, J. A Tale of two Copyrights: literary property in Revolutionary France and America. **Tulane Law Review**, v. 64, p. 991-1031, 1990.
- HART, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- HARMAN, Gilbert. The inference to the best explanation. **The Philosophical Review**, v. 74, n. 1, p. 88-95, 1965.
- HERMAN, B. D. Breaking and entering my own computer: the contest of copyright metaphors. **Communication Law and Policy**, v. 13, n. 2, p. 231-274, 2008.
- HOFFMANN-RIEM, W. Rechtliche Rahmenbedingungen. In: BÄUMLER, H. (Org.). **Der neue Datenschutz**. Neuwied/Kriftel: Luchterhand, 1998.
- HOVENKAMP, H. **Enterprise and American law, 1836-1937**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- HUNTER, D. Cyberspace as Space and the Tragedy of the Digital Anticommons. **California Law Review**, v. 91, n. 2, p. 439-519, 2003.
- JHERING, R. V. **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1884.
- JORGENSEN, R. F. (Ed.). **Human Rights in the Global Information Society**. Cambridge: MIT Press, 2006.
- JOSEPHSON, J. R.; JOSEPHSON, S. G. (Eds.). **Abductive Inference: Computation, Philosophy, Technology**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- KLANG, M.; MURRAY, A. (Eds.). **Human Rights in the Digital Age**. London: Cavendish Publishing, 2005.
- LAKOFF, G. **Women, Fire, and Dangerous Things**. What Categories Reveal about the mind. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- LAKOFF, G.; JOHNSON, M. **Metaphors we live by**. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.
- LARSSON, S. Metaphors, Law and digital phenomena: the Swedish pirate bay court case. **International Journal of Law and Information Technology**, v. 21, n. 4, p. 354-379, 2013.

- \_\_\_\_\_. **Metaphors and Norms: Understanding Copyright Law in a Digital Society.** Lund: Lund University, 2011.
- LESSIG, L. **Code: and other laws of Cyberspace**, v. 2.0. New York: Basic Books, 2006.
- \_\_\_\_\_. The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach? **Harvard Law Review**, v. 113, p. 501-546, 1999.
- LINDAHL, L. Deduction and Justification in the law: the role of legal terms and concepts. **Ratio Juris**, 17, p. 182-201, 2004.
- MACCORMICK, N. **Legal Reasoning and Legal Theory.** Reimp. com novo prefácio. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- \_\_\_\_\_. Por que teorizar sobre a teoria do direito? *In*: RAZ, J.; ALEXYS, R.; BULYGIN, E. **Uma discussão sobre a Teoria do Direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 9-38.
- MARANHÃO, J. S. A. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Padrões de Racionalidade na Sistematização de Normas.** Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.
- MARANHÃO, J. S. A.; FERRAZ JUNIOR, T. S. Free Software and non-exclusive individual rights. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie-ARSP**, v. 94, p. 237-252, 2008.
- \_\_\_\_\_. Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 5, p. 273-318. 2007.
- MARGOLIS, E.; LAURENCE, S. (Eds.). **Concepts: Core Readings.** Cambridge: MIT Press, 1999.
- MARMOR, A. **Interpretation and Legal Theory.** 2. ed. Oregon: Hart Publishing, 2005.
- MARSDEN, C. T. **Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace.** Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- MARTINICH, A. P. A Theory for Metaphor. **Journal of Literary Semantics**, v. 13, n. 1, p. 35-56, 1984.
- MERGES, R. P.; GINSBURG, J. C. **Foundations of Intellectual Property.** New York: Foundation Press, 2004.
- MILLER, A. **Filosofia da Linguagem.** São Paulo: Paulus, 2010.
- MÜLLER, F. **Strukturierende Rechtslehre.** Berlin: Duncker & Humboldt, 1994.
- POLANYI, K. **The great transformation: the political and economic origins of our time.** Boston: Beacon Press, 2001.
- POLLOCK, F. **The Expansion of the Common Law.** London: Stevens and Sons, 1904. *apud*: DUXBURY, N. **Frederick Pollock and the English Juristic Tradition.** Oxford: Oxford University Press, 2004.
- QUINE, W. V. O. Two Dogmas of Empiricism. **The Philosophical Review**, v. 60, p. 20-43, 1951.
- RAZ, J. Pode Haver uma Teoria do Direito?. *In*: RAZ, J.; ALEXYS, R.; BULYGIN, E. **Uma discussão sobre a Teoria do Direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 39-69.
- RIFKIN, J. **The age of Access: How the shift from ownership to access is transforming modern life.** London: Penguin, 2000.
- ROSS, A. Tû-Tû. **Scandinavian Studies in Law**, v. 1, p. 139-153, 1957.
- SARTOR, G. Legal Concepts as inferential nodes and ontological categories. **Artificial Intelligence and Law**, v. 17, n. 3, p. 217-251, 2009.
- SAVIGNY, F. K. V. **Sistema del Diritto Romano attuale.** Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1886.
- SELLARS, W. Inference and Meaning. **Mind**, 62, p. 313-338, 1953.

STROWEL, A. (Ed). **Peer-to-peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009.

TEUBNER, G. Rights of non-humans? Electronic agents and animals as new actors in politics and law. **Journal of Law and Society**, v. 33, n. 4, p. 497-521, 2006.

VESTING, T. **Rechtstheorie**. München: C. H. Beck, 2007.

WAISMANN, F. Verifiability. **Proceedings of the Aristotelean Society**, v. 19. [S.I.: s.n], 1945.

WALTON, D. Argument from analogy in legal rhetoric. **Artificial Intelligence and Law**, v. 21, n. 3, p. 279-302, 2013.

WEITZENBOCK, E. Good faith and fair dealing in contracts performed by electronic agents. **Artificial Intelligence and Law**, v. 12, n. 1, p. 83-110, 2004.

WINTER, S. L. **A clearing in the forest: law, life and mind**. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

WINTER, S. L. Re-Embodying Law. **Mercer Law Review**, v. 58, p. 869-897, 2007.

WITTGENSTEIN, L. **Philosophical Investigations**. G. E. M. Anscombe; R. Rhees. (Ed.). Trad. G.E.M. Anscombe. Oxford: Blackwell, 1964.

# CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: NOVE VARIÇÕES SOBRE O TEMA PROPOSTO POR DAVID SCIULLI<sup>1</sup>

*Gunther Teubner*<sup>2</sup>

---

*Sumário: 1. Exposição: Sociologia Constitucional Como Crítica do Constitucionalismo Tradicional. 2. Tema: David Sciulli. 3. Primeiro Conjunto de Variações: Extensões. 4. Segundo Conjunto de Variações: A Unidade de uma Constituição Global. 5. Referências.*

## 1 EXPOSIÇÃO: SOCIOLOGIA CONSTITUCIONAL COMO CRÍTICA DO CONSTITUCIONALISMO TRADICIONAL

“A *Sociologia Constitucional é a novidade do momento*”<sup>3</sup>. Uma das razões pela qual essa linha de pesquisa abala os sólidos alicerces de teóricos constitucionais é que ela submete as constituições, normalmente vistas como o domínio exclusivo de advogados constitucionalistas, cientistas políticos e filósofos políticos, aos métodos rigorosos da pesquisa

---

<sup>1</sup> Traduzido do alemão por Chris Thornhill. Gostaria também de agradecer-lhe por seus preciosos comentários. Traduzido do inglês por Thalia Cerqueira. (In: BLOKKER, Paul; THORNHILL, Chris. **Constitucionalismo Sociológico**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016)

<sup>2</sup> Graduado em Ciências Jurídicas em Göttingen e Tübingen, Mestre por Berkeley, Doutor e Livre-Docente por Tübingen. Professor Emérito na J. W. Goethe Universität Frankfurt am Main, onde foi o Principal Investigator no centro de excelência “Normative Ordnungen”. Professor visitante em Berkeley, Stanford, Ann Arbor, Leiden, Toronto, Den Haag, Maastricht, Shanghai e Peking. Doutor *Honoris Causa* pelas Universidades de Lucerna, Neapel, Tiflis, Macerata e Lund.

<sup>3</sup> Declaração de Grahame THOMPSON (2015), em uma longa discussão sobre as monografias relevantes mais recentes.

social histórico-empírica (THORNHILL, 2011), ou as expõe à dura luz das respeitadas teorias sociais (LUHMANN, 1965; 1990; VERSCHRAEGEN, 2013). O aspecto mais provocativo da sociologia constitucional, no entanto, é a afirmação de que ela é simplesmente anacrônica, ao restringir a gama de fenômenos que vemos como essencialmente constitucionais às constituições dos Estados-nação, conforme continua a ser o caso entre os tradicionais defensores da pesquisa constitucional<sup>4</sup>. Em vez disso, a sociologia constitucional reivindica a máxima: *Ubi societas, ibi constitutio* – as formações sociais desenvolvem-se onde está a sociedade, sejam estas sistemas funcionais, organizações formais ou regimes transnacionais – essas formações dão origem a suas próprias constituições, que contestam a alegação das constituições de Estado para assumir o monopólio de toda a constitucionalidade. Thornhill (2011a, p. 212) descreve essa tendência da sociologia constitucional com base nos seguintes termos:

*Em contrariedade à doutrina constitucional, que afirma que a constituição deve categoricamente estar relacionada ao Estado, essa doutrina estabelece uma teoria do pluralismo transconstitucional. A partir dessa perspectiva, todos os sistemas de comunicação estão dissociados dos centros jurídicos /políticos de controle, produzindo, mais ou menos espontaneamente, uma microestrutura internamente autorregulamentadora, que ultrapassa as fronteiras geográficas. As fronteiras regionais, ou fronteiras dos Estados-nação, são substituídas por fronteiras funcionais, como pontos de referência para a base constitucional e a eficácia constitucional.*

*O pluralismo transconstitucional, conseqüentemente, adquire uma dimensão central na sociologia constitucional. O pluralismo transconstitucional baseia-se em uma crítica da reflexão constitucional tradicional em três níveis (FEBBRAJO, 2016). No primeiro, faz-se a crítica das interpretações jurídicas centradas do pensamento tradicional, o que restringe as constituições a normas jurídicas simples de ordem superior. Em contrapartida, afirma-se a prioridade da autoconstitucionalização social (KJAER, 2014, p. 122 e ss.). No segundo nível, volta-se contra o estado-centrismo da análise tradicional, que somente identifica constituições no setor “público”. Alega-se que as constituições setoriais podem ser igualmente encontradas e que, de fato, assumem crescente importância em empreendimentos econômicos, mercados, universidades particulares, fundações, empresas de*

---

<sup>4</sup> O foco exclusivo em constituições de Estado no direito constitucional é enfaticamente defendido por LOUGHLIN (2010, p. 64); GRIMM (2005); e, em ciência política, por NEVES (2013).

*meios de comunicação, intermediários na internet e outras instituições “privadas” (VESTING, 2015, p. 99 e ss., 114 e ss.). Por fim, em sua crítica ao nacionalismo metodológico, oferece uma visão clara do processo de constitucionalização global e identifica fenômenos constitucionais em regimes transnacionais, tanto no setor público quanto no privado. (VIELLECHNER, 2012, p. 612 e ss.)*

Por que o constitucionalismo clássico não enxerga as instituições para além do Estado? A sociologia constitucional poderia, de fato, explicar essa deficiência com base em fundamentos históricos. Após o declínio do feudalismo, considerou-se que as instituições intermediárias careciam de legitimidade, sendo a constituição exclusivamente estabelecida na relação entre cidadãos e Estado, enquanto o setor privado era visto como uma esfera de atividades individuais, que precisava ser protegida pelos direitos humanos, mas não constitucionalizada segundo seus próprios termos. Um direito privado que abrangesse as relações horizontais entre os atores individuais já era suficiente. No entanto, análises histórico-sociológicas demonstram como estava inadequada essa percepção. A revolução organizacional e a crescente diferenciação funcional das sociedades modernas, que tanto resultou no crescimento de instituições não estatais autônomas em grande escala – as novas instituições intermediárias –, têm suscitado seus próprios e problemas constitucionais diferenciados, que não podem ser captados por meio da análise de instituições de Estado (KJAER, 2015; 2014, p. 17 e ss.; FEMIA, 2011). Além disso, as tendências recentes no sentido da transnacionalização agravaram os problemas constitucionais em diferentes setores da sociedade. Por conta disso, a constitucionalização agora claramente precisa ser analisada como um processo que ocorre para além do Estado, enquanto a constitucionalização da sociedade transnacional precisa ser vista como um fenômeno característico da sociedade contemporânea. Enquanto o constitucionalismo tradicional manteve-se limitado a Estados-nações, as organizações e os regimes transnacionais se autoestabeleceram enquanto instituições jurídico-políticas. Por exemplo, a Organização Mundial do Comércio, o ICANN (órgão mundial responsável por estabelecer regras quanto ao uso da Internet), os regimes transnacionais híbridos, o Global Health e a Lex Mercatoria ilustram de maneira impressionante como os regimes transnacionais começam a desenvolver estruturas constitucionais próprias (CASS, 2005; RENNEN, 2011; ELLIS, 2013; WIELSCH, 2013; KRAJEWSKA, 2013).

A constitucionalização para além do Estado-nação pode ser observada como um processo evolutivo que conduz a duas direções bem

distintas: (1) as constituições evoluem em processos políticos transnacionais fora do Estado-nação; (2) ao mesmo tempo, as constituições evoluem fora da política internacional, em setores “privados” da sociedade global. Quando aborda esses problemas, a sociologia precisa se distanciar da ótica estreita do direito constitucional e da ciência política, que anteriormente restringiu os fenômenos constitucionais ao Estado-nação, sendo preciso concentrar-se nas diversas subconstituições que existem na sociedade moderna. Essa visão confronta a sociologia constitucional com três desafios diferentes: (1) analisar de forma empírica os processos contínuos de constitucionalização para além do Estado-nação; (2) desenvolver uma teoria para o transconstitucionalismo social; (3) identificar os problemas constitucionais no âmago de diferentes setores sociais e criar alternativas de soluções estruturais que, em seguida, permitam ao direito constitucional reinterpretar esses problemas em sua própria língua e desenvolver normas e princípios constitucionais (TEUBNER, 2012; 2013).

Qual, no entanto, é o elemento particularmente social no constitucionalismo social? De que forma as constituições são criadas por forças caracteristicamente sociais? Como as constituições constroem a ordem normativa dos processos genericamente sociais? Essas perguntas são atualmente alvo de controvérsia, para a qual muitas pessoas contribuem, e têm dado origem a uma grande incerteza sobre os temas relacionados a constituições não estatais, sua origem, sua legitimação, seu alcance e suas estruturas internas. Em vez de tomar partido nessa controvérsia, pode ser mais proveitoso interpretá-la, não como um conflito entre posicionamentos incompatíveis, mas como um tema com diversas variações. Ao abordá-la dessa forma, podemos observar os diferentes posicionamentos controversos como tentativas elaboradas de divulgar o potencial do tema, em seus desdobramentos mais ou menos produtivos. A seguir, colocarei as seguintes indagações-chave às inúmeras variações sobre o tema básico:

1. Qual o “princípio constituinte” característico de cada variação em particular?
2. Quais problemas tornam-se evidentes em seu “desdobramento”?
3. Quais são os seus “temas” de maior valor?

Desta forma, em primeiro lugar, apresentarei brevemente o tema do constitucionalismo social, originalmente escrito por David Sciulli. Em seguida, apresentarei seis variações do tema proposto por Sciulli, em dois conjuntos distintos de variações. No primeiro desses conjuntos, a constitucionalização é percebida como a expansão de uma única racionalidade em todas as esferas da sociedade. No segundo, ainda pode-se per-

ceber o conceito da unidade da constituição, apesar do pluralismo essencial do constitucionalismo social. No movimento final, outras três variações repetirão e desdobrarão ainda mais os conceitos mais importantes, em retomada ao tema original.

## **2 TEMA: DAVID SCIULLI**

O feito de haver proposto o constitucionalismo social como tema de pesquisa deve-se ao sociólogo norte-americano, David Sciulli (1988; 1992; 2001). Na verdade, houve conceitos precursores dessa abordagem, que abrangem, por exemplo, as concepções da constituição econômica propostas por Hugo Sinzheimer (1976 [1927]) e Franz Böhm (1966); a teoria do governo privado, proposta por Philip Selznick (1969) e o conceito de constituição social, por Reinhart Koselleck (2006). No entanto, Sciulli foi o primeiro a desenvolver uma teoria aprimorada do constitucionalismo social. Partindo da narrativa do dilema da racionalização na sociedade moderna, de Max Weber, este tentou identificar as forças existentes que poderiam contrariar a tendência evolutiva em larga escala, o que, pensou, estaria promovendo um aumento do autoritarismo na sociedade. Segundo Sciulli, a única dinâmica social que havia efetivamente combatido esse movimento no passado, e que talvez pudesse obstruí-la no futuro, deveria ser encontrada nas instituições do “constitucionalismo social”. Ao desenvolver essa ideia, ele atribuiu decisiva importância à institucionalização social das “formações colegiadas”, o que poderia ser observado nas formas de organização específicas às profissões e outras instituições deliberativas produtoras de normas.

## **3 PRIMEIRO CONJUNTO DE VARIAÇÕES: EXTENSÕES**

### *Varição I: O braço longo da constituição do Estado*

Algumas teorias tentam interpretar as constituições de diversos setores sociais como expansões da Constituição do Estado, e classificam as normas da Constituição do Estado relativas a esses setores sociais como instituições jurídicas autônomas. Essas teorias estão muito claramente localizadas no âmbito do direito constitucional tradicional. Por exemplo, Rupert Scholz (1971; 1978) argumentou que a Constituição da Alemanha Ocidental, mais especificamente a seção sobre direitos básicos e as dispo-

sições que regulam as competências legislativas, continha elementos de uma constituição econômica, elementos de uma constituição cultural, uma constituição dos meios de comunicação, uma constituição das forças armadas e uma constituição ambiental, que impuseram uma ordem normativa, definida pelo Estado, na estrutura básica existente nessas subesferas da sociedade. Sob essa perspectiva, os direitos básicos garantidos pelo Estado atuaram como princípios jurídicos objetivos, que “organizavam” as subesferas distintas da sociedade. Por conta disso e como resultado, o direito constitucional é responsável por trabalhar esses elementos para que se tornem uma ordem sistemática coerente de subconstituições sociais, organizadas pelo Estado, e por extrair novas normas constitucionais dessa ordem.

Algumas teorias vão mais longe quando tentam estender a constituição do Estado para além da política, e reinterpretar essa Constituição como a constituição da sociedade como um todo. Por exemplo, Karl-Heinz Ladeur (2009) afirma que, mesmo durante os primórdios do constitucionalismo, a constituição política também era uma constituição da sociedade como um todo. Ulrich Preuss faz afirmações semelhantes, embora um pouco mais cautelosas. Segundo Preuss, os princípios da constituição política, especialmente os direitos básicos, não são apenas formulados para regular o processo de formação da vontade política. Pelo contrário, ele afirma que “*eles incorporam princípios normativos, aos quais a própria sociedade está sujeita, e que devem permear todas as relações sociais*” (PREUSS, 2012, p. 234).

Outros autores que tentam identificar a origem das constituições sociais, que emergem no domínio transnacional e nas constituições dos Estados, encontram problemas maiores. Alguns autores tentam explicar a existência inegável da constitucionalidade transnacional, observando-a como uma expansão das constituições do Estado para além das fronteiras nacionais. Esses autores sugerem que, onde os problemas constitucionais parecem externos aos Estados-nação, como por exemplo, nos direitos básicos na internet ou no Estado de direito na arbitragem privada transnacional, eles podem ser resolvidos através da “expansão” dos princípios jurídicos embutidos nos Estados-nação em espaços transnacionais (*vide*, por exemplo, LADEUR; VIELLECHNER, 2008). Argumentos semelhantes foram desenvolvidos por Marcelo Neves (2013), em seu conceito proposto de “transconstitucionalismo”. Ele admite, por um lado, que os problemas constitucionais aparecem, de fato, no espaço transnacional. No entanto, ele insiste que as soluções para esses problemas são fornecidas não pelas constituições de instituições transnacionais, mas pelas consti-

tuições dos Estados-nação, que, segundo ele, “entrelaçam-se” aos organismos transnacionais<sup>5</sup>.

Todas as diferentes versões desse estatismo constitucional, que se amplia para abarcar as constituições sociais, são culpadas por subestimar sistematicamente a capacidade autoconstitucionalizante das instituições sociais. A autoconstitucionalização das instituições sociais pode ser explicada teoricamente pelo fato de que a diferenciação funcional da sociedade não pode ser atribuída a uma decisão política básica. É, pelo contrário, um processo evolutivo complicado, no qual as distinções fundamentais principais entre sistemas diferentes gradualmente se tornam visíveis, enquanto instituições especializadas são formadas por sua própria lógica interna. Nesse processo, os sistemas funcionais “constituem” a si mesmos, pois determinam a sua própria identidade através da complexa semântica de autoexplicação, reflexão e autonomia (LUHMANN, 2012, cap. 4, VIII). Processos semelhantes de diferenciação ocorrem em organizações formais e regimes transnacionais.

Há, no entanto, um aspecto da variação estatal no constitucionalismo social que tem valor permanente. As constituições do Estado apresentam o principal modelo histórico para outros processos de constitucionalização. As constituições do Estado produziram um rico reservatório de instituições constitucionais – a separação de poderes, o estado de direito, a democracia e os direitos básicos – com os quais outras constituições sociais parciais podem contar no curso de sua generalização e re-especificação (PRANDINI, 2010, p. 311 e ss.). As constituições do Estado servem de modelo, mais particularmente, devido a um feito paradoxal: elas têm conseguido limitar de forma eficaz as totalizações do poder político, que são componentes imanentes dos processos de poder, por meio do próprio poder político. O uso dos direitos humanos como proteções contra o poder do Estado é um exemplo clássico disso. A questão de sabermos se essa autolimitação também pode ocorrer em outros sistemas parciais da sociedade, que também apresentam tendências totalizantes semelhantes, é uma das questões mais prementes do constitucionalismo social (LINDAHL, 2013, p. 725 e ss.).

---

<sup>5</sup> Ainda não está claro, em ambas as versões, como, precisamente, essa misteriosa expansão deve ocorrer e, especialmente, quais instituições decidem sobre essa expansão, o que decerto não é, normalmente, a expansão de um único princípio constitucional, mas uma seleção entre uma série de alternativas. Se for tomada tal decisão, não apenas pelos tribunais constitucionais dos Estados-nação, mas também pelos tribunais internacionais e tribunais de arbitragem, ambas as versões terão que admitir que o direito constitucional transnacional evolui de forma independente dos Estados-nação.

### *Varição II: A expansão do político*

Há algumas análises sociológicas que identificam a separação entre as constituições de Estado e as constituições sociais de maneira empírica. Essas análises abandonam a tentativa duvidosa de se resgatar o monopólio da constituição do Estado através da interpretação de fenômenos constitucionais da sociedade como uma “expansão” mais ou menos misteriosa da constituição do Estado. Em vez disso, elas explicam o aparecimento de constituições sociais por meio da dissociação clara entre a política e o Estado, alegando que, através do processo de globalização, o sistema político se expandiu para além do domínio do Estado, tanto no campo da política internacional quanto em outras esferas da sociedade mundial. De modo correspondente, Kjaer (2014, p. 83 e ss., 97) observa a formação de um “*tipo transnacional específico de política que, em sua orientação, sua configuração de autointerpretativa e institucional, é substancialmente diferente da forma de política que tende a dominar em contextos nacionais*”. De acordo com Thornhill (2010; 2016, p. 103 e ss.) é possível identificar, de forma empírica, microconstituições na estrutura pluralista da sociedade mundial, que formalizam processos de poder dentro da sociedade, e que, na realidade, não são constituições de Estados, mas constituições do poder político na sociedade. Essas constituições ampliam a receptividade das diferentes esferas da sociedade para a inclusão no poder político (*vide* também PRIBÁN, 2015, p. 47 e ss.). As ideias de Thornhill a esse respeito podem ser expressas na máxima: *Ubi potestas, ibi constitutio*. Onde a comunicação não ocorre em meio ao poder, a sociedade não precisa de uma constituição. Onde a comunicação ocorre em meio ao poder, a sociedade invariavelmente precisa de uma constituição.

O problema com essa afirmação, no entanto, é que conduz a um posicionamento redutivo, em que as constituições sociais são identificadas somente em processos de poder político. É uma questão de debatermos se, assim como Thornhill, devemos interpretar a politização da sociedade, que, sem dúvida, é evidente em processos de globalização, como uma extensão do sistema político, em que os processos de poder são liberados de sua estreita relação com o Estado e a política institucionalizada, sendo conduzidos em muitas localidades da sociedade mundial, inclusive nos sistemas parciais da sociedade. Pode ser mais preciso manter um conceito bem definido do sistema político como um sistema que constrói o poder político para a produção de decisões coletivamente vinculativas, não só em Estados-nação, mas também na política internacional (LUHMANN, 1998, p. 375 e ss.). Paralelamente, os processos “políticos”, com um caráter tanto institucional quanto funcionalmente distinto, também acontecem em outros sistemas parciais que, por sua vez, estão sujeitos a

um processo de constitucionalização à parte. Essa constitucionalização, no entanto, não produz normas para processos de poder somente. Pelo contrário, ela também cria normas para a comunicação específica do sistema dentro dos sistemas parciais. A divergência sobre politização deve ser vista como mais do que uma questão terminológica. Não precisamos, como Thornhill, postular que o sistema político em expansão encontrou uma nova unidade, em que a comunicação ocorre através do poder. Em vez disso, podemos identificar muitas formas variadas, autônomas, de política reflexiva em contextos diferentes, que exigem uma constitucionalização própria. De fato, conforme Thornhill (2016, p. 100), com razão, insiste, elas têm um caráter “categoricamente público”, mas a sua dimensão pública não está necessariamente ligada à política do poder. Cada vez mais, em contextos transnacionais, o direito privado, mesmo o ordenamento privado por atores não estatais, assume um caráter categoricamente público (MUIR WATT 2015; KINGSBURY, 2009; WAI, 2008). A “política” dos bancos centrais, das universidades e de outras organizações científicas, dos tribunais constitucionais, ou de profissões de autorregulação, não pode ser entendida simplesmente como processos parciais dentro da interpretação do poder político para a produção de decisões coletivamente vinculativas. Pelo contrário, essa política deve ser entendida como uma modalidade de política reflexiva, no âmbito das instituições sociais, que toma decisões, em suas próprias formas de comunicação, a respeito de sua função pública e suas realizações em prol de outras esferas parciais da sociedade.

No entanto, há um tema na variação de Thornhill sobre o assunto ao qual deverá ser dado prosseguimento e desenvolvimento mais adiante. A função das constituições, para Thornhill, é a “formalização” do poder enquanto meio de comunicação. Essa formalização é a “condição autoproduzida em prol da autonomia positiva e diferenciada de poder” (THORNHILL, 2010, p. 18). Esse é um pensamento verdadeiramente significativo, que agora, no entanto, exige uma maior generalização. Constituições formalizam os meios de comunicação de variados tipos (STEINHAUER, 2015, p. 41 e ss.). Não é apenas o meio do poder na política que está constitucionalmente formalizado: os meios do dinheiro, do conhecimento, da lei e das informações estão todos igualmente formalizados em suas próprias esferas de ação particulares, por meio de uma série de processos constitucionalizantes singulares. Uma constituição econômica é restrita à formulação de normas fundamentais apenas durante a abordagem de fenômenos do poder econômico, ou ela também não produz normas de comunicação monetária como tal, independentemente de haver ou não a tradução em comunicações de poder, como, por exem-

plo, em hierarquias corporativas ou monopólios de mercado? O que a constituição da ciência formaliza? O poder luta no âmbito das instituições científicas ou das operações epistêmicas? E a constituição da religião? A constituição da internet? A resposta a essas perguntas é: constituições não formalizam somente processos de poder. Elas também formalizam processos de comunicação que não se relacionam com o poder, que são realizados através de outros meios, específicos de outros sistemas.

### *Variação III: Escolha racional em toda parte*

Em contrapartida às variações discutidas acima, as teorias constitucionais econômicas desenvolvem uma versão mais radical do constitucionalismo social. Elas definitivamente dissociam as constituições do Estado, da política, do poder, ou da política internacional, e as veem como ordens sociais autônomas, especialmente no caso das organizações econômicas e mercados. Na versão mais restrita dessa teoria, o conceito de constituição é aplicado às normas fundamentais de ação genuinamente econômica. Esse é o caso da narrativa ordoliberal da constituição econômica global, que combate o poder econômico, a fim de proteger a livre concorrência enquanto imperativo constitucional (FIKENTSCHER; IMMENGA, 1995, p. 35 e ss.) Os expoentes do “Novo constitucionalismo”, que analisam de forma crítica as instituições do Consenso de Washington, esboçam um conceito semelhante da constituição, embora com uma ênfase ideológica diferente (SCHNEIDERMAN, 2014; ANDERSON, 2013). A versão mais ampla dessa teoria identifica constituições em todas as formações de grupos sociais, inclusive nas de caráter não econômico, alegando que todos cumprem a lógica econômica da escolha racional (BUCHANAN, 1991; VANBERG, 2005).

Assim como a expansão do sistema político, que criticamos anteriormente, esses conceitos também refletem a expansão imperialista de um sistema social – dessa vez, do sistema econômico – o que também requer a devida análise. Não há dúvidas de que qualquer tentativa de subordinar as estruturas internas da religião, das artes ou dos meios de informação aos princípios de uma constituição econômica, ou de se julgar essas estruturas exclusivamente com base em princípios de escolha racional, teria infligido uma violência intolerável tanto na racionalidade de cada sistema quanto na orientação básica da sociedade como um todo.

No entanto, um conceito precioso também pode ser discernido em teorias econômicas da constituição. Esse pode ser encontrado em sua insistência de que as constituições são manifestas, não somente em configurações jurídico-políticas, mas também na economia e, de fato, em todas

as instituições sociais. Vale também salientar a forte ênfase dada por essas teorias à independência das constituições sociais do Estado, de modo que a auto-organização dos setores parciais da sociedade culmina com a sua autoconstitucionalização.

#### *Varição IV: Summum ius*

As variações anteriores atribuíam as constituições sociais à expansão do sistema político ou do sistema econômico. No entanto, uma outra variação as atribui à expansão do ordenamento jurídico, ou, de forma mais genérica, da esfera normativo-institucional. Essa variação deriva de uma definição das instituições como conjuntos de normas, e identifica as “constituições setoriais” sociais em situações em que os ordenamentos jurídicos com base não estatal começam a institucionalizar normas de ordem superior (PETERS *et al.*, 2009, p. 211 e ss.). Tal proposição é elucidada pelo sociólogo do direito, Alberto Febbrajo (2016, p. 84), que afirma:

*a máxima ubi Estado, ibi constituição tende gradualmente a ser substituída por uma institucionalismo radical, com base na máxima ubi instituição, ibi constituição, que ignora explicitamente o Estado e a centralidade da sua dimensão política.*

Essas teorias perpetuam o legado do institucionalismo, que atribuiu um caráter jurídico às normas das instituições sociais (ROMANO, 1918; HAURIOU, 1986 [1933]), e reformulam essa teoria ao nível da normatividade constitucional. Essa perspectiva institucionalista também é implantada por especialistas em direito internacional, que descrevem o surgimento de normas jurídicas de maior classificação nas organizações internacionais e em “regimes autônomos” como uma forma de pluralismo constitucional além do Estado-nação (WALKER, 2014). Ao fazê-lo, eles enfatizam, com razão, a qualidade jurídico-normativa absolutamente essencial das constituições.

As realizações do institucionalismo ao estabelecer, em contrapartida à abordagem estreita do nacionalismo metodológico, o caráter jurídico distintivo do pluralismo constitucional transnacional, são consideráveis. No entanto, essa abordagem também não deixa de ser afetada por tendências reducionistas, embora de um tipo completamente diferente. Um perigo peculiar na abordagem institucionalista é que ela restringe sua perspectiva, e não formalisticamente, às normas jurídicas, tanto a normas centradas em torno do Estado quanto a normas do ordenamento privado, e, como resultado, deixa de abordar as dinâmicas sociais que

impelem a constitucionalização da sociedade. Até mesmo as constituições dos Estados não podem ser adequadamente compreendidas se, assim como muitos advogados constitucionais, na tradição Kelseniana (KELSEN, 1978 [1934]: 221 ff.), nós as abordarmos apenas como conjuntos de normas jurídicas e, ao fazê-lo, deixarmos de levar em conta a dinâmica constitucional do processo político. O mesmo pode ser dito, de forma análoga, das constituições sociais, em cuja análise não devemos, igualmente, negligenciar o fato de que elas são baseadas principalmente na autoconstitucionalização dos sistemas sociais e, de forma secundária, apenas em interpretações normativo-jurídicas. Uma abordagem institucionalista que somente identifica o constitucionalismo social com as normas jurídicas, que regulam diferentes esferas da sociedade, reduz as constituições a reles hierarquias de normas. O que realmente importa é a observação da conexão distintiva que emerge entre as hierarquias das normas do direito e dos processos de reflexão nos sistemas sociais (TEUBNER, 2012, 102 ff.). Os princípios constitucionais relevantes, que são mais verdadeiramente interessantes, não podem ser compreendidos simplesmente como normas jurídicas hierarquicamente superiores de uma instituição. Em vez disso, eles precisam ser compreendidos como os resultados de conflitos constitucionais da sociedade, cuja juridificação somente ocorre posteriormente.

No entanto, o institucionalismo cria uma perspectiva valiosa, na qual podemos identificar com maior precisão a ligação entre um sistema social particular e o direito. Isso ocorre porque as instituições construídas como conjuntos de normas tornam possível às normas sociais fundamentais e às normas do direito constitucional assumirem uma proximidade, e elas nos permitem interpretar o processo de constitucionalização como um processo de “tradução” bidirecional, isto é, mais precisamente, como uma dinâmica coevolutiva entre sistemas sociais constituídos e o direito constitucional (TEUBNER, 2012, 110 ff.).

O princípio composicional que fundamenta todas essas variações é a ideia, com diferenças caso a caso, de que uma única racionalidade social se expande em todas as esferas da sociedade. É a tentativa de se encontrar um princípio unificador da ordem na multiplicidade inquietante das constituições sociais, seja através da expansão do sistema político, do sistema econômico ou do ordenamento jurídico. No entanto, essas variações estão longe de esgotar o potencial do tema de Sciulli. Seu constitucionalismo social destina-se especificamente a preservar e promover a pluralidade das orientações “não racionais”, contra os padrões unidimensionais da razão instrumental. Em última análise, as quatro variações discutidas até agora simplesmente substituem o antigo monismo da cons-

tuição única do Estado por um novo monismo, centrado em uma única racionalidade, que deve ser a base de todas as constituições sociais. Essas variações sobre o tema, no entanto, não são capazes de reconhecer o fato de que o papel das constituições sociais reside em sua capacidade de institucionalizar as racionalidades completamente heterogêneas e incompatíveis uma ao lado da outra e, paralelamente, limitar suas tendências totalizantes, com as quais elas se ameaçam mutuamente.

#### **4 SEGUNDO CONJUNTO DE VARIAÇÕES: A UNIDADE DE UMA CONSTITUIÇÃO GLOBAL**

##### *Varição V: A constituição holística da sociedade*

As variações a seguir sobre o tema de Sciulli utilizam um princípio de composição diferente para explicar a constitucionalização da sociedade: a unidade insolúvel da constituição. Esse princípio foi originalmente desenvolvido para os Estados-nação. As constituições nacionais afirmam, de forma categórica, que elas subordinam todas as atividades do Estado às suas exigências regulatórias (GRIMM, 2005). Walker (2010) visualiza o caráter “holístico”, ou seja, o fato de que fazem essas exigências regulamentares abrangentes, como uma característica definidora das constituições. Isso é justificado através da afirmação de que as constituições são caracterizadas por uma função integradora, ou seja, sua capacidade de estabelecer uma orientação comum para as diferentes formações de grupos sociais, apesar dos conflitos entre eles (SMEND, 1928, cap. 7).

Alguns teóricos transferem essas ideias para as constituições sociais, postulando a existência de uma constituição uniforme, não somente para o Estado, mas também para a sociedade como um todo e, em alguns casos, até mesmo para a sociedade global. O historiador Reinhart Koselleck (2006, p. 369 e ss.), afirmou que a era do Estado-nação foi definida historicamente pela existência não somente de uma constituição para o Estado, mas de uma constituição mais abrangente para a sociedade, a qual, além das atividades políticas realizadas pelo Estado, também submetia instituições econômicas, sociais e culturais às exigências do direito constitucional. Os assuntos relacionados a questões sociais, à organização eclesíastica e às instituições econômicas ou financeiras, deixaram de ser problemas a serem abordados através de meros atos legislativos. Em vez disso, tiveram que ser vistos como problemas pertencentes a uma genuína “constituição da sociedade”. Se transportada para o processo de transnacionalização, essa interpretação implicaria que as empresas

transnacionais são os atores mais importantes, cujas constituições fazem parte de uma constituição global de toda a sociedade.

No direito internacional e na filosofia política, diferentes autores afirmam que a constitucionalização do direito internacional, que atualmente pode ser observada, é capaz de criar uma ordem constitucional cosmopolita, uma constituição uniforme para a sociedade mundial como um todo (FASSBENDER, 2007, p. 281 e ss., HÖFFE, 2005). Esses teóricos rejeitam como irrealista a ideia de que uma constituição uniforme dessa natureza é estabelecida em um Estado global. No entanto, eles veem a “comunidade internacional” como o principal ponto de referência para um corpo emergente de direito constitucional global. Ao fazê-lo, eles concebem a “comunidade internacional”, e não, como no direito internacional tradicional, como uma mera comunidade de Estados soberanos, mas como um agregado de atores políticos e sociais e como uma comunidade jurídica de indivíduos<sup>6</sup>.

É bastante óbvio que tais ideias a respeito de uma constituição global abrangente são irremediavelmente idealistas, e recebem mais apoio de esperanças piedosas do que de análises realistas (*vide* a crítica incisiva em FISCHER-LESCANO, 2005, p. 247 e ss.). No entanto, esses exageros cosmopolitas também contêm uma ideia principal preciosa: a da integração pela constituição. Claro, o constitucionalismo social não precisa ir à procura, em vão, por uma constituição institucionalmente unificada de sociedade global. No entanto, decerto que ele tem necessidade de abordar questões relativas à integração ou à coordenação da pluralidade de diversas ordens constitucionais. Se é certo que nos Estados-nação, ao lado de suas funções constitutivas e limitativas, a função integradora das constituições teve importância decisiva, então a questão tem de ser abordada quanto a se, precisamente na extrema fragmentação das constituições transnacionais, ainda haveria instituições que pudessem desempenhar essa função integrativa.

#### *Varição VI: Constituição enquanto imaginário coletivo*

Existem teorias que se concentram na função simbólica das constituições, e não em sua realidade institucional. Em última análise, tentam recuperar uma constituição indissolúvelmente unificada para toda a sociedade. Confrontadas com a pluralidade inegável dos regimes jurídicos públicos e privados, e com a impossibilidade de criar uma instituição constitucional uniforme global para esses regimes, essas teorias se agar-

---

<sup>6</sup> Uma análise detalhada das diferentes variáveis sobre a ideia de uma constituição global cosmopolita é oferecida por Rasilla del MORAL (2011).

ram, no entanto, a ideia de unidade constitucional. No entanto, elas reduzem tal unidade à ideia de que ela somente existe enquanto mito fundador de um coletivo, seja este uma nação ou a comunidade internacional. A ideia é expressa na seguinte concepção: “*Em sua dimensão simbólica, a Constituição só pode assumir uma forma unitária quando estiver indissoluvelmente ligada a instituições como a linguagem, a comunicação social, a cultura, o conhecimento comum, a memória cultural*”, sendo “*dependente de um espaço simbolicamente preenchido, um conteúdo cultural*”, que permita à constituição consolidar, de modo normativo, uma identidade coletiva que seja universal para diversos processos de fragmentação (VESTING, 2012, p. 95). Essa constituição unitária, que é meramente fictícia, mas que impacta a sociedade de modo generalizado, pode ser conciliada com uma pluralidade de “constituições sucessivas” reais, que estão institucionalizadas em diversas esferas da sociedade, mas que constantemente remetem ao mito fundador da constituição unitária.

É muito discutível se um conteúdo cultural dessa natureza pode ser visto como uma Constituição em seu sentido estrito, se ele não assumir uma forma institucional sólida. Porque na ausência de instituições reais, que não somente simbolizam a unidade, mas também a produzem em processos incessantes de tomada de decisão, a unidade da Constituição permanece, naturalmente, como mera ficção. Somente nas “constituições sucessivas”, assim denominadas por Vesting, das constituições fragmentadas de esferas particulares da sociedade, pode a relação mutuamente constitutiva entre normas constitucionais e simbolizações de unidade tornar-se realidade.

Dois coisas, no entanto, são importantes nessa teoria ficcional da constituição. Por um lado, ela enfatiza, justamente, que as constituições não produzem somente o direito positivo e resolvem conflitos, mas também criam uma identidade coletiva, por meio de um mito fundador. As constituições são, na realidade, processos vivos, em que um sistema social assume uma identidade, expressa de forma jurídica. A teoria ficcional da Constituição coloca, com toda a razão, maior ênfase na função simbólica da constituição, normalmente negligenciada por teorias constitucionais “realistas”, que enfatizam suas funções constitutiva, limitante e integradora. Por outro lado, essa teoria tem seu mérito porque constrói um edifício conceitual de dois níveis para explicar fenômenos constitucionais, que compreende uma constituição totalmente simbólica e uma série de sucessivas Constituições institucionalizadas, que podem ser usadas em novas reflexões sobre essas questões. A única questão é: como?

### ***Movimento final: Unitas multiplex***

Nesta seção final, vou colocar à prova mais três variações sobre o tema proposto por Sciulli. Essas se destinam a repetir, reunir e desenvolver ainda mais as ideias principais das variações anteriores, cujo mérito foi comprovado.

O mérito dos seguintes temas das variações acima parece duradouro:

- A ideia da *formalização do poder como um meio de comunicação*: essa é a essência da constituição, um tema que requer maior generalização;
- A ideia da *função integradora das constituições*: essa serve de base para a tentativa de encontrar a unidade da constituição, a nível nacional e transnacional;
- A ideia da *constituição como um mito fundador*: essa reflete a sua função simbólica, que se estende para além de sua função constitutiva, limitativa e integradora;
- A ideia da *interação entre diferentes níveis constitucionais*: essa estabelece uma relação entre a pluralidade e a unidade da constituição;
- A ideia da *autoconstitucionalização dos sistemas sociais*: reage, de modo crítico, à imposição geral das constituições sociais pelo sistema político ou pelo ordenamento jurídico.
- *O papel central da institucionalização*: apenas as instituições, como conjuntos de normas, estabelecem um contato permanente, fundamental para a constituição, entre as normas judiciais e extrajudiciais;
- A ideia das *constituições estaduais como modelo histórico*: desempenham um papel exemplar nas constituições sociais, mais particularmente por conta de sua capacidade paradoxal para a autolimitação.

### ***Variação VII: Metaconstituição***

As variações do segundo grupo salientaram, com razão, que é precisamente o pluralismo constitucional que dá origem, tanto empírica quanto normativamente, à questão da unidade constitucional. O pluralismo corresponde apenas a uma série de constituições não relacionadas ou ele, na verdade, de uma forma ou de outra, produz unidade constitucional, de forma específica, para a sociedade global? As respostas existentes para essa pergunta são insatisfatórias, enfraquecendo-se em posicionamentos

extremos. Um dos posicionamentos extremos nega as realidades da sociedade global, declarando que as Nações Unidas constituem o núcleo de uma constituição institucionalizada para a sociedade global. O outro posicionamento extremo busca refúgio em mundos fictícios, reduzindo a constituição global a um imaginário coletivo, um mito fundador. Em contrapartida, o “transconstitucionalismo” teria potencial para formar uma perspectiva, que é ao mesmo tempo realista e desafiadora na medida aceitável. No entanto, em clara distinção do conceito homônimo proposto por Neves (2013), esse posicionamento necessita combinar os quatro elementos a seguir: (1) A constituição uniforme global, que é de fato emergente, formada, no entanto, apenas como uma “metaconstituição”; (2) Essa metaconstituição não impõe princípios constitucionais significativos, mas projeta regras processuais para a resolução de conflitos entre constituições sociais parciais; (3) Mais importante, a metaconstituição não é hierarquicamente constituída em uma instituição autônoma, que resolve os conflitos a partir do posicionamento de uma terceira instância que se situa acima das subconstituições em conflito. Em vez disso, resolve esses conflitos de forma heterárquica, através das decisões dessas próprias constituições parciais; (4) Essas decisões são realizadas tanto em leis de cooperação e negociação ou regras para a resolução de conflitos de leis, que são desenvolvidas no âmbito das constituições parciais. A expressão “transconstitucionalismo” capta o duplo significado dessa situação com muita precisão. Ela transcende o particularismo inerente às constituições parciais, mas, ao mesmo tempo, penetra as constituições parciais, sem estabelecer um patamar institucional novo e distinto<sup>7</sup>.

Essas tendências rumo ao surgimento de uma constituição para a resolução dos conflitos de leis podem ser empiricamente observadas na famosa (e infame) “guerra de magistrados”, que articula os conflitos entre as constituições dos Estados-nação e a constituição da UE como um “diálogo imparcial” entre o Tribunal de Justiça Europeu e os tribunais constitucionais dos Estados-nação (*vide*, por exemplo, ARDEN, 2010). Nesses casos, as decisões que resolvem conflitos são feitas em um dos tribunais envolvidos. No entanto, os tribunais reagem uns aos outros e, assim como no *common law*, adotam argumentos de outros tribunais (SHANY, 2007). Tendências semelhantes são observáveis nos conflitos entre as normas dos regimes transnacionais, mais obviamente no caso da OMC, que, em sua jurisprudência relativa ao “livre comércio e saúde pública”, o livre

---

<sup>7</sup> Na mesma linha, THORNHILL (2016, p. 101) fala de “comunicação transjudicial”, em que os tribunais decidem sobre conflitos de normas transnacionais e assim produzem uma estranha *unitas multiplex* do direito global.

comércio e meio ambiente etc., desenvolveu uma jurisprudência autônoma voltada aos conflitos de leis, que, visto de sua própria perspectiva, absorve as exigências normativas de outros regimes (CASS, 2005, p. 197 e ss.).

Vista sob sua perspectiva histórica, uma metaconstituição transnacional dessa natureza pode basear-se na tradição do direito internacional privado. Em situações paralelas, em que as ordens jurídicas nacionais entram em conflito sem a presença de uma terceira instância, as ordens jurídicas envolvidas vêm desenvolvendo um grande número de regras de litígio para si mesmas. É, atualmente, objeto de intensa discussão se o potencial do direito internacional privado pode ou não ser usado para conflitos constitucionais e ser modificado para atender uma situação histórica original (BOMHOFF, 2015; MICHAELS; PAUWELYN, 2011; JOERGES, 2011). Por exemplo, Horatia Muir Watt (2015) rejeita todas as tentativas de legitimação da ordem jurídica transnacional através do recurso a uma constituição unificada. Em vez disso, defende:

*as próprias interações como o ponto de partida para abordar questões de legitimidade. Isto significaria abdicar da decisão sobre a questão de legitimidade, em outras palavras, filtrar de antemão os processos e lidar com eles de forma retrospectiva e em termos relativos. Essa ideia parece perfeitamente de acordo com a estrutura reflexiva instável do direito global. Ela sugere que a questão da legitimidade surge em termos distintos, de acordo com o tipo de ação (colaborativa, de confronto, concomitante) que está sendo feita em relação a outros ordenamentos jurídicos.*

Ela deixa claro a este respeito que a constituição transnacional de conflito de leis deve generalizar e re-especificar os métodos ‘heterárquicos’ do direito internacional privado, ou seja, devolver questões preliminares, de características jurisprudenciais. É igualmente importante reformular os dois princípios básicos e opostos do direito internacional privado: o reconhecimento mútuo e a ordem pública, em prol da relação entre constituições transnacionais. O princípio da fé pública ou do reconhecimento mútuo não significa apenas que as constituições transnacionais demonstram ter tolerância recíproca, conforme indica o princípio da “*tolerância constitucional*” (KUMM, 2006, p. 528 e ss., p. 114 e ss.). Ele também contém a demanda adicional que as constituições precisam para realizar a “*capacidade de resposta constitucional*” (VIELLECHNER, 2015), e desenvolver normas substantivas, que resolvem as exigências de constituições em conflito através do estabelecimento de um compromisso.

Em contrapartida, a ordem pública nacional descreve os limites para o reconhecimento de uma ordem jurídica estrangeira, que são atingidos quando a norma estrangeira viola as normas fundamentais do direito interno (FORDE, 1980). Ampliado para abarcar o contexto aqui descrito, tal conceito significa que, em tais circunstâncias, uma constituição transnacional deve recusar-se a reconhecer uma constituição transnacional diferente (MUIR WATT, 2015).

#### *Variação VIII: Nomos e Narrativa*

Em contrapartida a esse significado tradicional da ordem pública, o conceito jurídico de ordem transnacional pública já foi estabelecido, como um princípio de conflito de leis, que também pode ser usado no contexto do pluralismo constitucional transnacional (RENNER, 2009; 2011, p. 88 e ss.). Ao contrário da ordem nacional pública, esse conceito não se destina a proteger os fundamentos da ordem jurídica interna a partir da intrusão estrangeira. A ordem pública transnacional lida com a relação das constituições parciais para com a sociedade como um todo. Cada uma das constituições envolvidas constrói uma ordem pública transnacional a partir de sua própria perspectiva. Então, cada regime transnacional torna-se responsável por tratar de duas afirmações contraditórias ao mesmo tempo. Por um lado, conforme examinado na variação anterior, cada constituição parcial é necessária para refletir a si mesma, de forma autônoma e descentralizada, e tornar-se compatível com as normas concorrentes de outras constituições parciais. Além disso, no entanto, cada uma das constituições parciais envolvidas deve construir, sob sua própria perspectiva, princípios de uma ordem pública transnacional que englobe toda a sociedade, ou seja, princípios de uma metaconstituição unificada, em relação aos quais ela avalia suas próprias normas.

Neste ponto, dois temas que eram percebidos nas diferentes Variações propostas por Sciulli reaparecem e concorrem entre si: a unidade da constituição e, ao mesmo tempo, a qualidade fictícia dessa mesma unidade. O fato de que reivindicam pontos comuns de referência e um horizonte (necessariamente abstrato) de significado, aos quais se referem na produção de normas, significa que todas as constituições parciais podem, de modo contrafactual, projetar a existência de uma metaconstituição unitária. Essa projeção torna visível a qualidade fictícia dessa unidade. Pois é preciso ser constantemente destacado que esse horizonte comum não é dado de forma realista. Pelo contrário, é apenas uma ficção, que cada constituição parcial produz através da sua própria visão de mundo. O fato de que um núcleo comum de validade pode ser projetado de modo contrafactual significa que é possível a diferentes textos consti-

tucionais promover uma referência, com variação de texto a texto, a interpretações do bem comum, que depois são refletidas nas normas concretas.

Vesting se aproxima dessas ideias ao descrever a relação entre as constituições de subesferas da sociedade e a constituição da sociedade como um todo. Ele afirma que as constituições parciais geram uma força vinculativa que serve como padrão, mas que também vinculadas, em sua autoconstrução por “ficções retrospectivas”, que produzem a “crença na sua unidade”, ou a “unidade imaginária de uma constituição total”. Usando as categorias influenciadas por Robert Cover, ele fala dessa constituição total, conforme segue: “*A constituição contém um único nomos, mas este gera diversas narrativas*” (VESTING, 2015, p. 100; COVER, 1983). Dessa forma, ele capta corretamente a difícil relação entre constituições parciais institucionalizadas e a metaconstituição fictícia. Observa-se que ele vê essa relação, não como uma estrutura de dois níveis, mas, sim, como um processo de interpenetração recíproca em um nível diferente: o nível das constituições parciais. No entanto, seu modelo requer duas correções. Por um lado, não é correto visualizar a ficção da unidade como a projeção dos princípios constitucionais substanciais para a metaconstituição. A metaconstituição global não vai além dos procedimentos e princípios de conflito, cooperação e confronto. Por outro lado, a ficção sobre a unidade não é apenas produzida por narrativas. Ela também é produzida por meio das práticas de tomada de decisões difíceis das próprias constituições parciais, ou seja, nos casos em que se tomam decisões sobre esses conflitos. Em última análise, a proposição de Cover precisa ser interpretada de forma diferente. Ela precisa ser compreendida de forma não a indicar que um nomos se sustenta separadamente das muitas narrativas, mas, sim, que uma relação distinta e autônoma se desenvolve entre o nomos e a narrativa, tanto nas constituições parciais quanto na constituição de conflito de leis. Enquanto o nomos das constituições setoriais extrai as diferentes narrativas contidas em diferentes expressões parciais da normatividade substancial, a narrativa de integração pelo procedimento é formada no nomos da constituição de conflito de leis. A máxima de Cover – “*Para cada constituição existe um épico, para cada decálogo, uma escritura*” (1983, p. 4) –, pode ser aplicada tanto à constituição global fictícia quanto às constituições reais das subesferas da sociedade.

#### *Varição IX: Autosubversão*

A dupla máxima sobre nomos e narrativa enfatiza corretamente que todo sistema social desenvolve suas próprias descrições, que formam um contexto mais amplo para suas normas constitucionais. Nas autodescrições, os sistemas refletem tanto cognitiva quanto normativamente a

sua própria identidade. A esse respeito, mais uma vez, a constituição do Estado é o modelo histórico principal. Assim como as teorias políticas relacionadas com a realidade empírica do poder e os projetos normativos da política ganham impacto nas constituições de Estado, outros domínios sociais formulam narrativas autônomas, ou seja, as descrições da realidade e as interpretações normativas, que formam a base de sua constituição distinta (KOSKENNIEMI, 2009, p. 12; DUNOFF, 2011, p. 150 e ss.).

No entanto, é apenas em uma variação final sobre o tema proposto por Sciulli que podemos penetrar no núcleo interno da constituição. Para fazer isso, como Thornhill (2010, p. 18), precisamos identificar a “formalização do meio de comunicação” como o critério para a definição da constitucionalização. Formalização de um meio – o que significa que uma constituição é produzida não somente por processos cognitivos e normativos, mas também por processos de reflexão do meio. Pois a formalização é obtida, não somente através da produção de normas jurídicas, mas também, e mais importante, através do estabelecimento de uma relação autorreferencial, isto é, através da aplicação de um meio de comunicação a si mesma. A forma é a “*autorreferência articulada*” (LUHMANN, 2012, cap. 1, IV). A reflexividade de um meio significa que as operações voltadas à mídia são, elas mesmas, aplicadas ao meio. Na política, isso significa a aplicação do poder ao poder; no direito, significa a aplicação das normas legais às normas legais; na economia, significa a aplicação das operações monetárias às operações monetárias; na ciência, significa a aplicação de operações epistêmicas às operações epistêmicas (LUHMANN, 2000, p. 64). As constituições são produzidas por formalização.

A formalização tem consequências fundamentais, e também tem, paradoxalmente, consequências autolimitadoras e até mesmo autosubversivas. E esse paradoxo da reflexividade do meio é o que é importante na modernidade contemporânea, quando as consequências negativas da diferenciação funcional tornam-se visíveis, especialmente na crise ecológica atual (LUHMANN, 2012, cap. 4 XI). Se as consequências negativas da expansão do poder, do dinheiro, das tecnologias e do direito devem ser limitadas, uma característica particular da reflexividade do meio – sua capacidade de autossubversão (TEUBNER, 2009) – desempenhará um papel central. É bastante incomum atribuir essa característica às constituições, que geralmente são vistas como garantias solidamente estabelecidas para estruturas duradouras e estabilidade de longo prazo. No entanto, as constituições também contêm práticas subversivas que são evidentes, já que também trabalham no sentido de sua própria autotranscendência, fato que é negligenciado na teoria constitucional mais ortodo-

xa. A reflexividade do meio, apresentada nas constituições, opera como uma força subversiva interna com a qual um sistema social protesta contra o seu encerramento. Esse é o verdadeiro sentido dos famosos “*momentos constitucionais*” (ACKERMAN, 2000): surgem quando um desdobramento potencialmente catastrófico começa e forças sociais transformadoras são mobilizadas, atingindo tal intensidade que a “constituição interna” de um sistema social transforma-se sob sua pressão<sup>8</sup>. Protestos da reflexividade contra as tendências “naturais” em sistemas sociais a recursividade, rotina, segurança, estabilidade, autoridade e tradição. Contra tais tendências inerentes à automanutenção metódica, a reflexividade infunde na ordem uma tendência à desordem, ao desvio, à variabilidade e à mudança. A constituição protesta contra si mesma – em nome da sociedade, das pessoas e da natureza – mas o faz não de fora, mas de dentro, a partir da constituição interna do próprio sistema social.

O paradoxo da reflexividade do meio é uma das mensagens mais importantes da sociologia das constituições. Tal paradoxo faz uma crítica à tendência de alguns teóricos, que também torna-se cada vez mais proclamada nas relações transnacionais, a assumir que tanto a constitucionalização política quanto a social pode ser conduzida, de modo exclusivo, pelo direito e, em contrapartida, a marginalizar as contribuições da sociedade. Estudos empíricos de processos transnacionais da constitucionalização concluem que seus protagonistas não são mais atores sociais coletivos, mas instâncias jurídicas: tribunais constitucionais, tribunais nacionais, tribunais de arbitragem transnacionais. Em contrapartida, esses estudos sobre o constitucionalismo transnacional sugerem que as fontes clássicas do poder constituinte – revoluções sociais, sublevações políticas, assembleias constituintes – passaram a desempenhar um papel (quase) inexistente. De forma um tanto quanto exagerada, a tese por trás dessa lógica pode ser extraída da seguinte forma: De demos ao direito. O poder constituinte migrou dos processos políticos externos aos processos jurídicos internos (THORNHILL, 2016, p. 103 e ss.; 2013, p. 554).

Essa, no entanto, é uma tendência muito problemática. As funções constitutivas e limitativas das constituições não podem ser realizadas apenas por normas jurídicas. Elas são essencialmente executadas pela reflexividade dos meios de comunicação social. Os tribunais não podem criar “constituições vivas” por meios autoritários. O direito só adquire um impacto subsidiário a esse respeito quando suporta e, no máximo, induz a reflexividade nas instituições sociais. Seu papel é o de institucionalizar a

---

<sup>8</sup> Os diversos aspectos da autossubversão constitucional são observados em KJAER *et al.* (2011).

reflexividade do meio em diversos sistemas sociais, o que é realizado pela prescrição de procedimentos autolimitadores e pela reinterpretação das normas sociais como normas constitucionais. Ambos os movimentos políticos e sociais, que procuram utilizar a constitucionalização pela lei, a fim de combater tendências destrutivas na economia, na tecnologia, na medicina ou em novos meios de informação, têm de ter em conta esse potencial limitado do direito. Eles não serão capazes de concretizar a desejada limitação desses sistemas por meio da intervenção jurídica externa. Nesse ponto, uma das mudanças mais significativas na estrutura jurídica que ocorre na transição rumo à sociedade mundial se torna visível. Niklas Luhmann (1975, p. 63), descreveu essa mudança da seguinte forma:

*[A]o nível da sociedade consolidadora mundial, as normas (sob a forma de valores, regulamentos, propósitos) não mais orienta a pré-seleção do cognitivo. Ao contrário, o problema da adaptação através da aprendizagem ganha primazia estrutural, enquanto as condições estruturais para a capacidade de aprendizagem de todos os subsistemas têm de ser suportadas.*

O melhor que os tribunais podem conseguir em relação às substituições sociais é a criação de “pressões de aprendizagem” para os sistemas sociais. Eles podem induzi-los, de forma salutar, à autossubversão.

## 5 REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce A. **We the People: Transformations**. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2000.
- ANDERSON, Gavin W. Societal Constitutionalism, Social Movements and Constitutionalism from Below. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 20, p. 881-906, 2013.
- ARDEN, Mary. Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe. **Yearbook of European Law**, 29, p. 3-20, 2010.
- BÖHM, Franz. Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft. **ORDO**, 17, p. 75-151, 1966.
- BOMHOFF, Jacco. The Constitution of the Conflict of Law (LSE Legal Studies Working Paper 4/2014). In: WATT, Horatia Muir; MICHAELS, Ralf (Eds.). **Private International Law as Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, p. 262- 276, 2015.
- BUCHANAN, James M. **Constitutional Economics**. Oxford: Blackwell, 1991.
- CASS, Deborah Z. **The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- COVER, Robert M. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, 97, p. 4-68, 1983.
- DUNOFF, Jeffrey L. A New Approach to Regime Interaction. In: YOUNG Margaret (Ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 136-174, 2011.

- ELLIS, Jaye. Constitutionalization of Nongovernmental Certification Programs. **Indiana Journal of Global Legal Studies** 20, p. 1035-1069, 2013.
- FASSBENDER, Bardo. We the Peoples of the United Nations: Constituent Power and Constitutional Form in International Law. *In*: WALKER, Neil; LOUGHLIN, Martin (Eds.). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 269-290.
- FEBBRAJO, Alberto. Constitutionalism and Legal Pluralism. *In*: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (Eds.). **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective** Abingdon. Ashgate, 2016. p. 68-96.
- FEMIA, Pasquale. Against the "Pestilential Gods": Teubner on Human Rights. **Rechtsphilosophie & Rechtstheorie**, 40, p. 260-274, 2011.
- FIKENTSCHER, Wolfgang; IMMENGA, Ulrich (Eds.). **Draft International Antitrust Code**. Baden-Baden: Nomos, 1995.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. **Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte**. Weilerswist: Velbrück, 2005.
- FORDE, M. The "Ordre Public" Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions. **The International and Comparative Law Quarterly**, 29, p. 259-273, 1980.
- GRIMM, Dieter. The Constitution in the Process of Denationalization. **Constellations**, 12, p. 447-463, 2005.
- HAURIUO, Maurice. **La théorie de l'institution et de la fondation: Essai de vitalisme social in Maurice Hauriou**, Aux sources du droit. Caen: Bloud & Gay, (1986 [1933]). p. 89-128.
- HÖFFE, Otfried. Vision Weltrepublik: Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung. *In*: RULOFF, Dieter; BERTRAM, Christoph; FREY, Bruno (Eds.). **Welche Weltordnung?** Zürich: Rüegger, 2005. p. 33-53.
- JOERGES, Christian. A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Post-national Constellation. *In*: JOERGES, Christian; FALKE, Josef (Eds.). **Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets**. Oxford: Hart, 2011. p. 465-501.
- KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Berkeley: University of California Press, (1978 [1934]).
- KINGSBURY, Benedict. International Law as Inter-Public Law. *In*: RICHARDSON, Henry R.; WILLIAMS, Melissa S. (Eds.). **NOMOS XLIX: Moral Universalism and Pluralism**. New York: New York University Press, 2009. p. 167-204.
- KJAER, Poul F., TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Eds.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: Hart, 2011.
- KJAER, Paul F. **Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach**. London: Routledge, 2014.
- \_\_\_\_\_. From Corporatism to Governance : Dimensions of a Theory of Intermediary Institutions. *In*: KJAER, Paul F.; HARMANN, Eva (Eds.). **The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015. p. 11-28.
- KOSELLECK, Reinhart. Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung. *In*: KOSELLECK, Reinhart. **Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache**. Frankfurt: Suhrkamp, 2006. p. 365-401.
- KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law – 20 Years Later. **European Journal of International Law**, 29, p. 7-19, 2009.

KRAJEWSKA, Atina. **In Search of the Holy Grail of Transparent and Coherent Global Health Law**, 2013. Disponível em: <<http://campus.hec.fr/global-transparency/wp-content/uploads/2013/10/Krajewska-Transparency-and-global-health.pdf>>.

KUMM, Matthias. Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe Has a Constitution Properly So Called. **American Journal of Comparative Law**, 54, p. 505-530, 2006.

LADEUR, Karl-Heinz. Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – Verfassungsprivatrecht” als Kollisionsrecht. In: CALLIESS, Galf-Peter; FISCHER, Andreas; LESCANO, Dan Wielsch; ZUMBANSEN, Peer (Eds.). **Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner zum 65.** Geburtstag am 30. April 2009. Berlin: De Gruyter Recht, 2009. p. 543-558.

LADEUR, Karl-Heinz; VIELLECHNER, Lars. Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes. **Archiv des Völkerrechts**, 46, p. 42-73, 2008.

LINDAHL, Hans. We and Cyberlaw: The Spatial Unity of Constitutional Orders. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 20, p. 697-730, 2013.

LOUGHLIN, Martin. What Is Constitutionalisation? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 47-72.

LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie.** Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

\_\_\_\_\_. Die Weltgesellschaft. In: LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung Band 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft.** Opladen: Westdeutscher Verlag, 1975. p. 51-71.

\_\_\_\_\_. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, 9, p. 176-220, 1990.

\_\_\_\_\_. Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft. In: BECK, Ulrich (Ed.). **Perspektiven der Weltgesellschaft.** Frankfurt: Suhrkamp, 1998. p. 345-380.

\_\_\_\_\_. **Die Politik der Gesellschaft.** Frankfurt: Suhrkamp, 2000.

\_\_\_\_\_. **Theory of Society.** Stanford: Stanford University Press, 2012.

MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law. In: BROUDE, Tomer; SHANY, Yuval (Eds.). **Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law.** Oxford: Hart, 2011. p. 19-68.

MUIR WATT, Horatia. Conflicts of Laws Unbounded: The Case for a Legal – Pluralist Revival, **Transnational Legal Theory** 6, p. forthcoming, 2015.

NEVES, Marcelo. **Transconstitutionalism.** London: Hart, 2013.

PETERS, Anne; KLABBERS, Jan; ULFSTEIN, Geir (Eds.) **The Constitutionalization of International Law.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

PRANDINI, Riccardo. The Morphogenesis of Constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 309-326.

PREUSS, Ulrich K. La garantie des droits: “les droits horizontaux”. In: TROPER, Michel; CHAGNOLLAUD, Dominique (Eds.). **Traité International de Droit Constitutionnel.** Paris: Dalloz, 2012. t. III, p. 233-270.

PRIBÁN, Jirí. Asking the Sovereignty Question in Global Legal Pluralism: From “Weak” Jurisprudence to “Strong” Socio-Legal Theories of Constitutional Power Operations, **Ratio Juris**, 28, p. 31-51, 2015.

- RASILLA DEL MORAL, Ignacio de la At King Agramants Camp: Old Debates, New Constitutional Times. **International Journal of Constitutional Law**, 8, p. 580-610, 2011.
- RENNER, Moritz Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law? **Journal of International Arbitration** 26, p. 533-555, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Zwingendes transnationales Recht**: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates. Baden-Baden: Nomos, 2011.
- ROMANO, Santi. **Lordinamento giuridico**. Florenz: Sansoni, 1918.
- SCHOLZ, Rupert. **Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem**. München: C.H. Beck, 1971.
- \_\_\_\_\_. **Pressefreiheit und Arbeitsverfassung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.
- SCIULLI, David Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality. **British Journal of Sociology**, 39, p. 377-407, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Theory of Societal Constitutionalism**: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Corporate Power in Civil Society**: An Application of Societal Constitutionalism. New York: New York University Press, 2001.
- SELZNICK, Philip. **Law, Society and Industrial Justice**. New York: Russell Sage, 1969.
- SHANY, Yuval. **Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- SINZHEIMER, Hugo. Das Wesen des Arbeitsrechts. In: KAHN-FREUND, Otto; RAMM, Thilo (Eds.). **Arbeitsrecht und Rechtssoziologie**. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, (1976 [1927]). p. 108-114.
- SMEND, Rudolf. **Verfassung und Verfassungsrecht**. München: Duncker & Humblot, 1928.
- STEINHAEUER, Fabian. **Medienverfassung**: Untersuchung zur Verfassungswissenschaft nach 1990. Frankfurt: Habilitationsschrift, 2015.
- TEUBNER, Gunther Self-Subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law? **Modern Law Review**, 72, p. 1-23, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Constitutional Fragments**: Societal Constitutionalism and Globalization. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- \_\_\_\_\_. The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism, **Transnational Legal Theory**, 4, p. 44-58, 2013.
- THOMPSON, Grahame. Review Essay: Socializing the Constitution? **Economy and Society**, 44, p. 480-493, 2015.
- THORNHILL, Chris Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions. **Journal of Classical Sociology** 10, p. 1-23, 2010.
- \_\_\_\_\_. **A Sociology of Constitutions**: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- \_\_\_\_\_. A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 20, p. 551-603, 2013.
- \_\_\_\_\_. The Sociological Origins of Global Constitutional Law. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI Giancarlo (Eds.). **Sociology of Constitutions**: A Paradoxical Perspective. Abingdon: Ashgate, 2016. p. 99-124.
- VANBERG, Viktor Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy. **Journal of Institutional Economics**, 1, p. 23-49, 2005.

VERSCHRAEGEN, Gert Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights. *In*: MADSEN, Mikael Rask; VERSCHRAEGEN, Gert (Eds.). **Making Human Rights Intelligible: Towards a Sociology of Human Rights.** Oxford: Hart, 2013. p. 61-80.

VESTING, Thomas. Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne. *In*: KORIOOTH, Stefan; VESTING, Thomas (Eds.). **Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?** Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 71-93.

\_\_\_\_\_. **Die Medien des Rechts: Computernetzwerke.** Weilerswist: Velbrück, 2015.

VIELLECHNER, Lars Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law. **Goettingen Journal of International Law**, 4, p. 599-623, 2012.

\_\_\_\_\_. Responsive Legal Pluralism: The Emergence of Transnational Conflicts Law. **Transnational Legal Theory**, 6, p. 1-21, 2015.

WAI, Robert. The Interlegality of Transnational Private Law. **Law & Contemporary Problems**, 71, p. 107-127, 2008.

WALKER, Neil. Beyond the Holistic Constitution? *In*: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 291-308.

\_\_\_\_\_. **Intimations of Global Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

WIELSCH, Dan. Private Governance of Knowledge: Societally Crafted Intellectual Property Regimes. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 20, p. 907-940, 2013.



# A VISIBILIDADE DO POLÍTICO: SECULARIZAÇÃO VERSUS UNIVERSALIZAÇÃO EM CARL SCHMITT

*Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco<sup>1</sup>*

---

*Sumário: 1. Introdução. 2. O Político como Secularização dos Conceitos Teológicos. 3. A Dessacralização do Político e a Relação Amigo e Inimigo. 4. A Secularização da Inimizade Absoluta. 5. Conclusão. 6. Referências.*

## 1 INTRODUÇÃO

O conceito de secularização apresenta uma notável amplitude semântica que também pode ser encontrada nos trabalhos de Carl Schmitt. A despeito de surgir com distintas acepções em sua obra, o propósito deste artigo é investigar o sentido do conceito de secularização de Schmitt cujo teor corresponde ao empenho em tornar visível o político: conferir inteligibilidade à existência dos conflitos travados entre homens. Aqui o sentido associado à secularização intenta reconduzir a racionalidade do pensamento moderno e sua tendência à universalização de valores morais à realidade da vida concreta. Secularizar implica trazer as teorias positivistas e liberais do Estado do alto de sua abstração e generalização ao solo da existência terrena dos homens. Sob esse ponto de vista da secularização do político, não é possível diluir os conflitos existenciais por meio de sua subordinação ao direito, à moral ou à economia. A crença depositada na juridificação, normatização e moralização das tensões políticas não as elimina da realidade concreta. Enquanto a normatização positivista se revela impotente frente à tentativa de prever o conflito, a uni-

---

<sup>1</sup> Professor do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

versalização de princípios iluministas de cunho moral tende a intensificá-lo, extrapolando o limite extremo do político.

O fio condutor que norteia o presente estudo concentra-se no núcleo semântico do conceito de secularização segundo o qual a negação dos conflitos eleva o grau de contingência, aumentando o risco dos antagonismos. Enquanto a omissão ou o encobrimento do conflito impede a sua restrição, o reconhecimento da impossibilidade de se extinguir os antagonismos da vida humana abre a possibilidade para sua contenção e circunscrição. A percepção clara da distinção entre amigo e inimigo permite que as partes envolvidas no conflito construam um horizonte de expectativas mútuas. A secularização do político ensina que a solução parcial e concreta dos conflitos não vem pela via da normatização e moralização, mas pelo caminho do reconhecimento recíproco de sua existência. Mediante a secularização do político, Schmitt pretende oferecer critérios de distinção: entre amigo e inimigo, interior e exterior, guerra e paz, civil e militar, combatente e não-combatente.

Este trabalho pretende tratar de dois aspectos da secularização do político: o primeiro pode ser compreendido à luz de uma relação simétrica entre amigo e inimigo, concebida como igualdade de *status* ou direitos entre unidades políticas soberanas. A secularização do político descortinaria a expansão econômica de domínios imperialistas supostamente apolíticos à luz da paridade estatal do Direito das Gentes europeu. A partir da visibilidade do conceito do político, Schmitt postula, no lugar de uma concepção universalista – que subsume a humanidade ao domínio de um único Estado mundial –, um mundo pluralista. O universo pluralista substitui o *universum* pelo *pluriversum* com unidades estatais que reconhecem a real possibilidade da inimizade, pressupondo, assim, a coexistência de distintas unidades políticas. Para ele, o antagonismo não pode ser excluído, mas apenas reduzido. O conceito universal de humanidade, porém, surgido no século XVIII com o iluminismo, ao pressupor a exclusão dos conflitos da vida humana, *reteologiza* a inimizade, conferindo-lhe um fundamento moral de caráter absoluto. Ver-se-á que como os conflitos não podem ser eliminados, o inimigo do conceito universal de humanidade passa a ser o inumano, e a guerra conduzida contra ele se apresenta como uma guerra total. Assim, não só se observaria a perda da simetria decorrente da distinção entre amigo e inimigo, mas se extrapolaria o grau máximo da intensidade dos conflitos políticos. O político, para Schmitt, se alicerça no tipo de conflito que resulta da impossibilidade de antagonismos fundados na teologia moral que estigmatizam a inimizade. A secularização do político exclui a inimizade privada e o seu fundamento moral ao conferir às unidades políticas estatais a determinação da inimizade.

O segundo ponto ser examinado neste estudo respeita ao caráter existencial dos antagonismos e se relaciona à necessidade de perceber a finitude da existência humana e um modo de pensar e agir político que decorre da possibilidade de negação ontológica de outro ser. Somente a clareza quanto à finitude e ao caráter insondável dos homens permite compreender o político como possibilidade de um conflito extremo que não pode ser previsto por normas, tampouco extinto. O reconhecimento dos conflitos permite circunscrever e delimitar a guerra, ao contrário de sua negação, que leva à criminalização e à guerra total. A partir da analogia entre a guerra religiosa e a ausência de monopólio do político pelo Estado, Schmitt conclui que o cenário de Estados neutros e agnósticos surgidos no século XIX seria análogo ao estado de natureza mundial, isto é, uma guerra civil mundial na qual não haveria mais política interestatal, mas apenas política mundial.

## 2 O POLÍTICO COMO SECULARIZAÇÃO DOS CONCEITOS TEOLÓGICOS

A fim de compreender a secularização do político, convém examinar alguns aspectos da relação entre o estatal e o político, de um lado, e de guerra e inimigo, do outro. Com intuito de fornecer um critério de distinção do político e compreender a dissolução do modelo estatal como pressuposto de unidade política, Schmitt analisa o campo de forças e poderes que constantemente se associam e dissociam na busca de sua autoafirmação. A preocupação do jurista é entender como uma parte da humanidade pôde viver na Europa “*numa época em que os conceitos jurídicos eram cunhados pelo Estado e este pressuposto como modelo de unidade política*” (SCHMITT, 2002b, p. 10).

Tal época, cujo zênite seria a publicação do *Leviatã* de Thomas Hobbes em 1651, era considerada heroica por marcar o surgimento da estatalidade. A singularidade histórica de seu aparecimento indicaria a mutação estrutural do corpo político imperial para o *status* de unidades políticas fechadas, respectivamente representadas por um sujeito soberano detentor do monopólio da decisão concernente às questões existenciais últimas. Schmitt, porém, não naturaliza e tampouco cristaliza a semântica dos conceitos jurídicos. Não os considera como simples reflexo de determinações estatais. Eles não são mera expressão do Estado, mas dele recebem seu sentido somente na medida em há um sujeito indeterminado capaz de decisão e ação fundadora de uma ordem que lhe é subjacente. A

atividade decisória capaz de produzir e conferir um sentido é designada de político e corresponde à forma, ao caráter estruturante e fundacional de toda sorte de sociedade. Enquanto o político é o princípio configurador de toda forma de sociedade, a política é a criação historicamente determinada que deriva da vigência do princípio gerador.

Os conceitos jurídicos são formados pelo Estado a partir do momento em que elide os conflitos religiosos em seu interior. Ora, então os conceitos jurídicos somente podem ser cunhados pelo Estado a partir da neutralização das guerras confessionais, a partir do êxito histórico da criação de uma ordem política e social? Em parte seria possível responder afirmativamente à indagação, mas os conceitos não são meramente descritivos, denotativos<sup>2</sup>, ou seja, seu conteúdo de informação vai além da indicação de uma situação apaziguada pelo Estado.

Os conceitos segundo o jurista são os únicos testemunhos de um caso-limite, de uma situação crítica, que desapareceu. Seria ilusório supor que o arcabouço conceitual das doutrinas do Estado moderno seja simplesmente determinado pela situação de normalidade ou estabilidade jurídica conquistada. Na realidade, os conceitos jurídicos não recebem o seu sentido do Estado moderno, mas do político. Com isso, abre-se caminho, entre outras coisas, para a reflexão sobre a desestatização do político e a formação de grandes espaços políticos de poder em oposição à visão kantiana de um direito internacional sem conflitos<sup>3</sup>. O fato de que a forma

---

<sup>2</sup> Günter Meuter, em seu livro **Katechon. Zu Carl Schmitts fundamentalistischer Kritik der Zeit** (Katechon. Sobre a crítica fundamentalista da época de Carl Schmitt), argumenta que os conceitos, para Schmitt, são parte da violenta realidade política, sendo capaz de reconhecer e caracterizar as oposições da constelação amigo-inimigo. De acordo com Meuter, “*expresso do ponto de vista linguístico, os conceitos e palavras não têm, portanto, uma mera função denotativa; eles estruturam a realidade flutuante não somente conforme a diretriz de um princípio de ordem com o qual se poderia estar convencionalmente de acordo ou não. A rede conceitual com a qual se captura a realidade não é um inventário nominalista de mera etiquetagem; caso contrário, uma luta pelas palavras seria jogo de palavras vazio. Ao contrário, palavras exercem, ao menos quando são politicamente relevantes, um forte poder sugestivo sobre a mente humana*” (MEUTER, 1994, p. 96).

<sup>3</sup> A atualidade desta questão é reconhecida até mesmo por Jürgen Habermas, que procura se definir como um antípoda das ideias de Schmitt. Habermas, apesar de se apresentar como o herdeiro da tradição kantiana de pensamento e defender suas ideias de uma maneira ortodoxa, como é o caso do “patriotismo constitucional”, apropria-se de parte das críticas de Schmitt ao liberalismo para pensar um modelo de democracia direta (HABERMAS, 2006, p. 198). Vale, aliás, lembrar que Habermas não só teria sido influenciado por algumas ideias de Schmitt, como contribuído, nos anos sessenta, na Alemanha, para o renascimento da recepção das ideias do jurista. Isso teria colaborado, então, com o surgimento de um *links-schmittianismus* (schmittianismo de esquerda) (BECKER, 2003, p. 3-6 e 11).

política do Estado moderno surge com o monopólio do político não permitiria relegar ao esquecimento as disputas travadas pelo direito de determinar o inimigo, a guerra e a paz. O fundamento do Estado moderno reside num fenômeno histórico concreto de superação da guerra civil religiosa por meio da eliminação das guerras privadas medievais (SCHMITT, 2002b, p. 10). Por mais evidente que isso possa parecer, haveria uma propensão ao esmorecimento da percepção do caráter histórico e singular da forma estatal moderna. A referência dos conceitos jurídicos e políticos ao Estado, chamado por Schmitt de modelo estatal clássico, ocorreria porque mantêm seu sentido mesmo após o desaparecimento da situação concreta que os determinou. Assim, para Schmitt os conceitos se referem sempre ao político e não necessariamente ao estatal. O antagonismo concreto existente numa situação extrema não só informa tais conceitos, mas também é formado por eles. Não se deve esquecer do caráter existencial das lutas semânticas capazes de determinar identidades coletivas e produzir suas inflexões.

Os conceitos jurídicos e políticos expressam e, ao mesmo tempo, determinam o antagonismo concreto existente entre seres humanos, pois os homens apresentariam uma duplicidade espiritual-temporal<sup>4</sup>. Justamente em virtude disso, o uso da linguagem, precisamente dos conceitos, consiste na ferramenta mais importante do pensamento de Schmitt, pois eles conservariam em sua estrutura o antagonismo concreto, servindo como indicação da modificação de forças e poderes no campo político. Seguindo esta linha de raciocínio, verifica-se que *“o fato de que a essência das relações políticas está contida na referência a um antagonismo concreto é manifestado no uso corrente da linguagem até lá onde se perdeu inteiramente a consciência do caso-crítico”* (SCHMITT, 2002b, p. 30). O uso corrente da linguagem guardaria o seu caráter polêmico mesmo depois que se esvai a situação-limite da oposição concreta. Aí caberia, a meu ver, mencionar dois problemas: um deles é que a pretensa despolitização do normativismo liberal e positivista ao vestir o sentido

---

<sup>4</sup> A caracterização do homem como um ser cuja “existência terrena” é “dupla”, definida como “intelectual-mundano ou espiritual-temporal”, consiste na indicação mais importante para descortinar a visão antropológica de Carl Schmitt. Ela revela a existência de um ser que encerra em si a duplicidade que mostra, de um lado, um ser cujo intelecto o remete à noção ideal de eternidade, de infinitude, e de outro lado, a sua natureza temporal ou secular o expõe à finitude de sua existência terrena. Assim, somente no âmbito espiritual podemos ter a ideia de infinitude, eternidade. Aí reside o caráter problemático dos homens que são animais terrestres com a ideia de infinitude, mas que, ao mesmo tempo, podem se tornar conscientes de sua finitude. O importante é perceber que sem esse confronto problemático do ideal da eternidade e do aspecto existencial da finitude o homem não se torna consciente de suas ações, da construção de um corpo político e da ideia de sua duração.

polêmico, isto é, político, dos conceitos da teoria do Estado moderno com uma roupagem genérica e abstrata, perde de vista a contraposição pela qual os conceitos expressam seu sentido eminentemente político. A normatividade abstrata despe por meio de generalizações os conceitos polêmicos de seu sentido:

*todos os conceitos políticos se originam a partir da oposição concreta da política interna ou externa; sem essa oposição, são apenas abstrações destituídas de sentido, equivocadas. Não é, por isso, permitido abstrair da contraposição concreta. A consideração teórica de coisas políticas não pode deixar isso de lado.* (SCHMITT, 1930, p. 5)

Se porventura não se toma consciência do fato de que a situação extrema da luta existencial não é dissociada de uma “*luta semântica*” (MEUTER, 1994, p. 98) se incorreria no perigo do anacronismo. Eis o risco em que se incide ao não se problematizar a situação normal de ordem jurídica como Schmitt julgava comum entre juristas, a exemplo de Hans Kelsen e H. Krabbe. A recondução dos conceitos políticos à situação-polêmica permite ir

*até lá onde se perdeu inteiramente a consciência do caso-crítico, portanto, este é o caminho para evitar o anacronismo em relação ao Estado moderno: reconduzi-lo à situação extrema das lutas entre o poder espiritual e o poder secular. O vocabulário da política moderna se originaria da luta travada entre juristas e teólogos no contexto das contendas religiosas dos séculos XVI e XVII na Europa. A ignorância dessa percepção conservaria acesa a ilusão da suposição de um modelo estatal de unidade política como forma universal. A relação entre estatal e político, entendida como equiparação ou redução do político ao estatal, teria sido naturalizada. Em virtude disso, Schmitt confronta o estatal e o político com a relação existente entre guerra e inimizade. Trilhando esse caminho seria possível restituir à compreensão da forma estatal o caráter histórico e irreversível de sua criação como um processo de secularização das guerras confessionais dos séculos XVI e XVII.* (SCHMITT, 1997, p. 97)

Desse modo, a forma estatal identificada ao político pode ser compreendida como construção<sup>5</sup> de uma “peça esplêndida da forma europeia do racionalismo ocidental” que foi destronada.

---

<sup>5</sup> A incompreensão do Estado como uma construção política liga-se a uma concepção tecnicista do Estado que estimularia a visão história processualista e planificável da

A insistência nesse ponto não é exclusividade deste trabalho, mas percorre boa parte da reflexão política do próprio jurista, que apresenta dois aspectos: o primeiro resulta da ignorância da situação-crítica, e o segundo do esforço em restituir ao conceito de secularização seu sentido clássico. A ignorância da situação crítica decorre do esquecimento das circunstâncias que levaram o Estado à conquista do monopólio da decisão política, cujo efeito seria a ininteligibilidade de “todos os conceitos marcantes da teoria do Estado moderno”. Tais conceitos somente se tornam claros se os compreendermos como “conceitos teológicos secularizados”, precisamente como conceitos cuja estrutura e conteúdo manifestam um antagonismo concreto. A secularização de conceitos teológicos remete a uma luta entre uma abalada ordem espiritual-elesiástica e uma esfera político-secular que destitui os conceitos teológicos de seu sentido político. A compreensão da célebre e provocante frase de Schmitt de que “todos os conceitos da teoria do Estado” seriam “conceitos teológicos secularizados” não pode tomar como ponto de partida uma ordem política apaziguada em seu interior. O que significa isso? Significa que para a compreensão da referida declaração do jurista devemos dirigir o olhar para a lógica interna do processo de secularização, cujo resultado final implicou a neutralização da política teológica exercida pelo poder elesiástico. Não devemos tomar a secularização imediatamente como neutralização, mas, antes de tudo, como antagonismo<sup>6</sup>, uma luta que gera a neutralização, como se observa “na oposição entre o espiritual-elesiástico e o secular-político”. O choque entre tais “ordens concretas” decorre do momento em “*que desmoronou a unidade da Igreja da Europa ocidental e foi destruída a unidade política pela guerra civil confessional-cristã*” (SCHMITT, 2002b, p. 10). A violência exorbitante dos conflitos religiosos tinha, em sua raiz, a luta entre consciências privadas cuja exteriorização traduzia uma pretensão de verdade absoluta. À negação da pretensão de verdade absoluta, em um cenário formado pela pluralidade de crenças, correspondia a inimizade absoluta.

---

história. Tal é o ponto de vista de Koselleck, para quem “*o mal-entendido de que a história seja planificável é favorecido por um Estado tecnocrata, incapaz de fazer-se compreender por seus súditos como uma construção política*” (KOSELLECK, 1999, p. 16).

<sup>6</sup> Se, porventura, toma-se a secularização como mero resultado, corre-se o risco de incidir na tentação de enxergar apenas o Estado, e não o processo que o desencadeou. Creio que há uma tendência, neste caso, de os benefícios da pacificação eclipsarem a intensidade extrema dos conflitos que o Estado foi capaz de reduzir.

### 3 A DESSACRALIZAÇÃO DO POLÍTICO E A RELAÇÃO AMIGO E INIMIGO

Aqui se compreende a importância da máxima *auctoritas, non veritas facit legem*, capaz de se elevar como princípio soberano ao mesmo tempo em que secularizava as consciências privadas de sua repercussão política. A pluralidade de pretensões absolutas de verdade, proveniente do foro íntimo, teria suas manifestações externas limitadas em nome de uma autoridade soberana em condições de excluir a inimizade privada como inimizade absoluta. A dessacralização do político na época moderna encontra seu fundamento na distinção amigo e inimigo. O Estado neutraliza os conflitos religiosos no seu interior e surge como uma esfera secularizada na medida em que exclui os partidos religiosos, Igrejas e qualquer outra associação medieval do monopólio da decisão última sobre a inimizade. O Estado se eleva a uma esfera especificamente política ao secularizar, ou como também afirma o autor, ao relativizar ou *desteologizar* o conceito de inimizade. A teologia discriminava a inimizade, reduzindo-a a uma questão moral e, portanto, criminal, sendo o inimigo teológico sujeito ao *jus puniendi*, cujo exercício ainda não estava centralizado em mãos estatais. Por trás da crueldade e desumanidade criminosas dispensada pelas Igrejas aos seus respectivos inimigos estaria a distinção entre “guerra justa e guerra injusta” e a noção de “*justa causa*”, cuja base de fundamentação seria a autoridade de uma ordem espiritual da República cristã<sup>7</sup>. A visão de um mundo unificado sob a autoridade universal da República cristã tinha como corolário o entendimento de que qualquer guerra conduzida sem a autorização, ou *ex justa causa* outorgada pelo poder espiritual seria encarada como uma guerra injusta e seu inimigo discriminado. A violação de tal corolário representava sempre uma afronta à verdade absoluta da fé, e assumia um sentido criminoso de uma inimizade absoluta.

Com a perda da unidade da Igreja Romana, Igrejas insurgentes, partidos religiosos anglicanos, presbiterianos ou católicos que não reconheciam mais a autoridade universal papal, não deixavam de fazer uso de tais conceitos e distinções provenientes da teologia moral. Daí depreende-se o cenário do mundo europeu, que embora tivesse perdido o seu centro espiritual e político com a ruína da Igreja Romana, ainda se servia de

---

<sup>7</sup> Segundo Schmitt “na autoridade estabilizada da Igreja reside o amparo para uma determinação da guerra justa de um ponto de vista formal. No aspecto jurídico-material, a guerra justa é uma guerra de *ex justa causa*, isto é, voltada para a implementação das exigências jurídicas” (SCHMITT, 1997, p. 91).

conceitos e distinções teológico-morais. A unidade política europeia não poderia mais encontrar seu eixo num único centro de poder. O mundo europeu cristão não poderia ser subsumido sob a visão cristã de uma única comunidade universal. O processo de secularização encaminhado por defensores – também denominados de *politique* – de uma esfera secular neutra é retratado como luta contra as distinções teológicas de guerra justa e injusta, cujo resultado prático era a absolutização da guerra e da inimizade.

Além do fundamento teológico moral da distinção elevar ao extremo a intensidade dos conflitos, as guerras confessionais europeias tinham uma tendência a se alastrar. A discriminação da guerra e a negação da inimizade, amparada pela *justa causa*, era como uma autorização para caçar os infiéis no domínio espacial de qualquer reino. A lição fundamental a ser extraída da negação dos antagonismos, precisamente da guerra, alicerçada nas convicções de fundo teológico-moral, se expressaria na sua forma absoluta: execução física do outro, negação do direito de autoafirmação do inimigo, inobservância de linhas territoriais fixadas pela inimizade, perseguição e saque. É notório o modo pelo qual a criminalização do inimigo apaga qualquer linha territorial, justifica a desapropriação, ocupação e tomada da terra. A conclusão a que Schmitt chega é que o fundamento moral que nutria as guerras civis confessionais europeias não difere tanto do observado no seu diagnóstico da Primeira Guerra Mundial como “guerra total”, por meio do qual se eliminam as distinções como entre civil e militar, combatente e não combatente, entre guerra e paz. A tendência universalizante procedente da moral converteria o combatente em delinquente e se apoiaria na promessa falsa de que no “futuro não se farão guerras”. Essa moralização da guerra é observada no pacto de Kellogg, da Liga das Nações (SCHMITT, 1994j, p. 282). A secularização da política teológica pela neutralização de sua fonte moral que criminalizava a guerra e tornava o inimigo culpável se revela para Schmitt, frente à perda do monopólio do político pelo Estado, como um processo inacabado.

A confusão entre política e moral parece sempre obscurecer o caráter antagônico dos conflitos e, conseqüentemente, turvar os conceitos jurídicos e políticos (SCHMITT, 2002b, p. 64). Schmitt não pretende apenas reorientar os conceitos políticos e jurídicos às lutas de formação do Estado moderno e o *Jus Publicum Europeu* para expor o êxito histórico da criação de uma ordem interna e uma política externa. O autor também intenta disponibilizar “os conceitos clássicos” teológicos secularizados do moderno modelo estatal europeu para o enfrentamento da questão que interpreta como a fundamental de seu tempo: a seculari-

zação do político. Mas o que seriam os “conceitos clássicos” resultantes da desconexão do conteúdo da teologia-moral eclesialística do âmbito político-secular?

*O clássico é a possibilidade de estabelecer distinções mais nítidas, mais claras. Interior e exterior, guerra e paz e, durante a guerra, militar e civil, neutralidade e não-neutralidade, tudo isto é perceptivelmente separado e não propositalmente confundido. Também na guerra, todos têm, de ambos os lados, seu status. Também o inimigo, na guerra interestatal do direito das gentes (Völkerecht), é reconhecido como Estado soberano no mesmo nível. (SCHMITT, 2002b, p. 11)*

Aqui vem à tona, parece-me, o sentido mais importante do conceito de secularização: a “circunscrição (*Hegung*) e delimitação clara da guerra”. O reconhecimento recíproco do direito de guerra e de cada um dos lados como inimigo representa a aceitação mútua de uma igualdade de direitos. Entendo que o reconhecimento mútuo da possibilidade de conflitos existenciais representa a chance de redução dos níveis de contingência ou risco da guerra, pois seu reconhecimento recíproco permite construir um horizonte de expectativa que a guerra privada não permitia. A secularização dissolve o conceito de inimidade teológica a partir do reconhecimento da inimidade, não necessariamente como um problema moral, mas acima de tudo como uma questão existencial dos homens. Com efeito, o reconhecimento mútuo da inimidade e da guerra, isto é, o respeito pela existência de associações humanas distintas implica a igualdade de possibilidade da negação ontológica.

A lição secularizante nos convida a encarar os antagonismos como características existenciais dos seres humanos e não como morais, sentimentais ou econômicas. Eles não podem ser eliminados se forem negados, mascarados ou discriminados. Ora, não é incorreto afirmar que não se pode extinguir a guerra por meio de proibição jurídica ou moral. Pelo contrário, o risco dos conflitos se eleva na medida em que se busca bani-los, pois assim se romperia a cadeia de expectativas construída entre as unidades políticas soberanas. Niklas Luhmann analisa a relação entre direito e conflito, no segundo capítulo do livro *Ausdifferenzierung des Rechtes. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre* (Diferenciação do direito. Contribuições à sociologia do direito e teoria do direito), publicado em 1999. Observa que a conscientização do conflito e o reconhecimento do outro como inimigo por si só já abriria caminho para a sua solução. Luhmann argumenta que os conflitos

*libertam da expectativa de insegurança pelo fato de que no conflito se supõe o parceiro como opositor e essa suposição usa um princípio seguro de formação da expectativa (Erwartungsbildung). Não nos deixarmos levar pela suposição otimista, o próprio conflito proporciona sua “solução”; tão logo um conflito é percebido, também se acionam esforços para sua solução.* (LUHMANN, 1999, p. 97)

A não discriminação da guerra e a substituição do *justus hostes* pelo inimigo público (*hostes*) não teria por finalidade a guerra, mas sim sua delimitação. Daí Schmitt entender que “*a guerra não é, absolutamente, o fim e o objetivo, e de modo algum conteúdo da política, mas é ela certamente o pressuposto sempre presente como real possibilidade que determina o agir e o pensar humano de maneira peculiar, e assim provoca um comportamento especificamente político*” (SCHMITT, 2002b, p. 34-35). A guerra, como antagonismo extremo, não é um fim visado pelo conceito do político, mas seu propósito é deixar claro que ela é subjacente a toda concepção política. Segundo Schmitt, a guerra não seria a continuação da política por outros meios, mas a *ultima ratio* do agrupamento amigo-inimigo. Schmitt considera apressado reduzir os dizeres de Clausewitz de que a guerra militarizada seria a “*continuação da política por outro meio*”<sup>8</sup>. Schmitt explica que a guerra não seria um entre outros meios da política, mas o seu último caminho possível. Assim, a política continuaria sendo o “*cérebro da guerra*”, que seria apenas um instrumento (SCHMITT, 2002b, p. 34). Vale dizer que, para Schmitt, a guerra não é um mero instrumento, mas apresenta um caráter contingencial sem o qual a existência humana seria despida de sentido. Sem a eventualidade de um antagonismo extremo não seria possível perceber as ligações e separações de associações humanas. A política não se confunde com a guerra, mas nela encontra sua última possibilidade, que definiria um modo especificamente político de pensar.

---

<sup>8</sup> Clausewitz entende que a “*a guerra não seria outra coisa senão a continuação das relações políticas com a interferência de outros meios*” (CLAUSEWITZ, 1978, p. 216). Enquanto o autor vê na guerra o desdobramento da política, Schmitt considera que a guerra seria o pressuposto da política. Assim, a política não existiria sem guerra, nem a guerra sem a política, pois a guerra é uma possibilidade real de luta sem a qual o político seria ininteligível. Sem esta premissa não seria possível distinguir o político, como a medida extrema das associações ou dissociações humanas, da moral, do direito, da economia etc. A guerra, concebida como uma contingência extrema, não pode ser eliminada da existência humana, ela não nega o político, mas dela decorre a possibilidade de o político reduzir esta contingência, como seria o exemplo do Estado moderno europeu. A visão de Schmitt da guerra ou contingência como mãe de todas as coisas revela uma visão ontológica originária pela qual a consciência da existência coletiva se torna possível pela possibilidade de sua eliminação.

O critério da distinção amigo e inimigo não significaria a inimizade ou amizade eterna entre povos, tampouco a inviabilidade de uma neutralidade entre unidades políticas estatais. Schmitt explica que todos os conceitos da política, assim como o conceito de neutralidade, retiram seu fundamento “deste pressuposto último da real possibilidade de um agrupamento amigo-inimigo”. Retorna-se aqui à questão inicial deste capítulo, pois todos os conceitos políticos seriam “conceitos teológicos secularizados”, como Schmitt diz na *Politische Theologie*, em virtude deles encontrarem seu sentido na “na última possibilidade real de um agrupamento amigo e inimigo”. Esta possibilidade extrema somente pode ser compreendida a partir do conceito de secularização, portanto, na relação do político frente à teologia. A característica do político como “grau de intensidade extremo de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação”, busca mostrar que o político extrai o seu fundamento de um tipo de conflito que decorre da neutralização da inimizade absoluta, surgindo como uma inimizade existencial na esfera secularizada. A inimizade absoluta não permitia a distinção, tampouco a relativização da inimizade. Somente a secularização da inimizade absoluta permite relativizá-la e delimitar a guerra, pois “a guerra da inimizade absoluta não conhece nenhuma circunscrição” (SCHMITT, 2002c, p. 56). Circunscrever a guerra significa a possibilidade de evitar que os combates se tornem irregulares, imprevisíveis. Além disso, impede que se ampliem sem limites de modo a ultrapassarem as linhas espaciais determinadas pelas distintas unidades políticas. A circunscrição da guerra (*Hegung des Krieges*) se contrapõe à desterritorialização dos conflitos que os tornam sem limites, sem raiz telúrica. A guerra entre unidades estatais soberanas não se distanciaria de uma analogia com o duelo, mas Schmitt adverte “que não se deve exagerar a analogia mencionada anteriormente da guerra interestatal com o duelo, mas essa analogia é em larga medida correta e fornece muitos aspectos informativos e heurísticamente profícuos” (SCHMITT, 1997, p. 115). O duelo apresentaria uma forma rigorosamente separada da *justa causa*. Sua qualidade não se encontraria numa forma de justiça abstrata de uma ordem concreta, mas no fato de que na conservação de sua forma estariam presentes algumas garantias como a delimitação, obediência a um determinado procedimento com a paridade da assistência de testemunhas etc. O desafio a um duelo não seria uma agressão, tampouco um crime, e guardaria a ideia da paridade. Assim, “se desenrolaria também na sua forma ideal a guerra interestatal do direito das gentes europeu na qual os Estados neutros fazem o papel de testemunhas imparciais” (SCHMITT, 1997, p. 115).

A despeito do caráter duvidoso da analogia entre o duelo e a guerra clássica dos Estados europeus, é interessante reparar como há uma preocupação constante em reduzir o risco da irregularidade do conflito pela igualdade de direito dos Estados. Subjacente ao argumento parece encontrar-se a imagem de um mundo unipolar caracterizado por uma distribuição assimétrica do poder político. A saída para o problema seria a caminhada rumo a um equilíbrio de forças pela via da igualdade jurídica dos Estados entendida a partir da simetria do direito da guerra e da paz, da possibilidade de estabelecer a distinção entre amigo e inimigo.

Creio que, se o político não for lido a partir da neutralização dos conflitos teológicos, os argumentos de Schmitt se tornam contraditórios. Segundo nosso autor, nenhuma guerra pode ser travada por motivos puramente morais, puramente religiosos, puramente jurídicos ou puramente econômicos. Uma guerra não precisa ser algo piedoso, moralmente reprovável e muito menos um negócio rentável. Schmitt diz que isso não é bem compreendido porque não se percebe que as oposições morais, econômicas ou jurídicas podem alcançar o grau de intensidade do político. A questão determinante seria sempre saber se está ou não presente a possibilidade do conflito, não importando o seu motivo. Todavia, oposições como, por exemplo, a pacifista poderiam se tornar tão intensas que os pacifistas poderiam coagir os não pacifistas a uma guerra, precisamente a uma “guerra contra a guerra”, de modo que se demonstraria a força política, pois seria forte o suficiente para associar e dissociar os homens. Se a obstinação de evitar a guerra for tão forte, a guerra deixa de ser temida e passa a ter um motivo político. O problema é que as guerras são cada vez mais conduzidas como se fossem “a última decisiva guerra da humanidade”. Tais guerras *ultrapassam o político* e, ao fazê-lo, assumem um caráter desumano, pois degradam moralmente o inimigo até transformá-lo em algo repugnante: o desumano. Há aí uma contradição? Por que o conflito não atinge o ponto extremo do político, mas o ultrapassa? No *Der Nomos der Erde* (O nomos da terra), Schmitt torna mais clara esta questão ao mostrar que, neste caso, haveria um retrocesso na secularização teológica da inimizade. A guerra, subjacente a toda concepção política, revela a possibilidade da distinção amigo-inimigo. Esta distinção apenas teria sentido se o conflito existencial estivesse presente de forma inteligível. Somente com inimizade existencial entre agrupamentos humanos torna-se possível o reconhecimento recíproco.

Não creio que a teoria da secularização seja uma teoria direcionada à guerra, ao contrário, Schmitt a elabora a partir de seu desenvolvimento histórico e aprofundado em *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (O Nomos da terra no direito das gentes do

*Jus Publicum Europeum*). Neste trabalho explicita o processo de secularização a partir da substituição do *jus causa* da Igreja Romana pelo *jus hoste*. Tal aspecto permitira uma igualdade de direito à guerra e, por conseguinte, um reconhecimento existencial de povos distintos (SCHMITT, 1997, p. 91). O sentido da circunscrição e delimitação da guerra, alcançado pela secularização, permitiria formular um conceito simétrico de amigo e inimigo do ponto de vista da relação espacial interestatal. Isso jamais poderia ocorrer no âmbito da inimidade privada no qual o caráter absoluto da crença de cada um era fundado na *justa causa*, não podendo haver reconhecimento recíproco na noção universalizante de guerra justa. Assim, a guerra pode ser delimitada e orientada pelo direito das gentes.

Desde os primeiros trabalhos, Schmitt desenvolve o sentido do conceito de secularização ao identificar o problema da contingência como estrutura ontológica da realidade. A individuação do problema da contingência constatada nos seus primeiros trabalhos, na tensão entre lei e decisão, entre direito e Estado, soberania e poder, desenvolve a ideia da contingência como exceção na *Politische Theologie*, precisamente a situação-extrema, ou caso-limite, que revela a falência normativa e alcança, no *Der Begriff des Politischen*, a formulação decisiva: a contingência manifestaria seu nível mais elevado na guerra ou inimidade privada. A medida mais alta da intensidade da contingência seria observada nas guerras civis religiosas dos séculos XVI e XVII, nas quais se poderia identificar o “conceito de inimigo teológico” (SCHMITT, 1997, p. 95).

O imperialismo seria um exemplo de dominação cujas argumentações encontram seu fundamento em princípios e conceitos liberais que transitam entre ética e economia. Esses fundamentos não seriam outra coisa senão meios de negação do político. Deste modo, o imperialismo ora oporia à política seu caráter econômico, isto é, apolítico, ora seu caráter antibelicista e, portanto, pacifista. Entre os seus métodos “apolíticos” e logo “pacíficos” se constataria a “interrupção do abastecimento de alimentos à população civil” e os “bloqueios de fome”. A forma moderna de provocar a eliminação física se faria mediante princípios mais sofisticados, viabilizados pelo emprego de capital e da inteligência. A fim de se utilizar tais meios, previstos no estatuto da Liga das Nações, como indica Schmitt no *Der Begriff des Politischen*, se encontraria um vocabulário pacifista “que não conhece mais a guerra, mas só execução, sanção, expedições punitivas, pacificações, proteção dos tratados, polícia internacional, medida para assegurar a paz” (SCHMITT, 2002b, p.70 e 77).

O vocabulário pacifista remete à questão das formas de manifestação dos poderes invisíveis que busca ocultar o propósito político de suas ações. A progressiva ocupação marítima também favoreceria a estra-

tégia de promover os bloqueios navais às costas inimigas alterando o padrão da guerra territorial do Estado europeu, cuja concepção subjacente, desde século XVI, era a ideia “de que a guerra é uma relação de Estado para Estado. Em ambos os lados, encontram-se o poder militar estatal organizado e os exércitos travam a luta entre si num campo de batalha aberto”. A tomada do espaço marítimo apagaría as distinções nítidas entre o exército combatente e a população civil. O crescente domínio do mar pela força naval acentuaria a divisão entre terra e mar, e não limitaria mais o conflito aos combatentes. Assim, “*o bloqueio de fome, em especial, atinge indistintamente a população inteira de toda a região bloqueada: militares e população civil, homens e mulheres, velhos e crianças*” (SCHMITT, 2001, p. 88).

Sob o ponto de vista schmittiano o custo da negação da inimizade é pago com o preço da inimizade absoluta, o da discriminação da guerra com o da guerra civil mundial e da moralização dos conflitos com a intervenção sem limites de uma polícia mundial. O inimigo público, o *jus hostes*, concebido na luta pela formação do Estado moderno e o direito das gentes europeu não é assunto de polícia, pois ele não é pirata nem terrorista. A fonte absolutizante ou universalizante de cunho teológico-moral produziria efeitos políticos capazes de solapar toda sorte de domínio político secular.

No prefácio do *Der Begriff des Politischen*, Schmitt, ao ressaltar o êxito histórico do Estado compreendido na supressão e eliminação das guerras confessionais privadas, adverte para a questão da guerra justa. Referindo-se ao Estado, afirma que “*ele havia conseguido eliminar a guerra, um instituto do direito medieval, e acabar com as guerras civis confessionais dos séculos XVI e XVII que eram conduzidas, por ambas as partes, como guerras especialmente justas*” (SCHMITT, 2002b, p. 10). A secularização dos conceitos teológicos estaria enraizada nas lutas travadas entre juristas, considerados os fundadores do sistema de paridade interestatal, como Alberico Gentilis e teólogos que defendiam a *justa causa* e o *jus bellum*. A secularização poderia ser compreendida como uma:

*mudança histórica do direito das gentes da Idade Média à época moderna se realiza numa separação dupla em duas linhas de pensamento que eram inseparáveis na Idade Média: o desprendimento definitivo da argumentação teológica-moral e eclesiástico da argumentação jurídico-estatal, e o desprendimento igualmente importante da questão do direito natural e moral ligadas à justa causa das questões tipicamente jurídico-formais sobre o justus hostis que é distinguido do criminoso, isto é, de quem é objeto de uma ação punitiva.* (SCHMITT, 1997, p. 91)

A secularização, também entendida nesta acepção com o sentido de *desteologização*, implica a não discriminação da inimizade, a emancipação do conceito de inimizade de um sentido teológico-moral. No espaço secularizado da política moderna o Estado exclui a argumentação teológica-moral e eclesiástica da determinação do conceito de inimizade (SCHMITT, 1997, p. 91). A secularização conduz à relativização da inimizade, à não discriminação de seu conceito, de modo que o “*inimigo deixe de ser algo que deve ser aniquilado*” (SCHMITT, 1997, p. 114), pois “*o inimigo também tem seu status: ele não é um criminoso*” (SCHMITT, 2002b, p. 11).

#### 4 A SECULARIZAÇÃO DA INIMIZADE ABSOLUTA

É notável a persistência com que Schmitt a chama atenção para o sentido da secularização da inimizade absoluta em diversos trabalhos, entre outros, *Der Begriff des Politischen*, *Der Leviathan in der Saatslehre Thomas Hobbes*, *Der Nomos der Erde*, *Politische Theologie II*. Sua finalidade é evidenciar o perigo de uma moral universalista que, ao buscar subsumir a totalidade dos seres humanos a um único conceito de humanidade, elimina as distinções políticas e, com isso, eleva ao extremo o nível de intensidade da inimizade. O inimigo da humanidade não é meramente o inimigo público, mas o moralmente degradante e encontra sua contraposição no inumano. Sob a ótica schmittiana, o empenho em universalizar um valor moral pacifista pela negação dos antagonismos extrapola a intensificação dos conflitos.

Segundo o jurista, os grandes autores da façanha histórica da elaboração de modelo estatal clássico e de um direito público interestatal dos povos seriam Jean Bodin e, sobretudo, Thomas Hobbes. Sem suas ideias políticas o modelo de Estado europeu moderno secularizado talvez não tivesse existido. A secularização como neutralização dos conflitos religiosos e formação do modelo estatal europeu é considerado um progresso, pois conduz, mediante o racionalismo europeu dos séculos XVI e XVII, a uma verdadeira humanização da guerra (SCHMITT, 1997, p. 113). Incorreríamos num equívoco se porventura tomássemos a ideia de humanização no sentido da filosofia iluminista do século XVIII, pois ela impõe um valor absolutista de humanidade de modo que o lado oposto a tal noção de humanidade é o inumano. Aqui, o progresso alcançado pela secularização de uma inimizade dessacralizada de seu fundamento universalista, que Schmitt não só descreve, mas quer concretizar, sofre um retrocesso (SCHMITT, 1997, p. 73).

De acordo com o jurista, atualmente, perdeu-se de vista “o fato de que o grande progresso do direito das gentes europeu consistiu em substituir a doutrina da **justa causa**, mediante a doutrina da igualdade jurídica, do **jus hostes** de ambos os lados” (SCHMITT, 1997, p. 93). A categoria de atores envolvidos neste processo secularizante seria a de fundadores do direito das gentes interestatal europeu: os juristas Baltasar Ayala (1582), Alberico Gentilis (1588), Richard Zouch teriam separado *bellum iustum* da *justa causa*. A realização de uma genealogia do conceito de secularização para alcançar o sentido heroico da neutralização da inimizade absoluta confere, a meu ver, uma dimensão mais do que heurística à secularização, pois o autor busca criar uma alternativa específica ao que ocorreria hoje: “um retrocesso de uma interpretação juridicamente elaborada do conceito de **justus hostis** para um conceito de inimigo quase teológico” (SCHMITT, 1997, p. 95). A meu ver Schmitt emprega o seu conceito de secularização para tentar restaurar o seu sentido clássico de uma guerra delimitada entre Estados soberanos. Seu propósito é procurar intervir na ilusão de mundo sem fronteiras, sem inimizades, sem política, concebido com uma sociedade humana unitária na qual “a humanidade é considerada como unidade, no fundo uma sociedade libertada; não há mais inimigos, eles se tornam parceiros de conflito; no lugar da política mundial entra a polícia mundial” (SCHMITT, 1988a, p. 272).

Embora Schmitt afirme que o modelo clássico do Estado europeu seja fruto de acontecimento histórico, insiste em lembrar o papel do Estado como veículo da secularização:

*A “estatalidade” (Staatlichkeit) não é nenhum conceito geral válido para todos os tempos e todos os povos, mas uma manifestação histórica concreta vinculada ao tempo. A peculiaridade histórica única, inteiramente incomparável, que se pode chamar de “Estado” num sentido específico, reside no fato de que este Estado é o veículo da secularização.* (SCHMITT, 1997, p. 97)

Todavia, creio não haver dúvida quanto ao fato de Schmitt propugnar pela necessidade de Estados ou outras formas políticas, como grandes espaços, continuarem a atuar na condição de veículos da secularização do político, possibilitando distinções nítidas. Assim, tais unidades soberanas secularizantes evitariam a escalada à guerra total e retornariam à forma clássica de circunscrição e delimitação da guerra. Discordo de Jürgen Habermas, para quem a tentativa de Schmitt de restaurar o estado de natureza interestatal clássico de guerra delimitada é uma “meta utópica” (HABERMAS, 2005, p. 227). Essa crítica relativa ao pensamento

utópico não surpreenderia se fosse dirigida ao próprio Habermas, pois a visão de mundo subjacente ao seu conceito de razão comunicativa revela um mundo apolítico. Na opinião de Schmitt, soaria infantil o retrato de um mundo – habermasiano – sem conflitos, fundado no otimismo antropológico, no qual seres humanos não só são abertos ao diálogo, mas também à aceitação dos melhores argumentos de seus interlocutores. Este mundo de cidadãos abertos ao diálogo seria possível a partir de uma situação ideal de fala definida como uma situação na qual “*a comunicação não é perturbada por influências externas contingentes (äussere kontingente Einwirkung) nem sofre constrangimentos (Zwänge)*” (HABERMAS *apud* ALEXY, p. 155-156, 1990).

A crítica de Habermas a Schmitt relativa à apropriação utópica de conceitos clássicos se opõe à preocupação central do jurista, precisamente a de fixar sua reflexão na situação concreta da realidade do presente com o objetivo de evitar o uso anacrônico das ideias políticas. Em virtude disso, o jurista sempre reivindicou uma nova elaboração conceitual para novas situações. Seu diagnóstico indicador do risco da despolitização e do perigo da negação dos conflitos pela moral, direito e economia não deve ser ignorado. O esforço em restaurar conceitos da guerra interestatal do direito das gentes europeus é fruto de um empenho em impor limites concretos à pretensa intervenção humanitária usurpadora da soberania dos distintos povos do planeta. Além disso, violação da soberania de distintas associações políticas acelera a perda das distinções entre civil e combatente, militar e não militar, guerra e paz, e é de indiscutível atualidade. O uso que Schmitt faz dos conceitos clássicos do direito interestatal europeu tem o propósito de adequá-lo à realidade presente, de modo a conter a extensão da letalidade de uma guerra civil mundial.

O conceito de secularização permite, na acepção de critério heurístico, uma maior atenção ao sentido polêmico subjacente a vocabulários, pactos, leis pacifistas que, embora neguem o conflito, não deixam de se apresentar como políticos. Nos dizeres de Schmitt,

*conhecemos até mesmo a lei secreta deste vocabulário e sabemos, hoje, que a guerra mais terrível somente se realiza em nome da paz, a mais terrível opressão somente em nome da liberdade e a mais terrível desumanidade somente em nome da humanidade.* (SCHMITT, 2002b, p. 94)

Se examinarmos os discursos subjacentes aos inúmeros conflitos violentos que povoam o planeta não poderemos nos furtar à procedên-

cia e atualidade da passagem acima. Invasões, ocupações e atrocidades continuam a ser praticadas em nome da retórica universalista de direitos humanos. A noção universal de humanidade subjaz à desumanidade. A desumanização do inimigo significa seu declínio do *status* de um *outro eu* à condição de uma criatura *anti-humana* contra a qual qualquer ação é legítima.

## 5 CONCLUSÃO

O conceito de secularização de Schmitt intenta recuperar as distinções nítidas alcançadas pelo Estado moderno europeu com a neutralização das guerras religiosas a fim de postular o monopólio do político pelo Estado e evitar sua subordinação a categorias econômicas e princípios universalizantes. A moralização da inimizade, assim como a da guerra, avilta e degrada a figura do inimigo e o converte num criminoso, num terrorista que deve ser aniquilado. O reconhecimento da possibilidade de antagonismos entre agrupamentos humanos teria o propósito de suprimir o sentido absoluto da inimizade, cuja raiz reside na moral. O fundamento moral da inimizade criminaliza e privatiza o direito de autodeterminação das partes em conflito. Contra a privatização e absolutização da inimizade, Schmitt opõe a secularização que desconecta a moral da política e descortina um critério do político, uma distinção entre amigo e inimigo, cujo reconhecimento recíproco substitui uma inimizade ilimitada por uma inimizade delimitada. A diluição do fundamento cujo teor criminaliza a inimizade permite elevá-la ao *status* de inimigo público e, desse modo, dissolver seu sentido absoluto.

Schmitt intenta reabilitar o sentido da secularização conquistado pelo Estado moderno europeu do século XVII. A estatização do monopólio da determinação da inimizade a partir da exclusão dos critérios teológico-morais da Igreja Romana e outras Igrejas e facções que criminalizavam infiéis são de suma importância. Schmitt busca reativar o sentido de secularização a fim de chamar a atenção para o risco da perda do monopólio do político pelo Estado. O obscurecimento do político, da decisão de instância última sobre a distinção entre amigo e inimigo, poderia elevar o grau de contingência, entendida como possibilidade de conflitos extremos. Enquanto houver encobrimento do político há que se interpor uma secularização a fim de torná-lo inteligível.

## 6 REFERÊNCIAS

- ALEXU, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.
- CLAUSEWITZ, Carl von. **Vom Kriege**. Berlin: Rowohlt, 1978.
- HABERMAS, Jürgen. **Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- \_\_\_\_\_. Säkularisierung, die nicht vernichtet. **Tageszeitung**. p. 7, 15.10.2001b.
- \_\_\_\_\_. **Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.
- \_\_\_\_\_; RATZINGER, Joseph. **Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion**. 3. ed. Freiburg: Herder, 2005.
- KOSSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise. Uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Rio de Janeiro: Contraponto, EDUERJ, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie**. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Die Religion der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.
- MEUTER, Günter. **Der Katechon. Zu Carl Schmitts fundamentalistischer Kritik der Zeit**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- SCHMITT, Carl. **Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre**. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930.
- \_\_\_\_\_. Drei Möglichkeiten eines christlichen Geschichtsbildes". **Universitas. Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur**, a. 05, Caderno 8, ago. 1950b.
- \_\_\_\_\_. **Ex Captivitate Salus. Erfahrung der Zeit 1945/1947**. Köln: Greven Verlag, 1950c.
- \_\_\_\_\_. **Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber**. Pfullingen: Günther Neske, 1954.
- \_\_\_\_\_. Die geschichtliche Struktur des heutigen Welt-Gegensatzes von Ost und West. *In*: **Freundschaftliche Begegnungen. Festschrift für Ernst Jünger**. Frankfurt am Main: Instituto de Estudios Políticos, 1955a.
- \_\_\_\_\_. La unidad del mundo. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, n. 81, maio/jun. 1955b.
- \_\_\_\_\_. Berichte und Kritik. Clausewitz als politischer Denker. *In*: BÖKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; ÖSTREICH, Gerhard; SCHNUR, Roman; WEBER, Werner; WOLFF, Hans J. (Org.). **Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967a. p. 479-502.
- \_\_\_\_\_. Der Begriff des Politischen. Vorwort von 1971 zur italienischen Ausgabe. *In*: QUARITSCH, Helmut (Org.). **Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt**. Berlin: Duncker & Humblot, 1988 a. p. 269-274.
- \_\_\_\_\_. **Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff**. Reimpressão da 1. ed. de 1938. Berlin: Duncker & Humblot, 1988b.
- \_\_\_\_\_. Der Begriff des Politischen. Vorwort von 1971 zur italienischen Ausgabe. *In*: QUARITSCH, Helmut (Org.). **Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt**. Berlin: Duncker & Humblot, 1988. p. 269-274.
- \_\_\_\_\_. **Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951**. Berlin: Duncker & Humblot, 1991 a.

- \_\_\_\_\_. **Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht.** Berlin: Duncker & Humblot, 1991c.
- \_\_\_\_\_. Das neue Vae Neutris!. *In: Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar.* 3. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994a. p. 286-290 [1938].
- \_\_\_\_\_. Der Begriff der Piraterie. *In: Positionen und Begriffe, im Kampf mit Weimar.* 3 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994b. p. 274-277 [1937].
- \_\_\_\_\_. Der Begriff des Politischen. *In: Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar.* 3 ed. p. 75-84. Berlin: Duncker und Humblot, 1994c. p.75-83 [1927].
- \_\_\_\_\_. Der Führer schützt das Recht. *In: Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar.* 3 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994d. p. 227-232 [1934].
- \_\_\_\_\_. **Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf.** 6. ed., 1. ed. 1921. Berlin: Dunckler & Humblot, 1994f.
- \_\_\_\_\_. **Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar.** 3 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994g.
- \_\_\_\_\_. Staatsethik und pluralistischer Staat. *In: Positionen und Begriff: im Kampf mit Weimar.* 3 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994h. p. 151-165 [1930].
- \_\_\_\_\_. Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat. *In: Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar.* 3 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994i. p. 268-273 [1937].
- \_\_\_\_\_. Über das Verhältnis der Begriffe Krieg und Feind. *In: Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar.* 3 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994j. p. 278-285 [1938].
- \_\_\_\_\_. Völkerrechtliche Formen des modernen Imperialismus. *In: Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar.* 3 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994k. p. 184-203 [1932].
- \_\_\_\_\_. Zu Friedrich Meineckes Idee der Staatsräson. *In: Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar.* 3 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994l. p. 51-59 [1926].
- \_\_\_\_\_. Beschleuniger wider Willen oder, Problematik der westlichen Hemisphäre. *In: Günther Maschke (Org.). Carl Schmitt. Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916 – 1969.* Berl. *In: Duncker & Humblot, 1995b.* p. 431-440 [1942].
- \_\_\_\_\_. Gespräch über den Partisanen – Carl Schmitt und Joachim Schickel. *In: Günther Maschke (Org.). Carl Schmitt. Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916 – 1969.* Berlin: Duncker & Humblot, 1995d. p. 619-642 [1969].
- \_\_\_\_\_. Nomos-Nahme-Name. *In: Günther Maschke (Org.). Carl Schmitt. Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916 – 1969.* Berlin: Duncker & Humblot, 1995f. p. 573-591 [1959].
- \_\_\_\_\_. Die Einheit der Welt. *In: Günther Maschke (Org.). Carl Schmitt. Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916 – 1969.* Berlin: Duncker & Humblot, 1995h. p. 496-512 [1952].
- \_\_\_\_\_. **Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie.** Berlin: Dunckler & Humblot, 1996c.
- \_\_\_\_\_. **Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europeum.** Berlin: Dunckler & Humblot, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Politische Romantik.** Berlin: Duncker & Humblot, 1998c.
- \_\_\_\_\_. **Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung.** 4. ed. Stuttgart: Klett-Cotta, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen in der Begriff des Politischen.** 7. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2002a.

\_\_\_\_\_. **Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien.** 7. ed., 5. reimpressão da edição de 1963. Berlin: Duncker & Humblot, 2002b.

\_\_\_\_\_. **Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen.** 5. ed., 1. ed. 1963. Berlin: Duncker & Humblot, 2002c.

\_\_\_\_\_. **Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols.** 3. ed. Stuttgart, Klett-Cotta, 2003a.

\_\_\_\_\_. Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft. *In: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954.* 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2003b. p. 386-429 [1943/44].

\_\_\_\_\_. Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff. *In: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954.* 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2003c. p. 375-385 [1941].

\_\_\_\_\_. **Verfassungslehre.** Berlin: Duncker & Humblot, 2003d

\_\_\_\_\_. **Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954.** 4. ed., 1. ed. 1958. Berlin: Duncker & Humblot, 2003e

\_\_\_\_\_. **Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen.** 2. ed., reimpressão da 1. ed. 1914. Berlin: Duncker & Humblot, 2004a

\_\_\_\_\_. **Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität.** 8. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2004b.

\_\_\_\_\_. Auswahl aus den 'Schattenrissen'. *In: Ernst Hüsmert (Org.). Carl Schmitt. Tagebücher. Oktober 1912 bis Februar 1915.* 2. ed. Berlin, Akademie Verlag. 2005a. p. 333-344.

\_\_\_\_\_. Die legale Weltrevolution. Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität. *In: Günter Maschke (Org.). Frieden oder Pazifismus?* Berlin: Duncker & Humblot, 2005b

\_\_\_\_\_. Die Sichtbarkeit der Kirche. Eine scholastische Erwägung. *In: Ernst Hüsmert, Gerd Giesler (Org.). Carl Schmitt. Die Militärzeit 1915 bis 1919. Tagebuch Februar bis Dezember 1915. Aufsätze und Materialien.* Berlin: Akademie Verlag. p. 2005c. 445-452 [1917].

\_\_\_\_\_. **Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978.** Berlin: Duncker & Humblot, 2005d.

# A METAMORFOSE DO DIREITO GLOBAL PARA UMA GENEALOGIA DO DIREITO ALÉM DO ESTADO NACIONAL NO LIMIAR DO SÉCULO XIX

Ricardo Campos<sup>1</sup>

---

*Sumário: 1. Introdução. 2. Acentralidade e Autotransformação social e Direito. 3. Carl Schmitt e o Início da Modernidade; 3.1 Carl Schmitt e a teoria da soberania e exceção; 3.2 Carl Schmitt e nomos da terra. 4. A Queda do **Jus Publicum Europaeum** e o Nascimento do Mundo Moderno. 5. Cidades Modernas, Interligação e Transformação Social. 6. Referências.*

## 1 INTRODUÇÃO

A nova disciplina “*global law*” surgida nos últimos anos, com cátedras, cursos específicos de graduação e pós-graduação em direito e ciência política mundo afora abre um novo campo de tematização sobre o fenômeno do direito além do Estado nacional. Enquanto o direito internacional, disciplina esta nascida no século XIX, que se assenta em grande medida sobre as estruturas jurídico-normativas, focada em normas, decisões e instituições, a disciplina “*global law*” permite lançar os olhos para as condições de possibilidade sociais do surgimento desse direito questionando acima de tudo seus fundamentos e limites ao buscar constantemente uma relação do direito com disciplinas afins.

Nesse aspecto, a disciplina “*global law*” apresenta-se como um dos locais adequados para abordar a relação entre direito (global) e

---

<sup>1</sup> Assistente na cátedra de Direito Público e Teoria do Direito da Goethe Universität Frankfurt am Main, Alemanha.

incerteza normativa. O ponto de partida do presente ensaio visa retomar a questão do surgimento do *ius publicum europaeum*, ou o direito público europeu, para depois traçar as razões de sua queda. Nesse cenário de ascensão e queda transcorre uma importante dimensão social do direito com o aumento de interconexões e abertura para o novo na sociedade moderna. A queda no *ius publicum europeum* é o marco do surgimento da modernidade.

O presente artigo será dividido em três partes: a primeira tratará de mudança na relação entre estrutura social e semântica social no que se chama de “*Sattelzeit*”. Numa segunda parte será tratada a relação entre modernidade e surgimento do direito internacional partindo do que se chama de *ius publicum europaeum*. Na parte final será abordado o desenvolvimento de cidades como cristalização de um movimento de interligações característico do século XIX. Para finalizar será brevemente abordada a transformação a era do “Direito dos Estados” na era do Direito das Organizações.

## 2 ACENTRALIDADE E AUTOTRANSFORMAÇÃO SOCIAL E DIREITO

O surgimento do *ius publicum europeum* – e seu declínio – coincide com a profunda transformação da semântica social geral e da estrutura social especialmente nos séculos XVIII e XIX. A análise dessa transformação passa pela aceleração social característica desse tempo devido às inúmeras inovações sociais, seja no plano da técnica, seja no da cultura. Se por um lado a influência da técnica no dia a dia das pessoas passa a ser massificada, na cultura – com o processo de secularização – novas chances de ação e geração de ideias tornam-se chances concretas.

Essa profunda transformação passa a ser notada especialmente em importantes conceitos como mudança e ordem, acidente e causalidade etc. Âmbitos da sociedade como religião, economia, direito, filosofia entre outros sofrem mudanças em decorrência dessa revolução, na qual abre-se a possibilidade de se pensar, ou melhor, imaginar a ordem social para além da visão mecânica e da prudência da tradição.

Reinhart Koselleck chamou especial atenção para a mudança da dimensão temporal da experiência nesse período. Sob o nome de

“*Sattelzeit*”<sup>2</sup> (tempo-sela) Koselleck designa o período por volta de 1750 e 1850 no qual ocorre uma cisão na dimensão temporal entre espaço de experiência e horizonte de expectativa, onde conceitos incorporam a seus significados um momento de dinâmica ocasionado pela profunda transformação social. Em outras palavras, nesse período, em que se movimenta também o *ius publicum europaeum*, conceitos antigos ganham novos sentidos ao se adaptar às novas condições sociais em transformação. Estado, democracia, revolução, república, história, entre outros, são alguns de seus exemplos.

Outro ponto importante é acentuar uma correção da visão dominante desse período entre dicotomias reducionistas como racionalidade e irracionalidade, ordem e caos, direito e violência, direito e justiça para nomear apenas algumas delas. Grande parte do projeto iluminista do século XVIII – especialmente no plano semântico – centrou-se nessas dicotomias. Urge para esse importante período lançar luz sobre um outro aspecto da realidade social. Ao lado do dominante pensamento sistemático, o século XVIII também foi marcado por outras experiências como complexidade, sentimento, paixões e mudanças<sup>3</sup>. Um novo mundo de experiências rompe com a dimensão da tradição; a unidade do mundo conferida pela religião é abalada em diversos segmentos da vida social.

O aparecimento da linguagem como da auto-organização é um das expressões desse mundo em transformação. No século XVIII ela ganha proeminência ímpar em diversas áreas como política, direito, economia entre outras<sup>4</sup>. Não se trata unicamente de contrapor racionalidade e irracionalidade ou ordem e caos, como parte do discurso do dominante. J. G. A. Pocock referiu-se a esse estágio como “*a alienação humana frente a sua história*”<sup>5</sup> para ilustrar o senso de desamparo na experiência para pautar a ação humana individual num contexto da tradição que começa a não mais oferecer parâmetros claros para a ação concreta. Mais e mais os indivíduos passaram a estar expostos a experiências cotidianas diversas

---

<sup>2</sup> KOSELLECK, Reinhart. Einleitung zu Geschichtliche Grundbegriffe. In: BRUNNER, O.; CONZE, W.; KOSELLECK, R. (Org.). **Stuttgart 1972**, t. 1, XIII; KOSELLECK Reinhart. Das 18. Jahrhundert als Beginn der Neuzeit. In: **Epochenschwelle und Epochenbewußtsein**. Politik Hermeneutik XII. München, 1987. p. 269-283.

<sup>3</sup> BLANNING, Tim. **The Romantic Revolution**. London, 2011.

<sup>4</sup> Nas cartas persas, por exemplo, Montesquieu relata a crise da especulação financeira de 1720 como sendo uma não criação de Deus devido a tamanha velocidade. Já inicia-se dentro da literatura a tematização de uma ordem artificial criada pela desordem. Ver SHEEHAN, Jonathan; WAHRMAN, Dror. **Invisible Hands**. Self-Organization and the Eighteenth Century. Chicago/London: Chicago University Press, 2015. p. 95 ss.

<sup>5</sup> POCOCCO, J. G. A. **The Machiavellian Moment**. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton: Oxford University Press, 1975. p. 466.

ao controle da tradição ou sustentadas pelo conhecimento comum disperso na sociedade. A semântica da auto-organização já começa a sinalizar para o crescente desafio da modernidade de se construir uma ordem social a partir de fundações desordenadas. E esse se torna o problema da modernidade que bate à porta: como fundar ou consagrar a sociabilidade na ordem social sob novas condições sociais incertas?

Construir uma ordem social a partir de fundações desordenadas passa a ser justamente o principal desafio das sociedades modernas. O direito internacional e acima de tudo o que se chama hoje de “*global law*” são produtos dessa auto-transformação social onde o processo de secularização é o ponto de partida para sociedade sem finalidade em si onde a ordem social – com o processo de secularização e formação de estados nacionais<sup>6</sup> – inicia a perda de sua base de sustentação universal. Esse é o contexto de surgimento do direito internacional europeu ou *ius publicum europeum* entre os séculos XVI e XIX com o gradual declínio do direito da Respublica Christiana. No próximo tópico será analisado a questão colocada por Schmitt é paralela a de Max Weber sobre a modernidade ocidental.

### 3 CARL SCHMITT E O INÍCIO DA MODERNIDADE

Ao longo de sua carreira, Carl Schmitt debruçou-se várias vezes sobre o tema do direito internacional. Por vezes, como em seu livro *Völkerrechtliche Großraumordnung*<sup>7</sup>, Schmitt adota tons exclusivamente políticos sobre a posição específica da Alemanha na ordem global. Entretanto, duas publicações do pós-guerra caras ao direito internacional abordam o desenvolvimento de conceitos e estruturas do direito partindo de rupturas causadas pela contingência histórica<sup>8</sup>. Especialmente o livro *Nomos da Terra* trata do tema do surgimento do direito internacional relacionando-o com a autotransformação da sociedade mundial.

Tema central do *Nomos das Terra* gira em torno da mesma questão colocada por Max Weber sobre o particular desenvolvimento

---

<sup>6</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung. In: **Ders.** Recht, Staat, Freiheit. Frankfurt am Main, 1991. p. 92 ss.

<sup>7</sup> SCHMITT, Carl. **Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte.** Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht. Berlin, 1991.

<sup>8</sup> SCHMITT, Carl. **Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum.** Berlin, 1997; SCHMITT, Carl. **Theorie eines Partisanen.** Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen. Berlin, 2006.

social do ocidente. Existem importantes diferenças, apesar da questão central sobre o surgimento de um específico desenvolvimento ocidental, ou ao menos, que se inicia no ocidente, encontrar-se em primeiro plano. Em M. Weber o interesse é localizado primeiramente nas relações dentro de uma história universal entre religião e sociedade, especialmente entre religião e economia. Numa terceira fase de sua obra, Weber foca seu interesse não apenas na economia, mas também no desenvolvimento ocidental de forma geral voltado para outros ordens do corpo social, como a arte, ciência, direito, dominação política e religião<sup>9</sup>. A pergunta central para Weber seria: o que faz o desenvolvimento do ocidente ser diferenciado dos demais?

C. Schmitt em seu livro *Nomos da Terra* enfrenta semelhante questão, porém com uma dimensão de precisão temática restringida. No centro de discussão de sua abordagem encontra-se a seguinte questão: como foi possível o surgimento no ocidente de um direito internacional com pretensão universal sem um único soberano? Em outras palavras, como foi possível surgir um direito internacional sem antes existir uma instância centralizadora de onde se emana ordens, como dentro do Estado nacional tradicional?<sup>10</sup> Antes de adentrar nos argumentos específicos na questão “ocidental” do surgimento do direito internacional, é importante demonstrar como essa linha de argumento não se confunde, como comumente defendido, com a tese da teologia política, exceção e soberania de Schmitt.

### 3.1 Carl Schmitt e a Teoria da Soberania e Exceção

A marca dos escritos de Carl Schmitt, para além de sua história política<sup>11</sup>, centram-se sem dúvida no tema do processo de secularização ocidental como secularização do político e o efeito dessa transformação social em diversos campos sociais. Assim como no trabalho sobre o “*Nomos da Terra*” e o direito internacional, os trabalhos de Carl Schmitt de uma forma geral seja sobre Estado, liberalismo, positivismo jurídico, decisão, exceção, teologia política, tomam sempre o processo de secularização como ponto de partida de análise<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> SCHLUCHTER, Wolfgang. **Religion und Lebensführung**. Frankfurt am Main, 1991, S. 389 ss. Ver também SCHWINN, Thomas. **Differenzierung ohne Gesellschaft**. Umstellung eines soziologischen Konzepts. Weilerswist, 2001, p. 154 ss.

<sup>10</sup> Pode-se dizer que nos escritos de Schmitt sobre a teologia política e o conceito do político e sua relação com o direito estatal, há sempre a unidade centralizadora do soberano, o qual guarda os resquícios de uma ordem teológica unitária.

<sup>11</sup> MEHRING, Reinhart; SCHMITT, Carl. **Eine Biografie**. Tübingen, 2010. p. 313 ss.

<sup>12</sup> Sobre Schmitt em português, ver a bela obra de Pedro Vilas BOAS, **Secularização Inacabada. Política e Direito em Carl Schmitt**. Curitiba, 2011.

Entretanto há que se tecer diferenças na abordagem do conceito de secularização da teologia política, o qual não pode ser dissociado do conceito do político, ou seja, da diferença conceitual entre amigo e inimigo. Já na obra *Nomos da Terra* essa relação não é mais o centro de discussão. Em outras palavras, enquanto um polo temático de Schmitt centra-se na noção de soberania enquanto exceção dentro do escopo do político, outro polo temático advindo dos escritos sobre o direito internacional, especialmente em *Nomos da Terra*, toma a soberania como um problema paralelo ao esfacelamento da unidade da *Respublica Christiana* e o equilíbrio de uma ordem sem um único soberano como terceira instância ordenadora.

A discussão acerca da teologia política gira em torno de uma sociologia conceitual, ou seja, uma sociologia de conceitos de direito Estatal<sup>13</sup>. Inicialmente publicada numa obra comemorativa para Max Weber<sup>14</sup> – daí já se afere uma certa familiaridade com tema de Weber como os tipos de dominação – sob o título “sociologia do conceito de soberania e teologia política” (“*Soziologie des Souveränitätsbegriffs und politische Theologie*”) a teologia política versa, nesse aspecto sociológico, sobre reocupação (“*Umbesetzung*”), reorganização ou “resquí-cios” de posições teológicas dentro do contexto da modernidade secularizada, especialmente dos conceitos de direito estatal<sup>15</sup>. Dito de outra maneira, Schmitt visa recuperar, na dimensão sociológica do conceito de soberania, sua “potência” teológica remanescente dentro do Estado moderno<sup>16</sup>.

No contexto da Alemanha, essa projeção conceitual representava um certo desconforto de Carl Schmitt com o contexto da cultura moderna da República de Weimar, onde ocorre, com a queda do Kaiser, um vácuo de autoridade centralizadora<sup>17</sup>. Ao vácuo deixado pela posição

<sup>13</sup> BÖCKENFÖRDE, Politische Theologie. In: TAUBES, Jacob (Org.). **Der Fürst dieser Welt**. Carl Schmitt und die Folgen. Munique, 1983. p. 19.

<sup>14</sup> PALYI, M. (Hrsg.). **Hauptprobleme der Soziologie**. Erinnerungsgabe für Max Weber. Munique e Leipzig, 1922. t. 2.

<sup>15</sup> Nesse ponto é interessante o debate entre Schmitt em Blumenberg sobre a modernidade e sua relação com a teologia política.

<sup>16</sup> O título da obra de Pedro Villas Boas capta justamente a ideia que perpassa toda a obra de Schmitt: **Secularização Inacabada**. Inacabada não significa que ainda possui uma força ordenadora da unidade de mundo da teologia. O autor, como bom estudioso de Schmitt, capta bem o modo de trabalho conceitual de Schmitt da “*Schwelle*” ou limiar conceitual. Com isso, ele consegue já no título, utilizando o limiar do conceito de secularização acrescentado o inacabada, acabando por resumir sua obra sobre Carl Schmitt em duas palavras centrais dos escritos deste autor.

<sup>17</sup> LETHEN, Helmut. **Verhaltenslehren der Kälte**. Frankfurt am Main, 1994. p. 17 ss.

centralizadora do Kaiser, que passa aos poucos a ser ocupado por estruturas impessoais como formação partidária, relações econômicas, democracia liberal etc. Schmitt busca contrapor um conceito de soberania pessoal fundado no princípio de representação do catolicismo<sup>18</sup>. Nesse sentido, Schmitt se afasta definitivamente da tradição dos dois corpos do rei<sup>19</sup>, onde a partir do pontificado de Inocêncio III iniciou-se uma distinção entre corpo e coroa pela influência de glosadores medievais e o direito romano das sucessões dentro das discussões eclesiásticas. Enquanto se opunha à pura *physis* do Rei e de seu território, a coroa simbolizava uma *metaphysis* política, onde ocorria uma simbiose entre *res* e *regnum*<sup>20</sup>. Esse desenvolvimento de des-corporificação e abertura para uma artificialidade dentro da sociedade por meio de ficções jurídicas – deslocando assim o poder do corpo físico – desemboca mais tarde na ascensão do estado constitucional, onde existe uma distinção clara entre poder simbólico e poder real<sup>21</sup>.

Nesse sentido, Schmitt almeja romper, no nível do Estado nacional, com o surgimento da modernidade enquanto sociedade de estrutura impessoal, invocando, dentro de sua abordagem sobre a secularização, uma (re-)teologização do político<sup>22</sup> capaz de reordenar a contingência do processo moderno. A predileção de uma cultura da encarnação dentro da teoria do Estado esbarra justamente num movimento contrário da modernidade de um crescente corpo social desencarnado<sup>23</sup>.

Retomando a relação entre direito e incerteza normativa, no polo de tematização sobre a teologia política, Carl Schmitt propõe a superação das incertezas normativas advindas da cultura moderna com a criação de um *locus decidendi* no corpo social, o qual conseguiria conferir certa unidade frente aos processos impessoais e contingentes da modernidade. Porém, existe um polo de tematização da obra de Schmitt que foge da

---

<sup>18</sup> SCHMITT, Carl. **Römischer Katholizismus und politische Form**. Stuttgart, 1925. p. 31 ss.

<sup>19</sup> KANTOROWICZ, Ernst H. **The King's Two Bodies**. Study in Mediaeval Political Theology. Princeton, 1997. p. 164 ss.

<sup>20</sup> KAHN, Victoria. **The Future of Illusion**. Political Theology and Early Modern Texts. London, 2014. p. 63 ss.

<sup>21</sup> LEFORT, Claude. Permanence of the Theologico-Political. In: VRIES, Hent de; SULLIVAN Lawrence E. (Orgs.). **Political Theologies**. New York, 2001. p. 233.

<sup>22</sup> BLUMENBERG, Hans. **Die Legitimität der Neuzeit**. Frankfurt am Main, 1988. p. 75 ss. Sigrid Weigel, Walter Benjamin. Frankfurt am Main, 2008, p. 70 ss.

<sup>23</sup> ASSMANN, Aleida. **Einführung in die Kulturwissenschaft**. Grundbegriffe, Themen, Fragestellungen. Berlin, 2011. p. 116. Para o papel dessa distinção dentro do direito e da teoria da constituição ver VESTING, Thomas. **Medien des Rechts**. Buchdruck. Weilerswist, 2013. p. 81 ss.

justificação centralizadora frente às estruturas impessoais da sociedade moderna. Essa se encontra nos escritos *Nomos da Terra*.

### 3.2 Carl Schmitt e Nomos da Terra

Nenhuma sentença expressa melhor a ambição do livro de Schmitt *Nomos da Terra* do que a frase do jurista italiano do século XVI Albericus Gentilis “*Silete Theologi in mumere alieno*”. Carl Schmitt – partindo de condão condutor da secularização – aborda o tema do surgimento dos estados nacionais europeus e não europeus – e acima de tudo do direito internacional sob o prisma do declínio do contexto normativo da *Respublica Christiana*<sup>24</sup>. A frase de Gentilis demonstra já a preocupação em se afastar os teólogos da discussão sobre o conceito de guerra conotando já um caminho para a formalização de conceitos de direito internacional.

Com o tendencial e demorado declínio da unidade respaldada na ordem cristã das dinastias e reinados nos séculos XVI e XVII, teria ocorrido uma tendência de formação de espaços unitários territoriais dentro da Europa. Uma nova ordem de espaço (“*Raumordnung*”) se estabelece com um novo equilíbrio entre os estados europeus recém-criados. Schmitt aborda esse processo dentro da transformação do conceito de guerra. Se na forma unitária cristã, a guerra era materializada com a formação de um inimigo claro, que deveria ser eliminado, na era do *jus publicum europeum* há um reconhecimento de igualdade formal entre os Estados europeus, no qual o conceito de inimigo ganha uma forma jurídica<sup>25</sup>. Com isso, não há que se eliminar o inimigo numa guerra justa, abrindo caminho para acordos de paz como o ocorrido em Utrecht.

Essa delimitação do conceito de guerra é assentada essencialmente no advento de uma ordem formada por estados (europeus), onde não há uma instância acima desses disponível para decisão sobre litígios. Schmitt chama esse desenvolvimento de “*völkerrechtliche Hegung*” (delimitação pelo direito internacional) da guerra. A realização de um conceito de *justus hostis* conferindo assim ao inimigo um caráter formal baseado em uma ordem de soberania estatal. O conceito de inimigo perde seu caráter material e ganha uma roupagem orientada na soberania estatal, onde há que se respeitar vários direitos como o de propriedade. Nesse ponto, Schmitt assinala que já estariam cristalizados no direito internacio-

<sup>24</sup> ZIEGLER, Karl-Heinz. *Völkerrechtliche Geschichte*. Munique, 2007. p. 120 ss.

<sup>25</sup> SCHMITT, Carl. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Berlin, 1997. p. 114.

nal *standarts* do constitucionalismo liberal, os quais seriam dignos de proteção durante uma *occupatio bellica*<sup>26</sup>.

Um dos pontos centrais para se manter um equilíbrio da ordem mundial não mais assentada na ideia de guerra justa, mas “*guerra formal*”<sup>27</sup> deriva do fato da guerra não possibilitar o julgamento material sobre sua adequação. Seja pela falta de uma instância superior de decisão, seja pela impossibilidade de se articular um conceito (materializado) de justa causa para ela. A formalização da guerra baseada na unidade nacional foi, segundo Schmitt, sem dúvida um dos importantes fatores do novo equilíbrio europeu da época. Esse equilíbrio porém baseava no reconhecimento de apenas alguns estados europeus enquanto estados territoriais. Esses eram tidos por território estatal na sua aceção jurídica; todos os outros territórios, porém, eram tidos como não estatais e eram assim passíveis de ocupação.

Nesse escopo de terras a serem livremente ocupadas e terras com *status* de Estado nacional é que se movimentou o que se chama de *jus publicum europaeum*. A mudança do *status* da terra ou solo, dentro do sistema do *ius publicum europeum*, se dava dentro das conferências europeias através de contratos coletivos. Justamente a expansão da soberania estatal e a correlata mudança de *status* do território ocupado acarreta uma nova revolução de espaço na esfera internacional. Em vários momentos Schmitt critica a extensão de soberania para outros estado fora do equilíbrio europeu. Somente com a perde do velho equilíbrio europeu do *jus publicum europeum* é que se pode começar a falar em nascimento do mundo moderno<sup>28</sup>.

#### 4 A QUEDA DO *JUS PUBLICUM EUROPAEUM* E O NASCIMENTO DO MUNDO MODERNO

A queda do *jus publicum europaeum* sinaliza para uma crescente dispersão da soberania e descentralização das relações de poder na sociedade global<sup>29</sup>. Isso se dá com a multiplicação de criação de novos

---

<sup>26</sup> SCHMITT, Carl. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Berlin, 1997. p. 182

<sup>27</sup> *Idem*, p. 138.

<sup>28</sup> BAYLY, Christoph. *The Birth of the Modern 1780-1914*. Global Connections and Comparisons. Oxford, 2004.

<sup>29</sup> Escolas como o TWAIL tentam rastrear a centralização do *ius publicum europeum* no desenvolvimento do direito internacional moderno. Assim, ao final, há sempre uma perpetuação da estrutura centralizada na Europa dentro do direito internacional. O

Estados nacionais como pessoas jurídicas<sup>30</sup>. Pode-se falar em uma aquisição evolucionária, pois não se trata apenas de entrelaces ou ligações como proposto por Gunnar Schuppert<sup>31</sup>, mas de um novo nível de abstração que confere à sociedade uma nova dimensão de possibilidades. Essa descentralização e dispersão da soberania se assenta na função do trabalho jurídico em criar construções que trazem uma nova estrutura ordenacional frente à ordem anterior<sup>32</sup>. Nesse contexto, especialmente a utilização da construção da pessoa jurídica do Estado e sua pulverização no globo leva à uma verdadeira “revolução do espaço” (“*Raumrevolution*”)<sup>33</sup> global, onde o antigo equilíbrio do direito público europeu é colocado em cheque por uma nova conjuntura social.

O conceito de “revolução do espaço” expressa bem essa transformação social sem estar atrelado à carga da teologia política, onde há um tendência de reocupação da unidade deixada pela religião. No contexto da queda do *jus publicum europaeum*, apesar da teologia não possuir mais o monopólio nesse processo, e a ascensão do *jus publicum europaeum* ser já uma expressão do processo de secularização, há em seu declínio a abertura para um novo absoluto<sup>34</sup>: e esse se chama modernidade.

Se o *jus publicum europaeum* assentou-se numa centralidade europeia na soberania de poucos países que estabeleciam um equilíbrio mundial, a dispersão da soberania no globo já demonstra o desafio de construir uma ordem descentralizada. Nesse sentido, o Estado Nacional como construção jurídica, ou melhor, como pessoa jurídica pode ser tido como uma técnica cultural (“*Kulturtechniken*”), que cria possibilidade de

---

direito estaria sempre “viciado” pela sua origem no poder. Ver especialmente ANGHIE, Antony. **Imperialism. Sovereignty and the Making of International Law**. Cambridge, 2004.

<sup>30</sup> Para o contexto latino americano de criação de Estados, ver o interessante artigo de: HERMANN, Hans-Georg *et al* (Org.). **Von den Leges Barbarorum bis zum ius barbarum des Nationalsozialismus**. Festschrift für Hermann Nehlsen zum 70. Geburtstag, Köln. Weimar e Vienna, 2008. p. 269ss.

<sup>31</sup> SCHUPPERT, Gunnar Folke. **Verflochtene Staatlichkeit**. Globalisierung als Governance-Geschichte. Frankfurt am Main, 2014. p. 27 ss.

<sup>32</sup> THOMA, Jan. *Auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere*. Rechtsfiktionen und Natur bei den Kommentatoren des Mittelalters. In: SCHIAVONE, Aldo. **Ius**. La invencion del derecho en Occidente. Cordoba, 2009. p. 61 ss.

<sup>33</sup> O conceito de revolução de espaço (“*Raumrevolution*”) é um conceito que foge essencialmente da teologia política; ver BALKE, Friedrich. **Der Staat nach seinem Ende**. Die Versuchung Carl Schmitt. Munique, 1996. p. 344 ss.

<sup>34</sup> BALKE, Friedrich. **Der Staat nach seinem Ende**. Die Versuchung Carl Schmitt. Munique 1996, p. 344.

novas relações sociais, transmissões, produções e reproduções do direito e da sociedade<sup>35</sup>. A simples operacionalização de relações sociais por entidades abstratas e suas instituições confere ao mundo um novo grau de complexidade e abertura para o novo, na qual a noção de confiança e de obrigação de relação entre entes abstratos tendem a se distanciar das relações tradicionais ligadas ligadas a dinastias e famílias reais. Esse fenômeno no plano jurídico, entretanto, não pode ser tratado separadamente do fenômeno do nascimento de cidades globais, nas quais são articuladas as grandes transformações do século XIX.

## 5 CIDADES MODERNAS, INTERLIGAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

As cidades no século XIX ganham um espaço importante na transformação da sociedade global. Com um expressivo aumento populacional em cidades como Londres (já no século XVIII), Viena, Lisboa, Madri, Frankfurt, Roma, São Paulo, Buenos Aires, Nova Iorque, Rio de Janeiro etc. J. Osterhammel enfatiza que o século XIX fora marcado pela “memória organizada” com a criação de instituições de representação da memória como museus, arquivos públicos, bibliotecas nacionais, fotografia, estatísticas sociais etc.<sup>36</sup>. A esses centros de memórias deve-se acrescentar o surgimento de cafés, teatros, academias e círculos de leituras. Enquanto que no interior, no campo, nas vilas e vilarejos havia sempre uma ligação forte entre os indivíduos e a tradição e as cidades – com suas instituições – propiciavam âmbitos de experimentação para além da tradição.

Esse abertura para o novo, ou seja, a experimentação além da tradição, pressupõe um processo de dissolução da corte real enquanto estrutura centralizada da forma de representação social e, com isso, um deslocamento para uma nova infraestrutura impessoal das cidades. J. Brewer descreve essa transformação social elucidando o surgimento da “*high culture*” e o descobrimento do gosto, que representam nada mais do que a difusão para um público maior por meio da instituições impessoais da cidade – galerias, cafés, museus – a cultura em constante transformação que ficara, até então, aprisionada ao pequeno círculo da corte.

---

<sup>35</sup> Para o conceito de técnicas culturais ver, entre outros, STEINHAEUER, Fabian. **Vom Scheiden**. Berlin, 2014. p. 11ss.

<sup>36</sup> OSTERHAMMEL, Jürgen. **Die Verwandlung der Welt**. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts, C.H. Beck. München, 2011. p. 25.

Nesse contexto, a cidade pode ser entendida como meio<sup>37</sup>, onde diferentes tipos de redes se interpõem, se cruzam e se sobrepõem. A cidade cria um campo no qual articula-se uma subjetividade assentada em instituições com tendências não centralizantes. O surgimento de profissões autônomas – não mais dependentes da corte –, profissionais liberais como o livreiro, editor, vendedores, intermediadores, músicos, artistas etc. é uma expressão dessa nova dimensão do novo. Com a urbanização acelerada, mais pessoas trabalhavam em indústrias, comércio, negócios, e serviços do que na agricultura. Essa nova dinâmica do século XIX é que difere a cidade moderna da cidade antiga.

Somente nesse contexto de uma estrutura descentralizada da cidade – frente à centralização da corte – que se pode falar em uma circulação reflexiva de interpretações de realidade, uma realidade coletiva difusa dentro da relação entre constituição da esfera pública e âmbito social concreto. Não só é característico o surgimento de estruturas impessoais na cidades, mas também – acima de tudo no século XIX – a maior conexão entre as cidades globais. As cidades passam a ser o ponto de cruzamento ou entrelaçamento intenso de consumo, imigração em massa, de ideias etc. C. Bayly acentua crescente uniformização de diversas instituições sociais no século XIX como igrejas, cortes reais, sistemas de justiça e práticas corpóreas (“*bodily practices*”). Por outro lado, essa uniformização projeta um processo de hibridização na translação dessas práticas sociais, ou seja, criação de políticas híbridas, ideologias misturadas e formas de atividades econômicas complexas. A interdependência dos eventos globais se torna realidade nesse século.

Somente nesse contexto de autotransformação social e intensa interdependência é que se pode contemplar mudanças tão importantes dentro do direito como a difusão do Estado como pessoa jurídica pelo globo, surgimento do direito internacional enquanto disciplina acadêmica nos currículos das faculdades etc. Todas essas transformações contribuíram para a queda do *ius publicum europaeum* e sinalavam já para o nascimento do mundo moderno.

Se a queda dos *ius publicum europaeum* resultou na pluralidade de Estados Nacionais modernos globo afora, não tardou para uma nova onda de transformação social exigir das instituições sociais em geral – incluídas nela o direito – uma nova complexidade adequada de instituições. Inovações como estradas de ferro, telefonia e telégrafo, circulação

---

<sup>37</sup> KITTLER, Friedrich A. Die Stadt ist ein Medium. In: GUMBRECHT, Hans U. (Org.). **Die Wahrheit der technischen Welt**. Essays zur Genealogie der Gegenwart. Frankfurt am Main, 2013. p. 181 ss.

de jornais entre estados nacionais, fotografia etc. clamam por uma organização social além dos estados nacionais. A era do “Direito dos Estados” acentuada nessa dinâmica dá sinais de uma necessidade de suplementação de organizações transestatais, onde novos problemas advindos do surgimento de novas técnicas extrapolam as estruturas criadas pelo Direito dos Estados como a proteção diplomática ou diplomacia tradicional. Questões decorrentes da relação entre direito e parâmetros universais técnicos para diversas áreas como trilhos de trens, circulação de energia, padronização de cartas etc. abrem caminho para a criação de uniões ou organizações administrativas ou de direito administrativo supranacionais para a ordenação de temas que ultrapassam o direito estatal<sup>38</sup>. Com isso abre-se uma nova era na forma de produção e reprodução do direito global: a era do “Direito das Organizações”.

## 6 REFERÊNCIAS

- ANGHIE, Antony. *Imperialism. Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge, 2004.
- ASSMANN, Aleida. *Einführung in die Kulturwissenschaft*. Grundbegriffe, Themen, Fragestellungen. Berlin, 2011. p. 116.
- BALKE, Friedrich. *Der Staat nach seinem Ende*. Die Versuchung Carl Schmitt. Munique, 1996. p. 344 ss.
- \_\_\_\_\_. *Der Staat nach seinem Ende*. Die Versuchung Carl Schmitt. Munique, 1996.
- BAYLY, Christoph. *The Birth of the Modern 1780-1914*. Global Connections and Comparisons. Oxford, 2004.
- BLANNING, Tim. *The Romantic Revolution*. London, 2011.
- BLUMENBERG, Hans. *Die Legitimität der Neuzeit*. Frankfurt am Main, 1988. p. 75 ss. Sigrig Weigel, Walter Benjamin. Frankfurt am Main, 2008.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung. *In: Ders.* Recht, Staat, Freiheit. Frankfurt am Main, 1991.
- \_\_\_\_\_. Politische Theologie. *In: TAUBES, Jacob (Org.)*. *Der Fürst dieser Welt*. Carl Schmitt und die Folgen. Munique, 1983.
- HERMANN, Hans-Georg *et al* (Org.). *Von den Leges Barbarorum bis zum ius barbarum des Nationalsozialismus*. Festschrift für Hermann Nehlsen zum 70. Geburtstag, Köln. Weimar e Vienna, 2008.
- KAHN, Victoria. *The Future of Illusion*. Political Theology and Early Modern Texts. London, 2014.
- KANTOROWICZ, Ernst H. *The King's Two Bodies*. Study in Mediaeval Political Theology, Princeton, 1997.

---

<sup>38</sup> VEC, Milos. *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution*. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung. Frankfurt am Main, 2006.

- KITTLER, Friedrich A. Die Stadt ist ein Medium. *In*: GUMBRECHT, Hans U. (Org.). **Die Wahrheit der technischen Welt**. Essays zur Genealogie der Gegenwart. Frankfurt am Main, 2013.
- KOSELLECK Reinhart. Das 18. Jahrhundert als Beginn der Neuzeit. *In*: **Epochenschwelle und Epochenbewußtsein**. Politik Hermeneutik XII. München, 1987.
- KOSELLECK, Reinhart. Einleitung zu Geschichtliche Grundbegriffe. *In*: BRUNNER, O.; CONZE, W.; KOSELLECK, R. (Org.). **Stuttgart 1972**, t. 1, XIII.
- LEFORT, Claude. Permanence of the Theologico-Political. *In*: VRIES, Hent de; SULLIVAN Lawrence E. (Orgs.). **Political Theologies**. New York, 2001.
- LETHEN, Helmut. **Verhaltenslehren der Kälte**. Frankfurt am Main, 1994.
- MEHRING, Reinhart. **Carl Schmitt: Eine Biografie**. Tübingen, 2010.
- OSTERHAMMEL, Jürgen. **Die Verwandlung der Welt**. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts, C.H. Beck. München, 2011.
- PALYI, M. (Hrsg.). **Hauptprobleme der Soziologie**. Erinnerungsgabe für Max Weber. Munique e Leipzig, 1922. t. 2.
- POCOCK, J. G. A. **The Machiavellian Moment**. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton: Oxford University Press, 1975.
- SCHLUCHTER, Wolfgang. **Religion und Lebensführung**. Frankfurt am Main, 1991.
- SCHMITT, Carl. **Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum**. Berlin, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Theorie eines Partisanen**. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen. Berlin, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Römischer Katholizismus und politische Form**. Stuttgart, 1925. p. 31 ss.
- \_\_\_\_\_. **Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte**. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht. Berlin, 1991.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke. **Verflochtene Staatlichkeit**. Globalisierung als Governance-Geschichte. Frankfurt am Main, 2014.
- SCHWINN, Thomas. **Differenzierung ohne Gesellschaft**. Umstellung eines soziologischen Konzepts. Weilerswist, 2001, p. 154 ss.
- SHEEHAN, Jonathan; WAHRMAN, Dror. **Invisible Hands**. Self-Organization and the Eighteenth Century. Chicago/London: Chicago University Press, 2015.
- STEINHAEUER, Fabian. **Vom Scheiden**. Berlin, 2014.
- THOMA, Jan. Auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere. Rechtsfiktionen und Natur bei den Kommentatoren des Mittelalters. *In*: SCHIAVONE, Aldo. **Ius**. La invencion del derecho en Occidente. Cordoba, 2009.
- VEC, Milos. **Recht und Normierung in der Industriellen Revolution**. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung. Frankfurt am Main, 2006.
- VESTING, Thomas. **Medien des Rechts**. Buchdruck. Weilerswist, 2013.
- ZIEGLER, Karl-Heinz. **Völkerrechtliche Geschichte**. Munique, 2007.

# UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA DA TEORIA SISTÊMICA DO DIREITO: MÚLTIPLOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO DIREITO NA SOCIEDADE<sup>1</sup>

Pedro Fortes<sup>2</sup>

---

*Sumário: 1. Introdução. 2. Do Acoplamento Estrutural para o Agrupamento Estrutural. 3. Uma Leitura Contemporânea da Teoria Sistêmica do Direito. 4. Conclusão. 5. Referências.*

## 1 INTRODUÇÃO

Este capítulo revisa aspectos fundamentais da teoria do direito como um sistema social. O ponto de partida é a percepção de que os princípios tradicionais de sistemas de teoria do direito de Niklas Luhmann estão desatualizados e perderam muito de sua força explicativa. Conceitos tradicionais como acoplamento estrutural, autopoiese e codificação autorreferencial poderiam ser substituídos por um novo conjunto de conceituações – agrupamento estrutural, pluripotência e fusão de vários elementos normativos. É importante ressaltar que a sociologia do direito baseada na teoria de Luhmann parece hoje em dia divorciada da evidência empírica relativa a experiência sociojurídica. Portanto, a tese do direito autopoiético se tornou uma proposta eminentemente dogmática de que

---

<sup>1</sup> Uma versão preliminar deste estudo foi apresentada em um *workshop* sobre Sociologia das Constituições organizado por Alberto Febbrajo e Germano Schwartz em Fermo no verão de 2015 e sou grato aos participantes pelo valioso *feedback*. Igualmente, estou grato a Denis Galligan e a Alberto Febbrajo por seus comentários sobre uma versão madura do texto, que melhoraram significativamente o capítulo. Erros são meus.

<sup>2</sup> Professor Associado de Direito na FGV DIREITO RIO e membro do MPRJ.

os sistemas jurídicos são cognitivamente abertos e normativamente fechados, mas os teóricos deixaram de examinar se tal dogma corresponde à experiência prática do direito na sociedade contemporânea. Da mesma forma, a teoria de que as constituições constituem a uma dupla articulação entre direito e política como um acoplamento estrutural não foi empiricamente analisada. Além disso, a ideia da exclusividade do direito como o único elemento normativo para a codificação dos sistemas jurídicos também não se baseia em evidências empíricas relacionadas com o universo do Direito na sociedade. Em contraste, a observação empírica do Estado constitucional contemporâneo evidencia uma articulação de vários elementos normativos e proporciona uma fusão de elementos normativos provenientes de direito, política, economia e religião.

Neste capítulo, discuto a constituição brasileira contemporânea, fundamentando minhas análises teóricas do Estado constitucional em estudos de casos concretos. Na minha opinião, um observador nunca deve considerar a constituição brasileira meramente como um acoplamento estrutural entre direito e política<sup>3</sup>. Afinal, parece que a estrutura constitucional brasileira articula simultaneamente direito, política, economia, religião, ciência, desenvolvimento (etc.) que, talvez, um observador deva analisar a Constituição brasileira como um exemplo de *agrupamento estrutural* – ou, em termos mais provocantes, de *poligamia estrutural*. Em vez de um mero par constituído por direito e política, a Constituição brasileira é uma estrutura muito mais complexa que articula múltiplos sistemas de uma só vez em um agrupamento ou de modo poligâmico<sup>4</sup>. Neste ensaio, investigo a compatibilidade desta tese com a obra de Niklas Luhmann e analiso a Constituição brasileira com estudos de casos concretos.

Em segundo lugar, apresento uma exposição da cultura jurídica como um caleidoscópio, ideia que está intimamente ligada ao meu pri-

---

<sup>3</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. OUP, 2004. p. 403-5.

<sup>4</sup> No workshop de Fermo, Germano Schwartz imediatamente concordou com esta proposta, mas outros acadêmicos presentes pareceram mais relutantes em considerar esta possibilidade. Germano Schwartz já tinha discutido em uma perspectiva teórico-sistêmica as limitações da visão tradicional das constituições como um mero acoplamento entre direito e política. Veja SCHWARTZ, Germano. **Constituições Cíveis e Regulação: Autopoiese e Teoria Constitucional**. Anais. CONPEDI, 2009. Veja também SCHWARTZ, Germano. **Autopoiese e Constituição: Os Limites da Hierarquia e as Possibilidades da Circularidade**. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 6, p. 211-224, 2005; SCHWARTZ, Germano. O Processo de Diferenciação Funcional dos Direitos Fundamentais e a Necessária Conexão entre as Práticas Sociais e a Normatividade. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA Daniel Giotti de (Eds.). **Tratado de Direito Constitucional: Constituição no Século XXI**. Elsevier, 2014. v. 2.

meiro ponto. Em vez de se basear em ideias unívocas sobre o direito, os observadores contemporâneos do sistema jurídico são influenciados por ideias plurívocas. Portanto, a cultura jurídica deve acomodar múltiplas perspectivas sobre os fenômenos jurídicos. Comunicações sobre o que é legal/ilegal são realizadas cada vez mais com referências a análise econômica do direito, teorias do conflito, ideologias, tecnologias e do discurso desenvolvimentista. A evolução do direito produziu uma tendência de fusão normativa dentro do sistema jurídico que pode ser percebida pela observação de agrupamentos estruturais. Em minha argumentação, analiso aspectos das teorias sistêmicas inspiradas pela racionalidade transversal, pela escola crítica e pela tese da fragmentação constitucional. Considero ainda a hipótese de uma articulação complexa de agrupamentos estruturais que gera a fusão de múltiplos elementos normativos observados como um sistema pluripoiético, constituído por uma pluralidade de comunicações codificadas autorreferenciadas e heterorreferenciadas. Com base nas ideias evolutivas da teoria sistêmica, defendo que defesas ortodoxas de conceitos de Niklas Luhmann ignoram a necessidade de observação empírica dos sistemas jurídicos reais e a possibilidade de futuros desenvolvimentos sistêmicos que afetem a estrutura do sistema jurídico e o modo como o observador observa o direito.

Além destas observações introdutórias, a seção 2 investiga a hipótese de agrupamento estrutural. A seção 3 explica o caleidoscópio da cultura jurídica e a hipótese de um sistema pluripoiético, constituído por uma fusão de comunicações codificadas autorreferenciadas e heterorreferenciadas. A seção 4 contém as observações conclusivas.

## 2 DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL PARA O AGRUPAMENTO ESTRUTURAL

Niklas Luhmann defendeu o fechamento operacional do direito, argumentando que “*só o próprio sistema jurídico pode efetuar o seu encerramento, reproduzir suas operações, e definir seus limites*”<sup>5</sup>. Na sua visão do direito como um sistema social, Luhmann explica que o sistema jurídico é programado através de uma comunicação codificada particular, que proclama o que é “legal” e “ilegal” de acordo com uma rede recursiva de operações normativas<sup>6</sup>. Uma cadeia auto-referencial de comunica-

---

<sup>5</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. OUP, 2004. p. 100.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 98-99.

ção interna dentro do sistema jurídico produz enunciados normativos na sequência de um regime binário que decide o que é “legal” ou “ilegal”, operando de uma maneira normativamente fechada<sup>7</sup>. Se legal/ilegal é caracterizado como uma comunicação normativa resultante das operações internas do sistema jurídico, o direito opera de forma circular porque as estruturas jurídicas determinam o seu caráter como parte integrante do sistema jurídico também, proclamando o que é legal/ilegal<sup>8</sup>. Valendo-se da terminologia do biólogo chileno Maturana<sup>9</sup>, Luhmann considera o sistema jurídico como sendo autopoietico, operando dentro de si para especificar as suas operações como sendo jurídicas através da auto-referência e da diferenciação com o ambiente<sup>10</sup>. Neste sentido, “*autopoiese significa que um sistema pode gerar as suas próprias operações apenas por meio da rede de suas próprias operações*”<sup>11</sup>. Portanto, este encerramento operacional dos sistemas implica a necessidade de formação interna das estruturas jurídicas e as próprias operações do sistema geram estas estruturas através da auto-organização<sup>12</sup>.

No entanto, o sistema jurídico está relacionado ao meio ambiente e aos outros sistemas, operando com abertura cognitiva e interconexão sistêmica<sup>13</sup>. O conceito de acoplamento estrutural explica essas relações entre sistemas e ambiente<sup>14</sup>. Luhmann explica que os sistemas são seletivos e é importante observar o que está incluído e excluído, porque esses acoplamentos estruturais simultaneamente filtram e desencadeiam as influências externas nas operações internas de um sistema<sup>15</sup>. Particularmente em relação ao sistema jurídico, Luhmann analisa o acoplamento entre direito e economia e direito e política. Segundo ele, o reconheci-

---

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. OUP, 2004. p. 106.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 86.

<sup>9</sup> MATURANA, Humberto. Autopoieses, Structural Coupling, and Cognition: A History of These and Other Notions in the Biology of Cognition. **Cybernetics & Human Knowing**, v. 9, n. 3-4, p. 5-34, 2002; MATURANA, Humberto. The Organization of the Living: A Theory of The Living Organization. **Int. J. Man-Machine Studies** 7, p. 313-332, 1975.

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. OUP, 2004. p. 90.

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. **Introduction to Systems Theory**. Polity, 2013. p. 76.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>13</sup> Veja os vários estudos de caso reunidos em FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). **Law and Intersystemic: Understanding ‘Structural Coupling’**. Ashgate, 2013.

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. OUP, 2004. p. 380.

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. **Introduction to Systems Theory**. Polity, 2013. p. 85-7; LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. OUP, 2004. p. 382-3. Niklas Luhmann se refere a irritações, surpresas e distúrbios, mas Gunther Teubner uma vez me explicou que todas estas expressões podem muito bem ser substituídas por influências.

mento jurídico de interesses como legalmente protegidos/desprotegidos resulta de uma estrutura operacional construída dentro do sistema jurídico como uma estação de recepção e transmissão de informação econômica<sup>16</sup>. A relação constitutiva entre a economia e o direito é clara na observação de institutos como propriedade e contrato<sup>17</sup>. A propriedade é uma transação, mas o sistema econômico observa-a como um investimento rentável, enquanto que o sistema jurídico observa a coerência das decisões que asseguram legalmente os interesses envolvidos nessa transação<sup>18</sup>. E a institucionalização da liberdade contratual permite transações econômicas sem limitações impostas por uma disciplina restritiva de determinados tipos de contratos<sup>19</sup>.

Analisando o acoplamento estrutural entre o direito e a política, Luhmann enfatiza o surgimento do Estado como estrutura fundamental gerada por esta influência recíproca entre o sistema político e o sistema jurídico<sup>20</sup>. É importante ressaltar que a Constituição transformou direito positivo em um instrumento de organização política e tornou o direito constitucional um instrumento de disciplina jurídica da política<sup>21</sup>. Curiosamente, a Constituição tem um significado diferente em cada sistema, sendo observada como um estatuto supremo na ordem jurídica e como um instrumento de política no sistema político<sup>22</sup>. Luhmann observa que “*a positivação do direito e da democratização da política apoiam-se reciprocamente e deixaram uma marca significativa tanto no sistema político e do sistema jurídico atual*”<sup>23</sup>. E, no entanto, ele explica que ambos os sistemas permanecem separados, com suas próprias operações, comunicações e codificação internas<sup>24</sup>.

Luhmann normalmente examina essas influências recíprocas entre sistemas observando acoplamentos estruturais, como o direito e a política ou direito e economia. Portanto, essa hipótese de relações estruturais que conectam três, quatro ou mais sistemas simultaneamente pode parecer heterodoxa à primeira vista. Talvez também a expressão *agrupamento estrutural* ou *poligamia estrutural* possa parecer incomum para

---

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. OUP, 2004. p. 390.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 390.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 392.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 399.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 404.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 404.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 410.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 364.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 367.

Luhmannianos ortodoxos. No entanto, uma análise atenta de sua obra sugere que as relações intersistêmicas podem gerar estruturas complexas entre múltiplos sistemas interligados. Por exemplo, suas análises de contrato e da propriedade não estão limitados à dupla influência de direito e economia, também referindo-se a dimensão do poder político encontrada na propriedade da terra, na tributação e na execução dos contratos<sup>25</sup>. Além disso, seu estudo sobre a constituição do estado não se restringe apenas à influência recíproca entre o sistema jurídico e político, mas também inclui considerações econômicas relacionadas com as condições para o funcionamento do estado de bem-estar social<sup>26</sup>. Em suas observações sobre as operações dinâmicas de acoplamento estrutural, Luhmann parece admitir a possibilidade de existência destas relações estruturais múltiplas entre mais do que dois sistemas, declarando que “*os sistemas de funcionamento da política, direito e economia (os outros não foram discutidos aqui) esgotam os limites de suas possibilidades, e sua irritação recíproca intensiva assegura a manutenção da compatibilidade suficiente*”<sup>27</sup>. Parece que essas relações intersistêmicas não são necessariamente limitadas a estruturas dualistas, mas podem surgir através das múltiplas estruturas que eu denomino *agrupamento estrutural* ou *poligamia estrutural*.

As múltiplas influências do direito, política e economia sobre o estado constitucional contemporâneo são muito nítidas. Afinal, a Constituição é simultaneamente a lei suprema do país, a decisão política fundamental, e a moldura institucional necessária para a economia de mercado. Além disso, as constituições não são mais observadas apenas como contratos sociais, mas sim como mecanismos de ampla coordenação institucional e como declarações de missão para o desenvolvimento da sociedade<sup>28</sup>. Em sua discussão sobre a crise financeira numa perspectiva constitucional, Teubner também se refere à constituição econômica como a articulação estrutural da economia, direito e política, explicando que “*numerosos acoplamentos estruturais da política institucionalizada e da economia e do direito existem, por exemplo, o sistema de tributação ou de lobby das organizações econômicas*”<sup>29</sup>. Teubner refere-se a estas es-

---

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. OUP, 2004. p. 393 e 400.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 412.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 422.

<sup>28</sup> GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). **Social and Political Foundations of Constitutions**. CUP, 2013.

<sup>29</sup> TEUBNER, Gunther. A Constitutional Moment? The Logics of Hitting the Bottom. In: KJAER, Paul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO Alberto (Eds.). **The Financial**

truturas como ‘acoplamentos estruturais trilaterais’<sup>30</sup>, mas a expressão ‘agrupamentos estruturais’ ou ‘poligamia estrutural’ parece não apenas ser mais precisa, mas também destaca a complexidade destas estruturas particulares. Em suma, os interesses econômicos são estabilizados pelo direito e são protegidos pelo monopólio da força da política<sup>31</sup>. Em sua defesa do transconstitucionalismo, Marcelo Neves também critica as limitações da formulação de acoplamentos estruturais como uma articulação mecânica bilateral entre dois sistemas, admitindo o entrelaçamento de mais de dois sistemas, em casos específicos, como a fiscalidade, a operação bancária central, e eleições, por exemplo<sup>32</sup>.

Constituições contemporâneas também estabelecem a relação entre a Igreja e o Estado, articulando a separação e conexão entre o sistema religioso com os sistemas político, jurídico e econômico. Algumas constituições estabelecem teocracias, sem qualquer diferenciação funcional clara entre política e religião – particularmente estados islâmicos resistem à secularização<sup>33</sup>. Porém, a maioria dos Estados separa a função de formar decisões coletivas vinculantes da interpretação dos mistérios incompreensíveis<sup>34</sup>. Em todo caso, o Estado constitucional é a estrutura que articula essas relações, controlando as influências religiosas sobre as decisões coletivas vinculantes<sup>35</sup>. Esta diferenciação estrutural estabeleceu uma separação entre as funções políticas e religiosas e a decisão de acreditar ou não acreditar se tornou uma questão de escolha privada<sup>36</sup>. Luhmann sugere que a religião ganhou autonomia estrutural ao custo de reconhecer a autonomia dos outros subsistemas e de aceitar a secularização do mundo<sup>37</sup>. No entanto, vários exemplos indicam a influência duradoura das crenças religiosas sobre os sistemas jurídicos, políticos e econômicos.

---

**Crisis in Constitutional Perspective:** The Dark Side of Functional Differentiation. Hart, 2011. p. 38.

<sup>30</sup> TEUBNER, Gunther. A Constitutional Moment? The Logics of Hitting the Bottom. In: KJAER, Paul; TEUBNER, Gunther, FEBBRAJO, Alberto (Eds.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective:** The Dark Side of Functional Differentiation. Hart, 2011. p. 38.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>32</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitutionalism**. Hart, 2013. p. 35.

<sup>33</sup> LUHMANN, Niklas. Society, Meaning, Religion: Based on Self-Reference. **Sociological Analysis**, v. 46, n. 1, p. 15, 1985.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 13, 1985.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. Differentiation of Society. **The Canadian Journal of Sociology**, v. 2, n. 1, p. 35, 1977.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. Society, Meaning, Religion: Based on Self-Reference. **Sociological Analysis**, v. 46, n. 1, p. 13, 1985.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 14, 1985.

Por exemplo, o direito alemão contém disposições em matéria de tributação, proibições religiosas contra a usura, e educação religiosa nas escolas públicas, que revelam a forte influência do cristianismo sobre o estado constitucional. Além desta influência sobre direito substantivo, os interesses econômicos e o *ethos* nacional, a religião ainda exerce uma forte influência sobre a ideologia constitucional, isto é, a crença em um repertório de aspirações encarnadas no estado constitucional, como os princípios válidos intemporais, sua autossuficiência para a resolução de litígios, bem como a integridade e a coerência da Constituição<sup>38</sup>. O Estado constitucional passou por um processo de secularização, mas manteve a autoridade mística de uma religião cívica ou de uma teologia política<sup>39</sup>.

O estado constitucional brasileiro apresenta um exemplo pródigo das múltiplas influências do direito, política, economia e religião. O texto constitucional é o estatuto supremo e estabeleceu o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição<sup>40</sup>. O direito Constitucional é um instrumento de direito positivo não só para a proteção dos direitos e garantias, mas também para a disciplina da política e a institucionalização da economia de mercado<sup>41</sup>. Além disso, diversas cláusulas constitucionais regulam a relação entre a Igreja e o Estado, protegendo a liberdade religiosa, isentando a igreja de impostos e estabelecendo o ensino religioso nas escolas públicas<sup>42</sup>. Igualmente, a Constituição brasileira tornou-se um instrumento fundamental da política, disciplinando a relação entre governo e oposição, disputas eleitorais entre os vários partidos políticos, e a interdependência institucional complexa dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Por exemplo, a Constituição brasileira estabelece diretrizes legais para os tribunais para controle judicial do processo de *impeachment*, abu-

---

<sup>38</sup> COTTERRELL, Roger. **Law, Culture, and Society**: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory. Ashgate, 2006. p. 89.

<sup>39</sup> Veja DERRIDA, Jacques. **Acts of Religion**. Routledge, 2002; KENNEDY, Duncan. American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist, 19 **Nova Law Review**, p. 909, 1994-1995; SCHMITT, Carl. **Political Theology**: Four Chapters on the Concepts of Sovereignty. University of Chicago Press, 2005; SCHMITT, Carl. **Political Theology II**: The Myth of the Closure of any Political Theology. Polity Press, 2008. Alberto Febbrajo comentou em Fermo que ele ficou impressionado com a crença ingênua que os brasileiros têm sobre as possibilidades de transformação social através do Estado constitucional, contrastando com a descrença dos europeus em relação a suas constituições. Curiosamente, o fato de que podemos observar o estado constitucional com referências à codificação do sistema religioso – a crença/descrença – já fornece evidência desta influência duradoura da religião sobre o direito, política e a economia.

<sup>40</sup> Art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>41</sup> Arts. 5-130 da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>42</sup> Arts. 5, VI; 150, VI, b; e 210, § 1, da Constituição da República Federativa do Brasil.

so de poder durante a eleição presidencial e de despesas excessivas do orçamento federal<sup>43</sup>. Estas normas constitucionais são instrumentos políticos de oposição ao governo presidencial no Brasil. A Constituição brasileira estabelece também a moldura institucional da economia de mercado, ao proteger a propriedade privada, a liberdade contratual, a livre concorrência, e desenvolvimento sustentável<sup>44</sup>. Em resumo, o estado constitucional brasileiro compreende uma articulação complexa de múltiplas estruturas do sistema jurídico, político, econômico e religioso que não são capturadas pela análise simplificada baseada na dualidade de um acoplamento estrutural.

A análise dos direitos de propriedade pode esclarecer esse ponto. A Constituição brasileira garante o direito à propriedade privada, mas também afirma que a propriedade deve atender à sua função social e estabelece a disciplina normativa para a reforma agrária. George Mészáros analisou esse complexo conjunto de direitos de propriedade no contexto de litígios entre proprietários rurais e o movimento dos trabalhadores sem-terra ao longo de duas décadas em diversas partes do Brasil<sup>45</sup>. Seu estudo empírico revela que esta estruturação constitucional dos direitos de propriedade rurais na Constituição brasileira não pode ser observada exclusivamente a partir de uma perspectiva do discurso dos direitos ou interesses econômicos, porque também são constituídas disputas políticas complexas entre o governo e a oposição em níveis federal, estadual e municipal<sup>46</sup>. Ademais, vários órgãos institucionais do executivo, legislativo, judiciário e procuradoria-geral de justiça participam nas operações complexas para a produção de decisões coletivas vinculantes sobre direitos de propriedade rural<sup>47</sup>. Além disso, a observação deve incluir também o sistema religioso, porque a Igreja Católica protege os interesses dos trabalhadores sem-terra e também influencia a defesa dos movimentos sociais com as revelações religiosas da teologia da libertação<sup>48</sup>. Em suma, esses conflitos envolvem normas jurídicas, interesses econômicos, disputas políticas e crenças religiosas que fazem parte das práticas discursivas

---

<sup>43</sup> Veja, por exemplo, Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2015/oct/08/brazils-president-dilma-rousseff-loses-legal-battle-and-could-face-impeachment>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

<sup>44</sup> Arts. 5, XXII-XXVI e XXXVI; 170, IV-VI da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>45</sup> MÉSZÁROS, George. **Social Movements, Law and the Politics of Land Reform: Lessons from Brazil**. Routledge, 2013.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Idem*.

complexas envolvidas nos processos de tomada de decisão em matéria de direitos de propriedade rural. Nestes casos, deveria o sistema jurídico incorporar e utilizar referências econômicas em suas operações internas de tomada de decisão judicial? Luhmann parece ser indeciso sobre essa possibilidade: “*Não está claro, no entanto, se o direito constitucional, ao interpretar a proteção da propriedade, deve aplicar o mesmo tratamento ou deve, antes, defender uma abertura maior para a realidade econômica (independentemente das consequências jurídicas)*”<sup>49</sup>.

Outro exemplo interessante vem da adoção do princípio da eficiência como um dos pilares da administração pública. De acordo com a Constituição brasileira, o estado deveria operar de forma eficiente. Portanto, um princípio econômico que requer uma utilização ótima dos recursos, custo e benefício, e maximização do valor é internalizado na estrutura do discurso constitucional e comunicado ao longo dos sistemas jurídicos e políticos. Luhmann, na verdade, expressou ceticismo sobre a viabilidade da análise econômica do direito: “*De qualquer forma a separação dos sistemas impede a recepção automática da abordagem econômica para a ordem jurídica (a despeito de todas as teorias de ‘análise econômica do direito’)*”<sup>50</sup>. No entanto, a influência econômica sobre o sistema jurídico parece inevitável como consequência da referência ao princípio da eficiência na constituição brasileira. Particularmente no caso da administração do sistema de justiça, o Conselho Nacional de Justiça foi criado em 2004 para o controle administrativo e supervisão profissional das atividades judiciais<sup>51</sup>. Indicadores legais foram adotados para monitorar, medir e controlar a eficiência de juízes em termos de número de sentenças, duração do julgamento, e a quantidade de procedimentos no acervo cartorário do juízo<sup>52</sup>. Como a gestão do sistema judiciário brasileiro é determinada por dados estatísticos, fórmulas matemáticas e equações complexas, o sistema jurídico é fortemente influenciado por essas avaliações de eficiência e ineficiência de suas operações internas<sup>53</sup>. Economia inevitavelmente influencia o sistema jurídico e político, exigindo que os juízes se tornem eficientes no exercício do seu poder jurisdicional<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. OUP, 2004. p. 400.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 400.

<sup>51</sup> FORTES, Pedro Rubim Borges. How Legal Indicators Influence a Justice System and Judicial Behavior: The Brazilian National Council of Justice and ‘justice in numbers’. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, v. 47, n. 1, p. 40, 2015.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 40, 2015.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 48-53, 2015.

<sup>54</sup> A título de curiosidade, o professor Marcelo Neves exerceu o papel de conselheiro do Conselho Nacional de Justiça no Brasil entre 2009 e 2011, controlando a eficiência de juízes brasileiros em seu exercício do poder jurisdicional.

Este cenário de agrupamento estrutural surgiu a partir da interação complexa de múltiplas demandas sociais no Brasil que resultaram em um Estado constitucional prolixo e abrangente. Como Denis Galligan e Mila Versteeg anotam, “*a experiência brasileira acrescenta uma característica interessante: embora extenso engajamento popular tenha resultado em um texto longo, complexo e de difícil controle, governo eficaz – e, portanto, um elevado nível de coordenação – parece ter sido alcançado*”<sup>55</sup>. Vários outros exemplos de interação entre direito, economia, política e religião podem ser fornecidos no contexto constitucional brasileiro. Por exemplo, a proteção dos consumidores, as políticas ambientais, de saúde e de direitos dependem de dinâmicas institucionais complexas relacionadas a disciplinas jurídicas, atores políticos, interesses econômicos e crença na força do direito<sup>56</sup>. Marcelo Neves sugeriu certa vez que haveria um baixo nível de diferenciação entre direito e política nos países periféricos do globo, referindo-se ao caso brasileiro como um exemplo de uma constituição simbólica ou nominal<sup>57</sup>. Sua crítica agora parece desafiada pela observação empírica, porque a experiência brasileira demonstra a normatividade da atual Constituição e como o direito constitucional regula a vida social, influencia a política, economia e religião, por exemplo. A Constituição brasileira não é uma fantasia simbólica ou um disfarce, mas sim um vestido cívico bem costurado para o corpo político<sup>58</sup>. Ao contrário do diagnóstico teórico, a Constituição brasileira é observada como uma importante articulação estrutural do direito, política, economia e religião – que constituem e regulam dimensões de comunicações inter-sistêmicas sobre a legalidade/ilegalidade, o governo/oposição, eficiência/ineficiência, e de crença/descrença.

---

<sup>55</sup> GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions. *In*: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). **Social and Political Foundations of Constitutions**. CUP, 2013. p. 36.

<sup>56</sup> See FORTES, Pedro Rubim Borges. The Phenomenon of Lucrative Illegality. **1 Oxford Socio-Legal Review**, 2015; MCCALLISTER, Lesley K. **Making Law Matter**: Environmental Protection & Legal Institutions in Brazil. Stanford University Press, 2008; SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Livraria do Advogado, 2001.

<sup>57</sup> NEVES, Marcelo. **Verfassung und positivität des Rechts in der peripheren Moderne**: Eine Theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien. Duncker & Humblot, 1992.

<sup>58</sup> Marcelo Neves tomou emprestada esta terminologia de Karl Loewenstein, que usa esta metáfora da constituição como uma fantasia, um disfarce, ou um vestido bem ajustado ao corpo político. Veja LOEWENSTEIN, Karl. **Verfassungslehre**. 3. ed. Mohr, 1975.

### 3 UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA DA TEORIA SISTÊMICA DO DIREITO

Em trabalhos recentes, adeptos da teoria dos sistemas se afastaram das análises ortodoxas de autopoiese/acoplamento estrutural/codificação autorreferencial – o que revela talvez a limitação dos conceitos mais tradicionais da obra de Luhmann para o estudo de questões sociojurídicas contemporâneas. Por exemplo, Marcelo Neves escapou do dogma do acoplamento estrutural pela via da racionalidade transversal. Seu ponto de partida é a ideia de uma sociedade moderna multicêntrica, em que diversas esferas de comunicação emergiram e uma pluralidade de auto-descrições da sociedade conduziu a uma formação complexa de racionalidades parciais conflitantes<sup>59</sup>. Essa configuração da sociedade mundial contemporânea é apresentada como um *unitas multiplex*: “*uma conexão unitária de uma pluralidade de esferas de comunicação em relações simultâneas de concorrência e complementaridade*”<sup>60</sup>. Esta sociedade mundial produz vários tipos de conhecimento – religioso, pedagógico, jurídico, político, científico, econômico etc. – que são filtrados seletivamente pela mídia para a opinião pública. Importante, Neves distingue este conhecimento social do conhecimento especializado de especialistas, que é internamente construído e predomina nos diferentes sistemas de ciência, educação, medicina e economia, por exemplo<sup>61</sup>. Na teoria dos sistemas tradicional, acoplamentos estruturais promovem e filtram influências recíprocas entre os vários sistemas autônomos, excluindo certas influências e facilitando outras<sup>62</sup>. Tomando emprestado *insights* de Welsch e Lyotard, Neves observa esta sociedade multicêntrica do ponto de vista particular da heterogeneidade dos jogos de linguagem, ao introduzir o conceito de racionalidade transversal como a capacidade de estabelecer “*enredamentos que servem como ‘pontes de transição’ entre gêneros heterogêneos de linguagem*”<sup>63</sup>. Neves parece preocupado com a possibilidade de que “*o código de um dos sistemas seja sabotado pelo código de outro sistema, para que aquele perca sua capacidade de reproduzir de forma consistente*” e examina vários casos problemáticos de corrupção sistêmica<sup>64</sup>. No entanto, Neves conclui que estes “*enredamentos que*

<sup>59</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitutionalism**. Hart, 2013. p. 18-19.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 22-23.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 30-34.

*promovem a racionalidade transversal contribuem, sobretudo, para intercâmbio e aprendizagem recíproca entre as experiências com diferentes racionalidades, o que implica a partilha mútua de complexidade pré-ordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, compreensível para o receptor*<sup>65</sup>. Em outras palavras, Neves admite que a racionalidade transversal afasta dogmas tradicionais de autopoiese, acoplamento estrutural, e codificação autorreferencial<sup>66</sup>, mas argumenta que este movimento interpretativo não corrompe a estrutura sistêmica e a autonomia dos diversos sistemas sociais.

Fischer-Lescano também propôs recentemente uma revisão da teoria tradicional dos sistemas, defendendo sua reconceituação como teoria social crítica. Em um ensaio muito provocador, Fischer-Lescano parece aceitar as críticas dirigidas por Jurgen Habermas para Niklas Luhmann de que a teoria dos sistemas não é crítico-emancipatória, mas sim descritiva e hermética<sup>67</sup>. Fischer-Lescano imagina Niklas Luhmann em um confortável Lounge VIP com ar condicionado e uma taça de champanhe na mão observando a luta social pela emancipação do 27º andar, enquanto a teoria crítica dos sistemas é feita com os pés no chão<sup>68</sup>. Inspirado por teóricos do conflito como Marx, Adorno e Foucault, ele propõe uma análise integrada do direito, política e economia relacionada com a formação da sociedade capitalista<sup>69</sup>. Importante, a clausura rígida do sistema jurídico também é comparada a um potencial autismo sistêmico<sup>70</sup>. Fischer-Lescano propõe o estabelecimento de acoplamentos estruturais de organizações públicas e privadas heterárquicas e policêntricas que resultariam afinal em um processo decisório mais aberto e democrático da sociedade<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitutionalism**. Hart, 2013. p. 30-34.

<sup>66</sup> Eu tive a oportunidade de discutir esse ponto específico com o professor Marcelo Neves em um seminário organizado pelo professor Emiliios Christodoulidis para discutir o livro *Transconstitutionalism na Universidade de Glasgow* em 2013, quando Marcelo Neves foi o *Adam Smith Research Senior Fellow*. Nesta ocasião, ele admitiu que estava se afastando da visão tradicional de Niklas Luhmann, mas explicou que a teoria de Luhmann não deve ser tomada como um dogma. Veja também NEVES, Marcelo. **Comparing Transconstitutionalism in an Asymmetric World Society**. Adam Smith Research Foundation Working Paper Series. University of Glasgow, 2015. n. 2.

<sup>67</sup> FISCHER-LESCANO, Andres. *Systemtheorie als Kritische Gesellschaftstheorie*. In: AMSTUTZ, Marc; FISCHER-LESCANO, Andreas (Eds.). **Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer Noermativen Theorie**. Transcript, 2013. p. 14-15.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>71</sup> *Idem*, p. 36.

Teubner reformulou seus conceitos sobre o assunto ao teorizar sobre fragmentação constitucional e o fenômeno da autoconstitucionalização de ordens globais sem um Estado<sup>72</sup>. Observando a juridificação da resolução de conflitos por regimes transnacionais – exemplificado pelo comércio internacional com a OMC; internet com a ICANN; e do futebol internacional com a FIFA<sup>73</sup> – Teubner defende a tese de que as constituições devem ser desconectadas da soberania estatal, dissociadas da política institucionalizada e do meio do poder<sup>74</sup>. Poder constitucional não está localizado nas pessoas através de momentos constitucionais esparsos, mas é identificado antes como *potencial comunicativo* – uma energia social que permanece como uma irritação permanente com o poder constituído<sup>75</sup>. Além disso, o ente coletivo estabelecido por estes fragmentos constitucionais emerge através de “*um processo contínuo, durante o qual a sua identidade muda através de uma série de ações reflexivas, mediadas por perguntas e respostas alternadas*”<sup>76</sup>. Curiosamente, Teubner explica que o constitucionalismo global contemporâneo tem dois objetivos básicos: 1) quebrar acoplamentos estruturais fechados entre os sistemas funcionais e a política e direito do Estado-nação; e 2) permitir a comunicação de funções específicas a ser globalmente interconectadas<sup>77</sup>. Portanto, ele admite sua escapada da teoria tradicional desenvolvida por Niklas Luhmann, explicando que a “*teoria dos sistemas autopoieticos há muito tem quebrado com o axioma do funcionalismo estrutural clássico, ou seja, o imperativo da pura manutenção do sistema*”<sup>78</sup>.

---

<sup>72</sup> TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. OUP, 2012. p. 51-53.

<sup>73</sup> FORTES, Pedro Rubim Borges. We The Fans: Should International Football Have Its Own Constitution? **Southwestern Journal of International Law**, v. 21, Issue 1, p. 63, 2014; FORTES, Pedro Rubim Borges. The Law Relating to Brazilian Sports Fans: An Introduction for a British Audience. **Entertainment and Sports Law Journal**, v. 11, 2013; FORTES, Pedro Rubim Borges. Das Brasilianische Sportfan-Gesetz: Eine Einführung für das deutsche Publikum. **Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung**, v. 32, n. 1, 2014; FORTES, Pedro Rubim Borges. A Responsabilidade Coletiva de Torcidas Organizadas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, v. 48, p. 211, 2013; FORTES, Pedro Rubim Borges. War and Peace Among Organized Support Groups: The Challenge of Ensuring Safety in Football Stadiums. **Cadernos FGV Projetos**, v. 8, p. 86, 2013.

<sup>74</sup> TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. OUP, 2012. p. 51-60.

<sup>75</sup> *Idem*, p. 59-66.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 66-72.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 76.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 79.

Este afastamento da abordagem ortodoxa permite-lhe observar o constitucionalismo social como uma relação de equilíbrio entre a intervenção externa e autodireção:

*Uma ‘constitucionalização híbrida’ é necessária no sentido de que, além de poder do Estado, forças sociais externas – isto é, normas jurídicas formais e poderes contra-hegemônicos da sociedade civil de outros contextos (meios de comunicação, debates públicos, protesto espontâneo, intelectuais, movimentos sociais, ONGs, sindicatos, profissões e suas organizações) – exercem tamanha pressão sobre o sistema funcional expansionista que ele será constringido a construir auto-limitações internas que realmente funcionem<sup>79</sup>.*

Intervenções externas maciças de política, direito e sociedade civil são necessárias para conter tendências autodestrutivas da regulação político-jurídica e de influências sociais sobre dinâmicas sistêmicas – levando a mudanças necessárias nas artérias responsáveis pela circulação de comunicação da “*constituição capilar*”<sup>80</sup>. Seguindo sua argumentação, Teubner enfatiza o papel dos vários “centros de reflexão” dentro da sociedade como pontos de aplicação do constitucionalismo social<sup>81</sup> e explica os processos constitucionais em termos de dupla reflexividade: constituição como um duplo fenômeno de direito e da sociedade, sendo, simultaneamente, constitutiva do sistema das normas jurídicas secundárias e geradora de ordem social<sup>82</sup>. Examinando a codificação desta constitucionalização híbrida, ele explica que existem dois códigos normativos diferentes – “constitucional/inconstitucional” e “legal/ilegal” – e argumenta que os sistemas permanecem autônomos, mesmo quando há influência recíproca entre sistemas diferentes, como no caso de direito e economia na constituição econômica. De acordo com Teubner, uma reentrada recíproca de direito e economia estabelece programas diferenciados constitucionais, com diferentes significados normativos em cada contexto diferente, de forma que a propriedade e contrato são conceitos constitucionais com os usos peculiares de acordo com os contextos particulares de direito e de economia – seguindo a lógica dos jogos de linguagem<sup>83</sup>. Teubner se refere a esses programas constitucionais diferen-

---

<sup>79</sup> TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. OUP, 2012. p. 84.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 102-110.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 110-113.

ciados como “*espaços imaginários*”<sup>84</sup>. Em outro trabalho, no entanto, ele concordou com a idéia de que a constituição econômica deve ser concebida como o “*acoplamento estrutural trilateral de economia, direito e política*”<sup>85</sup>.

Parece problemático se desviar dos conceitos tradicionais da teoria dos sistemas de Luhmann e supor que esses movimentos interpretativos não alterariam a diferenciação interna rigorosa de cada sistema social particular. Teubner aborda este ponto brevemente, admitindo que os sistemas sociais não são totalmente autônomos e que há sempre pontos de heteronomia<sup>86</sup>. E, no entanto, esta parece ser apenas uma pequena concessão. Teubner insiste no imperativo da conectividade de operações recursivas e a orientação do sistema jurídico no sentido de um e somente um código binário de legal/ilegal<sup>87</sup>. No entanto, esses pontos de comunicação heterônoma também poderiam integrar o discurso jurídico interno e participar nas operações internas de um sistema jurídico. Argumentos políticos, ideológicos e econômicos são parte do discurso jurídico e re-entram no sistema jurídico regularmente. A observação empírica sugere que o discurso jurídico contemporâneo incorpora conhecimentos de economia, política, religião e outros sistemas sociais em seus próprios termos, sem necessariamente traduzir esse conhecimento heterônomo em termos jurídicos. Portanto, as discussões sobre a eficiência econômica, partido político, e crença religiosa podem muito bem resultar em raciocínio jurídico que comunica a tomada de decisão em termos híbridos – se eficientemente econômico, então legal; se politicamente correto, então legal; se religiosamente transcendente, então legal.

O recurso a elementos normativos econômicos, políticos e religiosos nas operações internas de um sistema legal elimina a conectividade das operações recursivas, mas isso necessariamente resultaria em corrupção sistêmica, desintegração sistêmica, ou qualquer outra patologia sistêmica? Ambos Neves e Teubner são bastante ambíguos. Às vezes, eles sugerem que a incorporação de elementos normativos de outros sistemas sociais em seus próprios termos levaria à corrupção do sistema jurídico, especialmente através da influência da análise econômica do

---

<sup>84</sup> TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. OUP, 2012. p. p. 112.

<sup>85</sup> TEUBNER, Gunther. A Constitutional Moment? The Logics of ‘Hitting the Bottom’. In: KJAER, Paul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Eds.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Hart, 2011. p. 38.

<sup>86</sup> TEUBNER, *op. cit.*, p. 65.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 79.

direito na interpretação jurídica ou do abuso do poder econômico quanto ao Estado democrático de Direito<sup>88</sup>. Outras vezes eles consideram inevitável a premissa de que o nosso mundo é constituído por uma sociedade contemporânea multicêntrica e seu policontextualismo com um pluralismo de racionalidades parciais. Uma vez que um observador aceita a possibilidade de racionalidade transversal ou fragmentação constitucional, o discurso jurídico parece aberto a influências normativas multivocais e de inevitáveis perspectivas interdisciplinares sobre o sistema jurídico. Ambos Neves e Teubner também parecem aceitar a incorporação de múltiplas fontes de conhecimento dentro das operações do sistema jurídico<sup>89</sup>. Teubner ainda elogia a ‘abertura’ da lei perante uma sociedade representada pelo pluralismo jurídico com o seu potencial para vincular o direito para diversos discursos sociais e se tornar uma fonte de conhecimento tácito do direito no ambiente social<sup>90</sup>. O direito pode se abrir para uma multiplicidade de discursos sociais e dinâmicas da sociedade civil<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Particularmente com relação à incorporação da análise econômica do direito, Teubner é muito crítico: “*constitucionalismo econômico, teoria dos custos de transação, a teoria dos direitos de propriedade, escolha pública, a economia das instituições e da economia legais são todas as vertentes diferentes de um movimento que pretende substituir os termos supostamente obsoletos de interesse público, justiça e solidariedade para com o ideal de eficiência econômica. O movimento fala com o pathos de um direito natural, simultaneamente em nome da ‘natureza’ e da ‘razão’.* A racionalidade interna do mercado e da organização é identificada com a natureza da sociedade moderna, que precisa refletir a constituição legal da economia e da sociedade. Estiliza-se como o resultado de uma mudança de paradigma que substitui completamente orientações político-moral mais velhas e, nas suas pretensões de exclusividade, não tolera nenhum outro paradigma além de si mesma”. TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. OUP, 2012. p. 34. Para Marcelo Neves, “*a influência de forças econômicas também pode corromper o sistema: Aqui, o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de outro sistema, de modo que o aquele perde capacidade para se reproduzir de forma consistente. Assim, se o código ‘ter/não ter’ (economia) corrompe as regras do jogo democrático, através do processo eleitoral ou de tributação, sabotando diretamente o código da política (a diferença democraticamente construída entre governo e oposição), a corrupção sistêmica seguirá se o sistema político se mostrar incapaz de reagir à sobreposição negativa pela economia com seus próprios critérios e programas*”. NEVES, Marcelo. **Transconstitutionalism**. Hart, 2013. p. 30.

<sup>89</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitutionalism**. Hart, 2013. p. 18-36; TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. OUP, 2012. p. 162-173.

<sup>90</sup> TEUBNER, Gunther. Legal Pluralism as a Form of Structural Coupling. In: FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). **Law and Intersystemic Communication: Understanding ‘Structural Coupling’**. Ashgate, 2013. p. 358-360.

<sup>91</sup> *Idem*, p. 360.

Eu concordo com Teubner, Neves, e Fischer-Lescano a respeito da inevitabilidade da multiplicidade de vozes sociais: ‘*homo sapiens, homo faber, homo oecologicus, homo militans, homo oeconomicus, homo politicus, homo sociologicus, homo religiosus, homo psychologicus etc*’<sup>92</sup>. No entanto, observando empiricamente nossas sociedades contemporâneas, a minha intuição é contrária à sua insistência na preservação da autopoiese, acoplamento estrutural, e autorreferência como parte das ferramentas conceituais para a análise constitucional dentro da teoria dos sistemas. A multiplicidade de discursos sociojurídicos e de fontes normativas se reflete no pensamento jurídico através do caleidoscópio complexo da cultura jurídica. Caleidoscópios operam através do princípio de reflexões múltiplas, uma vez que vários espelhos são colocados dentro do cilindro em um determinado ângulo entre si. A imagem final observada pelo observador compreende uma fusão ou uma bricolagem de vários elementos constituídos de vários espelhos no interior do caleidoscópio. Igualmente, múltiplas influências normativas de uma constituição são refletidas no caleidoscópio da cultura jurídica, produzindo uma fusão ou uma bricolagem de vários elementos para o observador. Esta metáfora do caleidoscópio da cultura jurídica sugere que as constituições contemporâneas são constituídas por agrupamentos estruturais de direito, política, economia e religião. Várias influências normativas são incorporadas ao discurso jurídico e as operações internas de sistemas jurídicos contêm elementos heterogêneos na codificação que acabará por gerar uma decisão sobre constitucional/inconstitucional.

Como um observador das constituições contemporâneas, parece que a questão está além do tradicional debate entre *autopoiese* (sistemas autônomos autorreferenciais fechados) e *allopoiese* (sistemas dependentes heterorreferenciais abertos). Constituições contemporâneas contêm decisões coletivas vinculantes sobre um vasto espectro de questões jurídicas, políticas, econômicas e religiosas e pressupõem influência recíproca contínua de vários sistemas para as suas operações plurívocas complexas. Neste sentido, o sistema jurídico mantém suas próprias referências jurídicas internas e autonomia relativa, mas deve incorporar múltiplos elementos normativos dos outros sistemas sociais, a fim de operar e solucionar questões constitucionais complexas. O estado constitucional brasileiro proporciona um exemplo interessante: como podemos observar o princípio da eficiência, sem o conhecimento do direito, economia e política? Como podemos observar a questão da função social da propriedade e a demanda social complexa pela reforma agrária sem refletir sobre direito,

---

<sup>92</sup> FISCHER-LESCANO, Andres. Systemtheorie als Kritische Gesellschaftstheorie. In: AMSTUTZ, Marc; FISCHER-LESCANO, Andreas (Eds.). **Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer Noermativen Theorie**. Transcript, 2013. p. 21.

economia, política e religião? Como podemos observar questões relacionadas com a proteção dos consumidores, políticas ambientais, de saúde e de direitos sem a atenção para as disciplinas jurídicas, atores políticos, interesses econômicos e crença na força de lei? Em análises constitucionais contemporâneas, vários elementos normativos são essenciais para as operações discursivas dentro do sistema jurídico que combinam múltiplas referências em uma fusão de horizontes normativos<sup>93</sup>. Curiosamente, o próprio Luhmann sugeriu que o problema da articulação estrutural entre direito e política poderia ser uma questão de demarcação ou, talvez, de fusão<sup>94</sup>. Mesmo que Luhmann e seus seguidores nunca tenham perseguido esse caminho alternativo de se considerar que as comunicações inter-sistêmicas produzem uma fusão, ele se encaixa muito melhor com a interpretação constitucional contemporânea, que é influenciada pela hermenêutica e estudos interdisciplinares.

Parece que esta complexa articulação de agrupamentos estruturais que gera esta fusão de múltiplos elementos normativos pode ser observada como um *sistema pluripoietico*<sup>95</sup>, constituído por uma pluralidade de comunicações codificadas autorreferenciadas e heterorreferenciadas. Com o conceito de *pluripoiesis*, incorpora-se à teoria sistêmica o desenvolvimento biológico de um sistema fundamentado sobre o fenômeno da *pluripotência*, ou seja, o potencial das células de se diferenciarem em um espectro de vários tipos de células-tronco embrionárias. Células *pluripotentes* têm o poder de se diferenciar em qualquer tipo de camadas germinativas – endoderme, mesoderme, ou ectoderma, ou qualquer um dos mais de 200 tipos de células encontradas em um corpo adulto<sup>96</sup>. As células estaminais pluripotentes têm paisagens especializadas de variações genéticas, que são importantes para a manutenção de pluripotência<sup>97</sup>. Em

<sup>93</sup> Ver GADAMER, Hans Georg. **Truth and Method**. Continuum Impacts, 2004; DWORKIN, Ronald. *Law's Empire* (Hart 1998); LUHMANN, Niklas. **Introduction to Systems Theory**. Polity, 2013. p. 151-2.

<sup>94</sup> LUHMANN, Niklas. *The Unity of the Legal System*. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). **Autopoietic Law – A New Approach to Law and Society**. De Gruyter, 1987. p. 13.

<sup>95</sup> Eu estou introduzindo este termo como um neologismo, tomando emprestado da terminologia contemporânea relacionada com a reprodução celular que se refere à pluripotência como o poder de células-tronco para se reproduzir de várias maneiras. Em contraste com o modelo autorreferencial defendido por Maturana, a pesquisa biológica contemporânea indica a existência de células pluripotentes, totipotentes e multipotentes, mas a investigação científica não encontrou nenhum caso de células unipotentes, que teriam capacidade de se diferenciar unicamente em um tipo de célula (seguindo o modelo de reprodução autorreferencial de células vivas de Maturana).

<sup>96</sup> MITALIPOV, Shoukhrat. *Totipotency, Pluripotency and Nuclear Reprogramming*. **Adv Biochem Eng Biotechnol.**, v. 114, p. 185-6, 2009.

<sup>97</sup> LIANG, Gaoyang; ZHANG, Yi. *Embryonic Stem Cell and Induced Pluripotent Stem Cell: An Epigenetic Perspective*. **Cell Research**, v. 23, p. 49, 2013.

contraste com a preferência por células unipotentes e pela reprodução autorreferencial no âmbito das operações internas de sistemas defendidas por Maturana, a pesquisa biológica contemporânea indica que Células-Tronco Embrionárias pluripotentes fornecem uma fonte inesgotável de qualquer tipo de célula para terapias de substituição, proporcionando possível cura para muitas condições destrutivas<sup>98</sup>. Importante, a biologia contemporânea faz a distinção entre processos de diferenciação, de-diferenciação e trans-diferenciação de células diferenciadas, revelando um novo panorama da plasticidade das células animais e suas tipologias<sup>99</sup>. Alguns estudos revelam a complexidade dos processos de desenvolvimento e o delicado equilíbrio entre pluripotência e diferenciação das células<sup>100</sup>. Curiosamente, células diferenciadas podem ser reprogramadas para um estado pluripotente por transferência de conteúdo nuclear ou por fusão com células-tronco embrionárias<sup>101</sup>. Uma das conclusões importantes relacionadas com a descoberta de pluripotência induzida foi a observação de que certos fatores de transcrição são determinantes do destino da célula cuja “*expressão enforçada pode mudar um tipo de célula madura para um outro*”<sup>102</sup>. Em suma, a biologia contemporânea revela um cenário complexo de pluripotência e diferenciação que não corresponde à distinção *simplex* entre autopoiese e allopoiese formulada por Maturana e Varela – e adotada pelos teóricos do sistema também<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> MITALIPOV, Shoukhrat. Totipotency, Pluripotency and Nuclear Reprogramming. **Adv Biochem Eng Biotechnol.**, v. 114, p. 186, 2009.

<sup>99</sup> SUGIMOTO, Kaoru; GORDON, Sean P.; MEYEROWITZ, Elliot M. Regeneration in plants and animals: dedifferentiation, transdifferentiation, or just differentiation? **Trends in Cell Biology**, v. 21, Issue 4, p. 212, 2011.

<sup>100</sup> WESTERN, Patrick. Foetal Germ Cells: Striking the Balance Between Pluripotency and differentiation. **The International Journal of Developmental Biology**, v. 53, p. 393-394, 2009.

<sup>101</sup> TAKAHASHI, Kazutoshi; YAMANAKA, Shinya. Induction of Pluripotent Stem Cells from Mouse Embryonic and Adult Fibroblast Cultures by Defined Factors. **Cell**, 126, 2006. p. 663-676; TAKAHASHI, Kazutoshi; TANABE, Koji; OHNUKI, Mari; NARITA, Megumi; ICHISAKA, Tomoko; TOMODA, Kiichiro; YAMANAKA, Shinya. Induction of Pluripotent Stem Cells from Adult Human Fibroblasts by Defined Factors. **Cell**, 131, 2007. p. 861-872; YU, Junying; VODYANIK, Maxim A.; SMUGA-OTTO, Kim; ANTOSIEWICZ-BOURGET, Jessica; FRANE, Jennifer L.; TIAN, Shulan; NIE, Jeff; JONSDOTTIR, Gudrun A.; RUOTTI, Victor; STEWART, Ron; SLUKVIN, Igor L.; THOMPSON, James A. Induced Pluripotent Stem Cell Lines Derived from Human Somatic Cells. **Science**, v. 318, 2007.

<sup>102</sup> STADTFELD, Matthias; HOCHEDLINGER, Konrad. Induced Pluripotency: History, Mechanisms, and Applications. **Genes & Development**, v. 24, p. 2.239-2.263, 2010.

<sup>103</sup> VARELA, F. G.; MATURANA, H. R.; URIBE, R. Autopoiesis: The Organization of Legal Systems, Its Characterization and a Model. **Cybernetics Forum**, v. 10, p. 8, 1981; NEVES, Marcelo. From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law. **Journal of Law and Society**, v. 28, n. 2, p. 242-64, 2001.

Eu suponho que os teóricos do sistema podem argumentar que as referências a biologia evolutiva, autopoiese, acoplamento estrutural, e codificação autorreferencial e programas são metafóricas. De acordo com este argumento, mesmo que a investigação científica sobre o desenvolvimento celular tenha sido transformada a partir do conhecimento da pluri-potência, da complexidade estrutural e da trans-diferenciação de elementos diferenciados, os conceitos tradicionais da teoria de Luhmann sistema poderiam reter sua força explanatória que justificaria sua preservação. No entanto, parece que seus conceitos estavam alinhados também com a tradição positivista de uma teoria pura do direito ou de um conceito de direito com separabilidade entre direito e moral<sup>104</sup>. No entanto, este dogma de uma teoria pura do direito com base em um processo circular de normatividade encadeando normatividade foi relativizado pelos juspositivistas contemporâneos<sup>105</sup>. Os dogmas também devem ser revisados pelos teóricos contemporâneos dos sistemas por falta de coerência com as observações empíricas de experiência constitucional contemporânea – a menos que, se posso parafrasear Fischer-Lescano, gostaríamos de nos imaginar pedindo outra taça de champanhe em um lounge VIP completamente desconectados da experiência. Com os pés no chão, vamos observar as operações internas do sistema jurídico com elementos comunicativos plurivocais – eficiente/ineficiente; governo/oposição; crença/descrença – levando a decisões judiciais sobre constitucionalidade/inconstitucionalidade dos casos. Atualmente, esses elementos comunicativos da Constituição são pluripotentes, podendo gerar elementos comunicativos semelhantes ou diferentes dentro da dinâmica da comunicação intersistêmica de acordo com o nicho ambiental em particular<sup>106</sup>. Por exemplo, a maioria

---

<sup>104</sup> KELSEN, Hans. **The Pure Theory of Law**. Lawbook Exchange, 2009; HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3. ed. OUP, 2012; HART, H. L. A. Positivism and the Separation between Law and Morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593, 1958; KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 55, n. 1, p. 44, 1941; LACEY, Nicola. **A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream**. OUP, 2006.

<sup>105</sup> GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. OUP, 2014; DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Hart, 2003.

<sup>106</sup> Devido às limitações de espaço não posso explorar totalmente esse *insight* aqui, mas devo mencionar simplesmente que o conceito de nicho foi muito importante para Maturana, mas parece não receber a mesma atenção de Luhmann: “*O resultado mais fundamental da dinâmica de acoplamento estrutural é que um sistema vivo nunca está fora de lugar, enquanto vivente. Eu chamo o lugar que um sistema vivo ocupa na realização de sua vida, o seu nicho. Como consequência de viver na conservação da adaptação em seu nicho, um sistema vivo sempre aparecerá sabendo viver nas circunstâncias em que vive até que ele morra: sistemas vivos nunca estão fora de lugar, ou ‘mais’ ou ‘menos’ adaptado ao viver*”. Maturana, Humberto. Autopoieses,

das decisões do sistema jurídico sobre a legalidade/ilegalidade de uma fusão empresarial são baseadas na análise econômica do direito. A maioria das decisões sobre questões eleitorais são fundamentadas em argumentos políticos. Casos de secularismo e liberdade religiosa inevitavelmente combinam comunicações de crença/descrença ou transcendência/imanência com elementos jurídicos. Em outras palavras, nichos ambientais influenciam a força gravitacional de referências jurídicas, políticas, econômicas, ou religiosas sobre o Estado de direito e o sistema jurídico.

Luhmann provavelmente se oporia a esta proposta de conceituar a constituição como um *sistema pluripoiético*, constituído pelo agrupamento estrutural do direito, política, economia e religião, e com comunicações geradas por uma fusão de elementos normativos autorreferenciais e heterorreferenciais. Um *sistema pluripoiético* seria relativamente autônomo, uma possibilidade que Luhmann vislumbrou e rejeitou a fim de preservar a dureza do conceito de *autopoiese*, ou seja, de acordo com ele, um sistema não pode ser apenas um pouco *autopoiético* – ou é ou não é *autopoiético*<sup>107</sup>. No entanto, um *sistema pluripoiético* não seria uma hipótese de mera de-diferenciação ou – como afirmou Bruno Latour – uma sugestão de que “*nós nunca fomos modernos*”<sup>108</sup>. Ao contrário, é uma hipótese da alta complexidade estrutural dos sistemas sociais<sup>109</sup>. Como observou o próprio Luhmann, “*as relações entre os sistemas e seus ambientes estão se tornando mais complexas ao ponto em que um número crescente de acoplamentos estruturais relativamente improváveis são necessários para a sua manutenção*”<sup>110</sup>. Contudo, Luhmann insiste que os sistemas sociais devem manter sua *autopoiese*, ou caso contrário, eles tendem a auto-destruição<sup>111</sup>. No entanto, analisando o mesmo ponto, Maturana enfatiza a plasticidade de estruturas e a capacidade sistêmica de sofrer alterações e conservar a identidade do sistema<sup>112</sup>. Se tomarmos perspectivas evolutivas em consideração, a plasticidade estrutural também explicaria a adaptação do direito em um sistema *pluripoiético*. Afinal de contas, os observadores não têm razão para imaginar que – como

---

Structural Coupling, and Cognition: A History of These and Other Notions in the Biology of Cognition. *Cybernetics & Human Knowing*, v. 9, n. 3-4, p. 17, 2002.

<sup>107</sup> LUHMANN, Niklas. *Introduction to Systems Theory*. Polity, 2013. p. 82.

<sup>108</sup> LATOUR, Bruno. *We have never been modern*. Harvard, 1993.

<sup>109</sup> LUHMANN, *op. cit.*, p. 73.

<sup>110</sup> *Idem*, p. 95.

<sup>111</sup> *Idem*, p. 88.

<sup>112</sup> MATURANA, Humberto. Autopoieses, Structural Coupling, and Cognition: A History of These and Other Notions in the Biology of Cognition. *Cybernetics & Human Knowing*, v. 9, n. 3-4, p. 16-17, 2002.

equivocadamente pontificou Fukuyama – Luhmann também apontou-nos para o fim da história com a sua teoria dos sistemas sociais autopoieticos<sup>113</sup>. Ao contrário, o caleidoscópio da cultura jurídica reflexiva fornece múltiplas fontes de influência para uma sociedade de indivíduos caleidoscópicos<sup>114</sup> – ou, de acordo com Elias, de *homo apertus* e não de *homos clausus*<sup>115</sup>.

Assim como células pluripotentes irão se diferenciar em um *continuum* de vários tipos de células-tronco embrionárias, os argumentos constitucionais também têm o poder de diferenciação em múltiplas direções, combinando elementos de direito, economia, política e religião através de uma bricolagem ou uma fusão destas diversas implicações sociais sistemas. Portanto, não há necessariamente clausura normativa em um sistema *pluripoiético*, porque o que *deve ser* lícito/ilícito pode ser definido por uma combinação complexa de análise do que *deve ser* eficiente/ineficiente, apoiado/oposto, e acreditado/desacreditado. Neste cenário, o processo de tomada de decisão jurídica depende mais do comportamento reflexivo dos indivíduos caleidoscópicos, que negociam significado normativo e mediam os resultados legais, comunicando suas ideias jurídicas, econômicas, políticas e religiosas sobre o direito na sociedade. Portanto, o caleidoscópio da cultura jurídica reflexiva opera através do princípio de múltiplas reflexões, porque vários discursos sociojurídicos e fontes do pensamento jurídico constituem as comunicações normativas das operações internas do sistema jurídico. Como o sistema jurídico é normativamente aberto e não depende exclusivamente de um código autorreferencial de lícito/ilícito, comunicações feitas pela consciência dos indivíduos podem ser incorporadas no código normativo do sistema jurídico sem resultar em sua destruição.

---

<sup>113</sup> FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**. Penguin, 1992. Ver, por exemplo, THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. CUP, 2012.

<sup>114</sup> FRIEDMAN, Lawrence. Law, Lawyers, and Popular Culture. **Yale Law Journal**, v. 98, n. 8, p. 1.585-6, 1989. “*O indivíduo jurídico, como o indivíduo da cultura popular de hoje, não é para ser confundido com o ator pálido, econômico do século XIX, que sem humor, temente a Deus, trabalhador e ansioso; em vez disso, o indivíduo da contemporaneidade é uma pessoa autônoma cheia de vida; um indivíduo expressivo, um indivíduo caleidoscópico, um indivíduo de um milhão de opções de estilos, hábitos, cores, religiões, modos de vestir, cozinhas e preferências sexuais; um indivíduo cuja racionalidade, por assim dizer, vai muito além da racionalidade do século XIX e cujas necessidades e exigências expressas na vida e no direito são maiores e mais complexas*”.

<sup>115</sup> ELIAS, Norbert. **Civilizing process**. Blackwell, 2000; DUNNING, Eric; HUGHS, Jason; ELIAS, Norbert. **Modern Sociology**. Bloomsbury, 2013.

## 4 CONCLUSÃO

Neste capítulo, propus uma nova hipótese para observar os estados constitucionais contemporâneos a partir da perspectiva da teoria dos sistemas. Como explicado, teóricos do sistema, como Marcelo Neves, Andreas Fischer-Lescano, e Gunther Teubner partem da conceituação tradicional de autopoiese, acoplamento estrutural, e codificação autorreferencial. Eles desenvolveram teorias alternativas com base em *insights* de teoria social crítica pós-colonialista, da Escola de Frankfurt e do pós-estruturalismo francês. No entanto, a racionalidade transversal, a teoria crítica e fragmentação constitucional mantiveram a estrutura conceitual da teoria sistêmica tradicional desenvolvida por Niklas Luhmann. Este capítulo revisa esses conceitos tradicionais, propondo uma leitura contemporânea da teoria sistêmica do direito e sugerindo que podemos observar o Estado constitucional como um caso de agrupamento estrutural entre direito, política, economia e religião. E como o observador observa a contínua referência a vários elementos normativos dentro das operações internas do sistema jurídico, parece que qualquer demanda pode ter o poder de se diferenciar em várias direções normativas em um sistema jurídico *pluripoiético*. Além disso, o caleidoscópio de uma cultura jurídica reflexiva opera através de um princípio de múltiplas reflexões, emoldurando horizontes de significado normativo que acabarão por constituir uma fusão de horizontes – convidando indivíduos caleidoscópicos para pensar sobre o direito, negociar sentido normativo, e comunicar suas ideias, pensamentos e opiniões sobre o direito na sociedade contemporânea.

## 5 REFERÊNCIAS

- COTTERRELL, Roger. **Law, Culture, and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory**. Ashgate, 2006.
- DERRIDA, Jacques. **Acts of Religion**. Routledge, 2002.
- DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Hart, 2003.
- DUNNING, Eric; HUGHS, Jason; ELIAS, Norbert. **Modern Sociology**. Bloomsbury, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Hart, 1998.
- ELIAS, Norbert. **Civilizing process**. Blackwell, 2000.
- FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). **Law and Intersystemic: Understanding 'Structural Coupling'**. Ashgate, 2013.
- FISCHER-LESCANO, Andres. Systemtheorie als Kritische Gesellschaftstheorie. *In: AMSTUTZ, Marc; FISCHER-LESCANO, Andreas (Eds.). Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer Noermativen Theorie*. Transcript, 2013. p. 14-15.

- FORTES, Pedro Rubim Borges. A Responsabilidade Coletiva de Torcidas Organizadas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, v. 48, p. 211, 2013.
- \_\_\_\_\_. Das Brasilianische Sportfan-Gesetz: Eine Einführung für das deutsche Publikum. **Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung**, v. 32, n. 1, 2014.
- \_\_\_\_\_. How Legal Indicators Influence a Justice System and Judicial Behavior: The Brazilian National Council of Justice and 'justice in numbers'. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, v. 47, n. 1, p. 40, 2015.
- \_\_\_\_\_. The Law Relating to Brazilian Sports Fans: An Introduction for a British Audience. **Entertainment and Sports Law Journal**, v. 11, 2013.
- \_\_\_\_\_. The Phenomenon of Lucrative Illegality. **1 Oxford Socio-Legal Review**, 2015.
- \_\_\_\_\_. War and Peace Among Organized Support Groups: The Challenge of Ensuring Safety in Football Stadiums. **Cadernos FGV Projetos**, v. 8, p. 86, 2013.
- \_\_\_\_\_. We The Fans: Should International Football Have Its Own Constitution? **Southwestern Journal of International Law**, v. 21, Issue 1, p. 63, 2014.
- FRIEDMAN, Lawrence. Law, Lawyers, and Popular Culture. **Yale Law Journal**, v. 98, n. 8, p. 1585-6, 1989.
- FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**. Penguin, 1992.
- GADAMER, Hans Georg. **Truth and Method**. Continuum Impacts, 2004.
- GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). **Social and Political Foundations of Constitutions**. CUP, 2013.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions. *In*: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). **Social and Political Foundations of Constitutions**. CUP, 2013. p. 36.
- GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. OUP, 2014.
- HART, H. L. A. Positivism and the Separation between Law and Morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593, 1958.
- \_\_\_\_\_. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 55, n. 1, p. 44, 1941.
- \_\_\_\_\_. **The Pure Theory of Law**. Lawbook Exchange, 2009
- \_\_\_\_\_. **The Concept of Law**. 3. ed. OUP, 2012.
- KENNEDY, Duncan. American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist, 19. **Nova Law Review**, p. 909, 1994-1995.
- LACEY, Nicola. **A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream**. OUP, 2006.
- LATOUR, Bruno. **We have never been modern**. Harvard, 1993.
- LIANG, Gaoyang; ZHANG, Yi. Embryonic Stem Cell and Induced Pluripotent Stem Cell: An Epigenetic Perspective. **Cell Research**, v. 23, p. 49, 2013.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Verfassungslehre**. 3. ed. Mohr, 1975.
- LUHMANN, Niklas. Differentiation of Society. **The Canadian Journal of Sociology**, v. 2, n. 1, p. 35, 1977.
- \_\_\_\_\_. **Introduction to Systems Theory**. Polity, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Law as a Social System**. OUP, 2004.
- \_\_\_\_\_. Society, Meaning, Religion: Based on Self-Reference. **Sociological Analysis**, v. 46, n. 1, p. 15, 1985.
- \_\_\_\_\_. The Unity of the Legal System. *In*: TEUBNER, Gunther (Ed.). **Autopoietic Law – A New Approach to Law and Society**. De Gruyter, 1987. p. 13.

MATURANA, Humberto. Autopoieses, Structural Coupling, and Cognition: A History of These and Other Notions in the Biology of Cognition. **Cybernetics & Human Knowing**, v. 9, n. 3-4, p. 5-34, 2002.

\_\_\_\_\_. The Organization of the Living: A Theory of The Living Organization. **Int. J. Man-Machine Studies** 7, p. 313-332, 1975.

MATURANA, Humberto. Autopoieses, Structural Coupling, and Cognition: A History of These and Other Notions in the Biology of Cognition. **Cybernetics & Human Knowing**, v. 9, n. 3-4, p. 17, 2002.

MCCALLISTER, Lesley K. **Making Law Matter**: Environmental Protection & Legal Institutions in Brazil. Stanford University Press, 2008.

MITALIPOV, Shoukhrat. Totipotency, Pluripotency and Nuclear Reprogramming. **Adv Biochem Eng Biotechnol.**, v. 114, p. 185-6, 2009.

NEVES, Marcelo. **Comparing Transconstitutionalism in an Asymmetric World Society**. Adam Smith Research Foundation Working Paper Series. University of Glasgow 2015. n. 2.

\_\_\_\_\_. From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law. **Journal of Law and Society**, v. 28, n. 2, p. 242-64, 2001.

\_\_\_\_\_. **Transconstitutionalism**. Hart, 2013.

\_\_\_\_\_. **Verfassung und positivitàt des Rechts in der peripheren Moderne**: Eine Theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien. Duncker & humblot, 1992.

SCHMITT, Carl. **Political Theology**: Four Chapters on the Concepts of Sovereignty. University of Chicago Press, 2005; SCHMITT, Carl. **Political Theology II**: MÉSZÁROS, George. **Social Movements, Law and the Politics of Land Reform**: Lessons from Brazil. Routledge, 2013.

SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e Constituição: Os Limites da Hierarquia e as Possibilidades da Circularidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 6, p. 211-224, 2005

\_\_\_\_\_. **Constituições Cívicas e Regulação**: Autopoiese e Teoria Constitucional, Anais. CONPEDI, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspective Sistêmica. Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. O Processo de Diferenciação Funcional dos Direitos Fundamentais e a Necessária Conexão entre as Práticas Sociais e a Normatividade. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA Daniel Giotti de (Eds.). **Tratado de Direito Constitucional**: Constituição no Século XXI. Elsevier, 2014. v. 2.

STADTFELD, Matthias; HOCHEDLINGER, Konrad. Induced Pluripotency: History, Mechanisms, and Applications. **Genes & Development**, v. 24, p. 2239-2263, 2010.

SUGIMOTO, Kaoru; GORDON, Sean P.; MEYEROWITZ, Elliot M. Regeneration in plants and animals: dedifferentiation, transdifferentiation, or just differentiation? **Trends in Cell Biology**, v. 21, Issue 4, p. 212, 2011.

TAKAHASHI, Kazutoshi; TANABE, Koji; OHNUKI, Mari; NARITA, Megumi; ICHISAKA, Tomoko; TOMODA, Kiichiro; YAMANAKA, Shinya. Induction of Pluripotent Stem Cells from Adult Human Fibroblasts by Defined Factors. **Cell**, 131, 2007. p. 861-872.

\_\_\_\_\_; YAMANAKA, Shinya. Induction of Pluripotent Stem Cells from Mouse Embryonic and Adult Fibroblast Cultures by Defined Factors. **Cell**, 126, 2006. p. 663-676.

- TEUBNER, Gunther. A Constitutional Moment? The Logics of 'Hitting the Bottom'. *In*: KJAER, Paul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Eds.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Hart, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. OUP, 2012.
- \_\_\_\_\_. Legal Pluralism as a Form of Structural Coupling. *In*: FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). **Law and Intersystemic Communication: Understanding 'Structural Coupling'**. Ashgate, 2013. p. 358-360.
- THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. CUP, 2012.
- VARELA, F. G.; MATURANA, H. R.; URIBE, R. Autopoiesis: The Organization of Legal Systems, Its Characterization and a Model. **Cybernetics Forum**, v. 10, p. 8, 1981.
- WESTERN, Patrick. Foetal Germ Cells: Striking the Balance Between Pluripotency and differentiation. **The International Journal of Developmental Biology**, v. 53, p. 393-394, 2009.
- YU, Junying; VODYANIK, Maxim A.; SMUGA-OTTO, Kim; ANTOSIEWICZ-BOURGET, Jessica; FRANE, Jennifer L.; TIAN, Shulan; NIE, Jeff; JONSDOTTIR, Gudrun A.; RUOTTI, Victor; STEWART, Ron; SLUKVIN, Igor L.; THOMPSON, James A. Induced Pluripotent Stem Cell Lines Derived from Human Somatic Cells. **Science**, v. 318, 2007.



# FÉ E CONHECIMENTO NO DIREITO<sup>1</sup>

Ino Augsberg<sup>2</sup>

---

## I

Eu vou contar a vocês uma história sobre fé e conhecimento, e como eles se relacionam com o direito. “*Fé e Saber*” é, evidentemente, (o correspondente em português para) o título de uns dos primeiros escritos de Hegel, um ensaio publicado no *Kritisches Journal der Philosophie* em 1802<sup>3</sup>. Nesse ensaio, Hegel avalia minuciosamente o trabalho filosófico de Kant, Jacobi e Fichte. Segundo Hegel, os três têm em comum a tentativa de estabelecer uma distinção entre razão ou conhecimento, de um lado; e fé, do outro; assim libertando a filosofia de seu antigo papel de *ancilla theologiae*. Apesar dessa libertação parecer o clássico triunfo do pensamento iluminista sobre as trevas medievais, Hegel aponta o preço que teve de ser pago por essa manobra. Ao ser assim concebido, o pensamento filosófico deixa de ser estruturado para a descoberta da verdade absoluta. Um modo de pensar deliberadamente finito, voltado para a compreensão de objetos finitos de cognição. Para Hegel, ao abandonar sua dimensão teológica, a filosofia perdeu sua mais preciosa ambição. Ele nos confronta com os custos do que pode ser chamado de “secularização do pensamento”.

---

<sup>1</sup> Traduzido do inglês por Julia Nemirovsky.

<sup>2</sup> Formado em Direito, Filosofia, Literatura e História da Arte nas Universidades de Heidelberg e Freiburg. Doutor em Direito pela Universidade de Hamburg e doutor em filosofia pela Universidade de Freiburg. Livre-docente pela Universidade de Munique. Desde 2013 sucessor de Robert Alexy na cátedra de Teoria do direito e Direito Público na Universidade Cristian-Albrechts zu Kiel.

<sup>3</sup> Ver HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Glauben und Wissen oder die Reflexionsphilosophie der Subjektivität in der Vollständigkeit ihrer Formen als Kantische, Jacobische und Fichtesche Philosophie*. In: *id.*, *Sämtliche Werke*. Jubiläumsausgabe in zwanzig Bänden. Hermann Glockner (Ed.). **Erster Band**: Aufsätze aus dem kritischen Journal der Philosophie und andere Schriften aus der Jenenser Zeit, Stuttgart-Bad-Canstatt. 4. ed. Frommann, 1965, p. 277.

Quase dois séculos mais tarde, Jacques Derrida lança suas reflexões sobre religião sob o mesmo título hegeliano de “*Fé e Saber*”<sup>4</sup>. Partindo da questão sobre “como podemos ainda falar sobre religião”, ou sobre “uma” religião – num singular problemático –, Derrida ainda assim apresenta a religião como um fenômeno cuja força vinculante não pode ser considerada apenas como uma sobra ou como um resto anacrônico, que a sociedade moderna irá gradualmente superar. Apesar de, muitas vezes, ser relacionada com conforto e segurança, nada é certo na religião, muito menos o conceito de religião em si. Assim, a distinção aparentemente clara entre fé e conhecimento desmorona.

Nessa mesma linha, eu analisarei cuidadosamente o tema “fé e conhecimento” com um olhar sobre o direito e sobre a discussão da certeza jurídica, em particular, avaliando se devemos reconstruir esse debate de forma diversa se levarmos em conta que a certeza é não apenas uma questão científica, mas também teológica. Num primeiro passo, eu analiso esforços pretéritos e presentes que pretenderam lidar com a incerteza. Construindo uma genealogia dos conceitos e identificando um modelo em três etapas, eu então questiono se as soluções elaboradas até o momento são de fato satisfatórias ou se precisam ser suplementadas por novos aspectos, que podem ser chamados de *autopistia* jurídica. Assim, o desenvolvimento descrito até então pode ser confrontado com algo como “o retorno dos reprimidos”.

Entretanto, esse retorno não deve ser mal interpretado como o episódio final de um processo histórico. Uma análise mais cuidadosa vai demonstrar que esse conceito de retorno não implica o encerramento de uma evolução. Ao contrário, o retorno ocorre antes e sempre, em cada uma das etapas do modelo. E ao fazê-lo, parece subverter qualquer ideia de desenvolvimentos lineares. Ainda assim, isso seria outra má compreensão, tanto do fenômeno em questão, quanto das minhas intenções a respeito dele. O conceito não tem por objetivo desacreditar a narrativa genealógica que é, evidentemente, um modo simplificado de contar a história e, assim, lidar com a incerteza. Eu não pretendo furtrar a crença depositada nesse tipo de história. Muito ao contrário: como mencionado acima, eu não vou apenas contar a minha própria história. O que pergunto é por que podemos e, mais importante, por que precisamos acreditar em nossas próprias histórias. Que tipo de fé nós devemos investir nessas histórias para torná-las críveis a nós mesmos? Em suma, nas páginas seguintes, eu questionarei a dimensão religiosa da certeza jurídica.

---

<sup>4</sup> Ver DERRIDA, Jacques. Faith and Knowledge. The Two Sources of ‘Religion’ at the Limits of Reason Alone. In: *id.*, ANIJAR, Gil (Ed.). *Acts of Religion*. New York: Routledge, 2002.

## II

Eis, então, a minha história. Historicamente falando – ou, “era uma vez”, se preferir –, uma busca pela certeza foi inaugurada como o resultado da filosofia que tinha como ponto de partida a teologia. A certeza se tornou um tema filosófico, uma vez que a ideia de mundo como um *kosmos* bem estabelecido, uma *ordo* na qual tudo é colocado em seu devido lugar por um criador benigno, não era mais dada como certa. Assim, uma das causas básicas do racionalismo moderno, proeminentemente introduzida por René Descartes (e, na filosofia política, por Thomas Hobbes), era uma forte desconfiança frente às ficções escolásticas tradicionais<sup>5</sup>. Na visão desses autores, a racionalização implicava que a validade dos argumentos não deveria mais ser considerada à luz da autoridade, mas sim na avaliação de cada fenômeno particular. Desse modo, a filosofia racional estabelecia-se como um movimento duplo. Por um lado, apresentava um problema que, de uma perspectiva escolástica, simplesmente não existia. Para uma filosofia profundamente enraizada em crenças religiosas, a certeza mal poderia ser considerada um problema. Uma referência do tipo *credo quia absurdum est* poderia encerrar qualquer discussão. E, por outro lado, o racionalismo apresentava uma solução para o problema que ele próprio criara: a busca da certeza era introduzida como a busca por mais e melhor conhecimento. Superando doutrinas e convicções escolásticas, os racionalistas viam a incerteza como um *déficit* cognitivo que apenas o conhecimento poderia – e, de fato, iria – curar. Nessa linha, era necessário apenas construir bases sólidas para nossos processos cognitivos, algo que conheçamos com uma certeza que jamais poderia ser questionada. Nós precisamos, na famosa passagem de René Descartes, de uma fundação *quod certum est et inconcussum*<sup>6</sup>. Uma vez que esse fundamento sólido é estabelecido, todo o restante seguiria naturalmente. Seremos capazes de erguer os complexos edifícios de diferentes ciências, cujo desenvolvimento gradual nos permitirá, algum dia, encontrar soluções para qualquer problema imaginável. Ao agir assim, a humanidade deveria finalmente preencher um imperativo expresso logo no início da bíblia. Ela se torna-

<sup>5</sup> Ver HOBBS, Thomas. *Leviathan*. C. B. Macpherson (Ed.). London: Penguin Books, 1985. Fourth Part, Chapter 46: Of Darknesse from Vain Philosophy, and Fabulous Traditions.

<sup>6</sup> DESCARTES, René. *Meditationes de prima philosophia, in quibus Dei existentia, & animae humanae a corpore distinctio demonstrantur*. In: *id.*, *Œuvres*. Ed. Charles Adam & Paul Tannery, v. VII, Paris: Cerf, 1904, 1, 25.

ria, para citar mais uma vez Descartes, “*maîtres & possesseur de la Nature*”<sup>7</sup>.

Essa referência bíblica põe à mostra uma característica específica da filosofia de Descartes. Um olhar mais atento revela que conceitos teológicos ainda desempenhavam um papel decisivo em seu pensamento. Em contraste com suas próprias ambições iniciais, em Descartes, a cognição não é concebida apenas dentro dos limites da razão. Para possibilitar o salto necessário à conexão entre o fundamento inabalável do *ego cogito cogitatum* e a constatação de que o mundo é, de fato, o que pensamos que ele seja – em outras palavras, tomar a *cogitata* como uma representação da realidade – o criador benigno volta à cena<sup>8</sup>.

Sob essa perspectiva, Kant aparentemente teve sucesso onde Descartes falhou, regressando a conceitos tradicionais. Na questão de abertura de sua filosofia, Kant segue o exemplo cartesiano. Perguntando e explicando como julgamentos sintéticos apriorísticos se apresentam possíveis, Kant defende a certeza na cognição humana, contra o argumento empirista de que todo o conhecimento é baseado apenas em probabilidade. E mais: se a busca da certeza em Descartes excluía o campo da filosofia moral, deixando-nos apenas com algumas indicações pragmáticas de “*moral par provision*”, Kant expande a busca filosófica da certeza para incluir também questões morais. Tanto na filosofia prática quanto na teórica, suas soluções são igualmente rigorosas. Enquanto Descartes ainda confiava em conceitos teológicos, Kant rompe todas as relações remanescentes entre teologia e filosofia. A famosa declaração de que o campo da filosofia só deveria limitar-se para deixar espaço para a fé é, exatamente, a expressão positiva de que, para Kant, questões teológicas não são mais um tópico de pensamento filosófico. Para garantir a verdade objetiva na cognição humana, a teologia é descartada. Dentro apenas dos limites da razão, as questões mais fundamentais somente podem ser descritas de modo negativo. E é precisamente nesse ponto que a crítica de Hegel entra em cena<sup>9</sup>.

Analisando com ainda maior cuidado a obra de Kant, encontramos também em sua filosofia prática e teórica um certo tipo de fé. A ra-

<sup>7</sup> DESCARTES, René. Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la verité dans les sciences. In: *id.*, **Œuvres**. Ed. Charles Adam & Paul Tannery, vol. VI, Paris: Cerf, 1902, 1, 62.

<sup>8</sup> Ver DESCARTES, **Meditationes de prima philosophia**, *supra* note 4, at 90: “*quod Deus non sit fallax, sequitur omnino in talibus me non falli.*”

<sup>9</sup> Ver KANT, Immanuel. Kritik der reinen Vernunft, 2. ed. 1787. In: **Kant's Werke**. Ed. Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Bd. III, Berlin: Georg Reimer, 1911.

ção é apresentada como o reino dos postulados e das hipóteses que devemos pressupor, apesar de não podermos jamais comprovar sua existência. A razão pura implica uma dimensão de “como se fosse” que deve ser pressuposta para, assim, garantir o conhecimento. Dessa forma, as fronteiras aparentemente nítidas entre fé e conhecimento tornam-se imprecisas.

Eu retornarei à questão teológica mais adiante. Por ora, gostaria de chamar a atenção para um diferente desvio na evolução da certeza enquanto conceito filosófico. À primeira vista, o otimismo de Descartes de que, por meio do pensamento racional, a humanidade finalmente se tornaria senhora da natureza não durou muito. Sequer foi preciso um terremoto para destruir essa crença. O que se provou marcadamente resistente foi a noção subjacente de ciência como um desenvolvimento linear. Concebida desse modo, a ciência apareceu como o processo que, pouco a pouco, sempre incrementaria o conhecimento humano acerca do mundo. E com esse contínuo aumento do conhecimento, todas as inquietantes incertezas ainda existentes iriam gradualmente desaparecer. Com base em descobertas científicas confiáveis, o processo decisório das sociedades não surgiria mais como uma questão de contingência do irracional, e sim como um processo completamente racional. A fé de Descartes no progresso científico seguia firme.

### III

Foi apenas no final do século XIX, ou mesmo no início do século XX, que esse conceito de confiança geral no conhecimento como meio para solução de problemas começou a desmoronar. Por um lado, tornou-se evidente que o crescimento acelerado do conhecimento não reduzia as dificuldades cognitivas. Em contraste, a cada novo achado e a cada nova descoberta sobre problemas antigos, imediatamente levantavam-se novas questões – questões que, de fato, sequer poderiam ser imaginadas ou trabalhadas pelos cientistas antes das descobertas mais recentes. Por outro lado, e talvez com maior relevância, a ideia central de que o conhecimento científico evolui de modo contínuo e linear foi questionada. A teoria moderna da ciência foi a responsável por esse processo. Ela demonstrou que o progresso científico surge mais como a ruptura de linhas argumentativas, do que como um contínuo caminhar em trilhas bem marcadas por perspectivas já estabelecidas. De acordo com essas novas explanações teóricas, a compreensão científica não evolui a passos curtos, e sim em grandes saltos. Os mais relevantes progressos científicos ocorreram devido a invenções que romperam paradigmas, ou seja, porque alguns cientis-

tas tiveram a coragem de desafiar e alterar questões e perspectivas gerais em determinados campos de pesquisa, colocando, assim, todas as presunções pretéritas de cabeça para baixo, desacreditando seus achados mais distintos ou comumente aceitos<sup>10</sup>.

Com o pano de fundo desta análise, torna-se claro que, o que num primeiro olhar pareceria a chance de superar a constante ameaça de que nossa existência social fosse meramente uma questão contingente, numa segunda análise apresenta-se como uma descoberta perturbadora: a sociedade moderna é contingente justamente por ser fundada no conhecimento, e não apesar disso. Se o próprio conhecimento depende de perspectivas e de paradigmas, ele não poderia servir de remédio para a necessidade de se decidir questões sobre fundamentos incertos e sem conhecer, com certeza, quais consequências podem decorrer dessas decisões.

E mais, a teoria moderna da ciência explicou por que nenhuma observação é verdadeiramente “objetiva”, sempre dependendo do observador e de seu posicionamento. Ao afirmar que em toda observação permanecem pontos cegos que jamais poderão ser observados, essa abordagem teórica confirmou, novamente, que mais conhecimento não reduz a incerteza. Na melhor das hipóteses, ela desloca a incerteza de um lugar para outro. Nessa perspectiva, a ciência não é mais a cura que ajuda a remediar a incerteza. Ao contrário, a própria ciência é a fonte básica de uma eterna e, de fato, crescente incerteza. Assim, uma vez mais ciência e conhecimento não poderiam ser concebidos como baluartes contra a incerteza e o risco. Essa perspectiva nos permite entender porque a denominação comum da sociedade moderna como sociedade do conhecimento e também como sociedade do risco não descreve fenômenos opostos. Em vez disso, essas denominações falam de dois lados de uma mesma moeda<sup>11</sup>.

#### IV

No que diz respeito a técnicas jurídicas específicas que vão nos ajudar a lidar com a incerteza, tem-se que a primeira noção de incerteza

---

<sup>10</sup> Ver FLECK, Ludwik. **Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache**. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv, Basel: Benno Schwabe & Co., 1935 (reimpressão: Frankfurt/M: Suhrkamp, 1980); KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.

<sup>11</sup> Ver LUHMANN, Niklas. Entscheidungen in der “Informationsgesellschaft”. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (Eds.). **Reform und Innovation in einer unstablen Gesellschaft**. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2005, p. 27.

como falta de conhecimento exige estratégias jurídicas deliberadamente voltadas para a produção e proliferação do conhecimento. O direito, já foi dito, teve que se tornar um “direito aprendiz”, ou seja, um direito que deliberadamente aumenta suas capacidades cognitivas de modo a compreender e, assim, dar conta de todas as inovações em curso no moderno ambiente que o cerca<sup>12</sup>.

Em contraste, a segunda perspectiva sobre o relacionamento entre conhecimento e incerteza revela que essa estratégia jamais cumprirá inteiramente suas promessas. Ainda que questione a cura, ela não questiona o diagnóstico fundamental de que a incerteza é um problema, que devemos superar de uma forma ou de outra. A diferença é, unicamente, que a solução não pode mais ser encontrada especificamente num sistema de gerenciamento do conhecimento jurídico. Uma vez que o conhecimento não pode mais garantir certeza, porém a certeza continua sendo o que buscamos para a construção de uma ordem social robusta, faz-se necessário um substituto, um equivalente funcional à nossa antiga confiança na produção do conhecimento. Em outras palavras, precisamos de um mecanismo social que, apesar de não ser baseado no conhecimento, sirva ao mesmo propósito de conferir bases sólidas aos processos decisórios sociais.

Essa técnica social específica foi primeiramente descrita nas análises sociológicas das organizações. Nesse contexto, tornou-se conhecida pela nomenclatura de “*absorção da incerteza*”<sup>13</sup>. Um olhar mais próximo no campo jurídico revela que o direito também oferece exemplos particularmente ricos dessa forma de lidar com a incerteza<sup>14</sup>. No direito, a operação básica de absorção da incerteza constitui, primeiramente, a identificação de um déficit cognitivo e, posteriormente, o seu preenchimento – ainda que não por meios cognitivos, e sim normativos. A forma mais evidente e explícita de se fazer isso é a criação de fatos confiáveis por meio de ficções jurídicas. Assim, o próprio direito prescreve como devemos compreender a realidade na qual o direito deve ser aplicado. Porém, ficções jurídicas são apenas a ponta do iceberg. Há muitos outros exemplos. Como fica sugerido por sua origem na sociologia das organizações, uma forma proeminente de absorver a incerteza é a

---

<sup>12</sup> Ver LADEUR, Karl-Heinz. **Postmoderne Rechtstheorie**. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

<sup>13</sup> Ver MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Organizations**. New York: John Wiley, 1958. p. 165. Mais detalhadamente, LUHMANN, Niklas. **Organisation und Entscheidung**. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2000. 183 *et seq.*

<sup>14</sup> Ver AUGSBERG, Ino. **Informationsverwaltungsrecht**. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen. Tübingen: Mohr, 2014, chapter 7, 237 *et seq.*

autoridade, e de uma perspectiva organizacional, isso significa hierarquia. Uma ordem estritamente hierárquica, uma cadeia de comando, possibilita que uma organização confie em decisões, sem questionar a suficiência de sua fundamentação racional. Algumas decisões simplesmente precisam ser aceitas como vinculantes, não por conta da demonstração suficiente de suas boas razões, e sim porque alguém, no topo da cadeia hierárquica, assim determinou. Desse modo, a autoridade pode ser definida como o poder de decidir, sem a obrigação de dar bons fundamentos para tanto<sup>15</sup>. A competência se torna um critério formal, não material: ela reflete um status, não uma habilidade ou uma *expertise*. De um certo ponto de vista, a autoridade pode parecer uma forma puramente irracional de exercício do poder. E ainda que se compreenda a função da racionalidade como uma forma de viabilizar e de estabilizar processos decisórios complexos, o que parecia irracional acaba se apresentando, simplesmente, como uma outra forma de racionalidade

Outra maneira típica de absorção da incerteza no sistema jurídico é algo que eu chamaria de temporalização, isto é, a clássica forma com que o direito lida com o tempo. Nessa perspectiva, tanto a tradição de *civil law* quanto de *common law* adotam a mesma técnica. No direito, novas decisões não apenas podem, como devem, ser baseadas em decisões pretéritas, sejam elas judiciais ou legislativas. Ao decidir um novo caso, o juiz de plantão – ou qualquer outra pessoa na posição de aplicação do direito – não pode, nem deve, questionar e reavaliar todos os pontos fundamentais do caso. Ao contrário, deve aceitar certas presunções já consagradas em precedentes e na legislação.

Todas essas técnicas têm em comum o fato de considerarem a incerteza como um obstáculo ou impedimento ao processo decisório. Enquanto não conseguimos garantir certeza, no sentido de um conhecimento inabalável, ainda precisamos encontrar maneiras de nos livrarmos das dificuldades impostas pela incerteza. Nesse contexto, a bem conhecida metodologia da ponderação de interesses pode funcionar também como um exemplo de absorção da incerteza. Nessa virada cognitiva, a ideia de sopesar princípios concorrentes reafirma que a incerteza pode aparecer nos dois pratos da balança. E mais, a dimensão da incerteza, isto é, a probabilidade de que uma violação a interesses legalmente protegidos efetivamente ocorrerá, constitui o peso respectivo de cada um dos princípios em jogo. Obviamente, essa técnica parte da presunção de que, apesar de não sermos capazes de substituir incertezas por conhecimento, podemos

---

<sup>15</sup> Ver BAECKER, Dirk. Zum Problem des Wissens in Organisationen. In: *id.*, **Organisation als System**. Aufsätze, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1999, p. 68 e 72.

estimar sua dimensão e, assim, equilibrá-los. Dessa forma, mais uma vez a incerteza é considerada como o problema fundamental a ser resolvido pela metodologia jurídica.

## V

Em oposição a tais perspectivas, o terceiro passo na evolução do gerenciamento da incerteza não mais a enxerga como um obstáculo à criação de uma ordem social. Ao contrário, ela reconhece a incerteza como uma precondição necessária ao processo decisório. Apenas questões que deixam espaço para mais de uma opção podem ser de fato decididas. Tradicionalmente, essa possibilidade de variação constitui o resultado da incerteza. Em contraste, se um determinado caso não guarda em si qualquer incerteza, não há nada mais a ser decidido. Nessas circunstâncias, o que antes era chamado de decisão, passa a ser substituído por um mero ato de conhecimento. Em vez de escolher entre diferentes opções, deve-se apenas encontrar a resposta certa para o problema cognitivo de saber o que precisa ser feito para se atingir determinado objetivo. De modo oposto a esse processo cognitivo, o processo decisório se apresenta como um paradoxo: *“apenas questões que, em princípio, não podem ser decididas podem, por fim, serem decididas de fato”*<sup>16</sup>.

Até aqui, a terceira perspectiva sobre a incerteza apenas descreve um critério que distingue cognição e decisão. Como esses critérios podem ser igualmente aplicados também às demais perspectivas, esse terceiro passo parece agregar pouco à discussão. Porém, tal movimento decisivo não depende do “que” ou de “como” essa diferença é apresentada. O que realmente conta é como a terceira perspectiva trata das duas estratégias opostas. Ela reconhece uma certa precedência do processo decisório sobre soluções cognitivas, afirmando não ser desejável substituir decisão por conhecimento em todas as áreas ou atividades humanas. Ao contrário, algumas esferas sociais apenas funcionarão bem enquanto houver incerteza suficiente e espaço para tomadas de decisão<sup>17</sup>.

Dois exemplos reveladores dessa visão são a economia e a democracia. No momento em que a economia deixar de ser uma questão de incerteza, e todas as suas questões puderem ser respondidas por meios

---

<sup>16</sup> FOERSTER, Heinz von. Ethics and Second-Order Cybernetics. **Cybernetics and Human Knowing**, v. I, n. 9, p. 14, 1992.

<sup>17</sup> Ver AUGSBERG, Ino. Einleitung: Ungewissheit als Chance – eine Problemskizze. In: *id.* (Ed.). **Ungewissheit als Chance**. Perspektiven eines produktiven Umgangs mit Unsicherheit im Rechtssystem, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, 1.

científicos satisfatórios, o mercado econômico deixará de existir. Ele se sustenta na ignorância de todos os participantes – que podem especular, mas jamais sabem ao certo se suas expectativas se tornarão verdadeiras<sup>18</sup>. Do mesmo modo, a existência da democracia sugere que as decisões políticas não são uma questão de verdade e, portanto, não podem ser decididas de acordo com uma escala de falso ou verdadeiro. Caso contrário, a legitimidade democrática teria que ser deixada de lado, abrindo espaço para uma *expertise* científica. Sob essa ótica, a invenção da democracia acarreta o abandono de todas as formas clássicas de certeza, substituindo-se ordem e harmonia social preconcebidas por um conflito permanente<sup>19</sup>.

Um terceiro exemplo dessa perspectiva é o direito<sup>20</sup>. Após o declínio do positivismo jurídico do final do século XIX, a aplicação do direito não pode mais ser vista como um processo puramente lógico. Decidir um caso não significa simplesmente fazer uso de métodos dedutivos que vão automaticamente partir de conceitos gerais para alcançar decisões singulares. Ao contrário, aplicar o direito significa partir de certas precondições para chegar a um novo *status*, num processo que não pode ser reconstruído apenas com silogismos. Ele se manifesta como uma espécie de salto. De acordo com Carl Schmitt, toda decisão jurídica guarda em si um elemento de *creatio ex nihilo*<sup>21</sup>. No direito, existe sempre algo que não pode ser previsto. Mais uma vez, essa falta de predeterminação, que pode ser vista como a incerteza constitutiva do direito, não é um déficit, e sim uma necessidade. Se o direito fosse uma mera questão de inferência lógica, ele perderia seu caráter dinâmico e sua capacidade de lidar com novos e emergentes fenômenos sociais. Ele não seria mais capaz de reagir a desenvolvimentos recentes do mundo moderno.

Assim, o gerenciamento da incerteza não pode mais significar a busca de maneiras de evitá-la ou contorná-la. Levando em conta seus aspectos positivos, nós também temos que procurar mecanismos para preservar e, até mesmo, talvez, incrementar e multiplicar a incerteza<sup>22</sup>. No meio jurídico, talvez o mecanismo mais proeminente para lidarmos com a

---

<sup>18</sup> Ver ESPOSITO, Elena. **Die Fiktion der wahrscheinlichen Realität**. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 2007, p. 100 *et seq.*

<sup>19</sup> Ver LEFORT, Claude. The Question of Democracy. In: *id.*, **Democracy and Political Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988, p. 9.

<sup>20</sup> Ver AUGSBERG, **Informations verwaltungsrecht**, *supra* note 12, p. 241 *et seq.*

<sup>21</sup> Ver SCHMITT, Carl. **Politische Theologie**. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 7. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 36 *et seq.*, in particular p. 37 *et seq.*: “Do ponto de vista normativo, a decisão surge do nada” (“Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren”).

<sup>22</sup> Ver AUGSBERG, **Informations verwaltungsrecht**, *supra* note 12, p. 259 *et seq.*

incerteza seja o da responsabilidade civil. Ao criar novos riscos financeiros que suplementam riscos factuais, a responsabilidade não apenas se opõe à incerteza. Em um movimento duplo, ela reproduz e distribui a incerteza entre as diferentes partes em ação. Nesse sentido, ela não trata apenas da proteção do consumidor. Ao tornar um dano a interesse social algo financeiramente calculável – em alguns casos, de modo explicitamente limitado – a responsabilidade civil acaba funcionando como um incentivo a empreendimentos arriscados, seja no campo da ciência ou da economia. E quanto à dimensão temporal do direito, uma perspectiva orientada pelo futuro deve substituir a velha primazia do passado. Agora, o que conta no processo decisório é a sua abertura a novas possibilidades.

## VI

De um ponto de vista fenomenológico, a constatação de que o direito se baseia na incerteza parece bastante correta. Porém, uma segunda análise deixa claro que se trata de uma versão domada ou domesticada de incerteza – uma incerteza cuja inevitável estranheza se esconde por detrás dos efeitos benéficos que ela mesma produz. Ao reconhecer a incerteza, o terceiro e, aparentemente, último estágio da nossa análise ainda tenta fugir de seus elementos mais perturbadores. Ele não ousa ver a incerteza como um fantasma assustador cuja aparência e cujas ações nunca podem ser previstas.

Assim, numa perspectiva normativa, a constatação da incerteza impõe alguns questionamentos. Como podemos confiar nesse tipo de decisão, se seus resultados são obscuros e imprevisíveis? Como podemos estar certos de que o que essas decisões engendram pode ainda ser chamado de direito? Se existe um salto necessário entre as precondições jurídicas e os resultados efetivos de uma decisão, como podemos saber se esses resultados ainda se inserem no sistema jurídico e não, por exemplo, na política ou na economia? E mais importante: podemos aceitar o papel decisivo que a incerteza jurídica desempenha e ainda crer que a principal função social do direito é a estabilização de expectativas normativas? Como o direito pode estabilizar qualquer coisa se todas suas estruturas e operações são necessariamente instáveis?

Obviamente, a metodologia jurídica se apresenta como uma forma de lidar com esse problema. Ainda assim, ela não afasta a constatação de que toda decisão jurídica deve trazer em si alguma incerteza. Caso contrário, não poderá ser vista como uma decisão (no sentido mais profundo da palavra) e, portanto, como parte de um sistema jurídico dinâmico. A

metodologia jurídica pode apenas escamotear essa situação, simulando a existência de apenas uma resposta certa para cada questão. Mas isso não resolve o problema central: como garantir que a incerteza com a qual temos que lidar permaneça, ainda, como uma incerteza jurídica?

Em trabalhos anteriores, tentei elaborar essa questão por meio da avaliação do direito como texto<sup>23</sup>. Nesse sentido, nem toda nova decisão jurídica segue necessariamente as decisões anteriores. Ainda que, para pertencer ao sistema jurídico, ela tenha que estar entremeada com decisões pretéritas e, mais importante, com possíveis decisões futuras. A textualidade como uma característica primária do direito implica a impossibilidade de confiarmos no sentido vertical de sua racionalidade, isto é, na busca e identificação de fundamentos normativos sólidos para o processo decisório. Se ainda quisermos falar na racionalização do direito, ela deve ser horizontal, uma racionalidade relacional que vai tecendo suas decisões em uma rede que, por conta de seu caráter necessariamente incerto, é sempre aberta. Assim, a segurança jurídica passa a ser um conceito relativo e dinâmico.

O que eu gostaria de adicionar hoje a essa noção textual de racionalidade jurídica é a ideia de que lidar com a incerteza, por meio de um direito que seja uma rede aberta, pressupõe algo que eu chamaria – na falta de uma palavra melhor e devido ao retorno dos reprimidos – pelo nome de um conceito originalmente teológico. Sem referências externas, sem *fundamentum inconcussum* em que se possa basear suas estruturas e operações, o direito não tem outra opção senão confiar em si mesmo. Apenas o direito determina aquilo que pode ou não ser considerado direito. Foi essa autorreferência decisiva que Niklas Luhmann – adotando um conceito originalmente desenvolvido por Humberto Maturana – denominou de *autopoiesis* do sistema jurídico<sup>24</sup>. Entretanto, talvez a expressão *autopoiesis* seja uma muito centrada no caráter material da recriação do sistema e de seus elementos, isso é, dos múltiplos atos de comunicação jurídica. Em contraste, o que precisamos é de um conceito que enfatize o caráter “espiritual” do direito, seu senso de coerência, que não pode ser comprovado mas apenas aceito, para que o direito funcione e cumpra sua função social. (Entre parêntesis, eu gostaria de acrescentar que ao opor

<sup>23</sup> Ver AUGSBERG, Ino. **Die Lesbarkeit des Rechts**. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2009; *id.*, Reading Law. On Law as a Textual Phenomenon, **Law & Literature** 22, p. 369, 2010.

<sup>24</sup> Ver LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme**. Grundriß einer allgemeinen Theorie. 4. ed. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1994, p. 60 *et seq.*; *id.*, **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1993, p. 30.

essas duas ideias não pretendo revitalizar a clássica distinção paulina entre letra e espírito. Ao contrário, como em análises anteriores, quero enfatizar que o conceito textual de racionalidade jurídica subverte essa distinção<sup>25</sup>. O conceito de “rede” refere-se a ambos aspectos. Ainda que não signifique que tais elementos formarão um híbrido comum, ou mesmo que desaparecerão por completo).

De modo interessante, ao rejeitar a noção de que o direito seria um processo puramente lógico, Eugen Ehrlich afirma que “*um sistema jurídico no qual não acreditamos é impossível*”<sup>26</sup>. Enquanto Ehrlich refere-se a esse ponto apenas de forma negativa – uma vez que a crença na lógica jurídica foi esfacelada, nenhum juiz pode mais acreditar em suas falsas promessas –, eu gostaria de dar à sua afirmativa um caráter positivo. Uma rede dinâmica de operações entrelaçadas, denominada “direito horizontal”, precisa de algum tipo de equivalente funcional à construção vertical garantida pela fundamentação baseada na razão. O direito não pode apenas praticar sua autopoiese. Ele precisa crer nos efeitos benéficos de seus resultados.

Portanto, eu gostaria de sugerir que o conceito de autopoiese seja suplementado por um conceito que, tomando emprestado o termo da teologia, pode ser chamado de *autopistis*. Em seu contexto teológico original, *autopistis* significa algo como a “autoautenticação” da escritura<sup>27</sup>. Ela se refere a um tipo de interpretação que não busca qualquer autoridade externa que legitime sua leitura. Da mesma forma, um direito autorreferente, concebido como um texto, não deve se referir a qualquer garantia extrajurídica para viabilizar seu contínuo processo de autointerpretação. E, ainda, ele não deve tomar essa sua capacidade como um dado. Nesses termos, o direito deve ser doutrinário e deve acreditar em suas próprias doutrinas. Ainda que ele abandone sua fé no conhecimento, não deve abandonar seu conhecimento acerca da fé, como uma importante fonte a garantir a realização de processos decisórios sociais. Em contraste com a teologia, e em oposição também aos esforços de Hegel, um modo de pensar pós-moderno e deliberadamente finito não pode sequer tomar sua

<sup>25</sup> Ver LADEUR, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino. The Letter Kills, But the Spirit Gives Life? On the Relevance of Jewish Concepts of Law for Postmodern Legal Theory. *Journal of Law and Religion* XXVI, p. 427, 2010-11; AUGSBERG, Ino. Was heißt *Textuales Rechtsdenken*? In: LÜDEMANN, Susanne; VESTING, Thomas (Ed.). **Was heißt Deutung?** München: Wilhelm Fink, 2015 (no prelo).

<sup>26</sup> EHRLICH, Eugen. **Juristische Logik**. Tübingen: Mohr (Siebeck), 1918, p. 301: “*Eine Jurisprudenz, an die wir nicht glauben, ist unmöglich*”.

<sup>27</sup> Ver, por ex., WILLEM VAN’T SPIJKER, Calvin. **A Brief Guide to his Life and Thought**. Louisville: Westminster John Knox Press, 2009. p. 134.

própria fé como algo natural. Nessa perspectiva, a busca do direito por autopistas é apenas a expressão de mais um movimento reflexivo que, ao contrário deste texto, jamais chegará ao fim.

## REFERÊNCIAS

- AUGSBERG, Ino. **Die Lesbarkeit des Rechts**. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2009.
- \_\_\_\_\_. Einleitung: Ungewissheit als Chance – eine Problemskizze. *In: id.* (Ed.). **Ungewissheit als Chance**. Perspektiven eines produktiven Umgangs mit Unsicherheit im Rechtssystem, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, 1.
- \_\_\_\_\_. **Informationsverwaltungsrecht**. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen. Tübingen: Mohr, 2014, chapter 7, 237 *et seq.*
- \_\_\_\_\_. Reading Law. On Law as a Textual Phenomenon, **Law & Literature** 22, p. 369, 2010.
- \_\_\_\_\_. Was heißt *Textuales Rechtsdenken*? *In: LÜDEMANN, Susanne; VESTING, Thomas* (Ed.). **Was heißt Deutung?** München: Wilhelm Fink, 2015.
- BAECKER, Dirk. Zum Problem des Wissens in Organisationen. *In: id.*, **Organisation als System**. Aufsätze, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1999.
- DERRIDA, Jacques. Faith and Knowledge. The Two Sources of ‘Religion’ at the Limits of Reason Alone. *In: id.* ANIJAR, Gil (Ed.). **Acts of Religion**. New York: Routledge, 2002.
- DESCARTES, René. Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la verité dans les sciences. *In: id.*, **Œuvres**. Ed. Charles Adam & Paul Tannery, vol. VI, Paris: Cerf, 1902.
- DESCARTES, René. Meditationes de prima philosophia, in quibus Dei existentia, & animae humanae a corpore distinctio demonstrantur. *In: id.*, **Œuvres**. Ed. Charles Adam & Paul Tannery, v. VII, Paris: Cerf, 1904.
- EHRlich, Eugen. **Juristische Logik**. Tübingen: Mohr (Siebeck), 1918.
- ESPOSITO, Elena. **Die Fiktion der wahrscheinlichen Realität**. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 2007.
- FLECK, Ludwik. **Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache**. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv, Basel: Benno Schwabe & Co., 1935 (reimpressão: Frankfurt/M: Suhrkamp, 1980).
- FOERSTER, Heinz von. Ethics and Second-Order Cybernetics. **Cybernetics and Human Knowing**, v. I, n. 9, p. 14, 1992.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Glauben und Wissen oder die Reflexionsphilosophie der Subjektivität in der Vollständigkeit ihrer Formen als Kantische, Jacobische und Fichtesche Philosophie. *In: id.*, Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in zwanzig Bänden. Hermann Glockner (Ed.). **Erster Band**: Aufsätze aus dem kritischen Journal der Philosophie und andere Schriften aus der Jenenser Zeit, Stuttgart-Bad-Canstatt. 4. ed. Frommann, 1965.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan**. C. B. Macpherson (Ed.). London: Penguin Books, 1985.

- KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*, 2. ed. 1787. In: **Kant's Werke**. Ed. Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Bd. III, Berlin: Georg Reimer, 1911.
- KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.
- LADEUR, Karl-Heinz. **Postmoderne Rechtstheorie**. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.
- LADEUR, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino. The Letter Kills, But the Spirit Gives Life? On the Relevance of Jewish Concepts of Law for Postmodern Legal Theory, **Journal of Law and Religion** XXVI, p. 427, 2010-11.
- LEFORT, Claude. The Question of Democracy. In: *id.*, **Democracy and Political Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988.
- LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1993.
- \_\_\_\_\_. Entscheidungen in der "Informationsgesellschaft". In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (Eds.). **Reform und Innovation in einer instabilen Gesellschaft**. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Organisation und Entscheidung**. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Soziale Systeme**. Grundriß einer allgemeinen Theorie. 4. ed. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1994, 60 *et seq.*;
- MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Organizations**. New York: John Wiley, 1958.
- SCHMITT, Carl. **Politische Theologie**. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 7. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- WILLEM VAN'T SPIJKER, Calvin. **A Brief Guide to his Life and Thought**. Louisville: Westminster John Knox Press, 2009.



# ESPAÇOS JURÍDICOS E A TERRITORIALIDADE DO DIREITO ESTATAL

*Samuel Barbosa*<sup>1</sup>

---

1. A categoria de “espaço jurídico” é um importante pressuposto da compreensão das ordens jurídicas modernas, mas paradoxalmente não tem centralidade na teorização jurídica se comparada a conceitos fundamentais como norma e validade<sup>2</sup>. É sintomático o pouco contato disciplinar com os debates da geografia, ao passo que a teoria jurídica busca contatos com outras variadas perspectivas, da filosofia à economia, passando pela história, antropologia, sociologia e ciência política. É raro, pois, encontrar fórmulas de intercâmbio como “*geografia do direito*”<sup>3</sup>.

Espaço é um pressuposto, por exemplo, da dogmática do direito do Estado; espaço como território é um dos elementos da definição de

---

<sup>1</sup> Professor Doutor na Faculdade de Direito da USP. É pesquisador do CEBRAP, bolsista de produtividade do CNPq e atual presidente do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). Entre 2013-2014, foi pesquisador visitante no Instituto Max-Planck para História do Direito Europeu (Alemanha).

<sup>2</sup> A categoria do tempo, por sua vez, despertou o interesse de dissertações fenomenológicas clássicas (Gerhart Husserl). Para uma discussão historiográfica do problema no tempo no direito romano e na pandectística, ver BRETONE, Mario. **Diritto e Tempo nella Tradizione Europea**. Bari: Laterza, 2004.

<sup>3</sup> Para exemplo de estudos a partir desse encontro disciplinar, ver duas coletâneas de artigos com pesquisas recentes: BRAVERMAN, Irus; BLOMLEY, Nicholas; DELANEY, David. **The Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography**. Califórnia: Stanford University Press, 2014; BLOMLEY, Nicholas; DELANEY, David; FORD, Richard. **The Legal Geographies Reader: Law, Power and Space**. Oxford: Blackwell, 2001. Para a reflexão recente da historiografia jurídica sobre o chamado “*spatial turn*”, ver COSTA, Pietro. “Uno ‘Spacial Turn’ Per La Storia Del Diritto? Una Rassegna Tematica”. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, n. 2013-07, 2013; MECCARELLI, Massimo. The Assumed Space: Pre-reflective Spatiality and Doctrinal Configurations in Juridical Experience. **Rechtsgeschichte**, v. 23, p. 241-252, 2015.

Estado. Com efeito, para o século XIX, em muitas regiões, a validade espacial do direito estatal é identificada com o território nacional. Nessa formulação, duas reduções estão pressupostas: estatalidade e territorialidade como critérios definidores do direito. Tal redução tem corolários como as suposições de unidade da ordem jurídica, de identidade nacional do direito, de particularidade e homogeneidade do direito estatal<sup>4</sup>.

Refletir sobre a categoria do espaço jurídico não se justifica apenas pela influência dessas suposições fundamentais, mas porque a concepção que identifica estatalidade e territorialidade é usada no debate contemporâneo como pano de fundo que serve de contraponto às novas configurações do direito transnacional. À figura do direito estatal territorial, contrapõem-se novas configurações do direito transnacional, com pluralidade de ordens normativas fora da estatalidade, articulado em redes, sem uma base territorial estável<sup>5</sup>.

O objetivo desse breve artigo é questionar essa imagem padrão do direito estatal territorial que serve de contraste com o direito contemporâneo. Já existem pesquisas acumuladas refletindo sobre a complexidade e ambiguidade dos processos de construção da estatalidade e da territorialidade do direito para o século XIX. Além do mais, a redução aludida é cada vez mais problematizada nas pesquisas contemporâneas que enfatizam a existência de outros territórios além do território nacional, outros modos de espaço social além do território e formas não-estatais do direito também para o século XIX, ou seja, não são características exclusivas do direito contemporâneo. Continuar essa linhagem de questionamento pode iluminar o debate atual, oferecendo um quadro mais matizado para comparação com as dinâmicas em curso atualmente.

2. Afora os desafios colocados pela literatura do direito transnacional, o conceito de território estatal da Teoria do Estado é objeto de questionamento no debate atual sobre a titulação de terras tradicionais (de povos indígenas e quilombolas). Um dos tópicos em disputa é o reconhecimento dessas terras como territórios em oposição ao uso exclusivo do conceito de território para o espaço do Estado nacional. Além disso, as

---

<sup>4</sup> Ver a introdução ao n. 52 do *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas* de 2015, preparado por Benedetta Albani, Samuel Barbosa e Thomas Duve. Ver também, HOSHINO, Thiago. O Leviatã engasgado: uma crítica dos discursos soberanos. In: GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. (Org.). **Direitos, Culturas e Conflitos Territoriais na Amazônia**. Curitiba: Kairós, 2011. p. 295-352.

<sup>5</sup> Para uma visão geral da discussão, ver ZUMBANSEN, Peer. *Transnational Law. Comparative Research in Law & Political Economy Research Paper*, 09/2008; ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism. Osgoode CLPE Research Paper*, 21/2011.

diferentes percepções e práticas do espaço a partir da perspectiva dos povos indígenas, a exemplo da definição da tekoa guarani<sup>6</sup>, é problema clássico da etnografia<sup>7</sup>.

3. Gostaria de sugerir breves indicações analíticas muito seletivas sobre alguns questionamentos implicados na expressão “espaço jurídico”. O intuito é programático, informa minhas pesquisas de história do direito<sup>8</sup>.

A expressão “espaço jurídico” sintetiza várias perguntas interligadas, em especial a relação circular e mutuamente constitutiva entre direito e espaço; procura observar como o direito constitui o espaço social e como é constituído por ele<sup>9</sup>. Nesse sentido, espaço jurídico, mais do que um objeto (*onde* o direito incide?), é uma perspectiva (*como* o direito se reproduz?).

Por um lado, o direito é um dos modos normativos que atribuem significado ao espaço, configurando-o de diferentes formas: propriedade privada, territórios, jurisdições, zonas de imunidade, áreas de passagem ou de acesso restrito, fronteiras etc. Para cada uma dessas possibilidades, há regimes jurídicos (normas, instituições e práticas) que atribuem significado específico. Cada possibilidade tem uma história própria, são conceitos inscritos nas fontes primárias, ao passo que a rubrica “espaço jurídico” é uma categoria analítica que o pesquisador lança mão para

---

<sup>6</sup> Trata-se do espaço da mata preservada para a caça ritual, agricultura e coleta de ervas e materiais para o artesanato, e também do espaço sociopolítico de moradia, festas, lazer e rezas. Tekoa é um conceito denso que combina dimensões cosmológicas, ecológicas e sócio-históricas.

<sup>7</sup> Para essa discussão, ver os seguintes estudos, dentre outros, Dominique GALLOIS, Tilkín. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza**. O desafio das sobreposições territoriais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004; LADEIRA, Maria Inês. **Espaço Geográfico Guarani-mbya: significado, constituição e uso**. São Paulo: Edusp, 2008; GUERRA, Marcele Garcia. **Aukê e Briga de Papel: Ensina o mehin como o kypen faz!**. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, 2015 (tese de doutorado).

<sup>8</sup> Essas notas se baseiam em estudos realizados no Instituto Max-Planck para História do Direito Europeu. Foram preparadas no contexto de organização de um GT no XVII Congresso Internacional da Associação dos Historiadores Latino-Americanistas Europeus (AHILA) em Berlim em 2014. Uma versão anterior foi publicada na seção 3 do *paper* de Benedetta Albani; Samuel Barbosa; Thomas Duve. La Formación de Espacios Jurídicos Iberoamericanos (s. XVI-XIX): Actores, Artefactos e Ideas. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 2014-07**. No seminário realizado pela FGV/Rio em 2015, apresentei a seção 5 do presente texto.

<sup>9</sup> A função constitutiva do direito é discutida no texto clássico de GORDON, Robert. Critical Legal Histories. **Stanford Law Review**, v. 36, 1984.

comparar o processo constitutivo do direito para cada uma dessas possibilidades.

O direito e outras normas sociais também produzem expectativas sobre o lugar adequado para as pessoas, criando “geografias morais”, em outras palavras, qual é o espaço apropriado segundo o gênero, raça, *status* jurídico<sup>10</sup>. O direito é, com efeito, um dos modos normativos mais importantes para definição do pertencimento e da exclusão de pessoas com relação a um espaço que é criado por esses limites<sup>11</sup>. A definição da cidadania e nacionalidade, que produziram importantes debates no século XIX, depende da relação constitutiva do direito com relação ao espaço<sup>12</sup>.

Por outro lado, o espaço apresenta um conjunto de condições que possibilitam e limitam a reprodução do direito. A suposição é que no espaço o significado do direito é interpretado, negociado, contestado, transgredido, resistido, esquecido. A reflexão sobre “espaços jurídicos” coloca enfaticamente a pergunta sobre a localização da reprodução do direito. Quais os participantes envolvidos nessas práticas, bem como as relações situadas de poder, são fatores decisivos para a formação do direito. Outra condição são as distâncias que limitam o direito que pode ser conhecido e seus efeitos<sup>13</sup>. Além disso, pensar a formação do sentido

---

<sup>10</sup> Para discussão aprofundada sobre o conceito de “geografias morais”, ver CRESSWELL, Tim. **In Place/Out of Place: Geography, Ideology and Transgression**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996.

<sup>11</sup> As pesquisas de Cristina Nogueira da Silva para o espaço imperial português na Ásia e África do século XIX discutem o problema de saber se o espaço jurídico é percebido como uniforme, com um mesmo estatuto jurídico para as populações, formando uma continuidade entre espaços metropolitanos e ultramarinos ou se, ao invés, é percebido como diferenciado, sensível à diversidade de usos e costumes. Ela destaca a descontinuidade que emerge em fins do século XIX, quando a percepção da diversidade, definida pela oposição entre civilizados e indígenas, ganha lastro no discurso cientificista, configurando geografias morais diferenciadas entre colônias e metrópoles (SILVA, Cristina Nogueira da. A dimensão imperial do espaço jurídico português. Formas de imaginar a pluralidade nos espaços ultramarinos, séculos XIX e XX. **Rechtsgeschichte**, v. 23, p. 187-205, 2015). Esse número da revista traz um dossiê sobre espaços jurídicos.

<sup>12</sup> Para o debate sobre cidadania, ver SMITH, Rogers. **Stories of Peoplehood: The Politics and Morals of Political Membership**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003; HERZOG, Tamar. **Defining Nations: Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America**. New Haven: Yale University Press, 2003.

<sup>13</sup> Luís Cabral de Oliveira estudo os efeitos da distância no espaço colonial português na Ásia, mais especificamente Goa no século XIX. Na administração da justiça goesa, participavam advogados locais (chamados provisionários) que não estudaram em Universidades na metrópole, recrutados nos quadros da elite local católica e formados na prática profissional. Em 1869, a metrópole portuguesa pretende impor uma ambiciosa reforma, definindo regras para o processo de habilitação dos provisionários. O

jurídico em espaços específicos é uma perspectiva alternativa à concepção corrente do direito como um sistema de normas previamente constituído.

4. Nesse quadro, a concepção do direito estatal territorial perde a evidência, deixa de ser uma premissa dada para se tornar um problema de pesquisa. O desafio é observar os múltiplos processos contingentes, indeterminados e ambivalentes de construção da estatalidade territorial ao longo do séc. XIX, o que não exclui outros tipos de espacialização do direito. O território nacional precisa ser conhecido, representado, conquistado, ocupado. O Estado, por sua vez, é construído pelo trabalho repetido, diário, com rotinas ainda por serem feitas, de funcionários que precisam ser recrutados, treinados, responsabilizados. A partir da escala local, a suposição de um espaço jurídico homogêneo cede lugar à hipótese de múltiplos e diferentes espaços, relacionados de variados modos, gerando fenômenos como a interlegalidade<sup>14</sup>. Todos esses processos também ocorrem em escalas diferentes: entre a votação de uma lei parlamentar e sua aplicação local não há uma continuidade de concretização da norma jurídica, mas uma descontinuidade de escala, são espaços diferentes que precisam ser pesquisadas na sua configuração específica.

5. Além disso, a formação dos espaços jurídicos depende da produção de conhecimento e de sua inscrição material. É o caso do saber jurídico, cartográfico, médico, administrativo etc., inscritos em mapas, censos, cadastros, formulários, relatórios<sup>15</sup>. Esses conhecimentos servem

---

artigo discute as reações e resistências locais a essa tentativa de reforma. Com isso, o autor exemplifica as dificuldades de governar espaços à distância. (OLIVEIRA, Luís Pedroso de Lima Cabral de. Quem sabe o que é um advogado? A resposta de Luís Manuel Júlio Frederico Gonçalves às tentativas de reforma dos provisionários goeses em 1869. *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, v. 52, p. 207-229, 2015).

<sup>14</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: SANTOS Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Ed.). **Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique**. Porto: Afrontamento, 2003. v. I, p. 47-128.

<sup>15</sup> Sobre o uso dos documentos em práticas de governo, ver o balanço da literatura em HULL, Matthew. Documents and Bureaucracy. *Annual Review of Anthropology*, v. 41, p. 251-267, 2012; e a coletânea de artigos em RILES, Annelise (Ed.). **Documents: Artifacts of Modern Knowledge**. Michigan: University of Michigan Press, 2006. Monica Dantas em artigo recente reabriu a discussão sobre a elaboração do primeiro código criminal do Império do Brasil. A pesquisa mostra a influência dos projetos do político e jurista novaiorquino Edward Livingston para o Estado da Luisiana. O artigo reconstrói o uso dos canais diplomáticos que conectaram a elite imperial brasileira diretamente com Livingston, a importância das traduções e o debate na imprensa sobre a recepção desses projetos. Em jogo estava o debate sobre a construção da magistratura, peça central para a definição do espaço jurídico imperial no Brasil, o papel do júri e de autoridades eletivas, regras para *habeas-corpus* e a criminalização das in-

para representar os espaços, definir seus limites e sua geografia moral; servem de repertório para as práticas formadoras dos espaços e para a criação de rotinas e de repetições. Já no início da primeira legislatura em 1826 se impunha a tarefa da invenção de rotinas parlamentares para a discussão e votação das matérias, o aprendizado do exercício da representação política; era preciso criar os meios para dar publicidade à legislação para cidadãos e para funcionários; criar e dar forma legal às rotinas administrativas.

Há, pois, em jogo uma dimensão de aprendizado da legalidade; processo esse que é tateante, indeterminado e aberto aos conflitos. Em outras palavras, a invenção local do império da lei não pode ser deduzida da tradição da escolástica, das ciências da legislação da Ilustração, do constitucionalismo, embora esses sejam capítulos gerais da discussão jusfilosófica e política certamente fecundos. O aprendizado da legalidade se faz na dimensão cotidiana, enfrentando obstáculos comezinhos, a exemplo de como fazer chegar um decreto ao conhecimento de um funcionário. No estudo da construção local do direito moderno, o que se torna tema é a construção de um instrumento estatal, a lei, na sua dimensão cotidiana e prática.

Por fim, a relação mutuamente constitutiva entre direito e espaço é condicionada pela circulação de informação. No séc. XIX, invenções tecnológicas e a massificação dos *media* possibilitaram a densificação da comunicação entre ausentes, conectando espaços diferentes. Aqui também a suposição de um direito nacional homogêneo pode ser questionada a partir do estudo dos *media*, a exemplo dos livros jurídicos que circulavam no Brasil oitocentista. A criação da unidade do direito foi pensada, em grande medida, por meio da sistematização de regras (códigos) ou conceitos (dogmática). O estudo da série de livros levanta a hipótese de uma rica variedade de gêneros de livros para além dos códigos e livros doutrinários: compilações resumidas e paráfrases “para uso do povo”, livros com fins mnemônicos (por exemplo, dicionário com regras em ordem alfabética), formulários para fins práticos. Neles os atributos, que são particulares para a racionalização formal da legislação (generalização, abstração, sistematização), são traduzidas localmente e inventadas a partir do design dos livros. A rotinização da legislação é mediada por livros que combinam a forma legal e a forma doutrinária: livros de doutrina são

---

surreições de escravos. (DANTAS, Monica Duarte. Da Luisiana para o Brasil: Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832). *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, v. 52, p. 173-205, 2015).

usados como códigos com validade empírica, livros combinam regras legisladadas com *regulae juris* e *topoi* doutrinários. Nesses *media*, a distinção entre legislação e doutrina é frequentemente borrada<sup>16</sup>.

6. Quando se altera o presente em que se situa o historiador, se altera a visão do passado. Problemas do presente redefinem a relevância de processos e configurações do passado que antes não mereciam atenção do historiador. Essa tese não é uma recaída anacrônica que consiste em encontrar o presente no passado. Sem desconhecer as descontinuidades e as diferenças entre problemas de épocas distintas, o presente amplia e modifica o inquérito de questões que o historiador dirige às temporalidades do passado. Em outras palavras, por paradoxal que possa parecer, a fórmula é muda-se o presente e, por isso, o passado.

As perguntas colocadas no âmbito desse encontro de pesquisadores, motivadas pelas transformações contemporâneas no direito, são um convite para refletir o quanto a imagem do direito estatal territorial dos Oitocentos é unilateral e que a teleologia implicada na fórmula “do direito estatal ao direito transnacional” é uma narrativa que esconde a diversidade que caracteriza o ponto de partida do processo (a estatalidade do direito). O estudo dos espaços jurídicos pode ser um ponto de partida fecundo para outra visão sobre o direito dos Oitocentos e, com isso, permite situar o processo de construção da estatalidade territorial do direito em meio a outros processos de espacialização.

## REFERÊNCIAS

ALBANI, Bendetta; BARBOSA, Samuel; DUVE, Thomas. Introdução. **Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas**, v. 52, 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. La Formación de Espacios Jurídicos Iberoamericanos (s. XVI-XIX): Actores, Artefactos e Ideas. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 07**, 2014.

BARBOSA, Samuel. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. (Org.). **História do Direito em Perspectiva**. Do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008. p. 363-373.

BLOMLEY, Nicholas; DELANEY, David; FORD, Richard. **The Legal Geographies Reader: Law, Power and Space**. Oxford: Blackwell, 2001.

---

<sup>16</sup> Para outras indicações, ver BARBOSA, Samuel. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Org.). **História do Direito em Perspectiva**. Do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008. p. 363-373.

- BRAVERMAN, Irus; BLOMLEY, Nicholas; DELANEY, David. **The Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography**. Califórnia: Stanford University Press, 2014.
- BRETONE, Mario. **Diritto e Tempo nella Tradizione Europea**. Bari: Laterza, 2004.
- COSTA, Pietro. Uno 'Spacial Turn' Per La Storia Del Diritto? Una Rassegna Tematica. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, 2013-07, 2013.
- CRESSWELL, Tim. **In Place/Out of Place: Geography, Ideology and Transgression**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996.
- DANTAS, Monica Duarte. Da Luisiana para o Brasil: Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832). **Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas**, v. 52, p. 173-205, 2015.
- GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza**. O desafio das sobreposições territoriais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
- GORDON, Robert. Critical Legal Histories. **Stanford Law Review**, v. 36, 1984.
- GUERRA, Marcele Garcia. **Aukê e Briga de Papel: Ensina o mehin como o kypen faz!**. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, 2015 (tese de doutorado).
- HERZOG, Tamar. **Defining Nations: Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America**. New Haven: Yale University Press, 2003.
- HOSHINO, Thiago. O Leviatã engasgado: uma crítica dos discursos soberanos. In: GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola (Org.). **Direitos, Culturas e Conflitos Territoriais na Amazônia**. Curitiba: Kairós, 2011. p. 295-352.
- HULL, Matthew. Documents and Bureaucracy. **Annual Review of Anthropology**, v. 41, p. 251-267, 2012.
- LADEIRA, Maria Inês. **Espaço Geográfico Guarani-mbya: significado, constituição e uso**. São Paulo: Edusp, 2008.
- MECCARELLI, Massimo. The Assumed Space: Pre-reflective Spatiality and Doctrinal Configurations in Juridical Experience. **Rechtsgeschichte**, v. 23, p. 241-252, 2015.
- OLIVEIRA, Luís Pedroso de Lima Cabral de. Quem sabe o que é um advogado? A resposta de Luís Manuel Júlio Frederico Gonçalves às tentativas de reforma dos provisionários goeses em 1869. **Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas**, v. 52, p. 207-229, 2015.
- RILES, Annelise (Ed.). **Documents: Artifacts of Modern Knowledge**. Michigan: University of Michigan Press, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Ed.). **Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique**. Porto: Afrontamento, 2003. v. I, p. 47-128.
- SILVA, Cristina Nogueira da. A dimensão imperial do espaço jurídico português. Formas de imaginar a pluralidade nos espaços ultramarinos, séculos XIX e XX. **Rechtsgeschichte**. v. 23, p. 187-205, 2015.
- SMITH, Rogers. **Stories of Peoplehood: The Politics and Morals of Political Membership**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- ZUMBANSEN, Peer. Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism. **Osgoode CLPE Research Paper**, 21/2011.
- ZUMBANSEN, Peer. Transnational Law. **Comparative Research in Law & Political Economy Research Paper**, 09/2008.

# A IMPORTÂNCIA DA DEDUÇÃO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA<sup>1</sup>

Fábio P. Shecaira<sup>2</sup>

---

*Sumário:* 1. Introdução. 2. Benefício Dialético. 3. Silogismo, Analogia, Ponderação. 4. Benefício Político. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Considere o seguinte diálogo hipotético:

*A: Você foi à assembleia?*

*B: Não.*

*A: Estou curioso para saber quem foi eleito síndico.*

*B: O João.*

*A: Como sabe? Alguém contou?*

*B: Ninguém me contou, mas o João é o único candidato aposentado.*

O argumento de B poderia ser representado da seguinte maneira:

---

<sup>1</sup> Esta é uma versão resumida de um artigo apresentado no primeiro semestre de 2015 aos participantes de um *workshop* internacional sobre teoria do direito na FGV-Rio. O título do artigo original é “*Deductivism in Law and Elsewhere*”. Sou grato a Noel Struchiner pelos comentários valiosos. A minha pesquisa tem contado com apoio financeiro do CNPq.

<sup>2</sup> Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia (PPGF) e em Direito (PPGD) da UFRJ. Doutor em Filosofia (McMaster University, 2012).

**1.**

João é o único aposentado entre os candidatos a síndico do condomínio.

Logo, João é o novo síndico do condomínio.

Na melhor das hipóteses, o argumento 1 é indutivamente forte. Isto é, na melhor das hipóteses, o fato de João ser o único candidato aposentado torna *provável* a conclusão de que ele foi eleito síndico. Compare o argumento original de B com uma nova versão do argumento, a que se adiciona uma segunda premissa:

**2.**

João é o único aposentado entre os candidatos a síndico do condomínio.

Quando há apenas um candidato aposentado ao cargo de síndico de condomínio, ele sempre prevalece.

Logo, João é o novo síndico do condomínio.

O argumento 2 é dedutivamente válido; a conclusão se segue necessariamente das premissas. É possível dizer, portanto, que o argumento 2 tem, em relação ao argumento 1, uma vantagem lógica. Mas essa vantagem lógica é acompanhada por um problema epistêmico: a segunda premissa do argumento 2 (cuja presença garante a validade dedutiva do argumento) é uma generalização duvidosa. É verdade que candidatos aposentados sempre prevalecem em eleições para síndico de condomínio? Não há exceções?

Esse é frequentemente o preço que se paga pela conversão de argumentos comuns em argumentos dedutivamente válidos através da adição de alguma premissa genérica<sup>3</sup>. Chamemos esse exercício de “conversão dedutiva”. Pelo incremento da força da relação lógica entre premissas e conclusão paga-se o preço da adição de alguma premissa genéri-

---

<sup>3</sup> Também é possível garantir a validade dedutiva de argumentos comuns através da adição de premissas que não são genéricas, por exemplo: “João é o único aposentado entre os candidatos a síndico do condomínio. *Se João é o único aposentado entre os candidatos a síndico do condomínio, então ele é o novo síndico.* Logo, João é o novo síndico do condomínio”. Como sugere Leo GROARKE (1999, p. 6), essa premissa poder ser chamada de “mínimo lógico”: é a premissa menos genérica que ainda é capaz de garantir a validade dedutiva do argumento. O mínimo lógico é *ad hoc* e, nos contextos que nos interessam, menos plausível do que as premissas genéricas alternativas.

ca que está sujeita a dúvidas e objeções. É possível esforçar-se para formular uma premissa genérica mais refinada e plausível do que aquela que se adicionou ao argumento original de B. Seja como for, a conversão dedutiva é frequentemente um exercício delicado. Ao longo deste artigo, surgirá uma série de exemplos para corroborar essa afirmação.

Se a tarefa é delicada, então por que tentar a conversão? Será que o bem lógico da aquisição de validade dedutiva compensa o problema epistêmico da introdução de premissas cuja veracidade é contestável? Eu diria que, sozinho, o ganho lógico não supera em importância o problema epistêmico. (Entre uma premissa potencialmente falsa e uma inferência derrotável, não há como dizer qual é, em princípio, o mal menor.) O objetivo deste artigo, no entanto, é mostrar que, para além do ganho lógico, a tentativa de converter argumentos traz benefícios dialéticos e políticos indiretos. São benefícios de especial importância para juristas interessados em fazer da argumentação jurídica uma atividade racional e, ao mesmo tempo, fiel ao ideal do estado de direito.

## 2 BENEFÍCIO DIALÉTICO

O argumento de B é formulado no contexto de um diálogo informal entre amigos. Nenhuma decisão importante será tomada, por A ou B, em virtude da conclusão de que João é o novo síndico. Se B estiver errado quanto à conclusão de que João foi eleito, ele logo saberá por intermédio de algum condômino que tenha participado da assembleia. Do erro de B, nenhuma consequência séria decorrerá.

Mas nem todo argumento é tão trivial. Jornalistas divulgam informação de relevância pública. Acadêmicos apresentam o resultado de pesquisas que podem ter implicações (sociais, econômicas, tecnológicas, médicas) significativas. Políticos e juízes tomam decisões momentosas de várias espécies. Em todos esses contextos, a qualidade da argumentação por trás das informações divulgadas ou das decisões tomadas é do nosso interesse. Jornalistas, acadêmicos e autoridades devem argumentar bem. As expectativas e os parâmetros de julgamento são naturalmente um pouco diferentes para os membros de cada uma dessas categorias. Por exemplo, juízes estão sujeitos a obrigações institucionais de que estão isentos jornalistas e acadêmicos. Essas obrigações moldam a argumentação jurídica e fazem-na mais formalista, regrada e burocrática do que a argumentação de jornalistas e acadêmicos. Sobre as peculiaridades da argumenta-

ção jurídica, haverá mais nas seções 3 e 4. Por enquanto, é interessante discutir um tipo de expectativa que tem relevância para os membros de todas as categorias mencionadas acima.

Em condições normais, jornalistas, acadêmicos e autoridades devem respeitar certos parâmetros de honestidade intelectual e transparência argumentativa. Digo “em condições normais” porque é possível imaginar cenários excepcionais em que esses indivíduos teriam boas razões para mentir ou, pelo menos, omitir informações. Pense, por exemplo, no juiz que, sob um regime político opressivo, sutilmente distorce a legislação para evitar o tratamento iníquo de cidadãos inocentes; ou no cientista que, sob o mesmo regime, evita divulgar dados que poderiam ser usados para fins políticos indignos. Há também circunstâncias menos dramáticas em que autoridades simplesmente precisam tomar decisões urgentes e têm pouco tempo para argumentar com o rigor, a precisão e a explicitude que normalmente se esperam deles.

Em condições normais, portanto, espera-se que jornalistas, acadêmicos e autoridades não façam uso de subterfúgios retóricos para persuadir interlocutores que talvez não fossem convencidos caso tivessem acesso a argumentos mais transparentes. Um dever comum a todos esses indivíduos é o de tentar convencer o seu auditório (acerca da veracidade das suas afirmações ou da correção das suas decisões) por meios racionais. *Acordo racional*, e não persuasão por meio de truques retóricos, é o objetivo que esses indivíduos devem buscar.

Uma das teses defendidas neste artigo é justamente a tese de que a conversão dedutiva é um exercício que contribui para que se atinja acordo racional em contextos de debates acadêmicos, políticos e jurídicos. Um segundo diálogo hipotético servirá para ilustrar essa ideia. O diálogo ocorre entre dois colegas logo antes de uma assembleia sindical:

*C: Votarei em José para presidente do sindicato.*

*D: Não faça isso. Todo mundo sabe que José tem ambições políticas.*

*C: Qual é o problema? O presidente do sindicato não pode ter um projeto político?*

*D: Não é o que estou dizendo. José nunca mostrou muita afinidade com o partido dos trabalhadores. Ele vai acabar buscando cargo eletivo em outro partido.*

*C: E daí? Todo sindicalista tem que se comprometer exclusivamente com a causa dos trabalhadores?*

*D: Não, mas é suspeito o político que tenta ascender através do sindicato sem ser um verdadeiro trabalhista.*

*C: Por quê?*

*D: Ele fará do sindicato um instrumento para ganhar popularidade não só entre os empregados, mas também entre os empregadores. Sob sua presidência nossas causas avançarão muito menos do que poderiam.*

No início do diálogo, o argumento de D é relativamente simples:

### 3.

José, candidato à presidência do sindicato, tem ambições políticas. Logo, não devemos votar em José.

Sob a pressão das várias perguntas de C, D gradualmente formula um argumento mais completo e refinado. O resultado é mais ou menos o seguinte:

### 4.

José, candidato à presidência do sindicato, vale-se do sindicato para ganhar visibilidade e concorrer a cargos eletivos através de algum partido diferente do partido trabalhista.

Não merece voto o candidato à presidência do sindicato que se vale do sindicato para ganhar visibilidade política sem estar comprometido com o partido trabalhista.

Logo, não devemos votar em José<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Na verdade, ao final do diálogo o argumento de D é ainda mais complexo do que isso. A segunda premissa do argumento 4 é defendida por D através de um segundo argumento com uma única premissa. Para retratar esse fato, o argumento de D poderia ser formulado da seguinte maneira:

O sindicalista com ambições políticas que não é um verdadeiro trabalhista pode prejudicar o avanço das causas do trabalhador por querer agradar também aos empregadores.

*Logo*, não merece voto o candidato à presidência do sindicato que se vale do sindicato para ganhar visibilidade política sem estar comprometido com o partido trabalhista.

José, candidato à presidência do sindicato, vale-se do sindicato para ganhar visibilidade e concorrer a cargos eletivos através de algum partido diferente do partido trabalhista.

*Logo*, não devemos votar em José.

O que resulta é um argumento complexo composto por duas inferências encadeadas. A primeira inferência não é dedutivamente válida e talvez também merecesse ser submetida a um processo de conversão dedutiva. Deixo essas questões de lado, pois as vantagens da conversão dedutiva podem ilustradas mesmo que limitemos a nossa atenção à segunda parte do argumento de D.

O argumento 3 não é dedutivamente válido. O argumento 4, por outro lado, é dedutivamente válido. Crucial para a validade do argumento 4 é a premissa genérica que lança suspeita sobre todo sindicalista com o perfil de José. A premissa não é claramente falsa, mas pode dar margem a debate. É bem possível, mas não é certo, que José prejudique a causa dos trabalhadores para conquistar a simpatia política da categoria rival. Talvez D esteja sendo cético demais em relação às boas intenções de sindicalistas como José.

Debates entre interlocutores pacientes e bem-intencionados costumam desenrolar dessa maneira. Os argumentos e contra-argumentos vão se desenvolvendo gradualmente durante o diálogo. Não há garantia de acordo ao final do processo, mas (por razões que serão esclarecidas na próxima seção) qualquer acordo que seja atingido terá o mérito de ser racional. Infelizmente, o tipo de argumentação que nos interessa nem sempre se dá em contextos de diálogo franco. Cidadãos que leem o jornal têm poucas oportunidades para interagir com o jornalista e questionar seus pressupostos. Litigantes têm capacidade limitada para exigir que o juiz esclareça ou complemente os seus argumentos. Quando não há real diálogo, quando não há um interlocutor exigente como C que possa obrigar o jornalista, o acadêmico ou o juiz a argumentar de maneira precisa e transparente, o que é que pode ser feito para minimizar o risco de que os interlocutores saiam enganados, confusos ou insatisfeitos com a falta de informação?

A minha proposta é que a ausência do interlocutor inquiridor seja sanada através da observância de uma regra geral de argumentação. A regra diz o seguinte: *argumentos comuns devem ser convertidos em argumentos dedutivamente válidos com premissas genéricas plausíveis*. (Na próxima seção, ficará claro que, no âmbito jurídico, a regra se aplica particularmente à conversão de argumentos análogos e argumentos que envolvam alguma forma de ponderação. Seria pedir demais do jurista que ele convertesse *todos* os seus argumentos, inclusive aqueles que dizem respeito a fatos e provas.) O indivíduo que mantenha essa regra em mente não formulará argumentos breves, e potencialmente alienadores, como 3. Ele usará argumentos mais explícitos e precisos, como 4. Não há nenhuma garantia de que o auditório será convencido pelo argumento mais explícito e preciso. Há, por outro lado, a garantia de que o proponente do argumento não fará da concisão um escudo retórico contra eventuais objeções.

Note que a regra descrita acima (a que me refiro a partir de agora como “regra de conversão dedutiva”, ou simplesmente RCD) não se baseia na ideia controversa de que argumentos dedutivamente válidos

são simplesmente melhores do que argumentos indutivos ou de qualquer outra espécie (abduativos, condutivos etc.)<sup>5</sup>. RCD é motivada pelo interesse de promover acordo racional sobretudo naqueles contextos em que a possibilidade de diálogo franco é limitada. RCD não tem a validade dedutiva como fim último ou primordial. O fim de RCD é a promoção do acordo racional.

### 3 SILOGISMO, ANALOGIA, PONDERAÇÃO

Eu concordo com aqueles que dizem que o silogismo jurídico (um tipo de argumento dedutivo) cumpre um papel central na argumentação jurídica (WRÓBLEWSKI, 1971; MACCORMICK, 2009, Cap. 4). Isso não significa que a argumentação jurídica se reduza ao silogismo. Em processos legais de rotina, é até possível que o silogismo constitua o início e o fim da argumentação do juiz. Muitas vezes, no entanto, o juiz enfrenta incerteza sobre (i) a efetiva ocorrência dos fatos alegados pelas partes, sobre (ii) a validade da norma jurídica pertinente e/ou sobre (iii) se os fatos do caso se subsumem sob a norma jurídica. Dúvidas como essas levam o juiz a recorrer a argumentos complementares ao silogismo. A abdução (ou inferência à melhor explicação) é comum em casos que envolvem incerteza do tipo (i)<sup>6</sup>; analogias e argumentos que envolvem ponderação são comuns no caso de dúvidas dos tipos (ii) e (iii). Abduções, analogias e ponderação não são argumentos dedutivos; isto é, eles não são tipicamente formulados e apresentados na prática jurídica como se fossem dedutivamente válidos<sup>7</sup>. A pergunta que nos interessa, portanto, é a seguinte: devem os juristas observar RCD, submetendo os argumentos que complementam o silogismo a um processo de conversão dedutiva?

Aqui eu me concentro na analogia e na ponderação, pois as vantagens dialéticas da conversão dedutiva de argumentos abduativos não me parecem muito significativas. Considere um exemplo típico de analogia jurídica, que apareceu em uma reportagem jornalística recente:

*Apesar de publicamente evitarem o ataque, os tucanos ficaram contrariados com a decisão do vice-governador de São Paulo, Guilherme*

<sup>5</sup> Sobre a noção menos conhecida de argumento condutivo, ver Carl WELLMAN (1971).

<sup>6</sup> Um artigo interessante sobre o papel da abdução no raciocínio jurídico é o de Giovanni TUZET (2014).

<sup>7</sup> Eu justifico com mais cuidado as minhas afirmações sobre a natureza da analogia e da ponderação nos seguintes artigos: SHECAIRA (2013) e SHECAIRA (2014).

*Afif Domingos, de aceitar o convite da presidente Dilma Rousseff para assumir a Secretaria da Micro e Pequena Empresa.*

[...]

*Internamente, os integrantes do governo estadual consideram que é ilegal a decisão de Afif de assumir a pasta e continuar como vice-governador. Professor de Direito Constitucional da PUC-SP, Carlos Gonçalves Jr. diz que o acúmulo viola o artigo 42 da Constituição do estado de São Paulo, que fala que “perderá o mandato o governador que assumir outro cargo ou função na administração pública”.*

*– O que se aplica ao governador se aplica ao vice neste caso – defende. Ainda na avaliação do professor, caberia à Assembleia Legislativa decidir pela perda do cargo. Ele destaca, porém, que esse caminho não está expresso e haveria necessidade de uma complementação legislativa<sup>8</sup>.*

O professor da PUC apresenta um argumento analógico com a seguinte estrutura:

## 5.

Não é permitido que o governador do estado de São Paulo assumira outro cargo na administração pública.

O cargo de governador de São Paulo é equiparável ao cargo de vice-governador de São Paulo.

Logo, não deve ser permitido que o vice-governador de São Paulo assumira outro cargo na administração pública.

A analogia não é implausível. Para algumas pessoas os cargos de governador e vice-governador parecerão intuitivamente equiparáveis. Mas é provável que outras pessoas discordem ou fiquem intrigadas com a analogia. Por que são equiparáveis os cargos? Será que não há diferenças importantes entre eles? Como avaliar o argumento sem ter acesso a esse tipo de informação? Para essas pessoas, o argumento do professor da PUC parecerá breve demais. Suponha que o professor tenha em mente o fato de que ambos, governador e vice, ocupam cargos no alto escalão do poder executivo estadual. Ele poderia reformular o seu argumento, explicitando agora o que antes foi omitido:

---

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=833816&t=1>>

**6.**

Não é permitido que o governador do estado de São Paulo assuma outro cargo na administração pública.

O cargo de governador de São Paulo é equiparável ao cargo de vice-governador de São Paulo, visto que são ambos cargos do alto escalão do poder executivo estadual.

Membros do alto escalão do poder executivo estadual não devem ter permissão para assumir outro cargo na administração pública.

Logo, não deve ser permitido que o vice-governador de São Paulo assuma outro cargo na administração pública.

Não há garantia de que concordarão com argumento 6 as pessoas que não concordaram com o argumento 5. É até possível que as pessoas que foram persuadidas pelo argumento 5 agora hesitem diante do argumento 6: será que o impedimento genérico de acúmulo de cargos não é excessivo? Talvez valha a pena tentar refiná-lo, achando um princípio de alcance mais estreito. Afinal, alguns cargos do alto escalão envolvem mais responsabilidade e exigem mais disponibilidade do que outros. Seja como for, a conversão minimiza o risco de que algumas pessoas se sintam alienadas por não poderem sequer avaliar o argumento (dada a falta de informação), e também minimiza o risco de que algumas pessoas sejam persuadidas apenas por não terem tido acesso a todas as informações relevantes. Os dois resultados, alienação e persuasão por falta de informação, são inimigos do objetivo de se alcançar acordo racional. Se há alienação, então não há acordo. Se há persuasão por falta de informação, então há acordo, mas pelos motivos errados.

O jurista que pretenda usar um argumento analógico deve, na medida do possível, observar RCD. A regra o levará a evitar analogias que omitam o que há de semelhante entre as situações comparadas. RCD também deve ser observada pelo jurista que use argumentos baseados na ponderação de interesses, normas ou valores. Considere um exemplo hipotético:

**7.**

A exigência de autorização prévia do biografado viola o direito do biógrafo de divulgar os resultados da sua pesquisa.

Mas a publicação de biografias não autorizadas viola o direito do biografado de ocultar aspectos lícitos da sua vida íntima.

Logo, deve prevalecer o direito do biografado.

Na falta de um critério preciso que permita resolver o conflito entre direitos (v.g. *lex superior* ou *lex specialis*), o autor do argumento 7 recorre à ponderação. Ele atribui peso de maneira mais ou menos intuitiva aos direitos em rota de colisão. Sendo intuitiva a ponderação, grande é o seu potencial para enganar e alienar interlocutores. Considere agora o argumento 8, cuja formulação respeita RCD:

### 8.

A exigência de autorização prévia do biografado viola o direito do biógrafo de divulgar os resultados da sua pesquisa.

A publicação de biografias não autorizadas viola o direito do biografado de ocultar aspectos lícitos da sua vida íntima.

É mais grave ter o seu direito à intimidade violado do que ser limitado no seu direito à divulgação de uma pesquisa.

Logo, deve prevalecer o direito do biografado.

A premissa adicionada é apenas um exemplo do que poderia levar o autor da ponderação a afirmar um direito em detrimento de outro. Enquanto o argumento 7 pareceria misterioso a todos aqueles que tivessem intuições diferentes sobre como sopesar os direitos, o argumento 8 pelo menos permitiria que os céticos formulassem objeções precisas e dessem início a uma tentativa franca de desenvolver um princípio consensual para o sopesamento dos direitos. Os céticos talvez se preocupassem, por exemplo, em formular um princípio sensível a distinções entre violações mais ou menos graves da intimidade (dependendo da natureza das informações divulgadas e da sua relação com a obra pública do biografado). Talvez eles também se preocupassem em distinguir entre biografias de valor social mais ou menos importante, dependendo da profundidade da pesquisa histórica e da relevância pública dos indivíduos retratados na obra.

## 4 BENEFÍCIO POLÍTICO

Venho tentando mostrar que, dentro e fora do processo legal, a implementação de RCD serve para promover argumentação mais explícita e precisa. A conversão dedutiva exige a adição de premissas genéricas a argumentos comumente formulados sem pretensão de validade dedutiva. Mas não basta qualquer premissa genérica; é preciso formular premissas

sas que tenham boas chances de convencer interlocutores inteligentes. Nos casos da analogia e da ponderação, as novas premissas corresponderão a princípios sujeitos à crítica de excessiva amplitude (ou sobreinclusão)<sup>9</sup>. Para evitar esse tipo de objeção, o autor dos argumentos deve tentar formular princípios que sejam tão refinados quanto possível. Sob o ponto de vista da dialética, a prática jurídica só tem a ganhar com esse exercício. Quanto mais explícitos e sofisticados forem os argumentos jurídicos, maior é a chance de que se obtenha acordo racional. Nesta seção veremos que RCD não contribui apenas para o incremento da racionalidade da argumentação jurídica; RCD também promove um ideal que é particularmente caro a juristas: o ideal do estado de direito.

Quando Neil MacCormick diz que o silogismo cumpre um papel central na argumentação jurídica, ele não pretende apenas descrever a realidade. Ele ao mesmo tempo prescreve um ideal: juristas usam o silogismo e *é bom* que seja assim. O emprego do silogismo é uma forma de manifestar a crença de que decisões jurídicas se baseiam em normas gerais, e nunca nos caprichos ou interesses venais do tomador de decisões<sup>10</sup>. Se esse é caso, então RCD também age a favor do ideal do estado de direito. RCD não só promove transparência argumentativa, mas também motiva o apelo a normas gerais que retiram das típicas analogias e ponderações judiciais o seu caráter intuitivo e *ad hoc*. É verdade que esses argumentos costumam surgir no contexto de casos difíceis, quando não há regras precisas de direito positivo que resolvam as questões legais de maneira unívoca. Isso não significa, no entanto, que o tomador de decisão não deva fundamentar suas conclusões em normas gerais que possam orientar outros tomadores de decisão no futuro<sup>11</sup>. O ideal do estado de direito exige consistência jurisprudencial. O juiz que toma uma decisão no contexto de um caso difícil encontra obstáculos para manter-se consistente com o direito positivo preexistente (dada a sua indeterminação), mas isso não o impede de contribuir prospectivamente para a consistência judicial.

---

<sup>9</sup> Esses princípios também estão sujeitos, em tese, a críticas relativas a subinclusão. Na prática jurídica, no entanto, em virtude de preocupações relativas aos limites do poder judicial, a sobreinclusão é o problema mais frequentemente mencionado (Esse assunto será retomado em breve).

<sup>10</sup> Segundo MACCORMICK (2009, p. 54), “*recourse to the legal syllogism is a necessary part of the rhetoric of legal justification, on the ground that respect for the Rule of Law requires respect for the rules of law*”. Vale a pena indicar que MacCormick não usa o termo “retórica” em sentido pejorativo (*ibid.*, p. 1-2).

<sup>11</sup> Naturalmente, o impacto da enunciação de uma norma geral por um juiz ou tribunal variará de acordo com a presença ou ausência da doutrina de *stare decisis* no ordenamento em questão.

A associação entre RCD, normas gerais e o estado de direito está sujeita a objeções. Considere a possível afirmação de que RCD subestima a importância do desenvolvimento gradual da jurisprudência por meio de decisões atentas às peculiaridades de cada caso. Por sinal, o raciocínio analógico não dedutivo às vezes é celebrado como um símbolo importante da parcimônia judicial (SCHAUER, 2009, p. 100-102). Há duas respostas para esse tipo de crítica. Primeiro, é preciso insistir que RCD não é uma regra absoluta; ela deve ser aplicada em circunstâncias normais, quando as decisões jurídicas não são particularmente urgentes ou arriscadas. Tem bons motivos para violar RCD o tribunal que esteja convicto de que o assunto sob análise merece debate mais profundo e de que a jurisprudência deveria ser desenvolvida gradualmente pelos tribunais inferiores à luz de casos concretos. Aliás, é recomendável nesses casos que o tribunal reconheça que está evitando a formulação de uma norma geral por crer que o debate público sobre o tema ainda carece de desenvolvimento. Não seria um caso de falta de transparência argumentativa, mas de reconhecida insegurança epistêmica.

Em segundo lugar, a objeção sob análise supõe a existência de uma conexão muito forte entre o uso de normas gerais e a ousadia jurisprudencial. É importante perceber que a escala ou velocidade da mudança jurisprudencial depende sobretudo do grau de generalidade das normas que os juízes formulam. Uma coisa é dizer que membros do alto escalão do poder executivo estadual não devem ter permissão para assumir *nenhum* outro cargo na administração pública. Outra coisa é dizer que membros do alto escalão do executivo estadual não devem ter permissão para assumir *uma secretaria ou ministério no governo federal*. Uma coisa é dizer que é *sempre* mais grave ter o seu direito à intimidade violado do que ser limitado no seu direito à divulgação de uma pesquisa. Outra coisa é dizer que só é mais grave ter o seu direito à intimidade violado *quando se trata de informações sobre a vida íntima que incluam conduta sujeita ao opróbrio ou constrangimento social* (relações extraconjugais, uso de drogas etc.). Em síntese, o juiz controla o alcance das suas decisões na medida em que controla a generalidade das normas que formula. RCD não recomenda apenas a formulação de argumentos dedutivamente válidos, mas de argumentos dedutivamente válidos com premissas genéricas plausíveis. As premissas mais plausíveis não costumam ser as mais amplas.

## 5 CONCLUSÃO

A regra de conversão dedutiva proposta neste artigo, RCD, recomenda que juristas transformem analogias e ponderações típicas em argumentos dedutivos com premissas genéricas plausíveis. RCD não é uma regra absoluta; é uma regra a ser observada sempre que possível. Seus efeitos são dialética e politicamente positivos. RCD promove argumentação mais explícita, mais precisa e (pelo menos prospectivamente) mais consistente. Esses são efeitos que devem atrair a atenção de todos aqueles que concordem com a afirmação relativamente banal de que a argumentação jurídica deve ser tão racional quanto possível e, ao mesmo tempo, tão fiel ao ideal do estado de direito quanto possível.

## 6 REFERÊNCIAS

- GROARKE, Leo. Deductivism within Pragma-Dialectics. **Argumentation** 13, 1999.
- MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**. Oxford University Press, 2009.
- SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer**. Harvard University Press, 2009.
- SHECAIRA, Fábio. Analogical Arguments in Ethics and Law: A Defence of a Deductivist Analysis **Informal Logic** 33, 2013.
- SHECAIRA, Fábio. Gardner on Legal Reasoning. **Law and Philosophy** 33, 2014.
- TUZET, Giovanni. Usos Jurídicos de la Abducción. *In: Prueba e Razonamiento Probatorio en Derecho*. Juan Amado e Pablo Bonorino, 2014.
- WELLMAN, Carl. **Challenge and Response. Justification in Ethics**. Southern Illinois University, 1971.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Decision and its Justification. **Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy** (Brussels), p. 409-419, 1971.



# DIREITO E FELICIDADE: ALGUMAS IMPLICAÇÕES DA TEORIA COMPORTAMENTAL

Noel Struchiner<sup>1</sup>

Úrsula S. C. C. Vasconcellos<sup>2</sup>

---

*Sumário:* 1. Introdução. 2. Breves Considerações Sobre a Penetração da ideia de Felicidade no Direito. 3. Estudos Comportamentais Acerca da Felicidade; 3.1 Falhas em prever as situações que gerarão maior felicidade; 3.1.1 Viés do impacto; 3.1.2 Viés da projeção; 3.1.3 Viés da distinção; 3.1.4 Viés da memória; 3.1.5 Viés da crença. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Ultimamente, um de nós tem apresentado uma analogia segundo a qual a construção do direito é como a de uma máquina fotográfica moderna<sup>3</sup>. Sendo assim, o papel do tomador de decisão jurídica acaba sendo parecido com o papel do fotógrafo. É claro que analogias ou metáforas sempre possuem uma parcela de reducionismo e de simplificação. Ainda assim, acreditamos que podem ser úteis, desde que deixemos claros os pontos que pretendemos elucidar por meio delas. Máquinas fotográficas sofisticadas nos dias de hoje possuem modos pré-programados

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Jovem Cientista do Nosso Estado (FAPERJ). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRio). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

<sup>3</sup> STRUCHINER; SHECAIRA, 2012; GREENE, 2013.

que facilitam a vida do fotógrafo em uma série de sentidos. Se o fotógrafo quer tirar uma foto de noite, basta colocar no modo pré-programado “noite”; se quer tirar uma foto de paisagem, é só colocar no modo “paisagem”; se quer tirar uma foto de pessoas praticando esportes, então coloca no modo “esporte”... Esses modos pré-programados conferem fotos de boa qualidade na maior parte das vezes, poupando tempo, custos com cursos de fotografia e gerando a segurança para o fotógrafo, desde o mais amador até o mais experiente, de que o mesmo poderá guardar uma boa recordação do momento que pretendeu capturar. Contudo, tais máquinas também possuem um modo manual, que garante flexibilidade e a possibilidade de ajustes para situações não previstas pelos modos pré-programados, ou até mesmo a possibilidade de ignorar os modos pré-programados quando se acredita que melhores fotos podem ser tiradas calibrando a máquina por conta própria. O fotógrafo precisa decidir quando e como fazer uso do modo manual.

Enxergamos as mesmas características no direito, que possui, por um lado, modos pré-programados de tomada de decisão, isto é, regras claras que resolvem facilmente uma série de situações e, por outro, modos manuais, os princípios moralmente carregados e escritos em uma linguagem vaga, que garantem flexibilidade para o tomador de decisão jurídica. Tradicionalmente, os modos mais acionados para colocar a máquina jurídica no modo manual envolvem normas vagas contendo termos moralmente carregados como “liberdade”, “moralidade” e “dignidade”. O tomador de decisão jurídica, assim como o fotógrafo, deve decidir como e quando utilizar os modos manuais. O presente trabalho tem a pretensão de escrutinar alguns aspectos de um novo concorrente para colocar a máquina no modo manual: “felicidade”.

A analogia acima levanta uma série de questões conceituais, descritivas e normativas. Por que certos conceitos são capazes de colocar o direito em modo manual e outros não? Quais são esses conceitos? Como efetivamente são tomadas as decisões quando a máquina jurídica é utilizada no modo manual? Quem, quando e como deveria fazer uso do modo manual? Com que frequência? É uma boa ideia, do ponto de vista moral, construir um direito com tantos modos manuais? Quais modos manuais deveriam ser embutidos na máquina jurídica? Quais mecanismos institucionais deveriam ser utilizados para facilitar ou dificultar o acesso aos modos manuais<sup>4</sup>? Como avaliamos se alguém é um bom ou mau fotógrafo quanto às decisões que ocorrem no âmbito da prática jurídica?

---

<sup>4</sup> Pensamos aqui, por exemplo, em estratégias de incentivo como a promoção de cargo ou bonificação na ocorrência da boa utilização de um modo manual e de estratégias de dissuasão, como a punição, na ocorrência da má utilização de um modo manual.

Todas as questões suscitadas pela analogia parecem ser desafiadoras. Não pretendemos resolvê-las, nem teríamos a possibilidade de fazer isso neste artigo. Nossa pretensão aqui é bem mais modesta. Pretendemos fornecer subsídios para pensar sobre como o “modo manual da felicidade” pode vir a funcionar no direito recorrendo aos estudos e pesquisas comportamentais sobre a tomada de decisão. Mesmo aqui, ficaremos presos apenas à apresentação de algumas heurísticas e vieses que são estudados nesse campo no que diz respeito a decisões que se amparam na ideia de busca da felicidade. Nossa contribuição, portanto, é apenas um arranhão na superfície, que fornece alguns indícios para pensarmos acerca de algumas das questões levantadas pela analogia da máquina fotográfica.

O trabalho será organizado levantando primeiramente a discussão sobre como o direito à felicidade está penetrando em nosso direito. Em seguida, investigaremos alguns achados significativos da teoria comportamental versando a respeito de como efetivamente tomamos decisões quando buscamos a felicidade. Analisaremos algumas das heurísticas e vieses mais presentes em decisões baseadas na felicidade. Os estudos comportamentais mostram que frequentemente fracassamos de duas formas diferentes quando tomamos decisões sobre felicidade: 1. Erramos ao fazer previsões sobre o que efetivamente produzirá felicidade; 2. Mesmo quando fazemos a previsão certa, muitas vezes acabamos por não tomar uma decisão que implementa a nossa previsão. Veremos alguns dos erros mais comuns que ocorrem na primeira categoria: os erros de previsão, e falaremos sobre possíveis extensões desses erros para o campo jurídico. Finalmente, concluiremos tecendo algumas considerações sobre implicações de nossas investigações para algumas questões suscitadas pela analogia da máquina fotográfica.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PENETRAÇÃO DA IDEIA DE FELICIDADE NO DIREITO**

A temática envolvendo a felicidade vem, recentemente, ganhando destaque dentro do universo jurídico brasileiro. Sua relevância ganhou uma dimensão ainda maior com a proposição, pelo senador Cristóvam Buarque, da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 19, de 2010<sup>5</sup>, conhecida como “PEC da Felicidade”, que teve como objetivo a

---

<sup>5</sup> Ementa da PEC 19 de 2010: Altera o art. 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação

inclusão do direito à busca pela felicidade no artigo 6º da Constituição brasileira<sup>6</sup>. A sua possível positivação dentro do rol de direitos fundamentais deixa clara a importância que vem sendo conferida a ela.

Apesar disso, o posicionamento que vem ganhando destaque entre os juristas brasileiros é o de que o direito à busca da felicidade já se encontra implícito em nosso ordenamento jurídico, sendo um corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da Constituição. Segue essa linha Saul Tourinho Leal<sup>7</sup>, que, indo além, afirma que o direito à felicidade não é apenas decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também dos diversos poros presentes na Constituição, que são “*capazes de absorver os projetos individuais de felicidade, bem como de ampliar a felicidade coletiva*”<sup>8</sup>.

Esse posicionamento também vem sendo assumido por aplicadores do direito, incluindo ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Há algumas decisões judiciais que vêm utilizando como fundamento o direito à busca da felicidade. Dentre estes casos, pode-se citar o voto do ministro Celso de Mello, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4.277, envolvendo a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Com base no direito à busca pela felicidade, o ministro entendeu que deveriam ser cessados quaisquer obstáculos à qualificação da união civil homossexual como uma entidade familiar, como se pode ver nos dois trechos a seguir:

*Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza,*

---

pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito.

<sup>6</sup> Destaca-se que a referida PEC foi arquivada em virtude do fim da legislatura. Contudo, deve-se ter em mente que a sua importância continua evidente, tendo em vista que além de continuar sendo possível sua positivação, o direito à felicidade já é utilizado como fundamento de decisões judiciais de grande relevância.

<sup>7</sup> LEAL, 2013, p. 223.

<sup>8</sup> Saul cita como exemplos destes poros: “*Quando a constituição fala de liberdade, ela abre espaço para o direito à busca da felicidade. Ao tratar de direitos sociais ou demais itens que trazem segurança ao indivíduo, ela formula um convite ao direito prestacional à felicidade. Ao vedar a tortura ou tratamentos degradantes, ela afirma também que não tolera prazeres perversos. Quando fala de pluralismo, aceita que a sociedade fica melhor com a tolerância às minorias, pois tem seus debates enriquecidos por contrapontos constantes necessários ao avanço da humanidade*” (LEAL, 2013, p. 223).

*presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar.*

*Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos.*

Contudo, apesar de em um primeiro momento a aplicação do direito à felicidade parecer algo extremamente benéfico para os indivíduos e para o ordenamento jurídico em geral, após uma análise mais detida e aprofundada, percebe-se que a avaliação acerca da sua aplicação prática exige muito mais esforço do que uma análise um pouco mais descuidada pode levar a crer. A abordagem da teoria comportamental tem se mostrado de grande valia para o enfrentamento destas questões jurídicas.

### **3 ESTUDOS COMPORTAMENTAIS ACERCA DA FELICIDADE**

Pesquisas relativamente recentes no campo da teoria comportamental têm demonstrado que as pessoas, de maneira sistemática, falham em prever ou escolher (caso tenham previsto) aquilo que maximiza sua felicidade<sup>9</sup>. Conforme Hastie e Hsee bem colocam, as pessoas, de maneira geral, assumem como verdadeira a ideia da teoria econômica clássica de que indivíduos são capazes de identificar, assim como escolher, o que é melhor para elas, desde que estejam bem informadas acerca das suas circunstâncias<sup>10</sup>. Basta possuírem informações fáticas sobre o mundo, excluindo aqui as informações sobre o processo psicológico de decisão, que saberão realizar aquelas escolhas que melhor concretizarão sua felicidade. Para ilustrar, se temos informações sobre as propriedades de produtos diferentes, sobre as características de pretendentes amorosos, sobre o que está envolvido em diferentes carreiras ou os detalhes de diferentes políticas públicas, então saberemos prever e implementar aquela opção capaz de maximizar a nossa experiência ou felicidade. Entretanto, pesqui-

<sup>9</sup> HASTIE; HSEE, 2006, p. 31.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 31.

sas vêm demonstrando que as pessoas nem sempre têm a capacidade de fazer tal escolha<sup>11</sup>. Isso porque podem (i) falhar em prever precisamente qual opção dentre as disponíveis gerará a melhor experiência; ou (ii) falhar em decidir de acordo e seguir a previsão feita anteriormente<sup>12</sup>.

Hastie e Hsee identificam, ao longo do artigo “*Decision and experience: why don’t we choose what makes us happy?*”, que faz uma revisão desta literatura, diferentes vieses aos quais os indivíduos estão sujeitos no momento de decidir o que os deixaria mais felizes, assim como no momento de decidir agir com base em tais previsões. Dentre os primeiros, pode-se citar o viés de *impacto*, de *projeção*, de *distinção*, de *memória* e o de *crença* (ver 3.1). Já dentre os segundos, pode-se citar *impulsividade*, *decisões baseadas em regras*, *racionalismo do senso comum* e *maximização dos meios*. Aqui enfrentaremos apenas os erros de previsão, deixando para outra ocasião os erros que envolvem a decisão por implementar aquilo que foi previsto<sup>13</sup>.

Não há dúvidas de que tais estudos possuem uma grande relevância para o direito. Isso porque certas decisões judiciais que utilizam como fundamento a felicidade, assim como leis e políticas públicas desenhadas para a sua maximização, podem acabar por causar uma situação que não gerará o resultado desejado, qual seja, a felicidade das partes envolvidas. Até mesmo porque juízes, legisladores e administradores, sendo pessoas como quaisquer outras, também estão sujeitos às falhas na previsão da felicidade. É importante destacar que, apesar de os juízes se sujeitarem a uma intensa preparação técnica para o exercício da sua função, não há qualquer tipo de preparo para evitar os vieses que podem fazer com que tomem decisões errôneas quando invocam normas com conceitos moralmente carregados e altamente disputados. O currículo do bacharel em direito é composto quase que exclusivamente por disciplinas dogmáticas, raramente se debruçando sobre análises mais rigorosas do raciocínio que poderiam ser melhor trabalhadas por disciplinas como lógica jurídica, teoria da argumentação, psicologia, entre outras que, quando ocupam algum espaço no rol de disciplinas das faculdades de direito, fazem isso de forma excessivamente tímida. Conforme coloca Jerome Frank, possivelmente o mais conhecido representante do realismo jurídico norte-americano e ele próprio um juiz:

---

<sup>11</sup> BRONSTEEN; BUCCAFUSCO; MASUR, 2015, p. 4.

<sup>12</sup> HASTIE; HSEE, 2006.

<sup>13</sup> Nossa escolha se deu em função do número de palavras sugeridos pelos organizadores da publicação. Resolvemos deixar a segunda parte dos erros para uma publicação futura.

*Muitos prejuízos são causados pelo mito de que, simplesmente por colocar uma toga preta e realizar um juramento ao assumir o cargo como juiz, um homem deixa de ser humano e extirpa de si mesmo todas as suas predileções, tornando-se uma máquina de pensar livre de qualquer paixão*<sup>14</sup>.

### 3.1 Falhas em Prever as Situações que Gerarão Maior Felicidade

Pesquisas da teoria comportamental vêm demonstrando que as pessoas falham sistematicamente na previsão das situações que gerarão a maior felicidade. É dentro deste contexto que serão trabalhados os vieses do impacto, da projeção, da distinção, da memória e da crença, abordados nos seguintes subitens.

É importante destacar que tais vieses afetam não apenas as pessoas que estão decidindo em situações que envolvem a si mesmas, mas também em situações que são relativas a terceiros. Dessa forma, um juiz decidindo um caso envolvendo terceiros, um legislador no exercício da sua função ou um administrador criando políticas públicas estariam tão sujeitos aos erros na tomada de decisão quanto uma pessoa ordinária tomando decisões em relação a sua própria vida.

#### 3.1.1 Viés do impacto

Um dos vieses aos quais os indivíduos estão sujeitos na hora da previsão da experiência que mais lhe traz felicidade é o *viés do impacto*<sup>15</sup>. De acordo com esse viés, as pessoas têm uma tendência a sobrestimar o impacto de eventos afetivos ou emocionalmente salientes. De acordo com Hastie e Hsee, um dos principais motivos que levam esse viés a entrar em ação é o *focalismo*, que acontece quando as pessoas concentram sua atenção no evento central e deixam de perceber eventos contextuais que afetarão sua percepção<sup>16</sup>. Apresentam como outro motivo a “*negligência imunológica*” (“*immune neglect*”), que ocorre sempre que um indivíduo não leva em consideração a capacidade que o sistema psicológico tem de racionalizar, muitas vezes por meio de confabulações, impactos emocionais negativos de determinados eventos. Os indivíduos, ao desconsiderarem tal capacidade, acabam sobrestimando o impacto negativo de certos eventos.

<sup>14</sup> FRANK, 2009, XXXV, tradução livre.

<sup>15</sup> HASTIE; HSEE, 2006, p. 31.

<sup>16</sup> *Idem*.

O exemplo utilizado pelos autores para ilustrar o focalismo é o caso de torcedores de um time de futebol que sobrestimam sua felicidade em caso de vitória do seu time. Ao imaginar seu estado futuro, os torcedores deixam de levar em conta diversos outros acontecimentos que giram ao redor do evento principal (a vitória do time): o caos no entorno do estádio, o fato de terem que terminar um trabalho acumulado que não foi feito em função do jogo, as reclamações do cônjuge porque está chegando tarde ou bebeu muito... Todos esses fatores ignorados pelo fenômeno do focalismo podem diminuir o estado hedônico, minimizando o bem-estar.

Passando para um exemplo do universo jurídico, pode-se colocar o caso trazido por Bronsteen, Buccafusco e Masur no livro *Happiness and the Law*, que ilustra a ideia de resistência imunológica<sup>17</sup>. Dois indivíduos se envolvem em um acidente de carro devido à imprudência de outro motorista. Enquanto um teve como seqüela a perda de um braço, o outro teve como seqüela enxaqueca crônica. Ambos processam o motorista imprudente. Enquanto o primeiro é recompensado com R\$ 1.000.000,00, o segundo é recompensado apenas com R\$ 10.000,00, pois se parte da assunção de que, por si só, a perda de um braço é muito pior do que enxaqueca. Contudo, o primeiro percebe que a perda do braço não foi tão ruim quanto imaginava que seria, já que foi possível a adaptação. Já no caso do segundo, a enxaqueca se tornou pior do que imaginava que seria. Não foi possível superá-la através do processo de adaptação. Quando foi decidido o caso, o foco do juiz foi o dano imediato sofrido por cada um dos sujeitos. Levando esse dano em consideração, o juiz imaginou que o sujeito sem o braço seria mais infeliz, já que, *a priori*, a perda de um braço parece muito mais relevante do que crises de dor de cabeça. O juiz negligenciou justamente a capacidade de resistência imunológica que o sistema psicológico oferece de forma eficiente para que certos acontecimentos negativos sejam menos poderosos, possibilitando a adaptação hedônica<sup>18</sup>. Assim, os valores das indenizações acabaram por não refletir a interferência que cada dano causou no bem-estar dos indivíduos.

### 3.1.2 Viés da projeção

O viés da projeção é resultante de estados afetivos ou viscerais divergentes no previsor quando comparado àquele que irá experimentar as consequências da decisão. Em outras palavras, o indivíduo que faz a previsão no presente, sob um certo estado afetivo, projeta o mesmo esta-

<sup>17</sup> BRONSTEEN; BUCCAFUSCO; MASUR, 2015, p. 201.

<sup>18</sup> GILBERT *et. al.*, 2004.

do para si mesmo ou para um terceiro no futuro, negligenciado a possibilidade de discrepância entre estados de ânimo<sup>19</sup>. Assim, o viés da projeção também pode ser definido como “o processo, ou conjunto de processos, através do qual as pessoas vêm a esperar que os outros sejam similares a elas”<sup>20</sup>. É como se o indivíduo assumisse que a pessoa que vai passar pela experiência estivesse no mesmo estado em que ele mesmo se encontra<sup>21</sup>. A projeção permite que, usando suas próprias disposições ou preferências como dados, as pessoas façam previsões rápidas sobre como os outros são ou o que são capazes de fazer<sup>22</sup>.

Hastie e Hsee trazem o exemplo de um caso em que se pede para pessoas que acabaram de jantar avaliarem o quanto apreciariam um excelente café da manhã no dia seguinte<sup>23</sup>. Afirmam que as pessoas tendem a fazer tal previsão de maneira equivocada: estando completamente saciadas no momento da previsão, não conseguem se imaginar de outra forma no dia seguinte. Acrescentam a esse exemplo diversos outros facilmente identificáveis no dia a dia de todos nós, dentre os quais o de que indivíduos que estão famintos ao fazerem compras no supermercado tendem a comprar comida em excesso.

O viés da projeção pode ser bastante relevante no âmbito do direito do consumidor. Segundo Lowenstein, há determinadas táticas de venda que exploram o viés da projeção<sup>24</sup>. Um exemplo é o de estabelecimentos que vendem “pacotes anuais”, como, por exemplo, academias. Quando um indivíduo que se sente entusiasmado a malhar comparece à academia para fazer sua matrícula, assume que sentirá o mesmo entusiasmo nos meses seguintes. Acaba, então, fazendo a assinatura anual, mas comparecendo apenas nos primeiros dias ou meses, já que o estado de entusiasmo previsto não corresponde à realidade<sup>25</sup>. Assim, pensando na defesa dos consumidores, podem ser desenhadas leis que combatam o uso do viés da projeção para induzir a aquisição de mais produtos ou serviços do que o necessário. Um exemplo que o autor coloca são leis que possuem efeitos de “esfriar a cabeça” (“cooling-off laws”), como o caso em que se estipula que os consumidores terão um certo número de dias para poder devolver um produto adquirido<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> HASTIE; HSEE, 2006, p. 31.

<sup>20</sup> KRUEGER; ROBBINS, 2015, p. 32.

<sup>21</sup> HASTIE, HSEE, 2006, p. 31.

<sup>22</sup> KRUEGER; ROBBINS, p. 2.015.

<sup>23</sup> HASTIE; HSEE, 2006.

<sup>24</sup> LOWENSTEIN, 2003.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 1230.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 1230.

A projeção também se destaca no âmbito da realização de acordos no Poder Judiciário<sup>27</sup>. As pessoas, centradas apenas no dano sofrido, desconsideram a capacidade de adaptação que possuem, ou seja, fazem uma projeção de que se sentirão no futuro exatamente como estão se sentindo no momento em que aconteceu o evento negativo. Justamente por esse motivo, ao tentar realizar um acordo logo após o dano, o indivíduo tenderá a sobrestimar sua seriedade e duração, apenas fechando acordos com valores bastante elevados. Contudo, nos meses seguintes, nos quais a pessoa estará aguardando seu julgamento, ela começará a experimentar os efeitos da adaptação hedônica, aumentando sua percepção acerca do seu próprio bem-estar, aumentando a probabilidade de aceitar uma proposta de acordo com um valor menor<sup>28</sup>.

Podemos pensar, também, em uma série de situações nas quais um juiz, sob um determinado estado afetivo, acaba projetando a sua condição também para uma das partes, dificultando a compreensão de que aquilo que o faria mais feliz talvez não fosse o mesmo que faria a parte mais feliz. Pense, por exemplo, no caso de um juiz que, julgando logo após o almoço e estando completamente saciado, se torna mais insensível e menos capaz de compreender um caso de furto famélico. O mesmo raciocínio pode ser estendido para juízes que, não estando sob as mesmas condições de certos agentes transgressores da lei em outras ocasiões, tenham mais dificuldade em estabelecer uma pena mais equilibrada.

### 3.1.3 Viés da distinção

Outro viés apresentado por Hastie e Hsee no momento da previsão da felicidade é o viés da distinção, que se apresenta quando indivíduos, no momento de realizarem uma escolha, se encontram em um estado de avaliação distinto daquele no qual usufruirão da escolha no futuro<sup>29</sup>. Hsee e Zhang afirmam que as previsões são normalmente realizadas em um tipo de *avaliação conjunta*, em que se realiza uma comparação entre diferentes opções e cenários. Contudo, quando se passa à experiência de fato, ela normalmente se dá em um estado de *avaliação individual*<sup>30</sup>. Assim, em virtude dessa distinção, as pessoas podem fazer previsões erradas acerca da opção que lhes dará a melhor experiência em situações futuras.

---

<sup>27</sup> BRONSTEEN; BUCCAFUSCO; MASUR, 2015.

<sup>28</sup> *Idem*, 2015.

<sup>29</sup> HASTIE; HSEE, 2006.

<sup>30</sup> HSEE; ZHANG, 2004.

No âmbito das relações de consumo, o viés da distinção pode assumir uma relevância significativa, tendo em vista que fatores imperceptíveis para o consumidor podem influenciá-lo a comprar determinado item em detrimento de outro. É o caso exemplificado por Hastie e Hsee, de um indivíduo que entra em uma loja de eletrodomésticos para comprar um aparelho de televisão<sup>31</sup>. O indivíduo começa a comparar os modelos que estão expostos na loja e passa a analisar as diferenças entre eles, que são bastante sutis. Devido a essa avaliação conjunta, ele acaba comprando o aparelho que é muito mais caro. Contudo, as diferenças que o fizeram optar por aquele aparelho eram perceptíveis apenas na loja, quando comparado aos outros modelos lado a lado. Se o indivíduo tivesse visto os aparelhos individualmente, ele nunca notaria as peculiaridades que o fizeram pagar um preço muito mais elevado. Nesse caso, portanto, teria sido muito mais benéfico para ele adquirir o aparelho mais barato: ele teria a mesma sensação de bem-estar ao assistir à televisão, mas também estaria com mais dinheiro na conta bancária.

Esse aspecto é bastante relevante no âmbito do direito em geral. Quando um indivíduo está fazendo escolhas em nome de outro – como é o caso de um legislador em relação aos legislados; de um administrador em nome dos administrados ou de um juiz em relação aos jurisdicionados – ele geralmente o faz em um modo de *avaliação conjunta*. Geralmente o que se faz são comparações. Contudo, quando os indivíduos passam a experimentar a situação escolhida, o modo de avaliação passa a ser o *singular*. Isso pode levar a discrepâncias na análise da melhor opção possível, ou seja, aquela que gerará a maior felicidade ou satisfação<sup>32</sup>.

Podemos ilustrar a relevância da diferença entre a avaliação conjunta e a avaliação singular com um exemplo utilizado por Montibeller e Winterfeldt, que envolve a análise da diminuição da taxa de poluição causada por uma usina<sup>33</sup>. Segundo os autores, é muito mais fácil e prático analisar a quantidade de poluentes emitidos anualmente por uma usina do que analisar, em si, os efeitos negativos que tais poluentes têm na saúde da população. Daí se segue que, em muitos casos, a gravidade no nível de poluição pode vir a ser avaliada exclusivamente pela taxa de poluentes emitidos. Assim, possíveis sanções para a usina podem utilizar como parâmetro apenas uma avaliação comparativa entre as diferentes taxas de emissão de poluentes. Se diminuiu, está adequado; se aumentou, não está adequado. Contudo, deixa-se de levar em consideração que, mesmo que a

---

<sup>31</sup> HASTIE; HSEE, 2006.

<sup>32</sup> HSEE *et. al.*, 1999, p. 589.

<sup>33</sup> MONTIBELLER; WINTERFELDT, 2015.

quantidade de poluentes emitidos diminua drasticamente, há a possibilidade de que o bem-estar da população diminua apenas infimamente. Assim, o bem-estar, que é o fator principal a ser analisado, acaba não sendo levado em consideração. Se a avaliação da emissão de gases poluentes se desse de maneira singular e não conjunta, outros aspectos mais relevantes seriam analisados, dentre os quais o impacto que o nível de emissão de gases tem na saúde dos indivíduos.

### 3.1.4 Viés da memória

Outro viés apresentado é o viés da memória, que tem por fundamento a ideia de que os indivíduos costumam angariar suas experiências do passado para prever experiências futuras. Então, quando um caso futuro é parecido com um caso passado, o indivíduo assume que terá novamente o mesmo tipo de experiência. A grande questão é que a memória é extremamente falível, e justamente por isso pode introduzir falhas sistemáticas de avaliação<sup>34</sup>.

Para visualizar melhor o fenômeno, é de grande valia a distinção cunhada por Kahneman entre o “*remembering self*” e o “*experiencing self*”<sup>35</sup>. Ele argumenta que ambos são bastante distintos, apesar de serem frequentemente confundidos na prática. O autor traz um exemplo bastante interessante para ilustrar as diferenças que ambos os tipos de *self* podem causar na avaliação daquilo que traz ou trará a melhor experiência. Trata-se do caso de um experimento realizado com dois pacientes, A e B, que iriam realizar um procedimento de colonoscopia<sup>36</sup>. Ambos os pacientes tinham que informar a intensidade da dor que estavam sentindo em intervalos de 60 segundos. O exame do paciente A teve a duração consideravelmente menor que o do paciente B. Durante o período em que ambas as colonoscopias estavam sendo realizadas, a dor que os pacientes relataram tinha uma intensidade bastante próxima. Contudo, os minutos extras do exame do paciente B foram consideravelmente menos dolorosos que o restante do exame.

Logo após o término do procedimento, ambos os pacientes foram questionados acerca do quanto achavam que haviam sofrido durante o exame. Nitidamente, do ponto de vista objetivo, B sofreu mais do que A, já que sofreu na mesma intensidade que A durante o mesmo intervalo de tempo, e continuou sofrendo (ainda que em uma intensidade menor)

---

<sup>34</sup> HASTIE; HSEE, 2006.

<sup>35</sup> KAHNEMAN, 2011.

<sup>36</sup> KATZ; KAHNEMAN, 2003.

por mais alguns minutos. Contudo, o paciente A, de maneira paradoxal, do ponto de vista subjetivo, recorrendo à sua memória, relatou *a posteriori* um sofrimento significativamente mais intenso do que B.

Segundo Kahneman, o resultado desse experimento evidencia um conflito entre o *remembering self* e o *experiencing self*. A questão é que a nossa memória tende a registrar de maneira mais marcante o final e o auge de um evento. Como o auge foi igual para ambos e como nos últimos minutos do exame do paciente B a colonoscopia foi muito menos dolorosa, sua memória sobre o ocorrido foi mais branda e menos desagradável do que a do paciente A, cuja colonoscopia durou menos tempo.

Na disputa entre o *remembering self* e o *experiencing self*, é o primeiro que acaba ganhando prevalência: segundo Kahneman, ele é o responsável pela tomada de decisões<sup>37</sup>. O *experiencing self* acaba não tendo influência sobre essa decisão. Nesse sentido, afirma Kahneman: “*nós na verdade não optamos entre experiências, mas optamos entre memórias de experiências*”<sup>38</sup>.

O viés da memória pode exercer influência em diferentes âmbitos do direito, dentre os quais a análise do benefício de políticas públicas<sup>39</sup> e, conseqüentemente, de sua constitucionalidade à luz do princípio jurídico da felicidade. Uma primeira dúvida que se coloca é a seguinte: tendo em vista a diferença entre o *remembering self* e o *experiencing self*, seria mais adequado direcionar as políticas públicas a qual dos dois? Se for o caso do último, que é a posição defendida por aqueles que entendem que a felicidade é o conjunto das melhores experiências integradas no tempo, as políticas públicas não podem ser construídas com base em relatos de indivíduos em relação a situações passadas, tendo em vista a memória ser enviesada. Contudo, se for o caso da primeira opção, é perfeitamente viável utilizar as previsões dos indivíduos com base nesses relatos. É necessário enfrentar questões como essas para que as políticas públicas possam ser fiscalizadas da maneira mais adequada, inclusive por juízes que podem vir a realizar o controle de constitucionalidade à luz de considerações sobre felicidade.

### 3.1.5 Viés da crença

O viés da crença é ocasionado pelo recurso às teorias do senso comum para prever qual opção será capaz de produzir mais felicidade. Hastie e Hsee afirmam que, apesar de tais teorias geralmente serem váli-

---

<sup>37</sup> KAHNEMAN, 2011.

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> BRONSTEEN; BUCCAFUSCO, 2015.

das em determinadas situações, elas acabam sendo alargadas para situações em que não produzem o resultado adequado<sup>40</sup>. Para ilustrar, os autores utilizam como exemplo a ideia generalizada do senso comum de que quanto mais opções ou escolhas temos ao nosso dispor, mais felizes seremos<sup>41</sup>. Para ilustrar, os autores fornecem um exemplo no qual uma empresa bonifica seus funcionários com uma viagem para o Havaí. Obviamente que os funcionários ficam felizes. Se a empresa os bonifica com uma viagem para Paris, eles também obviamente ficam felizes. Entretanto, os funcionários fazem uma previsão de que seriam ainda mais felizes caso tivessem a prerrogativa da escolha entre as viagens. Contudo, se a empresa abre para o funcionário a possibilidade de escolher, a felicidade produzida já não é igual. Aquele que vai para Paris fica remoendo as praias que está deixando de visitar no Havaí, enquanto o que escolhe ir para o Havaí fica pensando no que está perdendo em Paris.

Barry Schwartz, em seu livro *“The Paradox of Choice”*, trabalha justamente com a questão das escolhas<sup>42</sup>. O autor, no decorrer do livro, apresenta argumentos que colocam em cheque a seguinte crença do senso comum (apresentada na forma de um silogismo): quanto mais liberdade e autonomia as pessoas tiverem, mais felizes serão; quanto mais escolhas disponíveis, mais liberdade e autonomia as pessoas terão; logo, quanto mais escolhas disponíveis, mais felizes serão. Contudo, o aumento de escolhas, mesmo quando culmina em melhores decisões (nem sempre é o caso), não acarretará, necessariamente, mais felicidade. A excessiva quantidade de escolhas pode acarretar paralisia, ou seja, simplesmente não conseguimos optar entre tantas alternativas. Se conseguimos vencer a paralisia e escolher (algo que costuma levar tempo, fazendo com que o processo de deliberação fique mais longo, o que também pode ser custoso em termos de tempo, dinheiro e psicologicamente), podemos nos arrepender mais facilmente do que quando temos poucas escolhas. O arrependimento antecipado pode gerar a paralisia, e o remorso pós decisão torna mais difícil o seu aproveitamento. Relacionada ao arrependimento, temos a ideia de oportunidades perdidas. Afinal, se o conjunto de escolhas é grande, a tendência é que as oportunidades perdidas fiquem mais salientes. Além disso, uma grande quantidade de escolhas cria uma expectativa muito alta, sendo mais fácil se decepcionar com a decisão. Por último, quando temos mais opções, tendemos a nos culpar mais caso não façamos a melhor escolha.

---

<sup>40</sup> HASTIE; HSEE, 2006.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 32.

<sup>42</sup> SCHWARTZ, 2005.

Há situações em que a grande variedade de opções não levará ao resultado mais desejado. Um dos exemplos que o autor menciona é o caso da liberdade dos indivíduos para optarem dentre diversos planos de saúde oferecidos. No plano das políticas públicas, muitas vezes o governo deixar a liberdade para que indivíduos optem dentre os diversos planos oferecidos pelas diferentes seguradoras pode se mostrar prejudicial, devido ao desgaste e investimento de tempo que as pessoas terão para pesquisar dentre as diversas opções aquela mais adequada. Além disso, a questão da tecnicidade muitas vezes fará com que o indivíduo sequer saiba os detalhes do plano que está contratando. Podemos acrescentar a isso a insegurança constante sobre se escolheu ou não o melhor plano e o peso da responsabilidade caso algo não funcione tão bem. Haverá, portanto, muitas vezes em que a escolha final não se mostrará a mais adequada. A alegação que pode ser feita de que se deve confiar no mercado, por exemplo, pode acabar trazendo resultados indesejados, ao transferir o ônus da escolha para o indivíduo<sup>43</sup>.

Um exemplo jurídico pertinente aparece no livro *Thinking Like a Lawyer*<sup>44</sup>. Durante um certo tempo, o Estado de Montana regulava (ou deixava de regular) o trânsito de um modo bastante peculiar: depois de terem revogado todos os limites fixos de velocidade, passaram a adotar um único princípio, bastante vago e amplo, que estabelecia que as pessoas deveriam dirigir de modo “razoável e prudente”. A pluralidade de opções de conduta e as milhares de possibilidades de interpretação abertas pela norma acima, que ampliava e não restringia as escolhas quando comparado às antigas regras detalhadas de trânsito, foi caótica para todos os tomadores de decisões envolvidos: pessoas comuns que tinham que tomar uma série de decisões por conta própria sobre como dirigir, policiais que precisavam decidir quando multar e juízes que tinham que decidir os conflitos que foram parar nos tribunais. A ideia segundo a qual mais escolhas poderiam potencializar a felicidade no trânsito foi simplesmente uma previsão redondamente equivocada de desenho institucional, e o princípio acabou sendo declarado inconstitucional pela Suprema Corte do Estado de Montana.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente, um dos principais desafios com a introdução da ideia de felicidade no direito, seja pela via da legislação positiva, da dou-

---

<sup>43</sup> SCHWARTZ, 2005, p. 26-27.

<sup>44</sup> SCHAUER, 2009, p. 16.

trina ou da jurisprudência, é entender o próprio conceito, cujo significado é altamente disputado no terreno da filosofia. Aqui não problematizamos o conceito de felicidade, mas assumimos a proposta dos estudiosos comportamentais. Embora tenhamos feito uma escolha, ela não foi totalmente arbitrária. Afinal, pessoas comuns (e cidadãos, juízes, advogados e legisladores são igualmente pessoas comuns no que diz respeito ao conceito de felicidade, que não é objeto de estudo nas faculdades de direito) tendem a achar que farão as escolhas que produzirão mais felicidade, que vão maximizar as suas experiências ou concretizar suas preferências, desde que tenham elementos fáticos disponíveis sobre suas opções.

O que tentamos mostrar nesse artigo são justamente os erros que as pessoas cometem quando procuram tomar decisões na tentativa de buscar a felicidade, pensada nos termos da teoria comportamental. Todos os erros de previsão que discutimos ocorrem porque a pessoa que está fazendo a previsão está em um estado diferente daquele (que pode ser o próprio ou um terceiro) que vai usufruir da experiência da decisão. Isso acontece no viés do impacto, em que a previsão é feita em uma condição na qual os eventos que giram em torno do evento principal não são levados em consideração, apesar de percebermos, no momento que estamos vivenciando o evento central, que deixamos tais eventos de fora de nossas avaliações. Acontece, também, no viés da projeção, quando aquele que faz a previsão se encontra em um estado de ânimo diferente daquele que vive a experiência da decisão. O mesmo ocorre no viés da distinção, no qual os modos de avaliação são diferentes no momento da previsão (avaliação conjunta) e da vivência (avaliação singular). Não é diferente com o viés da memória, já que aquele que faz a previsão pensa no auge e no fim das experiências passadas, mas o destinatário da previsão vivencia uma sequência de experiências momentâneas conforme o evento se desenrola. Finalmente, no viés da crença, a previsão é feita com base em crenças ou teorias do senso comum, mas o destinatário da decisão vivencia uma experiência concreta que pode escapar das situações capturadas por essas teorias.

Como já destacado, as implicações das pesquisas da teoria comportamental atingem não apenas os juízes na sua tomada de decisão, mas também os legisladores na elaboração das leis e os administradores na elaboração de políticas públicas. A inserção no sistema jurídico de um direito à busca da felicidade constitucionalmente protegido ensejará não apenas decisões em que a felicidade será utilizada como fundamento, mas também a criação de leis e políticas públicas que a observem e a efetivem. Inclusive, qualquer lei que a violar poderá enfrentar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e ser declarada inconstitucional.

Pensando nas implicações desses estudos para a nossa analogia, e direcionando o foco para os juízes, percebemos que quando decidem com base diretamente na busca da felicidade, colocando o direito no modo manual, podem: projetar erroneamente seu estado afetivo; fazer distinções não cabíveis; incorrer no viés do impacto; fazer uma previsão insatisfatória porque baseada em uma memória distorcida; ou decidir com base em crenças do senso comum que não são adequadas para a situação específica que estão enfrentando. Se as chances de os juízes cometerem tais erros é frequente e se as chances desses erros serem significativos é real, então temos boas razões para suspeitar do uso do modo manual “felicidade” para produzir felicidade. Para ser mais exato, se as chances dos erros cometidos na aplicação do princípio legal da felicidade forem mais frequentes e significativas do que na ausência da disponibilidade desse mecanismo, então teríamos boas razões para não estimular o seu uso. Não é sem motivo que muitos defenderam que a felicidade não deveria ser buscada diretamente em cada momento de decisão. Conforme bem lembra o economista John Kay, que recentemente escreveu um livro intitulado *Em Beleza da Ação Indireta – por que a linha reta nem sempre é a melhor estratégia* (2011), no qual defende que estratégias oblíquas são mais eficientes para uma série de decisões, inclusive para a busca da felicidade, um dos mais famosos defensores dessa posição foi o filósofo John Stuart Mill, que em sua autobiografia disse: “*Só é feliz (pensei) quem direciona esforços para alcançar objetivos que não sejam a própria felicidade...*”<sup>45</sup>.

Por outro lado, se vamos insistir na utilização do modo manual “felicidade”, então temos que passar a ensinar os erros que são frequentemente cometidos no seu uso, assim como maneiras de anular tais erros. O melhor modo de deseviesar a tomada de decisão é tomando conhecimento dos vieses que as impregnam. Aqui cabe lembrar que só avaliamos os vieses apontados pela teoria comportamental e, dentro desse campo, consideramos apenas aqueles vieses relacionados à previsão, deixando de fora de nossa análise todos os vieses que abalam a implementação da previsão quando esta é feita corretamente.

É importante compreender que o direito tem a pretensão de prescrever condutas para indivíduos reais. Para que isso possa acontecer, é necessário que ele conheça a estrutura cognitiva dos agentes que ele pretende regular. Normas jurídicas dissociadas da realidade podem não apenas não fazer surtir o efeito desejado, mas trazer o resultado oposto. As pesquisas da teoria comportamental citadas neste artigo nos permitem

---

<sup>45</sup> MILL *apud* KAY, 2011, p. 16.

compreender melhor como os indivíduos agem em relação à noção de felicidade. Sendo os resultados destes estudos úteis para a otimização do direito, não nos parece adequado simplesmente ignorá-los. Esses novos conhecimentos, conforme colocam Bronsteen, Buccafusco e Masur, precisam ser aplicados de maneira a aprimorar o direito e o entendimento da relação que o mesmo possui com a realidade<sup>46</sup>. A busca da felicidade certamente é uma das mais importantes, se não a mais importante empreitada da humanidade. Ninguém busca a infelicidade. Todavia, parece ser uma ingenuidade acreditar que a mera inserção da palavra “felicidade” na Constituição, de forma explícita ou implícita, garantirá a sua consagração na prática.

## 5 REFERÊNCIAS

- ALICKE, Mark D.; DUNNING, David A.; KRUEGER, Joachim. Self as Source and Constraint of Social Knowledge. *In*: ALICKE, Mark D.; DUNNING, David A.; KRUEGER, Joachim (Org.). **The Self in Social Judgment**. New York: Psychology Press, 2005.
- BRONSTEEN, John; BUCCAFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S. **Happiness and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2015.
- FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New Jersey: Transaction Publishers, 2009 [1930].
- GILBERT, Daniel, *et. al.* The Peculiar Longevity of Things Not So Bad. **Psychological Science**, v. 15, n. 1, p. 14-19, 2004.
- GREENE, Joshua. **Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gaps Between Us and Them**. New York: The Penguin Press, 2013.
- HASTIE, Reid; HSEE, Christopher K. Decision and experience: why don't we choose what makes us happy? **Trends in Cognitive Sciences**, London: Elsevier, v. 10, n. 1. p. 31-37, 2006.
- HSEE, Christopher; ZHANG, Jiao. Distinction Bias: Misprediction and Mischoice Due to Joint Evaluation. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 86, n. 5, 2004.
- HSEE, Christopher; ZHANG, Jiao; XI, Yiheng; YU, Fang. Lay Rationalism and Inconsistency between Predicted Experience and Decision. **Journal of Behavioral Decision Making**, v. 16, 2003.
- HSEE, Christopher; YU, Fang; ZHANG, Jiao; ZHANG, Yan. Medium Maximization. **Journal of Consumer Research**, v. 30, n. 1, 2003.
- KAHNEMANN, Daniel. **Daniel Kahneman: The riddle of experience vs. memory**, 2010. Disponível em: <[https://www.ted.com/talks/daniel\\_kahneman\\_the\\_riddle\\_of\\_experience\\_vs\\_memory?language=em](https://www.ted.com/talks/daniel_kahneman_the_riddle_of_experience_vs_memory?language=em)>. Acesso em: 28 fev. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Thinking Fast and Slow**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

---

<sup>46</sup> BRONSTEEN; BUCCAFUSCO; MASUR, 2015.

- KAHNEMAN, Daniel; KATZ, Joel; REDELMEIER, Donald. Memories of colonoscopy: a randomized trial. **Pain**, v. 104, n. 1-2, p. 187-194.
- KNOBE, Joshua; NICHOLS, Shaun. An Experimental Philosophy Manifesto. *In*: KNOBE, Joshua; NICHOLS, Shaun (Org.). **Experimental Philosophy** New York: Oxford University Press, 2008.
- LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade: História, Teoria, Positivção e Jurisdição**. 2013. 329f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- LOWENSTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted; RABIN, Matthew. Projection Bias in Predicting Future Utility. **The Quarterly Journal of Economics**, p. 1.209-1.248, 2003.
- MONTIBELLER, Gilberto; von WINTERFELDT, Detlof. Cognitive and Motivational Biases in Decision and Risk Analysis. **Risk Analysis**, v. 35, n. 7, 2015.
- PHILLIPS, Jonathan; MISENHEIMER, Luke; KNOBE, Joshua. The Ordinary Concept of Happiness. **Emotion Review**. California: Sage Publications USA, v. 3, n. 3, 2011.
- SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio Perin. A Distinção entre Direito e Moral e a Distinção Moral do Direito. **Revista de Direito do Estado**, a. 7, n. 22, p. 131-145, 2012.
- SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge**. New Haven: Yale University Press, 2008.



# POR UMA HISTÓRIA DAS IMAGENS DA NORMATIVIDADE DO DIREITO

Alexandre da Maia<sup>1</sup>

---

*“A vida entrava como uma senhora despótica: ele não a conhecia, e mesmo assim entrava em seu corpo, em sua mente; entrava como versos, como uma inspiração. E o significado dessa palavra pela primeira vez revelou-se a ele em toda sua plenitude. Os versos são aquela força vitalizadora que ele viveu. Precisamente isso. Ele não viveu por causa dos versos, ele viveu os versos”.*

CHALÁMOV, Varlam (1907-1982). Xerez. In: GOMIDE, Bruno Barreto (Org.). **Nova antologia do conto russo** (1792-1998). São Paulo: Editora 34, 2011. p. 575.

**Sumário:** 1. Da História dos Conceitos à História das Imagens da Normatividade do Direito. 2. Uma Teoria das Imagens: Pontuações Teóricas Principais. 3. Imagens da Normatividade na Teoria do Direito do Séc. XX. 4. Uma História das Imagens do Mandado de Injunção. 5. Modificação Legislativa no Crime de Estupro e o Problema da Simultaneidade Temporal das Imagens do Direito. 6. Referências.

## 1 DA HISTÓRIA DOS CONCEITOS À HISTÓRIA DAS IMAGENS DA NORMATIVIDADE DO DIREITO

O objetivo deste trabalho é tentar construir a possibilidade de compreensão da história das imagens no campo jurídico, mais especificamente no debate da normatividade do direito. A proposta de uma histó-

---

<sup>1</sup> Professor associado da Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

ria das imagens vem como continuidade do projeto de percepção da subjetividade no direito a partir da contingência na comunicação entre sistemas psíquicos e sociais por meio do diálogo entre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e a história dos conceitos, encabeçada pelo historiador Reinhart Koselleck.

Mediante a utilização de tais marcos teóricos, iniciamos o trabalho de construção de uma história das imagens do direito. Em texto anterior, conceituamos imagem como projeção contingente da fragmentação da subjetividade. Tentaremos aqui verificar como uma teoria das imagens pode ser frutífera para compreender as nuances da normatividade do direito.

Em termos de determinação dos campos fronteirços, a história dos conceitos pressupõe a possibilidade de certo grau de estabilidade das estruturas temporais, algo que uma história das imagens problematiza.

O próprio Koselleck, a partir da obra de Heiner Schultz<sup>2</sup>, esclarece as possibilidades para analisar a mudança recíproca dos conceitos e das circunstâncias da seguinte forma:

- a) *O significado da palavra, assim como o das circunstâncias apreendidas nela permanecem sincrônica e diacronicamente constantes;*
- b) *O significado da palavra permanece constante, mas as circunstâncias mudam, distanciando-se do antigo significado. A realidade transformada “deve novamente ser conceitualizada”;*
- c) *O significado da palavra muda, mas a realidade previamente apreendida por ela permanece constante;*
- d) *O significado da palavra e as circunstâncias por ela apreendidas se desenvolvem em separado, de forma que a correspondência anteriormente existente não possa mais resistir por mais tempo.*

Segundo Koselleck, só uma “*história dos conceitos*” forneceria o método capaz de reconstruir e estabelecer quais realidades seriam correspondentes a que conceitos.

O que se propõe aqui é ir além. A história dos conceitos avança em termos de metodologia histórica no que diz respeito às continuidades e rupturas entre conceitos e circunstâncias por eles apreendidas. Mas uma história das imagens pretende historicizar a própria relação entre “permanência” e “mutabilidade”, elementos que funcionam quase como categorias na postura de Koselleck.

---

<sup>2</sup> KOSELLECK, Reinhart. *Historia de los conceptos y conceptos de historia*. Ayer, v. 53, n. 1, p. 31, 2004.

Pela história das imagens, a relação entre permanência e mutabilidade é contingente. Quando se descreve algo em relação ao passado – e essa descrição só pode ocorrer em determinado presente – há, em maior ou menor grau, representações contingentes de percepção e de avaliação desse passado. Para tanto, há que se travar o debate entre as palavras, as circunstâncias no *medium* da subjetividade fragmentada. Essa fragmentação aponta para percepções contingentes tanto da linguagem quanto das circunstâncias por ela apreendidas.

Trazendo tal debate para o direito, a história das imagens propõe historicizar a compreensão doutrinária e jurisprudencial das relações entre permanência e mutabilidade no direito. Quando o STF trava o debate sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o que se discute como pano de fundo é aquilo que permanece e aquilo que muda – aquilo que é e o que não é parte do sistema jurídico. Só que a diferença entre esse “ser” e “não ser” conforme o direito é também um retrato contingente do tempo.

A proposta deste artigo é esboçar uma proposta de história das imagens da normatividade do direito, buscando construir mais hipóteses que certezas.

## 2 UMA TEORIA DAS IMAGENS: PONTUAÇÕES TEÓRICAS PRINCIPAIS<sup>3</sup>

Todo observador, ao observar, está imerso no sentir, e esse sentir funciona como meio para a cristalização das imagens projetadas por ele.

Esse **sentir**, portanto, não trabalha com o dualismo racional/irracional, tão próprio das imagens das teorias jurídicas tradicionais. Pelo contrário: é admitir as pretensas luzes da razão apenas como uma forma contingente de projeção de possibilidades da subjetividade, e não como a única possibilidade. Ou seja, tanto os discursos que buscam erigir modelos diferentes de racionalidade quanto os que desconfiam de qualquer defesa de uma “racionalidade prática” na compreensão nada mais fazem do que lançar determinadas imagens, entendidas aqui, de forma genérica, como *projeções contingentes da fragmentação interna da subjetividade*.

---

<sup>3</sup> Um esboço inicial dessas ideias está em MAIA, Alexandre da. O direito subjetivo como imagem. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Orgs.). **Filosofia e Teoria do Direito** – homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 138-167.

Não queremos afirmar que o sentir é uma categoria de uma teoria do conhecimento, nos moldes aristotélicos. Pelo contrário: o que se quer é condensar numa expressão comunicativa mais simples todas as possibilidades e vivências dos desejos, das frustrações, das expectativas, dos sentimentos, das paixões, das invejas, dos estágios de consciência etc. que não se cristalizam nem ficam hipostasiadas no tempo. Enfim: de tudo aquilo que muitas vezes podemos falar, mas que as palavras não expressam necessariamente como esses elementos se processam no interior dos nossos sistemas psíquicos. Aliás, muitas vezes nem nos damos conta deles quando estamos imersos neles, o que nos mostra que, na linha de uma teoria da observação construída por Luhmann, o observador, ao observar e fazer distinções, não consegue perceber suas próprias distinções ao observar. Eis o ponto cego de toda e qualquer observação<sup>4</sup>.

Por conta disso, há uma complexidade infinita nas possibilidades, impedindo uma sedimentação de um sentir racional, a não ser, claro, como imagem. O sentir não é uma categorização, mas um acontecer paradoxal de possibilidades nos sistemas psíquicos, utilizando a terminologia da teoria dos sistemas. Uma observação que se faz a partir da distinção verdade/falsidade não pode observar se essa distinção feita pelo observador é ela mesma verdadeira ou falsa. Simplificando: nenhuma observação pode descrever-se a si mesma a ponto de sedimentar uma indicação “completa”, “integral” do que quer que seja, inclusive da própria subjetividade. E mesmo nos casos de auto-observação, o que se observa é só uma “imagem seletiva” (expressão de Elena Esposito) daquilo que se observa. Por isso que a observação está fundada num paradoxo. Esse problema será abordado mais adiante quando da imagem do direito subjetivo como algo que torna invisíveis os paradoxos no direito<sup>5</sup>.

No caso das imagens, e como uma tentativa de discutir os mecanismos envolvidos na compreensão, é possível, para fins unicamente didáticos, tematizar o problema das diferenças que se sedimentam quando das respectivas e plurais projeções.

Primeiramente, vale ressaltar que o **primeiro grupo de imagens** é o que projeta, no interior dos sistemas psíquicos, aquilo que cada subjetividade fragmentada observa de si mesma, ou seja, da percepção

---

<sup>4</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 61-62.

<sup>5</sup> KASTNER, Fatima. The paradoxes of justice: the ultimate difference between a philosophical and a sociological observation of law. **Paradoxes and inconsistencies in the law**. Oren Perez and Gunther Teubner (Eds.). Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006. p. 167-180; LUHMANN, Niklas. La individualidad de los sistemas psíquicos. In: LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Barcelona/México: Anthropos/Universidad Iberoamericana, 1998. p. 236-254.

dos seus próprios pensamentos. É aquilo que a teoria dos sistemas chama de “*representação*”<sup>6</sup>. As percepções, portanto, também envolvem a auto-observação paradoxal (representação), já que a observação do “ser” e do “não ser” só podem ser construídas na própria observação, não a partir de um critério transcendente. E o paradoxo se afirma quando esse “não ser” só pode ser compreendido como parte da própria imagem projetada de forma fragmentada no sistema psíquico. Essas projeções serão aqui chamadas, unicamente para fins didáticos, de **imagens de representação**.

Além dos mecanismos de produção imagética no âmbito da representação, temos também as projeções que são lançadas pelas consciências para observar o seu entorno, mediante acoplamentos entre os sistemas de consciência e os sistemas sociais, ou, na linguagem sistêmica, pela **interpenetração**<sup>7</sup>. São a partir dessas imagens que construímos os mais diversos tipos de observações sobre a sociedade-mundo, incluindo os respectivos sistemas parciais, dentre os quais o direito. Chamá-las-emos de **imagens de primeira ordem** ou de **interpenetração**. Diante da fragmentação da subjetividade, projetamos imagens as mais variadas sobre o mundo, os seres humanos, a sociabilidade, os direitos, os discursos morais e religiosos etc. A multiplicidade das possibilidades comunicativas não exclui a fragmentação da subjetividade ao imaginar e tematizar essa abertura ao ainda não vivido, aos espaços ainda não demarcados de construção de novas relações e construções teóricas e práticas, ao “outro lado”, aquele *dark side* habitualmente não abordado pelas teorias preocupadas com a razão, nas suas mais variadas e possíveis acepções.

Essas imagens de primeira ordem, como todas as imagens, são lançadas na dupla contingência. Ou seja, as consciências são inacessíveis reciprocamente àqueles que se comunicam. Não conseguimos perceber plenamente o que o outro pensa ou quer. Assim, toda comunicação só acontece na dupla contingência. Além da contingência em relação ao outro com quem porventura podemos nos comunicar sobre nossas impressões e visões de mundo, temos também a contingência das representações: a possibilidade de uma leitura múltipla da subjetividade pela sua própria consciência (respeitados, claro, os limites do ponto cego de cada observação), já que aquilo que percebemos sobre nós mesmos também é uma imagem contingente que criamos num determinado ponto presente, o que não quer dizer que essa representação permaneça de forma hipostasiada, como já mencionado anteriormente.

---

<sup>6</sup> GUIBENTIF, Pierre. Os direitos subjectivos na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Luhmann e os direitos fundamentais (workshop, paper)**. Germano Schwartz e Leonel Severo Rocha (Orgs.). São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 7.

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, n. 3, p. 58, 79 e 295.

Isso cria um campo infinito de possibilidades de auto-observação (imagens de representação) e de observação do ambiente por cada sistema psíquico (imagens de interpenetração). Esse “campo infinito”, na sociedade hipercomplexa como é a moderna, tenta ser “contido” a partir da emergência dos sistemas sociais parciais da sociedade mundial, já que essas múltiplas e plurais imagens que projetamos sobre o mundo e sobre nós mesmos vão sedimentando expectativas incontrolláveis, desejos que não são necessariamente racionalizáveis etc. É exatamente para que se possa criar um “controle de expectativas” que os sistemas sociais parciais projetam outras imagens que funcionariam como uma espécie de “filtro de contenção” dessa multiplicidade, sem jamais aniquilá-la. É como uma tentativa de controle de expectativas que, numa linha de pensamento luhmanniana, poderíamos projetar a função do direito: a “*estabilização de expectativas normativas*”<sup>8</sup>, muito embora seja possível criticar essa divisão proposta, tema que não será abordado nos limites deste texto. Essa generalização só ocorre por meio da projeção de **imagens de contenção**, ou **imagens de segunda ordem**. Essas imagens de contenção já são o reflexo de, dentre as inúmeras imagens de primeira ordem que podem ser projetadas, apenas tais e quais farão parte, por exemplo, do sistema jurídico. E o conceito de normatividade do direito está inserido em tal quadro, funcionando ao mesmo tempo como elemento de identificação do sistema e o que determina a distinção do “sistema jurídico” em face dos demais sistemas da sociedade.

Como essas imagens são contingentes, é preciso, sob o argumento de sedimentar uma “teoria da sociedade”, reduzir as possibilidades de admissão dessas projeções no sistema jurídico. O direito então projeta **imagens de segunda ordem**, que trabalham a partir da associação de outras imagens de primeira ordem que conseguem penetrar nas estruturas jurídicas, projetando-se como “modelos” e, para certas teorias, “formas moralmente estruturadas do bem viver, das quais o direito seria um caso especial” ou “juridicamente lícitas”. Os argumentos, que podem ser tratados na modernidade como diferentes, terminam se coimplicando, já que essas imagens, quando projetadas, não conseguem perceber os mecanismos de distinção que são usados na simultaneidade do acontecer da percepção.

Quando o doutrinador, como observador, projeta o que ele entende, por exemplo, por “dignidade humana”, ele lança imagens de segunda ordem, como numa tentativa de, a partir de um determinado ponto de análise, sedimentar uma delimitação do que pra ele tal expressão signi-

---

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005. p. 181 s.

fica. Porém, essas observações de segunda ordem, muito embora tentem “conter” a pluralidade de possibilidades de projeção das imagens do direito, não conseguem plenamente lograr êxito. É como se esse mecanismo de controle fosse apenas uma necessidade de “redução de complexidade”. Mas mesmo esses mecanismos de redução já se constroem no sentir, assim como não há garantias quaisquer de que a projeção das imagens de segunda ordem conseguirá conter as possibilidades de percepção dos sistemas psíquicos, bem como represar as comunicações nos sistemas sociais.

Por mais que o direito, por meio das suas observações de contenção, tente controlar o futuro cada vez mais incerto e imprevisível, é exatamente por conta dessa imprevisibilidade que muitas vezes o desejo de aprisionar o futuro escapa da contenção do direito, como grãos de areia escorrendo mansa e desafiadoramente pelas mãos, sem que nada consiga fazer para recuperar esses grãos que já se dão e se vão na dinâmica do tempo. A “estabilização de expectativas” sedimentadas nas imagens de segunda ordem não se materializa. Afinal, no próprio manejo dessas determinações estruturais das imagens de segunda ordem, pretensamente estabilizadoras (leis, jurisprudência, doutrina etc.), surge a possibilidade de múltiplas imagens de primeira ordem por dentro das estruturas, oriundas da manifestação do desejo e, em última análise, do poder de quem decide<sup>9</sup>.

É preciso insistir num ponto importante: a divisão das imagens aqui proposta tem o fito unicamente didático, para facilitar o entendimento daquilo que está aqui sendo projetado. Essas dimensões se coimplicam, sendo muito difícil concretamente criar os mecanismos de distinção entre elas, pois é no acontecer da projeção que todos esses elementos estão mesclados, o que mostra que as imagens que projetamos do mundo são lançadas a partir de bases de representação nem sempre racionalizáveis e, por conta da simultaneidade do acontecer e do observar, não conseguimos percebê-las, atuando como um ponto cego de nossa observação. Ou seja, tudo aquilo que na tradição iluminista é colocado sob o tapete é tão parte dos processos de percepção que a distinção entre o racional e o irracional não passa de uma projeção contingente da fragmentação da subjetividade. Ou seja, uma imagem.

---

<sup>9</sup> Estudos importantes sobre decisão jurídica vêm sendo sedimentados nos textos de STAMFORD DA SILVA, Artur. Da legalidade à decisão ilimitada. A construção semântica social da videoconferência no Direito Penal brasileiro: sobre o lugar da incompletude consistente. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO João Maurício (Orgs.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 13-40.

Também é preciso ter cuidado para não confundir imagem com “imaginário”, quando, por exemplo, se utiliza o argumento do “imaginário” ou do “senso comum teórico” dos juristas etc. Numa teoria das imagens, o senso comum teórico já seria um redutor de complexidade incompatível com as múltiplas “projeções” que a doutrina jurídica lança no tempo. Dentre essas projeções, temos a de “norma jurídica” na teoria do direito.

Depois de um panorama sobre as imagens da normatividade do direito no Séc. XX, veremos dois casos que parecem trazer à tona uma diferença entre uma pluralidade de possibilidades em estratos de tempo diferentes e no mesmo estrato de tempo. Usaremos como referência, respectivamente, o Mandado de Injunção e o crime de estupro.

### 3 IMAGENS DA NORMATIVIDADE NA TEORIA DO DIREITO DO SÉC. XX

No plano filosófico-jurídico, as imagens da “racionalidade” moderna caem como uma luva às pretensões de dominação oriundas das revoluções liberais, exatamente por conclamar a necessidade da verdade sob os auspícios da “segurança”. Nesse esteio, as imagens da normatividade no direito tornam-se centrais. Afinal, a projeção do direito como fenômeno normativo aponta para essa dimensão de poder e controle.

Nesse sentido, projeta-se a imagem de que o direito, para ser ciência, deveria ser norteado por um método de obtenção de segurança e previsibilidade. Tudo isso lastreado na base de segurança que a normatividade do direito traria à metodologia jurídica.

Vemos a construção de trabalhos de monta com tal objetivo, tais como a *Teoria Pura do Direito* (1. ed., 1934. 2. ed., 1960) de Hans Kelsen (1881-1973), que tenta mostrar um modelo normativo de organização do direito e do Estado baseados na estruturação nomodinâmica da ordem jurídica, em contraposição à estrutura estática da *Jurisprudência dos Conceitos*, afastando toda e qualquer perquirição axiológica e maximizando a distinção entre o mundo do *ser* e o do *dever-ser*, criando a chamada “dupla purificação” do direito.

Tal “dupla purificação” parte da distinção central em busca de uma “teoria geral do direito positivo”: ciência do direito e direito positivo. A ciência do direito descreve o direito positivo, composto por normas jurídicas. O papel da ciência do direito não é fazer criar novas normas

jurídicas, mas sim descrever sua estrutura e funcionamento. Aqui percebemos que a pureza consiste portanto na atividade de descrever tal direito positivo de forma pura, jamais determinar que o direito é puro. A pureza envolve portanto a ciência do direito, nunca o direito positivo, como muitos equivocadamente imaginam. Já vemos aqui mais projeções contingentes que a própria teoria do direito faz a respeito de Kelsen.

Consiste essa dupla purificação na necessidade de, como primeira forma de estabelecimento da *pureza*, efetuar a separação nítida entre o mundo do *ser* e o do *dever-ser*, concentrando o direito no plano normativo, típico do *dever-ser*. Para uma teoria pura do direito, não há como defender a existência de um direito que surja autonomamente fora do Estado. Pelo contrário, a própria inclusão do direito consuetudinário será efetuada por uma norma estatal que venha a inserir o costume como critério aferidor do direito.

A forma de purificação narrada acima não resolve o problema da *Teoria Pura*, exatamente por ainda haver a possibilidade de mescla entre elementos do direito e da moral, por exemplo. Para isso, a *segunda purificação* tenta solidificar as noções de *coação estatal* e *coercitividade* como características inerentes apenas ao direito. Com isso, a ciência do direito estaria purificada de todos os elementos axiológicos e ideológicos que prejudicariam a configuração do direito como uma ciência, que descreve o funcionamento de um modelo formal de direito: o direito positivo, eminentemente prescritivo.

Com base em tais premissas metodológicas, Kelsen estruturará a ordem jurídica que se verá unificada a partir da chamada teoria da norma jurídica, fazendo com que os teóricos do direito posteriores identifiquem o pensamento de Kelsen com uma das representações possíveis do chamado *positivismo normativista*. No que tange à *teoria do ordenamento jurídico*, vale mencionar as três categorias inerentes à ordem jurídica: a unidade, a coerência e a completude. No aspecto da unidade, ressalta-se que, apesar de distintas entre si e por possuírem função determinada, as normas jurídicas todas surgem de um mesmo ponto de partida, que configuraria sua validade formal. Todavia, pelo prisma da coerência, há a necessidade de mecanismos de *supra* e *infraordenação* das normas no ordenamento. Assim, determinada norma jurídica retiraria seu fundamento de validade de outra norma anterior no tempo e superior no espaço. Se assim sucede, há a necessidade do exercício de um poder criador da nova norma, cuja base está contida em outra, criando o seguinte gráfico:

**Norma**

Poder

**Norma**

Poder

**Norma**

Por conta de tal estrutura, para manter os referenciais de unidade e coerência, se toda norma jurídica positiva é fruto de um exercício de poder contido em outra, parece claro que a norma constitucional também deveria advir de um poder. Há a necessidade de justificação da Constituição como fruto de um determinado poder, chamado na teoria política de *Poder Constituinte*.

Ainda na tentativa de manutenção da *coerência*, Kelsen determina que tal Poder Constituinte, por gerar norma, deve ser fruto de uma outra norma, chamada pela teoria de *norma fundamental*, que não possuiria conteúdo nenhum, mas apenas e tão somente seria, no caso do exemplo dado, a condição de possibilidade do Poder Constituinte.

Norberto Bobbio, analisando o problema, afirma que não há que se buscar o conteúdo (ou o fundamento) da norma fundamental, haja vista ser um postulado. E, por ser postulado, não requer nenhum tipo de fundamentação, sobretudo por ser, à diferença da ordem estatal, *pressuposta*, e não *posta*<sup>10</sup>. Além disso, há fórmulas dogmáticas para a solução de possíveis antinomias na ordem jurídica, como a *lex posterior derogat priori*, por exemplo, que tentariam solucionar conflito de leis no tempo, fazendo com que se tenha uma ordem jurídica coerente e segura de que, havendo conflitos, a dogmática traz outros postulados para solucioná-lo, evitando, assim, a multiplicidade e a controvérsia de interpretações sobre a validade ou não de, por exemplo, uma norma legal. Quanto à *completude* do ordenamento jurídico, surge a noção de que a ordem estatal é uma só, e, portanto, não há que se falar em pluralismo jurídico, como se todo o direito estivesse dentro do ordenamento e nenhum direito existisse fora dele.

Curioso é estudar um dos capítulos mais interessantes e menos falados da Teoria Pura do Direito: o oitavo, que trata sobre a interpretação jurídica. Nele, Kelsen traça linhas inovadoras em relação ao que se produzia acerca da metodologia jurídica do Século XIX. Enquanto os

---

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1996. p. 58 s.

modelos de herança cartesiana buscavam encontrar a melhor forma de interpretar, que geraria, por conseguinte, a forma correta de significação da norma, Kelsen rompe com tal visão e afirma claramente aquilo que denominou “*relativa indeterminação do ato de aplicação do direito*”<sup>11</sup>. Relativa porque o intérprete está ao menos adstrito aos limites impostos pela representação simbólica da norma. Tal indeterminação se dá de forma intencional ou não intencional.

Na indeterminação intencional, o ente criador da norma deixa claramente expressa a indeterminação. Tomemos a seguinte situação: existe na lei a tipificação de um crime, prevendo como sanção uma pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de detenção *ou* multa. Neste caso, a indeterminação é intencional, pois: a) o intérprete, em princípio, não sabe se aplica a pena ou não (ou seja, se a pessoa a ser julgada cometeu ou não o delito penal tipificado na lei deste exemplo), o que é uma forma de indeterminação; b) não há uma determinação clara sobre qual das sanções deve ser utilizada. No caso em apreço, ou uma pena privativa de liberdade ou uma pena pecuniária; c) supondo que, num caso concreto, o magistrado, no exercício de suas funções, decida aplicar a pena privativa de liberdade, ainda assim a indeterminação persiste, pois entre 2 (dois) e 5 (cinco) anos de detenção existem múltiplas possibilidades de decisão e, no entender de Kelsen, todas seriam possíveis, por estarem adstritas aos limites da representação da norma, que forma uma *moldura* dentro da qual o intérprete, por ato de *vontade*, irá decidir.

A indeterminação não intencional, por seu turno, seria aquela que é originária da pluralidade de significados das palavras, expressões e demais signos. Assim, mesmo que o criador da norma não tenha contemplado a indeterminação intencional, sempre haverá um relativo grau de imprecisão, justamente pela vagueza e ambiguidade das palavras e dos demais signos representativos da normatividade. E como o direito só se manifesta por meio da comunicação, ele é necessariamente, por conta da estruturação da linguagem, vago e ambíguo, cabendo ao intérprete determinar a multiplicidade de significados e, por conseguinte, qual o sentido possível a ser aplicado a um determinado caso concreto.

A interpretação desse modo só cria “direito” se for proferida por um órgão aplicador da norma. No caso da chamada “interpretação da ciência jurídica”, o intérprete não cria direito, pois está apenas em busca dos significados semânticos que determinada proposição jurídica poderia abarcar, sem instituir uma situação jurídica nova a quem quer que seja. Mas, em todo caso, o intérprete estará adstrito à “moldura”, e dentro dela

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 364.

estarão os núcleos significativos possíveis que serão (ou podem ser) extraídos a partir daquela proposição.

Como se vê, a vagueza e a ambiguidade em Kelsen são fruto não da inclusão de elementos axiológicos e de outras formas de pensar na interpretação jurídica, mas sim pela impossibilidade de determinação de um único significado às expressões utilizadas na representação simbólica de normas jurídicas, enaltecendo o aspecto semântico na metodologia jurídica.

No plano das imagens da normatividade projetadas pelas teorias da argumentação jurídica, a possibilidade argumentativa geraria uma pluralidade de opiniões que, por conta dessa abertura, seus argumentos, apesar de distintos, diafônicos, possuiriam a mesma força enquanto argumento<sup>12</sup>. Por conseguinte, os argumentos não poderiam se sobrepor uns aos outros. Pelo contrário: tenderiam a um equilíbrio das forças em disputa e a conseqüente suspensão do juízo (*epoché*) sobre o que deva prevalecer, restando ao filósofo a abstinência em determinar qual o argumento preponderante. Tais noções teriam influenciado as teorias da argumentação jurídica, sobretudo naquilo que chamamos de *mito da identificação*<sup>13</sup>. Apesar de atestarem a pluralidade e uma pretensa “nova racionalidade” do direito, as teorias incorrem quase sempre na identificação, e caem no mesmo abismo epistemológico que tanto criticaram.

Por outro lado, a ideia de uma racionalidade argumentativa trabalha com a normatividade a partir de várias imagens, trazendo o direito como um caso especial da assim chamada “razão prática geral”. A forma de construção das imagens da “nova racionalidade” enaltece normativamente a impossibilidade de uma verdade que seria aferida por um modelo rigoroso de método. Na assim chamada “nova racionalidade”, os elementos do conhecimento sempre são prováveis, possíveis, nunca verdadeiros e acabados.

Como vimos acima, a normatividade do direito apresenta múltiplas imagens de si mesma nas leituras desenvolvidas pelas teorias, o que já mostra a impossibilidade de uma descrição uniforme do que seja “direito” e “norma jurídica”.

---

<sup>12</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>13</sup> MAIA, Alexandre da. **Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica**: pela dogmática jurídica da multiplicidade (tese de doutorado defendida junto ao programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE). Recife: UFPE, 2002.

## 4 UMA HISTÓRIA DAS IMAGENS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O tipo de raciocínio desenvolvido pelas teorias da argumentação jurídica parte de uma normatividade necessária ao direito, mas submetida a pretensos novos parâmetros de racionalidade. A distinção “novo/velho”, no caso das teorias do direito indicadas acima, busca fundamentar suas pretensões de validade e de reconhecimento partindo de pressupostos problemáticos, que elevam o “novo” ao privilégio de ser mais adequado a dar tal ou qual explicação. Nesse sentido, a “nova racionalidade” seria um conceito antitético assimétrico, de forma a colocar o “velho” como expressão simbólica equivalente a superado, *démodé*, fora de contexto e de época, enquanto o “novo” é a vanguarda, com mais poder de explicação e mais poderoso em termos científicos.

Poderíamos dizer, de outra forma, que a busca por uma racionalidade no direito, seja ela qual for, já é a projeção contingente do desejo de fazer do direito aquilo que ele não pode fazer: prever o futuro. Afinal, todo o discurso alardeador da racionalidade envolve o discurso da previsibilidade, daquilo que deve permanecer por ser racional. Mas, como afirmamos anteriormente, o que “fica” e o que “sai” nem sempre se constroem de forma tão antitética.

Nesse ponto, fica latente que a produção do direito no campo dos Tribunais se dá como forma de controlar o futuro por meio dos mais variados argumentos, dentre os quais o da segurança jurídica. Mas a própria segurança evocada é susceptível às circunstâncias específicas que ela mesma imagina conter.

Vejamos um caso em que podemos observar tal susceptibilidade: o Mandado de Injunção.

Na projeção das imagens dos direitos fundamentais, o Mandado de Injunção aparece no rol das garantias constitucionais da seguinte forma:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*

Em 1989, Supremo Tribunal Federal, no MI 107-3-DF, relatado pelo Ministro Moreira Alves, fixara inicialmente a natureza mandamental do *writ*, nos seguintes termos:

*Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional<sup>14</sup>.*

Essa interpretação compreende que a decisão julgando procedente pedido formulado em sede de Mandado de Injunção teria o efeito declaratório de inconstitucionalidade por omissão, em que o STF comunicaria ao ente público para que ele, no exercício de sua discricionariedade política, legisle sobre a matéria cuja eficácia aguarda regulamentação.

Em 2007, no julgamento do MI 607/ES, que tinha por objeto o direito de greve dos servidores públicos, o STF determinou que enquanto não for promulgada lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, aplicar-se-á a esse grupo a Lei regulamentadora do direito de greve no setor privado. Ou seja, ao invés de, como no entendimento anterior, declarar a inconstitucionalidade por omissão, o mesmo Tribunal cria uma imagem ao Mandado de Injunção diferente daquela até então por ele usada.

No caso do Mandado de Injunção, o marco temporal de distância parece apontar para uma possibilidade de projeção de imagens em tempos históricos diferentes. Veremos agora, com o exemplo do crime de estupro, como é possível também a projeção de múltiplas imagens da normatividade do direito no mesmo estrato de tempo.

---

<sup>14</sup> **Diário da Justiça**, 21 set. 1990, p. 9.782; grifo nosso.

## 5 MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA NO CRIME DE ESTUPRO É O PROBLEMA DA SIMULTANEIDADE TEMPORAL DAS IMAGENS DO DIREITO

A Lei 12.015, de 07.08.2009, modificou sensivelmente o tipo penal do estupro, albergado no art. 213 do Código Penal. Até então, “estupro”, do ponto de vista jurídico-penal, envolvia o constrangimento da mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Com a nova Lei ora em destaque, o tipo penal do estupro passou a ter a seguinte redação:

**Art. 213.** *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.*

As mudanças são muito claras e significativas. Primeiramente, o sujeito passivo do crime de estupro a partir da promulgação da nova lei pode ser qualquer ser humano que tenha sofrido a violência nos moldes indicados pela nova redação do art. 213 do Código Penal. Até então, apenas a mulher poderia ser vítima de estupro.

Em segundo lugar, e talvez o mais relevante para o que se pretende debater aqui, é que a normatividade do direito relativa ao crime de estupro abrange outros atos para além da conjunção carnal, tal como é possível identificar na segunda parte do *caput* do art. 213.

Usando a classificação indicativa de Koselleck enumerada no item 1 deste texto, poder-se-ia, em princípio, afirmar que estaríamos diante daquela situação na qual o conceito se modifica, mas o mesmo não acontece com a realidade por ele referida. Ou seja, a despeito da modificação do conceito jurídico do ponto de vista não apenas legislativo, mas também doutrinário e jurisprudencial, não haveria como determinar *prima facie* a modificação não apenas da realidade, mas também da percepção dessa modificação conceitual nos acontecimentos da sociedade.

Em síntese, não há como determinar *prima facie* a percepção da sociedade sobre essa alteração conceitual, o que nos permite levantar uma hipótese sobre o tema: a despeito da determinação legislativa do que seja estupro, haveria na sociedade, exatamente por sua complexidade, múltiplas formas distintas de projetar as imagens do estupro. Quando se noticia o aumento dos casos de estupro, por exemplo, não há como determinar se aquela notícia oriunda da imprensa leva em consideração a modificação

legislativa indicada. Ou seja, o ambiente do sistema jurídico é tão mais complexo que pode projetar múltiplas imagens do estupro, desde aquelas que se fiam a entender o estupro unicamente como conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça àquelas que se orientam a partir da compreensão de que, pela nova Lei, pode haver estupro sem conjunção carnal.

Ainda na especulação de hipóteses, não de verdades, haveria várias imagens plurais e simultâneas da normatividade do estupro por meio da contingência na relação sistema/ambiente; direito/sociedade. Essa multiplicidade de imagens não envolveria necessariamente alteração de conceitos, como pretende Koselleck. Por isso que uma história das imagens parece ser mais interessante para construir uma percepção mais adequada à complexidade sistêmica.

Portanto, ao contrário do que vimos no panorama da normatividade do direito no Séc. XX, o problema da percepção das imagens não se dá a partir de uma observação do direito como linguagem. Muito ao contrário: os elementos de vagueza e ambiguidade da linguagem dizem respeito a apenas um dos aspectos da normatividade do direito, ocultando tantos outros que não estão envolvidos no campo sintático-semântico.

Esses outros tantos aspectos envolvem os elementos da realidade referida pelas imagens. Um bom exemplo pra compreender é o que Koselleck fornece ao analisar *Mein Kampf*, o livro de Hitler que acaba de entrar em domínio público. Koselleck afirma que tal livro quando publicado não foi levado a sério pelos intelectuais da época. É como se fosse o manifesto de um lunático qualquer, sem importância. Todavia, quando depois da II Guerra os olhares se voltam ao mesmo livro, a interpretação já é outra. Não pela vagueza e ambiguidade da linguagem, mas pelos acontecimentos a ela referidos que são contingentes. Como já vimos, e as imagens do estupro mostram isso, “permanência” e “mutabilidade” não são elementos cristalizados.

Nas palavras do autor:

*A história que levou a Auschwitz não pode ser deduzida como consequência necessária de **Mein Kampf**. Havia a possibilidade de a história seguir outro rumo. O fato de ter ocorrido o que ocorreu não é uma questão de texto ou de exegese textual. A realidade foi aquela porque os homens a produziram – no sentido literal, com a produção industrial da morte. A realidade foi mais forte do que qualquer dedução ou documentação textual **ex post**.*

*Após Auschwitz, altera-se também o **status** de **Mein Kampf**. O que Hitler escreveu foi ultrapassado de forma imensurável pelos fatos, e*

*assim seu discurso adquiriu novo sentido, um sentido que antes não pôde sequer ser percebido*<sup>15</sup>.

Mas o que temos aqui é a possibilidade de uma simultaneidade de imagens do direito, como aventado no debate sobre o estupro. Isso nos mostra que a normatividade do direito pode ser entendida como na epígrafe deste texto: muitas vezes como versos inspiradores, outras tantas como a afirmação da morte.

## 6 REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1996.
- GUIBENTIF, Pierre. Os direitos subjectivos na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Luhmann e os direitos fundamentais (workshop, paper)**. Germano Schwartz e Leonel Severo Rocha (Orgs.). São Leopoldo: Unisinos, 2008.
- KASTNER, Fatima. The paradoxes of justice: the ultimate difference between a philosophical and a sociological observation of law. **Paradoxes and inconsistencies in the law**. Oren Perez and Gunther Teubner (Eds.). Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006. p. 167-180.
- KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2014.
- \_\_\_\_\_. Historia de los conceptos y conceptos de historia. *Ayer* 53/2004.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamientos para una teoría general. Barcelona/México: Anthropos/Universidad Iberoamericana, 1998.
- \_\_\_\_\_. **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 2005.
- \_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.
- MAIA, Alexandre da. **Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica**: pela dogmática jurídica da multiplicidade (tese de doutorado defendida junto ao programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE). Recife: UFPE, 2002.
- \_\_\_\_\_. O direito subjetivo como imagem. *In*: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Orgs.). **Filosofia e Teoria do Direito** – homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 138-167.
- STAMFORD DA SILVA, Artur. Da legalidade à decisão ilimitada. A construção semântica social da videoconferência no Direito Penal brasileiro: sobre o lugar da incompletude consistente. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 13-40.

---

<sup>15</sup> KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2014. p. 108.



# ESTADO CIBERNÉTICO DE DIREITO

Gabriel Lacerda<sup>1</sup>

---

*Sumário: 1. O Limiar de uma Nova Era? 2. O Estado Cibernético de Direito. 3. Conclusões.*

## 1 O LIMIAR DE UMA NOVA ERA?

Na Roma antiga formaram-se as diversas instituições e mecanismos que evoluíram para a construção do direito como o conhecemos hoje na cultura judaico-cristã em que vivemos. Várias vezes, nesta obra, citamos brocardos em latim. Não há de ser surpresa, portanto, abrir o penúltimo item do último capítulo com mais uma dessas frases sonoras, que servem de marcos ao estudo do direito.

Diziam os romanos: *salus rei publicae suprema lex est – o bem estar da coisa pública é a suprema lei.*

Este princípio informava, na teoria e na prática, as leis, advogados, juízes e julgados que formavam o edifício colossal do direito romano. Como tantas outras instituições, o direito romano aspirava, antes de mais nada, à preservação do extenso império que seus exércitos implantaram na Europa, Ásia Menor e norte da África.

O império caiu, os exércitos imperiais foram vencidos na batalha. Gradualmente um novo poder, se construiu, a partir de Roma – a Igreja Católica. Mantendo o latim como idioma de comunicação, sucessivos papas, chefiando concílios e emitindo éditos, espalharam, pelo mundo romano e mais além, uma doutrina religiosa que, proclamando-se um poder meramente espiritual, acabava inspirando as atuações do poder temporal de soberanos e senhores.

---

<sup>1</sup> Professor da FGV DIREITO RIO e Advogado. LL.M em Direito pela Harvard Law School.

Por toda a Idade Média e, mesmo depois do Renascimento, vigorou no chamado *mundo ocidental*, incluindo as Américas, a definição de lei proposta por São Tomás de Aquino, grande teórico da doutrina da Igreja: *a lei é a ordenação da razão ao bem comum, promulgada por aquele que é responsável pela comunidade*. Evidentemente, o *bem comum*, que substituiu como aspiração o *bem estar da coisa pública*, era o de uma sociedade religiosa, temente a Deus e obediente aos ditames da Igreja de Roma, representante do Todo Poderoso perante a humanidade.

O direito ocidental até o final do século XV foi, a rigor, um direito de fundamento teocrático.

A extensão do poder temporal das autoridades religiosas, sofreu, é certo, considerável redução a partir do século XV. A invenção da imprensa, a queda de Constantinopla, último bastião do Império Romano, as descobertas marítimas, o movimento cultural do Renascimento, a Reforma e a Contrarreforma, mudaram substancialmente a realidade social do Ocidente. Pode-se observar nesse contexto uma transposição sensível do poder para os soberanos, chefes laicos de estados nacionais. O direito da chamada Idade Moderna talvez tivesse como fundamento o reforço do poder real. O poder temporal era exercido por monarcas absolutos, sendo considerados detentores do direito, vindo diretamente de Deus, de impor as normas que lhes parecessem convenientes.

A independência americana e a Revolução Francesa mudaram radicalmente esse quadro. Proclamou-se que a nação, corporificada no povo, é a única fonte legítima de poder. A partir desse poder, forma-se o que se chama um *Estado de Direito*, onde, como dissemos no capítulo sobre Direito Constitucional,

*os deveres e os direitos de cada cidadão não são decididos ao arbítrio de governantes ou juizes, mas devem estar previamente definidos em leis escritas e publicadas. Além disso, o próprio organismo que redige as leis, normalmente uma assembléia eleita ou parlamento, está sujeito a obedecer a uma outra lei, geralmente chamada Constituição, que relaciona certos direitos e princípios fundamentais.*

As constituições, por sua vez, embora muitas vezes promulgadas invocando o nome de Deus, organizaram-se, não a partir da crença em uma força divina e onipotente, mas sob a égide da reverência à capacidade da razão humana de pensar e de expressar em textos escritos as autênticas aspirações das comunidades.

Do ponto de vista econômico, a risco de uma simplificação excessiva, podemos dizer que as sociedades predominantemente rurais, em que a principal riqueza era a terra e os homens mais poderosos seus senhores, foram sendo gradualmente substituídas, a partir da França, da Inglaterra e dos Estados Unidos, por sociedades mais urbanizadas, onde crescia a importância da produção industrial.

Duas revoluções políticas – a francesa e a americana – corresponderam no tempo a uma revolução econômica – a revolução industrial – e, também, a uma revolução filosófica – Deus talvez não exista, e mesmo para aqueles que acham que Ele existe, o Estado deve organizar-se separadamente da Igreja e ser governado por ordens racionais, emanadas de representantes do povo, escolhidos pelos cidadãos.

Essa visão de mundo, que começou a formar-se no Século XVIII, vai se consolidando doutrinariamente e se alargando geograficamente por todo o Século XIX. Pouco antes da metade do Século XX, a Segunda Grande Guerra destrói militarmente as ditaduras que destoavam do consenso conceitual das potências ocidentais. Já perto do início do segundo milênio, esfacela-se a alternativa política do socialismo de estado, proposta ao mundo pela extinta União Soviética.

Em resumo, existe atualmente na esfera política do mundo ocidental um consenso em torno de alguns pontos, fundamentais à organização do direito:

- Todo poder emana do povo.
- É exercido em seu nome por representantes, escolhidos em eleições livres por períodos determinados de tempo.
- Através de leis impessoais, aplicadas por tribunais independentes.
- Com respeito a alguns princípios amplos e liberdades fundamentais – de pensamento, de religião, de expressão, de trabalho e também de iniciativa.
- Visando ao bem-estar social.

Este consenso é hoje praticamente universal. Os estados teocráticos islâmicos o contestam, o enorme gigante que é a China o ignora, alguns países não o aplicam e são considerados atrasados, outros, a rigor, aplicam-no apenas na forma. Mas, no mundo em que vivemos hoje poucos ousam discordar abertamente dessas supostas verdades.

Todo o direito que acabamos de examinar resumidamente, todas as normas estudadas neste livro, têm em comum a busca de coerência com esses princípios que, como vimos, começaram a ser formulados no

final do Século XVIII e foram se consolidando por mais de duzentos anos.

Entretanto, no curso dos dois séculos que se seguiram às revoluções políticas, econômicas e sociais daquela época, surgiu gradualmente uma organização social imensamente diferente daquela na qual os princípios foram formulados.

Assistimos atualmente a uma nova revolução, já rotulada como *revolução tecnológica*. A economia está globalizada. As decisões de um país têm que considerar fatores econômicos externos a ele. Assim como a revolução industrial fez que o poder mudasse de mãos, dos senhores de terra aos chefes de indústria, presenciamos hoje à ascensão de novos personagens – o capital financeiro e, principalmente, a informação. Banqueiros e técnicos detêm o poder de fato, mais forte talvez que os poderes políticos e jurídicos, que são depositados nas mãos dos governantes das diversas nações que integram a comunidade internacional.

Assistimos a um fenômeno, comparável e talvez mais extenso que o ocorrido ao final do Século XVIII – o surgimento de uma *nova era*.

Não se pode evidentemente excluir a hipótese que a consolidação dessa nova era venha a passar por algum conflito de grandes proporções, como ocorreu entre 1939 e 1945. Espera-se, porém, que não suceda catástrofe desse tipo.

De qualquer forma o fato, inegável, é que o mundo de hoje é imensamente diferente do mundo no qual foram geradas praticamente todas as leis, mesmo algumas das mais recentes, que foram estudadas nesta obra. Poder-se-ia até mesmo prever que a ordem jurídica estabelecida está em vias de sofrer transformação do mesmo porte que a ocorrida quando se descartou a ideia do direito divino dos reis e se afirmou o domínio da razão humana sobre a fé religiosa.

O direito que resultará da revolução tecnológica parece, ainda, imprevisível, pelo menos se se entende como *previsível* algo de que se possa afirmar, com um razoável nível de objetividade e a partir da análise de uma situação presente, que muito provavelmente ocorrerá no futuro.

Nada impede, contudo, que, não sendo propriamente possível prever, possa-se livremente *imaginar* como será o direito que surgirá da revolução tecnológica que estamos assistindo ocorrer. Permite-se o autor encerrar sua obra, que tentou disciplinadamente manter sempre bem perto da realidade objetiva, com um exercício meramente ficcional, imaginando livremente as linhas que regerão o direito que está surgindo da revolução tecnológica.

## 2 O ESTADO CIBERNÉTICO DE DIREITO

Dentre as muitas inovações que caracterizam a chamada revolução tecnológica, a mais marcante, é por certo, a *informática*, ou *ciência da informação*. O desenvolvimento dos computadores, máquinas que essencialmente acumulam, organizam e processam dados, viabilizou outras muitas conquistas tecnológicas. Graças aos computadores, foi possível ao homem ir à lua, enviar instantaneamente som e imagem de um extremo a outro do mundo, modificar células, clonar seres vivos.

Com desenvolvimento da informática, formou-se um novo modo de pesquisar, arquivar, processar, compartilhar e até de gerar informação. A rede da Internet permite que uma criança, nascida no início do Século XXI, tenha a seu dispor, em alguns segundos, uma massa de dados maior do que aquela que, alguns anos antes, estaria acessível ao mais sábio dos homens, trabalhando na maior biblioteca da terra, em horas de paciente consulta.

A informação, armazenada em quantidade incomensurável, em máquinas poderosas, permite, por sua vez, gerar sistemas eficientíssimos de controle, prescrevendo comandos e ações. Um botão que se aperta muda o canal da televisão, dispara um míssil para um alvo a milhares de quilômetros, atingido com precisão milimétrica; o trabalho com imagens virtuais permite determinar com certeza se a bola entrou ou não no gol, figurar como será a vida em outro planeta ou reconstituir episódios históricos.

A transmissão de informações viabiliza também a transmissão de comandos: ocorrendo uma determinada situação pratica-se uma determinada ação.

A informática gera também um novo modo de pensar. A mente humana se expressa agora por intermédio de máquinas que se movimentam de forma binária e articulada – ou sim ou não, ou isto ou aquilo, alternativas, apresentadas em quadrados de formulários, seguindo uma lógica rigorosa.

O pensamento jurídico que formou praticamente todo o direito em vigor no início do Século XXI parte, em sua essência, de algumas poucas ideias formuladas por escritores e filósofos: Todo poder emana do povo; os cidadãos, titulares desse poder, concordaram em ceder parte de seus direitos individuais para viver em sociedade, celebrando entre eles um pacto. Esse pacto é traduzido em textos escritos, discutidos por representantes escolhidos pelo voto e que vão gradualmente se modificando.

Procurando seguir e implantar essas ideias diretoras, os agentes do direito produziram lentamente, durante mais de dois séculos, o sistema jurídico tal como o conhecemos hoje, e que tentamos resumir, com a brevidade e a clareza possíveis, nos capítulos anteriores desta obra. O mundo da informática impõe, porém, movimento imediato, escolhas instantâneas dentro de um elenco de opções preestabelecidas. A vida social é um sistema complexo, que precisa ser organizado da forma mais eficiente possível.

Já no primeiro capítulo, dizíamos que a *palavra direito é geralmente usada para significar um conjunto de normas de conduta humana, impostas por um estado organizado*. Salientamos ainda que é precisamente essa aplicação obrigatória, a possibilidade de coerção através de sanções, que distingue a norma jurídica de outras normas de conduta.

A sociedade moderna tem a seu dispor, graças à informática, mecanismos eficientíssimos de controle, ferramentas que acumulam, ordenam e disseminam informações com custos não significativos. Nada mais natural, que utilizá-la também para acumular, ordenar e disseminar as normas de conduta que constituem o direito e que, afinal, são também informações.

O termo *cibernética*, algumas vezes confundido com *informática*, foi cunhado em meados do Século XX por um matemático americano, de nome Norbert Wiener. Deriva do grego *kubernetes*, que significa *piloto*, da mesma raiz da qual proveio também a palavra *governo*. Wiener usou o vocábulo para propor uma ciência que estudasse a comunicação em organismos, processos orgânicos, e sistemas mecânicos e eletrônicos. Ao estudar a comunicação dentro de um sistema, chega-se quase naturalmente a mecanismos e processos que permitem controlar as ações dos elementos desse sistema.

O governo de hoje, as leis de hoje, as leis que regem um mundo veloz e complexo precisam de processos velozes e complexos. As doutrinas clássicas sobre quais se assenta o direito dos nossos dias não mais bastam para nelas basear um sistema capaz de funcionar com eficiência. Há leis demais, sobre assuntos demais, aplicáveis a pessoas demais, por um número limitado de tribunais, que, como se não bastasse, seguem uma tendência a expandir sua área de atuação.

O modelo do futuro, o *piloto* que conduzirá a sociedade será, por certo, um modelo cibernético, um enorme sistema de comunicação e controle. Deixemos livre a imaginação, tentando conceber com o pensamento como poderá funcionar na prática tal sistema. Exercendo sobre a

realidade atual projeções fantasiosas, vejamos como poderá ser o direito do Estado Cibernético.

O novo direito se organizaria em torno de uma *Norma de Raiz*, disponível na Internet e estudada nas escolas primárias. O texto da Norma de Raiz conteria os grandes princípios do sistema. Cada um de seus artigos estaria ligado por *hiperlink* às normas secundárias, equivalente às atuais leis, que poderiam ser talvez classificadas em *Normas-Tronco* (os grandes códigos), *Normas-Galho* (as demais leis ordinárias), *Normas bifurcação* (decretos e regulamentos) e *Normas bifurcadas* (portarias, instruções etc.).

De uma certa forma isto já existe hoje. As boas edições da Constituição Federal trazem referências à legislação ordinária relacionada a cada um de seus artigos. Assim, por exemplo, o inciso XVI da Declaração de Direitos enunciada no art. 5º, proclama a inviolabilidade do *sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas*, mas permite que o sigilo telefônico seja quebrado *por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*. As notas, inseridas ao pé deste dispositivo em qualquer edição cuidadosa da Constituição, remetem ao Código Brasileiro de Telecomunicações, ao Estatuto da Advocacia da União e da OAB, e a várias outras normas.

Na Norma de Raiz do Estado Cibernético a referência seria feita por *hiperlink*. Um clique sobre o texto que enuncia o princípio levaria à legislação de hierarquia inferior (as normas-tronco, às normas-galho, etc), ou, talvez, antes a um texto didático que explicasse em linhas simples o funcionamento desse subsistema. Na situação citada no parágrafo anterior, a Norma de Raiz diria: *as comunicações são sigilosas; mas a polícia pode, em certas circunstâncias, pedir a um juiz que determine sua quebra*. Cada uma das palavras sublinhadas dessa norma levaria o pesquisador a outras normas que definiriam o que se deve entender por *comunicação, sigilosa, polícia* etc. Abaixo do próprio texto inserido na Norma de Raiz, seriam indicadas as questões mais comumente feitas e suas respostas: *A que juiz pedir? De que forma? Com que elementos?* O comentário explicativo poderia até embutir uma digressão sobre a necessidade de buscar um equilíbrio razoável entre o direito das pessoas ao sigilo e o interesse social em quebrá-lo, de poder quebrá-lo em certos casos.

De uma certa forma, o mecanismo já existe hoje. A novidade seria apenas processual. Um agente qualquer que coubesse na definição de *polícia*, poderia, desde que ocorresse uma das *circunstâncias*, pedir ao *juiz* competente que determinasse a *quebra* do *sigilo* de pessoas indica-

das. A solicitação seria feita e concedida *on line*, por mensagens eletrônicas que ficariam arquivadas no Arquivo Registro de Mensagens Eletrônicas (ARG). Também *on line* poderia a ordem judicial ser executada. Uma vez tornados disponíveis os dados, o agente que os solicitou e coligiu acionaria um outro programa, para determinar se os dados coligidos configuram ou não conduta delituosa. Em caso de resposta afirmativa, o conjunto poderia ser novamente submetida autoridades judiciais, por mensagens eletrônicas, solicitando providências concretas – ordens de busca e apreensão e/ou de detenção.

*Sistema análogo poderia ser estendido a todo o direito penal. As delegacias de polícia trabalhariam com programas que enquadrassem fatos em códigos, com os quais poderiam iniciar processos, conduzidos sempre na velocidade de mensagens eletrônicas.*

A mesma maneira de proceder poderia ser aplicada também para o processo civil. Qualquer advogado – ou, talvez mesmo, qualquer interessado direto – manejando a Internet poderia iniciar uma ação. Um programa teria campos para o tipo de processo, descrição dos fatos, a ordem solicitada e a pessoa a quem é dirigida. O enquadramento das pretensões dentro das normas pertinentes poderia ser feito com auxílio de programas especialmente desenhados por juristas, nas mesmas linhas, por exemplo, que os programas que permitem a máquinas efetuar tarefas que envolvem raciocínios orientados para um objetivo, como por exemplo jogar xadrez. Intimações e comunicações seriam feitas sempre por correio eletrônico. Testemunhas poderiam ser ouvidas por vídeo conferência, as provas documentais digitalizadas. Por videoconferência poderiam se realizar também as sessões de julgamento nos tribunais. Os volumosos autos dos processos judiciais ficariam reduzidos a impulsos eletrônicos, registrados na memória dos computadores do Judiciário. A tramitação seria enormemente menos burocrática e mais veloz.

Para que o sistema possa funcionar seria evidentemente necessário, entre outras coisas, que todas as pessoas tivessem um endereço eletrônico registrado. Esta tarefa é de implementação extremamente simples: um *Endereço de Internet* (EI) seria atribuído pelo governo a cada pessoa, no momento em que fosse cumprir a obrigação, rigorosamente controlada, de se inscrever no Registro Eletrônico Único (REU). O REU, da mesma forma que os atuais registros de identificação, conteria todos os dados relevantes dos cidadãos ou dos estrangeiros residentes: nome, nome dos pais, data e local de nascimento, fotografia. O REU poderia

desde logo atribuir a cada pessoa um número, designado Número Único (NU), integrado internacionalmente, como os números de telefones.

Uma pessoa nascida no Rio de Janeiro, no dia 10 de julho de 1989, às 15.31 hs. teria como NU, o número 55.21.10.07.1989.15.31. Para distinguir entre duas pessoas, nascidas na mesma cidade, na mesma data e na mesma hora, o NU conteria ainda quatro letras adicionais. O endereço de Internet (EI), atribuído no momento do registro no REU, seria o NU, acrescido do sinal convencional @, seguido de *reu ponto gov ponto br*. O EI do personagem imaginado seria então: **55.21.10.07.1989.15.31-AIAI@reu.gov.br**.

O REU seria arquivado eletronicamente e poderia ser consultado por qualquer pessoa devidamente autorizada. Para que as pessoas que não dispusessem de um computador em casa pudessem receber correspondência eletrônica e consultar seu REU, os bancos e repartições públicas disponibilizariam automaticamente um acesso rápido conectando gratuitamente à Internet, por pequenos períodos de tempo, qualquer pessoa que o solicitasse.

Como o atual CPF, o NU seria indicado em praticamente todos atos relevantes do identificado: compra e venda de imóveis, automóveis, ações, títulos de clube; casamento, divórcio, nascimento de filhos; empregos, viagens, hospedagem em hotéis, internações em hospitais, alugueis, recibos, faturas, contratos de qualquer natureza. Registros dessas operações seriam transferidos ao REU de cada uma das partes de tal sorte que a ficha de cada pessoa no REU contivesse um repertório amplo de informações sempre atualizado. Sistema semelhante, de resto, existe hoje, em forma física, relativamente às relações trabalhistas formais, registradas todas na carteira profissional.

Provavelmente, o Código Penal seria modificado. Os crimes que tivessem potencial de abalar o sistema geral de controle cibernético passariam a ser severamente punidos. Ao mesmo tempo, a informatização do direito, permitiria imaginar tipos novos de punição, mais facilmente administráveis e de custo mais baixo. Interditar condenados de determinadas atividades seria tarefa simples; ainda mais simples e já em uso, é monitorar via satélite os movimentos de pessoas; factível também a reeducação personalizada de infratores, através da leitura obrigatória de mensagens pedagógicas e da imposição de tarefas sociais.

O sistema tributário seria imensamente agilizado. Um programa relativamente simples, análogo em linhas gerais ao atualmente adotado para a CPMF e para o imposto de renda de pessoa física permitiria que, em praticamente todas as transações envolvendo pagamentos, fosse cal-

culada e automaticamente transferida para as contas do Poder Público a quantia correspondente aos impostos incidentes sobre a transação.

Para isso, como atualmente já se faz com transações de câmbio, quaisquer transferências de numerário em transações liquidadas através de ordem bancária, pela Internet ou por cartão de crédito, seriam necessariamente classificadas, indicando seu tipo: compra e venda (que tipo de bens), prestação de serviços (que tipo de serviços), pagamentos governamentais (quais), outros (doação, empréstimo etc.). As mesmas informações seriam solicitadas pelos bancos para compensar cheques de valor acima de determinadas quantias.

Os campos do direito civil e comercial seriam desde logo informatizados, com vantagens para todos os atuais registros cartoriais. Os assentamentos constantes do Registro Civil de Pessoas Jurídicas, do Registro Geral de Imóveis, do Registro do Comércio seriam digitalizados e, depois disso, os novos assentamentos passariam a ser feitos por via eletrônica. Evidentemente seriam também digitalizados, com cuidadosos hiperlinks, todos os textos normativos – normas tronco, normas galho, normas bifurcação e normas bifurcadas, sempre com breves comentários didáticos. Sistemas para esse fim já existem hoje e poderiam facilmente ser ampliados e oficializados.

O Estado cibernético não excluiria a participação popular. De uma certa forma, poderia até torná-la mais direta e mais ampla. Com a ligação em rede de todos os cidadãos, será simples e possível realizar frequentes referendos sobre as diretivas de governo. Emendas à Norma de Raiz e às Normas Tronco seriam discutidas por toda a comunidade e até mesmo submetidas à aprovação em votações diretas. A informática viabilizaria ainda consultas constantes à opinião pública. Seria plausível, inclusive, criar um sistema capaz de processar com um certo grau de eficiência colaborações dos cidadãos. Indispensável como tema de discussão pública a definição de quem teria acesso a senhas para consultar o REU.

Algumas *Diretivas Fundamentais* (DIFU) seriam inseridas no sistema, em substituição aos conceitos de *salus rei publicae* e *bonum commune*. Por hipótese, seriam consideradas como Diretivas Fundamentais a preocupação com o meio ambiente, o bem-estar social, a repressão ao uso de drogas. Todo o sistema seria programado de sorte que a Norma de Raiz e todas as demais dela decorrentes fossem concebidas e aplicadas em cada questão concreta de sorte a maximizar a implementação das DIFU.

### 3 CONCLUSÕES

Em resumo, o Estado Cibernético que imaginamos será um estado em que:

- As liberdades individuais cederão terreno à obediência a regras.
- Definidas de acordo com algumas diretivas fundamentais genericamente expostas.
- Que serão controladas por um estado extremamente forte.
- Informado sobre cada passo de seus cidadãos por mecanismos eficientes de controle.
- Com a participação dos próprios cidadãos, direta ou indiretamente.

Esta visão do Estado Cibernético, embora totalmente imaginária, não deixa de ter alguma plausibilidade, em uma reflexão sobre a realidade atual.

Parece uma visão pessimista, para alguns, talvez até aterradora. É preciso, porém, ter em conta que os sonhos que iluminaram as transformações da era da história que se iniciou no Século XVIII produziram muitas guerras e milhões de mortes. Produzem até hoje sociedades imensamente desiguais e ainda essencialmente injustas. Os conceitos de governo de leis e não de homens, igualdade perante a lei, liberdades individuais, e outros tantos, que integram o ideário do direito atualmente em vigor, na prática, são muitas vezes reduzidos a meras formas retóricas, contraditórias em sua essência às aspirações que expressam. Quem sabe um novo modelo de Estado, nas linhas aqui imaginadas, propicie aos homens um mundo menos livre mas mais seguro e mais justo? Quem sabe estejamos diante de um novo contrato social, envolvendo a renúncia a certos direitos e liberdades, hoje considerados fundamentais, em prol da construção de uma sociedade mais equânime?

A resposta a estas questões é deixada à reflexão. Afinal, como dissemos no início deste capítulo, a busca da Justiça é eterna; a essa busca se podem creditar passos positivos na evolução da sociedade, como a abolição da escravidão, a repulsa à tortura como instituição, a recusa aos preconceitos de raça, religião e opção sexual.

Tentamos nesta obra propiciar a profissionais de áreas não jurídicas conhecimentos fundamentais sobre as normas em vigor e uma compreensão dos mecanismos que movimentam o sistema que é o direito.

Aos próprios agentes do direito esperamos ter consolidado em único volume uma visão global resumida de seu campo do trabalho. A uns e outros caberá certamente um papel, na tarefa de fazer com que o direito que governará as novas gerações seja melhor e mais justo do que aquele que hoje nos governa. Nosso esforço foi oferecer um instrumento que os ajude nessa tarefa.

# A TRANSFORMAÇÃO DA SEMÂNTICA JURÍDICA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA<sup>1</sup> A PARTIR DA “SUBSUNÇÃO” DE CASOS AO “EQUILÍBRIO” E UMA SEMÂNTICA DE REDES

Karl-Heinz Ladeur<sup>2</sup>

---

*Sumário:* 1. O Direito Estatutário e a sua Linguagem. 2. O Processo de Subversão da Unidade do Mundo e o Paradigma da “Aplicação” das Normas. 3. A Lei da “Sociedade das Redes”: da Fragmentação da Ordem Jurídica a uma Fragmentação da Função Legal? 4. Referências.

## 1 O DIREITO ESTATUTÁRIO E A SUA LINGUAGEM

Eu gostaria de começar a partir do pressuposto de que o funcionamento da lei *é*, em grande medida, dependente da necessidade de manter invisíveis as regras subjacentes ao seu funcionamento. Isso não significa que a lei *é* apenas ideologia, mas *é* principalmente um campo de práticas em que as regras de construção de argumentos legais, operações legais e decisões judiciais são “*instituídas*”<sup>3</sup> a partir de baixo e codificadas em um incessante “fluxo de analogias”<sup>4</sup> que continuamente

---

<sup>1</sup> Traduzido do inglês por Mirabilia (Coordenação e revisão: Flávio Jardim / Tradutora - Cibeli Hirsch).

<sup>2</sup> Formado em Direito pelas Universidade de Colonia e Bonn. Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Livre-docente pela Universidade de Bremen. Professor de Teoria do Direito e Direito Público das Universidade de Hamburg, Bremen e do Instituto Europeu em Florença, Itália.

<sup>3</sup> DESCOMBES, Vincent. **Les embarras de l'identité**. Paris, 2013, S. 247; *id.*, **Le complément de sujet**. Paris, 2004, p. 442 e 449.

<sup>4</sup> HOFSTADTER, Douglas; SANDER, Emmanuel. **Surfaces and Essences: Analogy as the Fuel and Fire of Thinking**. New York, 2013. p. 161 e 173.

observam e distinguem novas situações com referência a velhas categorias mentais que são sempre muito amplas para abranger um número limitado de casos.

Elas são baseadas em conexões heterárquicas entre a “materialidade” de conceitos-ponte entre “famílias ‘de ação’” (*Familienähnlichkeit* – L. Wittgenstein) – e as famílias nunca estão fechadas, elas sempre levam em conta o desaparecimento de alguns membros e a adesão de novos membros. Nesta perspectiva, a lei é sempre incluída em uma reprodução de hierarquias emaranhadas (D. Hofstadter) – isto significa que, por exemplo, a elaboração dos casos já é sempre com base na lei – não é uma observação neutra de fatos que após é “subsumida” sob os conceitos gerais da lei. As regras implícitas de relevância, as regras sobre a concepção de causalidade ou de probabilidade, as restrições sobre a argumentação, a presunção de determinadas ligações entre os fatos, as condições e as consequências e afins, tudo contribui para a elaboração de situações e de casos<sup>5</sup>. As concatenações de relações análogas fundamentam um fluxo contínuo de variação, de experimentos que só estão em uma segunda etapa relacionados e controlados pelas categorias aparentemente fixas de estatutos e da lei em geral. Dentro da conceituação da teoria dos sistemas, pode-se falar sobre a função da lei como estabilizadora de “expectativas” – não apenas “comandando” uma certa forma de comportamento ou da imposição de limites à ação humana<sup>6</sup>. “As expectativas” podem permanecer vagas e devem ser mantidas abertas à experimentação – desde que possa ser verificado um certo nível de confiança, de comportamento relativamente consistente em condições de incerteza. Isso é muito mais importante do que a vontade de aderir à “literalidade” de uma determinada norma. A este respeito, pode-se falar sobre o entrelaçamento da norma constituída e a rede de relacionamentos instituída, práticas que surgiram no âmbito de um campo legal. Está constituída neste sentido – conforme V. Descombes – a definição “hierárquica” explícita de uma norma jurídica, ao passo que a *instituição* do processo de “aplicação” é o processamento de uma forma heterárquica, “analógica”. Este processo só pode surgir e evoluir ao longo do tempo, se a “gestão” das inter-relações entre os casos, práticas e situações permite uma sobreposição contínua de conceitos que mantém aberto o desenvolvimento de auto-organização de novas possibilidades, e, ao mesmo tempo, opera seletivamente e exclui

<sup>5</sup> GASKINS, Richard H. *Burdens of Proof in Modern Discourse*. New Haven, 1995, p. 19 e 266 *et seq.*

<sup>6</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt a. M. 1990, p. 136 *et seq.*; *id.*, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a. M. 1993, p. 129 *et seq.*, 443.

certas conexões e possibilidades, enquanto outras são incluídas no repertório de possibilidades<sup>7</sup>. Pode-se chamar este processo de gestão de “mapear” inter-relações – isto é, uma prática operacional que está sempre focada em casos e situações e, ao mesmo tempo, está ciente das repercussões que o caso específico tem necessariamente na praxe, na medida em que está envolvida e pede uma codificação permanente de novos padrões<sup>8</sup>. Este processo de correlação dos casos apenas pode ser controlado de forma limitada; por isso que há um movimento contínuo de transformações maiores ou menores dentro do conjunto de inter-relações, que podem, por vezes, levar à ruptura de uma prática, porque os velhos padrões de inter-relações, de casos codificados, já não se encaixam. Eles são confrontados por uma acumulação de efeitos externos ou efeitos colaterais dentro da rede de inter-relações, que já não podem ser estabilizados de forma promissora. Assim, as elaborações novas para a codificação de situações são postas em prática e são avaliadas no âmbito do processo de mapeamento.

O que está em questão aqui não é a auto-observação e o controle de semânticas legais estabelecidas – a prática tanto gera e institucionaliza o seu próprio conhecimento, que pode apenas de forma limitada seguir as regras explícitas de argumentação ou sistematização conceitual. Ao contrário, é uma competência necessária para situações<sup>9</sup>, não a construção de conceitos jurídicos puros e a sistematização de uma hierarquia das normas. Isso não exclui o caráter sistemático da argumentação jurídica de desempenhar um papel importante na sociedade liberal. No entanto, este caráter sistemático das regras e práticas de “subordinar” a realidade sob conceitos jurídicos distintos é apenas uma repercussão do poder de auto-organização do processo de “mapear” inter-relações entre os casos, situações e padrões reflexivos na prática. O potencial de auto-padronização de campos de operações práticas e a sua ordenação espontânea das analogias é a força motriz da estabilização e da transformação da lei. Isto não exclui a força reflexiva explícita fundamental das decisões judiciais ou os comentários doutrinários de desempenhar um papel importante neste processo. No entanto, seria apenas uma ilusão a suposição de que pode haver uma dedução de uma decisão da norma geral.

---

<sup>7</sup> TAYLOR, Charles. **Modern Social Imaginaries**. Durham, NC, 2004. p. 23; POOVEY, Mary. The Liberal Civil Subject. **Public Culture** 14, p. 125 *et seq.*, 2002.

<sup>8</sup> Cf. HUTCHINS, Edwin. **Cognition in the Wild**. Cambridge, 1995.

<sup>9</sup> Cf. ROMANO, Claude. Anscombe et la philosophie herméneutique de l'intention. **Philosophie**, n. 80, p. 60 e 86, 2003.

O filósofo legal francês Yan Thomas<sup>10</sup> chamou a nossa atenção para o caráter “operacional” da lei e do papel das “ficções” dentro da prática jurídica. Esta conceituação não é aplicada no sentido tradicional de uma “ficção legal”, mas comparativamente pode-se dizer que estas são a simplificação e padronização que precisamos para “mapear” um campo de inter-relações com o uso de “artefatos” que só podem dar orientação se eles são traduzidos de forma criativa em uma situação, a busca de um caminho através das analogias que se sobrepõem. “*L’écart au fait*” caracteriza a lei<sup>11</sup>: a lei sabe que não se pode pressupor que todo mundo age como um indivíduo racional, apesar de sua construção fictícia do “sujeito legal” – mas ela tenta impor e apoiar certas práticas de autotransformação dos indivíduos que têm que abstrair-se dos laços da tradição ou dos seus interesses egoístas que não levam em conta todos os interesses concorrentes, mas mesmo assim padronizados, dos outros sujeitos que devem ser respeitados a fim de estabelecer um conjunto produtivo da variedade, um conjunto de ideias, ao qual qualquer um pode recorrer. A sociedade liberal é submetida a um processo permanente de autotransformação, como consequência das atividades legais dos “sujeitos legais”. Estes são os efeitos colaterais transubjetivos do uso dos direitos subjetivos<sup>12</sup>. O Estado, como tal, não tem fins substantivos. Ele disponibiliza formas de operação (o contrato ou o “ato administrativo”) para os indivíduos e para as suas próprias agências, mas não, fundamentalmente, no interesse delas, mas, de uma forma paradoxal, no interesse transubjetivo de terceiros, dos outros, os cidadãos, com vistas a “impelir” um processo impessoal emergente de autocriação e experimentação.

A docilidade, o autocontrole, a confiança, a cooperação e a tenacidade são as qualidades que dois historiadores da Antiguidade Tardia, *Shulman* e *Stroumsa*<sup>13</sup>, destacaram nas comunidades religiosas daquele período, tanto judias como cristãs, que já haviam observado a necessidade religiosa de desenvolver práticas móveis mais ativas de religiosidade e de contribuir para a evolução de uma “matriz cultural” mais abstrata, uma vez que as comunidades haviam começado a crescer. Ao final, este acabou por ser um segundo impulso para o reconhecimento da necessidade de rituais que ajudaram a incorporação do “eu interior” reflexivo e receptivo e instituir o “fluxo da personalidade” que corresponde ao fluxo das possibilidades na sociedade. Mais adiante *Adam Smith* consideraria sobre

<sup>10</sup> THOMAS, Yan. *Les opérations du droit*, Paris, 2011. p. 137.

<sup>11</sup> THOMAS, *loc. cit.*

<sup>12</sup> OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford 1975. p. 140.

<sup>13</sup> SHULMANN, David; STROUMSA, Guy G. Introduction. *In: id.* (Eds.). *Self and Self-Transformation in the History of Religion*. New York, 2002.

a necessidade de observar o mundo no “espelho dos outros” e de estabelecer continuamente um “espectador interno”, um “homem interior”.

O caráter de uma profecia autorrealizável é atribuída à normatividade. Neste sentido, a lei constrói a sua própria realidade – esta não é apenas uma ideologia, mas uma ficção que tenta contribuir para uma esfera normativa autônoma de inter-relações numa base sobre a qual a coordenação é possível. Yan Thomas deve ser referido novamente se quisermos ter uma resposta para a pergunta de por que precisamos de uma ordem tão fictícia e suas práticas analógicas complexas de mapeamento inter-relações. Mais uma vez, acho que não ficaremos desapontados com a sua explicação: Ele considera que a evolução do Direito Grego e do Romano e, como consequência, a lei da modernidade que segue o caminho da legalização do mundo que começou em Atenas e Roma, é devido ao aumento da “cidade” como uma forma de vida além da tradição<sup>14</sup>. A cidade é em si um “*medium*” de inter-relações artificiais, de criação de novas formas de comportamento, da ascensão de um “conhecimento comum” que permite a observação mútua, a adaptação e a transformação, para a fragmentação das formas de vida, para a aprendizagem. E tal esfera fictícia de inter-relações para além das normas e tradições estabelecidas precisa de novas formas “fictícias” de coordenação que permitam o surgimento de padrões flexíveis de interação “repetida” em condições de contínua transformação<sup>15</sup>. Neste ponto, uma referência para a evolução jurídica de um país como o Brasil pode ser apropriada: em uma terra onde a maior parte da população vive em áreas rurais tradicionais ou até mesmo em uma cultura estática indígena<sup>16</sup>, pode-se pensar sobre a necessidade da imposição de uma autolimitação na expansão de um sistema jurídico moderno que – como eu tentei mostrar – pressupõe certas condições históricas e culturais para o seu funcionamento. Se essas condições não podem ser presumíveis ou não podem evoluir, a expansão do sistema jurídico pode ter consequências desastrosas. O que eu gostaria de destacar – e, a este respeito, pode-se também recorrer às tradições do pensamento jurídico judaico – é a lei como um objeto de “estudo”, como um modo de coordenação e de autorreflexão, como uma ordem para a geração e a transformação de um “conhecimento comum”, e um conjunto de operações produtivas que estão em sintonia com a ordem de “artificial” das cidades.

---

<sup>14</sup> THOMAS, *loc. cit.*

<sup>15</sup> BOHANNAN, Paul. The Differing Realms of the Law. **American Anthropologist** 67, p. 33-34 *et seq.*, 1965.

<sup>16</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitutionalism**. Oxford, 2013.

## 2 O PROCESSO DE SUBVERSÃO DA UNIDADE DO MUNDO E O PARADIGMA DA “APLICAÇÃO” DAS NORMAS

O paradigma da “aplicação” das normas teve seu papel legítimo no sistema legal, apesar da prioridade atribuída ao caráter analógico da “contaminação” horizontal da inovação e da diversidade que transparece através do processo legal. Era, por assim dizer, o “mediador evanescente” entre a normatividade da lei e da auto-organização dos padrões de prática jurídica que demonstraram uma certa tendência para limitar os efeitos potencialmente perturbadores da mudança, que foi reduzida, se possível, caso a caso em processos graduais de transformação. No entanto, na sociedade liberal, a decisão do tribunal – dentro da rede de inter-relações à qual eu me referi – de certa forma funciona no modo temporal do “Futuro Composto do Indicativo”: ou seja, baseada em um caso no tempo presente, a lei define que “terá sido” no futuro<sup>17</sup> – o que é aceito como tal por causa da sua funcionalidade, não porque é verdade que a situação legal seja isto ou aquilo.

O que eu descrevi até agora é mais ou menos o paradigma da estrutura do processo legal na era da “sociedade dos indivíduos” – incluindo os métodos hermenêuticos predominantes: em particular: a interpretação da vontade do legislador – que foi, em efeito, tratada como disposição a uma certa uniformidade da lei. No entanto, deve-se ter em mente, de acordo com Hofstadter e Sander, que “*a forma mais rigorosa da literalidade*”, a fixação sobre a estabilidade da formulação da lei, “*não permite a observação de quaisquer semelhanças, e isso exclui qualquer opinião*”<sup>18</sup>.

Os problemas que eu gostaria de abordar agora são de interesse para os advogados brasileiros e alemães: o surgimento das “*práticas de equilíbrio*”<sup>19</sup>. Só recentemente eu soube através de um doutorando brasileiro que estuda o “equilíbrio” sobre a frequência com que Robert Alexy é referido nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal – por exemplo. Eu creio que Alexy nunca sequer foi citado em um julgamento de um Supremo Tribunal alemão ou do Tribunal Constitucional Federal, porque na Alemanha o “equilíbrio” foi estabelecido há muito tempo na prática, antes que Alexy escrevesse seus livros sobre o método<sup>20</sup>. O modelo mais

<sup>17</sup> HARDIN, Russell. **Indeterminacy and Society**. Princeton, 2003. p. 33 e 106.

<sup>18</sup> HOFSTADTER; SANDER, *loc. cit.*, p. 174.

<sup>19</sup> For a critique cf. LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt a. M. 1993. p. 279, 318, 528, 539.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a. M. 1986. p. 71 *et seq.*, 410 *et seq.*; HEINOLD, Alexander. **Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und**

antigo do “equilíbrio de interesses” foi, no final dos anos 1950, substituído pelo “*Güterabwägung*”, o equilíbrio dos “*valores legais*”<sup>21</sup>. Eu gostaria, agora, de revitalizar e reformular o que eu já apresentei no tocante aos métodos da lei da “sociedade de indivíduos”: considero que o “equilíbrio” é mais uma prática que reage à *problématique* das tensões crescentes, à pluralização e às fragmentações que podem ser observadas no âmbito da evolução da “sociedade das organizações” nas décadas de 1920 e 1950 do século passado. Na minha opinião, e, como consequência do que eu disse antes, pode-se supor que a mudança da “aplicação” das normas para a “concretização da lei” em direção ao “equilíbrio” é devida à crescente tendência para a multiplicação de “narrativas” reais e a ascensão do “conhecimento especializado”<sup>22</sup> (por exemplo, o conhecimento de risco, a especialização), em oposição à experiência geral que de certa forma está aberta a todos e que emerge de um processo de experimentação distribuída contínua e do aperfeiçoamento de tecnologias etc. A “concretização” (*Boureau*) e “historicização” (*Gauchet*) de direitos que desestabilizam direitos individuais e abrem-se para a reintrodução de possibilidades até então excluídas: por exemplo, a questão do uso “real” da liberdade no campo da liberdade de imprensa. A chamada “otimização” dos “princípios constitucionais”, como Alexy coloca, não opera mais caso a caso, mas por um “agrupamento” (“*Gruppierung*”, *Walter Benjamin*) dos casos, por exemplo, o interesse dos clientes dos bancos, os trabalhadores (e não apenas os temas jurídicos), ou ao enfatizar o caso de um “grupo” organizado ou das organizações (grandes empresas, a tecnologia impulsionando as organizações, os sindicatos etc. Em muitos aspectos, o uso mais fragmentado e pluralizado do conhecimento e a produção estratégica das longas cadeias de ação e não apenas das ações individuais tendem a misturar o interesse jurídico e fatural e a levantar dificuldades no processo do pensamento analógico que descrevi anteriormente: o processo de estabilizar expectativas se torna muito mais difícil uma vez que as organizações estão em jogo. Elas se comportam de uma forma estratégica, tanto dentro como fora da organização. Isto leva a uma evolução que pode ser caracterizada como uma “perda de substância” e o surgimento de uma “*lecture plastique*” (*Malabou*) da realidade com um caráter prospectivo muito mais experimental das atividades legais das organizações e das decisões judiciais. As decisões judiciais procuram mais o desenvolvimento de uma

---

**Robert Alexy.** Berlin, 2011; KLATT, Matthias (Ed.). **Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung.** Tübingen, 2013; for a critique cf. REIMER, Philipp. “...und machet zu Jüngern alle Völker”?, *Der Staat* 52, p. 27, 2013.

<sup>21</sup> BVerfGE 7, 198, 208 (Lüth)

<sup>22</sup> GUÉHENNO, Jean-Marie. *L’avenir de la liberté.* Paris 1999, p. 19; cf. also LUHMANN, *loc. cit.*, p. 33.

espécie de “gestão das regras”, incluindo as normas legais, as regras concretas e as convenções (normas) e a formulação de “regras de colisão”<sup>23</sup>. Estes são fenômenos bastante complexos, cujas essências são mais ou menos minimizadas pelo dito “*Abwägung*” (equilíbrio). Gostaria de chamar a atenção para dois exemplos: em primeiro lugar, o da crescente diversidade dos tipos de conhecimento tecnológico (entre a experiência e os diferentes graus ou versões de conhecimento incerto) e, em segundo lugar, o da fragmentação das normas profissionais para a tematização de “assuntos” de interesse geral, por um lado, e a fragmentação de uma concepção compartilhada de “honra”, por outro<sup>24</sup>. De certa forma, pode-se chamar isso – como eu fiz acima – o conflito de “narrativas” divergentes que enredam os fatos e os valores de uma forma muito mais aberta do que no passado. O que precisamos aqui não é de uma ampla conceituação de “princípios” e “equilíbrio”, mas de uma prática mais objetiva da “gestão dos tipos (diferentes) de regras”. Com frequência, pode-se considerar o papel dos tribunais mais como o de um “*catalisador*”<sup>25</sup>, ou seja, os tribunais agem sobre uma rede de “narrativas” e tentam provocá-la para uma maior abertura ou então tentam bloquear determinadas trajetórias (uma determinada prática dos meios de comunicação, a gestão do risco para o desenvolvimento de tecnologias, a coordenação de diferentes formas religiosas de vida).

A diferença entre as práticas legais na “sociedade dos indivíduos” e aquelas da “sociedade das organizações” deve ser vista na mudança voltada ao surgimento de um “agrupamento” mais abrangente ou à concatenação das operações, em oposição ao modo disperso das operações individuais numa base caso a caso. Esta evolução exige a introdução de um elemento reflexivo na concepção das operações legais e das práticas judiciais. O significado disto pode ser demonstrado sobre a base das decisões a respeito dos conflitos entre os direitos das personalidades e a liberdade de imprensa: o acórdão único já não indica uma regra ou o padrão de práticas que muda incrementalmente de forma contínua; ao invés disso, tanto os tribunais como os destinatários dos seus julgamentos levam em consideração o fato de que a estabilização das expectativas só pode ser provocada por toda a “*rede*” de julgamentos, que tanto permite

<sup>23</sup> LADEUR, Karl-Heinz. Conflicts Law as Europe’s Constitutional Form... and the Conflict of Social Norms as Its Infrastructure. In: JOERGES, Christian; GLINSKI, Carola (Hrsg.). **The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance**, 2014. p. 383.

<sup>24</sup> Vgl. LADEUR, Karl-Heinz. **Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit**, 2007.

<sup>25</sup> SCOTT, Joanne; STURM, Susan P. Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance. **Columbia Journal of European Law** 13, p. 565, 2007.

quanto pressupõe novos “movimentos” dentro da faixa de flutuação que foi estabelecida pelo número até então acumulado e o tipo das decisões.

Neste caso, o que acontece pode ser o objeto de um processo de observação mútua. Ao mesmo tempo, há outros casos em que tal observação contínua não é realizada tão facilmente. Há conflitos de princípios que emergem em uma determinada encruzilhada da sociedade, que depois não são necessariamente objeto de novas correções ou de mudanças por novas decisões judiciais. Isso, na minha opinião, é o caso em muitas questões relacionadas com a lei do Estado Assistencial: nesta área, temos – para simplificar um pouco – um conflito entre a liberdade formal do indivíduo como um paradigma da sociedade liberal – como eu descrevi anteriormente – e a nova tendência em direção a uma “materialização”<sup>26</sup> e a “concretização” histórica de direitos: a liberdade “real” deve ser garantida, e não apenas um formato vazio de liberdade que é desprovido de quaisquer recursos. O “Equilíbrio” de ambos os elementos, o formal e o “material”, substancial, perde o ponto crucial: que está em jogo aqui um conflito que existe entre dois paradigmas de ordenamento social. E não é fácil de observar espontaneamente que efeito pode ter tal cumulação de paradigmas conflituosos. O Tribunal Constitucional Federal Alemão (FCC) formulou uma “obrigatoriedade de correção subsequente” (*Nachbesserung Pflicht*) para decisões (leis) que tenham sido feitas em condições de complexidade e incerteza<sup>27</sup>. Este é um bom elemento da “procedimentação” da lei, e reflete a sua própria base de conhecimento que já não pode mais pressupostamente ser um quadro de referência estável para a construção da causalidade, a presunção de trajetórias de causa-efeito e similares. Infelizmente, ainda falta substancialidade à fórmula dada pelo Tribunal Constitucional Alemão. Ela não foi complementada por elementos mais concretos. Deve-se admitir que é difícil tanto imaginar quanto projetar um processo significativo de avaliação e monitoramento das práticas de aprendizagem no que diz respeito ao entrelaçamento dos princípios conflitantes e às consequências concretas de sua implementação. Isso pode levar à elaboração de “relatórios” de qualidade duvidosa. No entanto, não é só neste sentido que os projetos de controle “social” devem ser adaptados à dinâmica de transformação social e à crescente incerteza do “conjunto de variedade” da sociedade. De um modo ou de outro, deve ser dada mais atenção – em um sentido mais amplo – ao controle *ex post* se as decisões são tomadas cada vez mais em condições de incerteza.

<sup>26</sup> WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in Modern law. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). **Dilemmas of Law in the Welfare State**, p. 221, 1985.

<sup>27</sup> BVerfGE 50, 290, 332.

Uma cultura de “aprendizagem social” deve ser formulada, uma que, em vários aspectos, precisa ser introduzida no processo legal porque as normas sociais fundamentam processos de mudança contínua e de ruptura. Estas reflexões curtas devem, ao menos, ter feito plausível o que a minha crítica ao “equilíbrio” significa: esta abordagem reflete uma transformação das infraestruturas da rede de operações e decisões que processa o fluxo incessante de “analogias” entre os “nós” das inter-relações jurídicas e concretas na sociedade. No entanto, o “equilíbrio” pressupõe que a reação adequada à evolução que esta rede tem sofrido nas últimas décadas consiste numa mudança plenamente legal para o nível mais abstrato dos “princípios constitucionais” que integram o sistema legal em um nível mais abstrato e mais amplo com a intenção de uma “otimização” de princípios – em oposição às normas no sentido mais preciso. Ele não dá atenção suficiente à transformação da infraestrutura jurídica das operações e decisões que descrevi e, ao mesmo tempo, negligencia a transformação da base de conhecimento social e do tipo de atores que são os próprios endereçados da lei (dos indivíduos às organizações). Esta evolução abre o caminho para uma ordem jurídica realmente mais aberta, mais reflexiva, que deve ser baseada em uma espécie de “gestão pluralista de regras diferentes”, e não apenas uma regra de construção jurídica mais abrangente. Pode-se chamar esta nova lei uma espécie de “lei provável” ou de “direito difuso”, por que leva em consideração o caráter instável da realidade, enquanto o sistema legal mais antigo era, talvez, ciente também das incertezas, mas tratou-as, no sentido jurídico, apenas como “caso fortuito” pelo qual ninguém pode ser responsabilizado.

Esta evolução, aliás, repercute no surgimento de um novo conjunto de leis globais, transnacionais, incluindo os procedimentos para o estabelecimento de normas, extrapolando o Estado: este desenvolvimento é devido ao aumento da intensidade do intercâmbio econômico internacional e às suas consequências, ao passo que os recursos tradicionais do direito internacional baseados no Estado ficam para trás neste processo de transformação<sup>28</sup>. As normas sociais e as inter-relações público-privadas que geram normas híbridas “quase-legais” assumem a frente sobre as formas clássicas de elaboração formal da norma jurídica. Em certo sentido, esta é apenas a versão transnacional global do aumento da “cooperação” entre os fatos e as normas legais, em vez de uma distinção clara, por um lado, e a dedução das decisões de regras gerais, por outro. Pode-se

<sup>28</sup> CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. **Rough Consensus and Running Code**. Oxford, 2012.

resumir este desenvolvimento que encontra seus paralelos na literatura e em outras áreas da cultura – como *Bender/Wellbery*<sup>29</sup> explicam – como um processo de emancipação da semântica das regras e dos fins estáveis. As semânticas mais antigas são substituídas cada vez mais pela tendência à “abertura formal para fins diferentes e até mesmo conflitantes”. As semânticas culturais, incluindo as semânticas jurídicas, adaptam-se ao “desenraizamento” da cultura – novamente essa é uma citação de *Bender / Wellbery* – e tornam-se mais “móveis”. Elas se desprendem das formas e figuras estáveis, tais como construções doutrinárias e relacionamentos fixos. Fica mais flagrante que a norma jurídica única ou o texto só pode fazer sentido como “*parte de um padrão muito maior, mais ambíguo de lembrança e esquecimento*”<sup>30</sup>. A sociedade se torna ciente do fato que a construção e o desenvolvimento do Direito e da prática das decisões judiciais fundamentam um “desvio histórico” dentro do conjunto de normas e decisões que são, de forma limitada, apenas o objeto de reflexão e concepção consciente<sup>31</sup>.

Parece adequada uma observação final sobre o estatuto do novo paradigma jurídico: a ascensão do novo modelo não acaba totalmente com o modelo clássico. Ainda há áreas nas quais o modelo antigo pode continuar funcionando, como tem feito durante séculos, e, ao mesmo tempo, o novo paradigma não é completamente diferente do antigo. E é por isso que precisamos de “normas de conflitos” que tentam coordenar o alcance e o impacto de ambos os paradigmas.

### 3 A LEI DA “SOCIEDADE DAS REDES”: DA FRAGMENTAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA A UMA FRAGMENTAÇÃO DA FUNÇÃO LEGAL?

Há vários anos que abordamos amiúde a transformação profunda e perturbadora do sistema legal que é provocada pelo surgimento da “sociedade de redes”. Esta é, por assim dizer, uma remodelação superior do sistema jurídico liberal – e, mais uma vez, tem consequências impor-

---

<sup>29</sup> BENDER, John; WELLBERY, David E. Rhetoricity: On the Modernist Return of Rhetoric. In: *id.* (Eds.), **The Ends of Rhetoric**. Stanford, CA, 1990. p. 3, 25 *et seq.*; ASSMANN, Jan. Text und Kommentar. Einführung. In: ders. GLADIGOW, Burkhard (Eds.). **Text und Kommentar**. München, 1995. p. 9 e 31.

<sup>30</sup> Ver WILF, Steven. Law/Text/Past. **Irvine Law Review** 1, p. 543, 546, 2011.

<sup>31</sup> HAMPE, Michael. **Die Lehren der Philosophie**: Eine Kritik. Berlin 2014. p. 22 e 186.

tantes para a sua semântica<sup>32</sup>. Após os indivíduos e as organizações como atores legais, agora somos confrontados com um novo tipo de quase-atores – as redes que desestabilizam as fronteiras até então tomadas como certas entre o interior e o exterior das organizações,<sup>33</sup> entre os indivíduos e as organizações, e mais uma vez as regras do jogo são mudadas. O funcionamento da lei com distinções claras, concepções bem definidas, é novamente afetado, porque vêm à tona mais e mais casos altamente complexos e situações que aceitam apenas a ideia de uma estrutura legal em “tempo real”.

Charles Sabel e outros<sup>34</sup> versam sobre os “regimes contextualizados” – uma expressão que significa, por exemplo, a idealização de contratos que extrapolam suas estruturas, de forma que caracterizada por um emaranhado de negociação específica, e, ao mesmo tempo, a modelagem “contextual” de um quadro jurídico de referência dentro do fluxo da coordenação, execução dispersa da ação: isso pode ser observado no domínio das novas tecnologias de “alto conhecimento”, como a biotecnologia, as ciências neurológica e cognitiva, as tecnologias nanológica e de computação. Elas estão transgredindo as fronteiras cognitivas e organizacionais e, como consequência, dão origem a um tipo de normatividade que está profundamente entrelaçada à concreticidade sobre o argumento de que apenas podem ser consideradas as ligações experimentais entre os blocos de construção legal, cujo caráter só pode, afinal, ser definido e avaliado “após o fato” – mais uma vez, a normativa *ex post* vem à tona, enquanto padrões, formas estáveis e números já não funcionam mais. Veremos também que o sujeito jurídico também passa por uma transformação quando sob uma perspectiva mais ampla atua em papéis diferentes. Os economistas Bahrami/Evans<sup>35</sup> consideram – sob uma perspectiva econômica – que o “jogo antigo” consistia no planejamento ou na antecipação de certos resultados, ou na definição de limites ou na oferta de formas jurídicas pelo Estado para as operações econômicas. O “jogo novo” demanda “sufurar a realidade fluida e ajustar-se às condições em formação”. Mais e mais modelos de “governança pragmática e paralegal” são ofere-

---

<sup>32</sup> LADEUR, Karl-Heinz. Die Netzwerke des Rechts. In: BOMMES, Michael; TACKE, Veronika (Eds.). **Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft**. Wiesbaden, 2010. p. 143.

<sup>33</sup> POWER, Michael. **The Audit Society**. Oxford, 1999.

<sup>34</sup> SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Contextualizing Regimes. Institutionalization as a Response to the Limits of Interpretation and Policy Engineering. **Michigan Law Review**, 110, p. 1265, 2012.

<sup>35</sup> BAHRAMI, Homa; EVANS, Stuart. Super-Flexibility for Real-Time Adaptation: Perspectives From Silicon Valley. **California Management Review** 2, p. 21, 2011.

cidos e que permitem, acima de tudo, a formação de uma perspectiva comum sobre a rede de inter-relações que está em desenvolvimento. E essas redes de inter-relações não parecem ter um início claro ou um propósito claro, nem têm um fim bem definido.

Esta evolução tem como consequência o desenvolvimento das novas instituições de mediação jurídica e de arbitragem, em vez de decisões judiciais sobre conflitos nos tribunais do Estado<sup>36</sup>. Isso não deve ser prematuramente julgado apenas como mais um fenômeno do aumento do poder privado em detrimento das instituições que são legitimadas pelo processo democrático. Eu penso que certamente é necessário um novo tipo de “lei cibernética” que seja melhor afinada com as necessidades de “surfear realidade fluida”. Por exemplo, para os novos conflitos que surgem na Internet, devemos experimentar novos agentes mediadores da informação que poderiam favorecer formas híbridas de “propriedade de dados” dos usuários *vis-à-vis* empresas como o *Facebook* e o *Google* ou contratos de redes novas, que vem a suportar o efeito da rede entre os usuários na relação entre os usuários e o *Google* e seus congêneres. A fim de dar maior materialidade ao que eu disse, eu gostaria de dar um exemplo de como a lei funciona em condições de extrema incerteza – e veremos que ela funciona.

Por exemplo, no Vale do Silício, alguns jovens cientistas da computação trabalham por conta própria em suas famosas “garagens”. Eles têm projetos diversos, alguns bem triviais, tal como o controle das redes de dados de outras empresas. E eles trabalham em seus projetos próprios de maneira mais inovadora e intelectualmente mais desafiadora. Existem algumas sobreposições, eles ajudam uns aos outros, assumem alguma função em partes mais complexas ou nas menos importantes dos projetos dos outros. Na verdade, não é nada evidente o que é crucial para o desenvolvimento de projetos diferentes. E então, há um avanço em uma garagem: a Microsoft oferece 10 milhões de dólares pelo uso de um aplicativo de computador inovador. É somente agora que a lei entra em cena: quem é o desenvolvedor do aplicativo? Quais são as contribuições dos outros cooperadores? Eles sequer são cooperadores? Será que eles não têm apenas um contrato de trabalho, ou era sim um contrato de serviço, ou os cooperadores não formam uma empresa de forma tácita? Se fosse para trazer este tipo de conflito a um tribunal, seria extremamente difícil encaixar este “coloidal”, esse agrupamento amorfo em padrões legais

---

<sup>36</sup> JENNEJOHN, Matthew C. Innovation, Collaboration, and Contract Design, **Columbia Law and Economics Working Paper**, n. 319, Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1014420](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014420)>.

estáveis<sup>37</sup>. O que se faz nesses casos, na verdade, é bastante engenhoso: já existem advogados com conhecimentos de informática que são convidados a formular uma espécie de protocolo do que aconteceu em tal agrupamento. Eles falam com cada participante e, sobre o registro básico que é consentido pelos parceiros, o advogado faz uma proposta sobre como agir *vis-à-vis Microsoft* sobre como ela distribui seus pagamentos. Este processo funciona muito bem porque os participantes veem-se como uma forma de “sujeitos em rede”. Isso significa: eles sabem que eles estão – para citar Bahrami/Evans novamente – “surfando a realidade fluida”, e que devem “ajustar-se à condições em formação”. E isso só é possível se aceitarmos que é impossível encontrar uma solução que faça justiça a cada participante de forma mais ou menos perfeita. A rede deve continuar...

Poderíamos talvez chamar de “lei em série” este novo tipo emergente da lei, no sentido de que só é possível “após o fato”, *ex post*, gerar um padrão legal satisfatório que possa colocar alguma normatividade em uma “série” de situações concretas que criam uma rede de inter-relações que podem *ex post* dar origem a um padrão normativo experimental que também pode ser julgado em outros agrupamentos e, possivelmente, contribuir para novos regimes jurídicos. Para dar outro exemplo da alta tecnologia, eu gostaria apenas de chamar a atenção para o desenvolvimento de outros processos de construção de “alto conhecimento”, tais como aplicações nanotecnológicas que são tão diversificadas e multiformes que não se pode imaginar um procedimento *ex ante* para algum tipo de autorização. A alternativa poderia consistir em um procedimento complexo de monitoramento e aprendizagem em “tempo real”, que poderia provavelmente ser executado apenas pela participação de outra empresa privada que trabalha no mesmo campo.

Os elementos da “lei cibernética” que esbocei aqui podem ser atribuídos a um novo quadro global de referência que pode ser chamado de “procedimentação de segunda ordem”: dos “casos” específicos, pode-se construir alguns componentes de transição que não podem ser fixados, mas que ainda permitem um processo produtivo de “oscilação” entre a nova geração de conhecimento técnico e um tipo flexível de “codificação” legal em “tempo real” ou *ex post*. “Regimes de contextualização” não é o pior nome a ser dado a tal tipo de geração jurídica de “ordem a partir do caos”<sup>38</sup>.

As semânticas legais que se encaixam nesta evolução seriam fluidas, relacionais, “seriais”, em vez de serem substantivas ou referentes

<sup>37</sup> JENNEJOHN, *ibidem*.

<sup>38</sup> Cf. ATLAN, Henri. **Entre le cristal et la fumée**. Paris, 1979.

a organizações estáveis ou agrupamentos de operações que eram características da “sociedade de organizações”.

## 4 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a. M. 1986.
- ASSMANN, Jan. Text und Kommentar. Einführung. In: ders. GLADIGOW, Burkhard (Eds.). **Text und Kommentar**. München, 1995.
- ATLAN, Henri. **Entre le cristal et la fumée**. Paris, 1979.
- BAHRAMI, Homa; EVANS, Stuart. Super-Flexibility for Real-Time Adaptation: Perspectives From Silicon Valley. **California Management Review** 2, p. 21, 2011.
- BENDER, John; WELLBERY, David E. Rhetoricity: On the Modernist Return of Rhetoric. In: *id.* (Eds.), **The Ends of Rhetoric**. Stanford, CA, 1990.
- BOHANNAN, Paul. The Differing Realms of the Law. **American Anthropologist** 67, p. 33-34 *et seq.*, 1965.
- CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. **Rough Consensus and Running Code**. Oxford, 2012.
- DESCOMBES, Vincent. **Les embarras de l'identité**. Paris, 2013, S. 247; *id.*, **Le complément de sujet**. Paris, 2004.
- GASKINS, Richard H. **Burdens of Proof in Modern Discourse**. New Haven, 1995.
- GUÉHENNO, Jean-Marie. **L'avenir de la liberté**. Paris, 1999.
- HAMPE, Michael. **Die Lehren der Philosophie: Eine Kritik**. Berlin 2014.
- HARDIN, Russell. **Indeterminacy and Society**. Princeton, 2003.
- HEINOLD, Alexander. **Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy**. Berlin, 2011.
- HOFSTADTER, Douglas; SANDER, Emmanuel. **Surfaces and Essences: Analogy as the Fuel and Fire of Thinking**. New York, 2013.
- HUTCHINS, Edwin. **Cognition in the Wild**. Cambridge, 1995.
- JENNEJOHN, Matthew C. Innovation, Collaboration, and Contract Design, **Columbia Law and Economics Working Paper**, n. 319, Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1014420](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014420)>.
- KLATT, Matthias (Ed.). **Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung**. Tübingen, 2013.
- LADEUR, Karl-Heinz. Conflicts Law as Europe's Constitutional Form... and the Conflict of Social Norms as Its Infrastructure. In: JOERGES, Christian; GLINSKI, Carola (Hrsg.). **The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance**, 2014.
- LADEUR, Karl-Heinz. **Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit**, 2007.
- \_\_\_\_\_. Die Netzwerke des Rechts. In: BOMMES, Michael; TACKE, Veronika (Eds.). **Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft**. Wiesbaden, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt a. M., 1993.
- \_\_\_\_\_. **Die Wissenschaft der Gesellschaft**. Frankfurt a. M., 1990.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitutionalism**. Oxford, 2013.
- OAKESHOTT, Michael. **On Human Conduct**. Oxford, 1975.
- POOVEY, Mary. The Liberal Civil Subject. **Public Culture** 14, p. 125 *et seq.*, 2002.

- POWER, Michael. **The Audit Society**. Oxford, 1999.
- ROMANO, Claude. Anscombe et la philosophie herméneutique de l'intention. **Philosophie**, n. 80, p. 60 e 86, 2003.
- SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Contextualizing Regimes. Institutionalization as a Response to the Limits of Interpretation and Policy Engineering. **Michigan Law Review**, 110, p. 1.265, 2012.
- SCOTT, Joanne; STURM, Susan P. Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance. **Columbia Journal of European Law** 13, p. 565, 2007.
- SHULMANN, David; STROUMSA, Guy G. Introduction. *In: id.* (Eds.). **Self and Self-Transformation in the History of Religion**. New York, 2002.
- TAYLOR, Charles. **Modern Social Imaginaries**. Durham, NC, 2004.
- THOMAS, Yan. **Les opérations du droit**, Paris, 2011.
- WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in Modern law. *In: TEUBNER, Gunther* (Ed.). **Dilemmas of Law in the Welfare State**, p. 221, 1985.
- WILF, Steven. Law/Text/Past. **Irvine Law Review** 1, p. 543, 546, 2011.

## ÍNDICE ALFABÉTICO

---

### A

- A Importância da Dedução na Argumentação Jurídica. Fábio P. Shecaira .....245
- A metamorfose do Direito Global Para uma Genealogia do Direito Além do Estado Nacional no Limiar do Século XIX. Ricardo Campos ..... 179
- A Transformação da Semântica Jurídica na Sociedade Pós-moderna a partir da “Subsunção” de casos ao “Equilíbrio” e uma semântica de Redes. Karl-Heinz Ladeur ..... 309
- A Visibilidade do Político: Secularização *Versus* Universalização em Carl Schmitt. Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco ..... 157
- Alexandre da Maia. Por uma História das Imagens da Normatividade do Direito ..... 279
- Argumentação jurídica. A Importância da Dedução na Argumentação Jurídica. Fábio P. Shecaira ..... 245

### C

- Carl Schmitt. A Visibilidade do Político: Secularização *Versus* Universalização em Carl Schmitt. Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco ..... 157
- Cibernético. Estado Cibernético de Direito. Gabriel Lacerda ..... 297
- Conhecimento. Fé e Conhecimento no Direito. Ino Augsberg ..... 221
- Constitucionalismo Social: Nove Variações sobre o Tema Proposto por David Sciulli. Gunther Teubner ..... 129
- Corte Constitucional. Positivismo Normativo ou Novos Desenhos Institucionais? – uma Análise de Duas Alternativas para se Contestar a Supremacia das Cortes Constitucionais. Thomas Bustamante ..... 77
- Crise do conhecimento. O Direito Moderno e a Crise do Conhecimento Comum. Thomas Vesting ..... 19

### D

- Da Incerteza do Direito à Incerteza da Justiça. Marcelo Neves .....43
- David Sciulli. Constitucionalismo Social: Nove Variações sobre o Tema

Proposto por David Sciulli. Gunther Teubner.....	129
• Dedução. A Importância da Dedução na Argumentação Jurídica. Fábio P. Shecaira .....	245
• Direito digital. Reconfiguração Conceitual? O Direito Digital como Metáfora de Si Mesmo. Juliano Maranhão .....	97
• Direito e Felicidade: Algumas Implicações da Teoria Comportamental. Noel Struchiner / Úrsula S. C. C. Vaconcellos .....	259
• Direito estatal. Espaços jurídicos e a territorialidade do direito estatal. Samuel Barbosa .....	237
• Direito Global. A metamorfose do Direito Global Para uma Genealogia do Direito Além do Estado Nacional no Limiar do Século XIX. Ricardo Campos .....	179
• Direito Moderno e a Crise do Conhecimento Comum. Thomas Vesting.....	19
• Direito. Da Incerteza do Direito à Incerteza da Justiça. Marcelo Neves.....	43
• Direito. Fé e Conhecimento no Direito. Ino Augsberg .....	221

## E

• Espaços jurídicos e a territorialidade do direito estatal. Samuel Barbosa .....	237
• Estado Cibernético de Direito. Gabriel Lacerda .....	297

## F

• Fábio P. Shecaira. A Importância da Dedução na Argumentação Jurídica.....	245
• Fé e Conhecimento no Direito. Ino Augsberg.....	221
• Felicidade. Direito e Felicidade: Algumas Implicações da Teoria Comportamental. Noel Struchiner / Úrsula S. C. C. Vaconcellos.....	259
• Fernando Leal. Regulando a Incerteza: a Construção de Modelos Decisórios e os Riscos do Paradoxo da Determinação.....	65

## G

• Gabriel Lacerda. Estado Cibernético de Direito .....	297
• Genealogia do Direito. A metamorfose do Direito Global Para uma Genealogia do Direito Além do Estado Nacional no Limiar do Século XIX. Ricardo Campos.....	179
• Gunther Teubner. Constitucionalismo Social: Nove Variações sobre o Tema Proposto por David Sciulli.....	129

**H**

- História. Por uma História das Imagens da Normatividade do Direito. Alexandre da Maia.....279

**I**

- Importância da Dedução na Argumentação Jurídica. Fábio P. Shecaira.....245
- Incerteza do Direito à Incerteza da Justiça. Marcelo Neves.....43
- Incerteza. Regulando a Incerteza: a Construção de Modelos Decisórios e os Riscos do Paradoxo da Determinação. Fernando Leal .....65
- Ino Augsberg. Fé e Conhecimento no Direito .....221
- Institucional. Positivismo Normativo ou Novos Desenhos Institucionais? – uma Análise de Duas Alternativas para se Contestar a Supremacia das Cortes Constitucionais. Thomas Bustamante.....77
- Introdução .....9

**J**

- Juliano Maranhão. Reconfiguração Conceitual? O Direito Digital como Metáfora de Si Mesmo.....97
- Justiça. Da Incerteza do Direito à Incerteza da Justiça. Marcelo Neves .....43

**K**

- Karl-Heinz Ladeur. Sociedade pós-moderna. A Transformação da Semântica Jurídica na Sociedade Pós-moderna a partir da “Subsunção” de casos ao “Equilíbrio” e uma semântica de Redes.....309

**M**

- Marcelo Neves. Justiça. Da Incerteza do Direito à Incerteza da Justiça .....43
- Metamorfose do Direito Global Para uma Genealogia do Direito Além do Estado Nacional no Limiar do Século XIX. Ricardo Campos .....179
- Modelo decisória. Regulando a Incerteza: a Construção de Modelos Decisórios e os Riscos do Paradoxo da Determinação. Fernando Leal .....65
- Múltiplos Elementos Normativos. Uma Leitura Contemporânea da Teoria Sistêmica do Direito: Múltiplos Elementos Normativos do Direito na Sociedade. Pedro Fortes.....193

**N**

- Noel Struchiner. Direito e Felicidade: Algumas Implicações da Teoria Comportamental. Noel Struchiner / Úrsula S. C. C. Vaconcellos.....259
- Normatividade do Direito. Por uma História das Imagens da Normatividade do Direito. Alexandre da Maia .....279

**O**

- O Direito Moderno e a Crise do Conhecimento Comum. Thomas Vesting ..... 19

**P**

- Paradoxo da determinação. Regulando a Incerteza: a Construção de Modelos Decisórios e os Riscos do Paradoxo da Determinação. Fernando Leal .....65
- Pedro Fortes. Uma Leitura Contemporânea da Teoria Sistêmica do Direito: Múltiplos Elementos Normativos do Direito na Sociedade ..... 193
- Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco. A Visibilidade do Político: Secularização *Versus* Universalização em Carl Schmitt .....157
- Por uma História das Imagens da Normatividade do Direito. Alexandre da Maia ..279
- Positivismo Normativo ou Novos Desenhos Institucionais? – uma Análise de Duas Alternativas para se Contestar a Supremacia das Cortes Constitucionais. Thomas Bustamante.....77

**R**

- Reconfiguração Conceitual? O Direito Digital como Metáfora de Si Mesmo. Juliano Maranhão.....97
- Regulando a Incerteza: a Construção de Modelos Decisórios e os Riscos do Paradoxo da Determinação. Fernando Leal .....65
- Ricardo Campos. A metamorfose do Direito Global Para uma Genealogia do Direito Além do Estado Nacional no Limiar do Século XIX.....179

**S**

- Samuel Barbosa. Espaços jurídicos e a territorialidade do direito estatal .....237
- Secularização. A Visibilidade do Político: Secularização *Versus* Universalização em Carl Schmitt. Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco ..... 157
- Semântica jurídica. A Transformação da Semântica Jurídica na Sociedade Pós-moderna a partir da “Subsunção” de casos ao “Equilíbrio” e uma semântica de Redes. Karl-Heinz Ladeur.....309

**T**

- Teoria comportamental. Direito e Felicidade: Algumas Implicações da Teoria Comportamental. Noel Struchiner / Úrsula S. C. C. Vaconcellos ..... 259
- Teoria Sistêmica do Direito. Uma Leitura Contemporânea da Teoria Sistêmica do Direito: Múltiplos Elementos Normativos do Direito na Sociedade. Pedro Fortes..... 193
- Territorialidade. Espaços jurídicos e a territorialidade do direito estatal. Samuel Barbosa ..... 237
- Thomas Bustamante. Positivismo Normativo ou Novos Desenhos Institucionais? – uma Análise de Duas Alternativas para se Contestar a Supremacia das Cortes Constitucionais ..... 77
- Thomas Vesting. O Direito Moderno e a Crise do Conhecimento Comum..... 19
- Transformação da Semântica Jurídica na Sociedade Pós-moderna a partir da “Subsunção” de casos ao “Equilíbrio” e uma semântica de Redes. Karl-Heinz Ladeur ..... 309

**U**

- Uma Leitura Contemporânea da Teoria Sistêmica do Direito: Múltiplos Elementos Normativos do Direito na Sociedade. Pedro Fortes ..... 193
- Universalização. A Visibilidade do Político: Secularização *Versus* Universalização em Carl Schmitt. Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco ..... 157
- Úrsula S. C. C. Vaconcellos. Direito e Felicidade: Algumas Implicações da Teoria Comportamental. Noel Struchiner / Úrsula S. C. C. Vaconcellos .. 259

**V**

- Visibilidade do Político: Secularização *Versus* Universalização em Carl Schmitt. Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco ..... 157

## **Integrantes dos CONSELHOS EDITORIAIS da *JURUÁ EDITORA* nas áreas de DIREITO, CONTABILIDADE, ADMINISTRAÇÃO, ECONOMIA E FILOSOFIA**

### **Adel El Tasse**

Me. e doutorando em Direito Penal. Proc. Federal. Prof. Universitário.

### **Aderbal Nicolas Müller**

Dr. pela UFSC. Me. em Ciências Sociais Aplicadas. Esp. em Administração/Finanças. Graduado em Ciências Contábeis pela FAE Business School. Prof. Universitário.

### **André G. Dias Pereira**

Me. e doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

### **Airton Cerqueira Leite Seelaender**

Dr. em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt. Me. e graduado em Direito. Pres. do Instituto Brasileiro de História do Direito. Prof. Universitário.

### **Alessandra Silveira**

Dra. em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Direito público – Direito da União Europeia, Direito constitucional e ciência política. Prof.<sup>a</sup> da Escola de Direito da Universidade do Minho.

### **Alessandra Galli**

Doutora Tecnologia e Sociedade (UTFPR/Università Degli Studi di Padova). M.<sup>a</sup> em Direito Econômico e Social e Especialista em Direito Socioambiental (PUC/PR). Prof.<sup>a</sup> Universitária.

### **Alexandre L. Dias Pereira**

Dr. em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Prof. da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

### **Alexandre Mota Pinto**

Dr. em Direito pelo Instituto Europeu de Florença: Direito privado – Direito do trabalho e Direito comercial e civil em geral. Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

### **Alexandre Coutinho Pagliarini**

Pós-Dr. pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dr. e Me. em Direito do Estado. Prof. Pesquisador. Proc. Municipal.

### **Aloísio Khroling**

Pós-Dr. em Filosofia Política. Dr. em Filosofia. Me. em Teologia e Filosofia e em Sociologia Política. Graduado em Filosofia e em Ciências Sociais.

### **Ana Paula Gulate Liberato**

M.<sup>a</sup> em Direito Socioambiental pela PUCPR. Adv. Membro da Comissão Interna de Meio Ambiente da PUCPR. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

### **Andrei Koerner**

Dr. e Me. em Ciência Política pela Universidade de São Paulo. Graduado em Direito. Prof. Universitário.

### **Anélio Berti**

Me. em Ciências Contábeis e Esp. em Auditoria contábil. Graduado em Ciências Econômicas. Prof. Universitário.

### **Antoninho Caron**

Dr. em Engenharia de Produção e Me. em Desenvolvimento Econômico. Graduado em Administração de Empresas. Prof. Universitário.

### **Antônio Carlos Efig**

Dr. e Me. pela PUC-SP. Prof. Universitário na graduação, especialização, mestrado e doutorado.

### **Antonio Carlos Wolkmer**

Dr. em Direito. Me. em Ciência Política. Esp. em Metodologia do Ensino Superior. Graduado em Direito. Prof. Universitário.

### **Antônio Pereira Gaio Júnior**

Dr. em Direito pela UGF. Pós-Dr. Direito pela Universidade de Coimbra-Pt. e em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Pt. Me. em Direito pela UGF. Pós-graduado em Direito Processual pela UGF – Prisma. Prof. da UFRRJ.

### **Antônio Veloso Peleja Júnior**

Doutorando em Direito pela PUC-SP. Me. em Direito pela UERJ. Pós-graduado em Direito Eleitoral pela UnB. Juiz de Direito no TJMT.

### **Arno Dal Ri Júnior**

Pós-Dr. pela Université Paris I (Panthéon-Sorbonne). Dr. em Direito Internacional pela Università Luigi Bocconi de Milão. Me. em Direito e Política da União Europeia pela Università degli Studi di Padova. Bel. em Ciências Jurídicas. Prof. Universitário.

### **Artur Stamford da Silva**

Dr. em Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. Me. em Direito Público pela UFPE. Diplomado em Estudios Avanzados de Tercer Ciclo do Doutorado de Derechos Humanos y Desarrollo pela Universidad Pablo de Olavid-Sevilla, Espanha. Graduado em Direito pela Unicap. Prof. Universitário.

**Augusto Martinez Perez**

Dr. em Direito do Estado. Me. em Direito Penal. Juiz Federal e Professor.

**Beltrina da Purificação da Côrte Pereira**

Pós-Dra. e Dra. em Ciências da Comunicação pela USP. M.<sup>a</sup> em Planejamento e Administração do Desenvolvimento Regional, pela Universidad de los Andes – Bogotá, Colômbia. Graduada em Jornalismo. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**Benedito Gonçalves da Silva**

Me. em Controladoria e Contabilidade. Graduado em Ciências Contábeis. Graduado e Lic. em Ciências. Graduado e Lic. em Matemática. Prof. Universitário.

**Bruno César Lorencini**

Pós-dr. na *Columbia University* em Nova Iorque. Dr. em Direito do Estado e Direito Processual, Administrativo e Financeiro. Me. em Direito Político e Econômico e Esp. em Direito Empresarial. Professor Universitário. Juiz Federal.

**Carlos Diogenes Cortes Tourinho**

Dr. e Me. em Filosofia. Esp. em Filosofia Contemporânea. Graduado em Psicologia e em Filosofia. Prof. Universitário.

**Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa**

Dr. em Filosofia e Me. em Direito pela USP. Graduado em Direito e em Filosofia. Prof. Universitário e Pesquisador.

**Carlos Roberto Claro**

Me. em Direito Empresarial e Cidadania. Escritor, Professor e Advogado.

**Carlyle Popp**

Dr. em Direito Civil. Me. em Direito Público. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná e da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Prof. Universitário.

**Carolina Machado Saraiva de Albuquerque Maranhão**

Dra. em Administração. M.<sup>a</sup> em Marketing. Graduada em Administração. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**Clarice von Oertzen de Araujo**

Dra. e M.<sup>a</sup> em Direito pela PUC/SP. Graduada em Direito e LD. em Direito.

**Cláudia Viana**

Dra. em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade da Corunha. Prof.<sup>a</sup> da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave.

**Christian Baldus**

Prof. da Faculdade de Direito da Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Deutschland (Alemanha). Director no Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft "Instituto para a Ciência Jurídica e Jurisprudencial Histórica": História do Direito; Direito romano; Direito civil (Direito das coisas; Direito das sucessões); Direito alemão e europeu e Direito comparado.

**Claudia Maria Barbosa**

Dra., M.<sup>a</sup> e Graduada em Direito. Prof.<sup>a</sup> Universitária. Membro do Instituto Latinoamericano para uma Sociedad y un Derecho Alternativos – ILSA, com sede na Colômbia. Consultora *ad hoc* do MEC.

**Cleverson Vitorio Andreoli**

Dr. em Meio Ambiente e Desenvolvimento. Me. em Ciências do Solo. Eng. Agrônomo. Prof. Universitário.

**Cristiane Farias Rodrigues dos Santos**

Dra. em Direito Penal e Juíza Federal.

**Cristina Zanello**

M.<sup>a</sup> em Direito Negocial pela UEL. Esp. em Direito e Negócios Internacionais pela UFSC. Graduada em Direito pela PUCPR. Graduada em Economia pela UFPR. Prof.<sup>a</sup> Universitária. Membro do Instituto de Direito Tributário de Curitiba e Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB-PR. Advogada.

**Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo**

Dr. em Direito. Graduado em Direito e em Administração de Empresas. Prof. Universitário.

**Dário Manuel Lentz de Moura Vicente**

Dr. e Agregado em Direito pela Universidade de Lisboa. Prof. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**Deise Luiza da Silva Ferraz**

Dra., M.<sup>a</sup> e Bela. em Administração. Estágio-doutoral no Centro de Investigação em Sociologia Econômica e das Organizações (SOCIUS) do Instituto Superior de Economia e Gestão da Universidade Técnica de Lisboa.

**Dennison de Oliveira**

Prof. do Departamento de História da UFPR. Dr. em Sociologia (Unicamp). Me. em Ciência Política (Unicamp). Graduado em História (UFPR).

**Douglas Henrique Marins dos Santos**

Dr. em Ciências. Me. em Direito (Ciências Jurídico-Filosóficas). Pesquisador pós-doutorando em Direito pela Universidade do Porto (UP) e Procurador Federal.

**Eduardo Biacchi Gomes**

Pós-Dr. em Estudos Culturais pela UFRJ. Dr. em Direito. Prof. Universitário.

**Eduardo Ely Mendes Ribeiro**

Dr. em Antropologia Social. Me. em Filosofia. Graduado em Filosofia.

**Elizabeth Accioly**

Dra. em Direito Internacional e Diplomada em Estudos Europeus pela Faculdade de Direito de Lisboa. Prof.<sup>a</sup> Universitária. Adv. e consultora jurídica internacional.

**Eloise Helena Livramento Dellagnelo**

Pós-Dra. pela Universidade de Essex – Inglaterra. Dra. em Engenharia de Produção. M.<sup>a</sup> em Administração. Bela. em Administração e em Letras – Português e Inglês. Bolsa sanduíche na Escola de Administração Pública da University of Southern California (USC) em Los Angeles. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**Everton das Neves Gonçalves**

Dr. em Derecho Internacional pela Universidad de Buenos Aires. Dr. e Me. em Direito, área de concentração em Instituições Jurídico-Políticas. Graduado em Ciências Econômicas e em Direito pela Faculdade de Direito. Professor.

**Fabiana Del Padre Tomé**

Dra. e M.<sup>a</sup> em Direito. Graduada em Direito. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**Fernando Galvão da Rocha**

Dr. em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museu Social Argentino. Me. em Direito. Esp. em Filosofia. Graduado em Direito. Juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Prof. Universitário.

**Fernando Gustavo Knoerr**

Dr., Me. em Direito do Estado e bel. pela UFPR. Prof. do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Prof. de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Prof. benemérito da Faculdade de Direito UNIFOZ e Patrono Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Político.

**Fernando Rister de Souza Lima**

Dr. em Filosofia de Direito e do Estado pela PUC/SP, com estágio doutoral sanduíche na *Università degli Studi di Macerata*, Itália. Segundo Vice-presidente da ABraSD. Editor da Revista Bras. de Sociologia do Direito – pub. oficial da ABraSD. Membro do *Research Committee on Sociology of Law – Working Group Sociology of Constitution*. Prof. Universitário.

**Filipe Avides Moreira**

Lic. em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Direito público e Direito privado. Formador da Ordem dos Advogados. Prof. em pós-graduações na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto.

**Florence Cronemberger Haret**

Dra. em Direito Tributário pela USP. Graduada em Direito. Prof.<sup>a</sup> conferencista.

**Francis Kanashiro Meneghetti**

Dr. em Educação. Me. e graduado em Administração. Prof. Universitário.

**Francisco Carlos Duarte**

Dr. pela Universidade Técnica de Lisboa e pela Universidad de Granada – Espanha. Dr. em Ciências Jurídicas e Sociais. Me. em Direito. Graduado em Direito. Proc. do Estado do Paraná. Prof. Universitário.

**Francisco Glauber Pessoa Alves**

Dr. e Me. em Direito pela PUC-SP. Juiz de Direito.

**Geraldo Balduino Horn**

Dr. em Filosofia da Educação. Me. em Educação. Esp. em Antropologia Filosófica. Graduado em Filosofia. Prof. Universitário.

**Germano André Doederlein Schwartz**

Dr., Me. e graduado em Direito. Estágio doutoral sanduíche na Université Paris X-Nanterre. Estágio Pós-Doutoral na University of Reading (UK). Prof. Universitário.

**Gilberto Bercovici**

Dr. em Direito do Estado. Graduado em Direito. Prof. Universitário.

**Gilberto Gaertner**

Me. em Engenharia de Produção. Esp. em: Formação em Psicologia Somática Biossintese; Formação em Integração Estrutural Método Rolf; Formação em Bioenergia Raízes; e Psicologia Corporal – Orgone.

**Gilton Batista Brito**

Me. em Direito na UFS. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Público pela PUC Minas e em Segurança Pública e Democracia na UFS.

**Gonçalo S. de Melo Bandeira**

Dr. em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Me. em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e Esp. em Ciências Jurídico-Criminais pela mesma instituição. Lic. em Direito. Prof. da Escola Estatal Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave – Portugal. Prof. Universitário.

**Helena de Toledo Coelho Gonçalves**

Dra. e M.<sup>a</sup> em Direito. Graduada em Direito pela PUCPR. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**Ilton Garcia da Costa**

Dr. em Direito. Me. em Administração e Direito. Graduado em Matemática. Prof. Universitário.

**Irene M. Portela**

Dra. em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela. Prof.<sup>a</sup> da Escola Superior de Gestão e Provedora do Estudante, do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave.

**Ivo Dantas**

Dr. em Direito Constitucional. Prof. Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. LD. em Direito Constitucional – UERJ. LD. em Teoria do Estado – UFPE. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Miembro del Instituto Ibero-Americano de Derecho Constitucional – México. Miembro del Consejo Asesor del Anuario Ibero-Americano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) – Madrid. Prof. Universitário.

**James José Marins de Souza**

Pós-Dr. em Direito do Estado pela Universitat de Barcelona – Espanha. Dr. em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor.

**Jan-Michael Simon**

Jurista pela Faculdade de Direito de Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn – Alemanha: Direito penal, Direito processual penal, Direito internacional penal e Criminologia.

**Jane Lúcia Wilhelm Berwanger**

Doutora em Direito Previdenciário. M.<sup>a</sup> em Direitos sociais e Políticas Públicas. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**João Bosco Lee**

Dr. em Direito Internacional pela Université de Paris II. Me. em Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional pela Université de Paris II. Graduado em Direito. Prof. Universitário.

**João Paulo F. Remédio Marques**

Dr. em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Prof. Universitário da mesma instituição.

**João Ibaixe Junior**

Me. em Direito. Pós-graduado em Filosofia. Pres. do CEADJUS.

**Jorge Cesar de Assis**

Graduado em Direito e em Curso de Formação de Oficiais pela Academia Policial Militar do Guatupê. Prom. da Justiça Militar. Prof. da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro do Ministério Público da União.

**José Américo Penteado de Carvalho**

Médico pela UFPR. Me. em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Doutorando pela Universidade de Buenos Aires. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Promotor de Justiça no Paraná.

**José Antonio Savaris**

Dr. em Direito da Seguridade Social. Me. em Direito Econômico e Social. Juiz Federal.

**José Augusto Delgado**

Esp. em Direito Civil e Comercial. Bel. em Direito.

**José Carlos Couto de Carvalho**

Subprocurador geral da Justiça Militar aposentado. Prof. Universitário.

**Jose Edmilson de Souza Lima**

Dr. em Meio Ambiente e Desenvolvimento. Me. em Sociologia Política.

**José Elias Dubard de Moura Rocha**

Dr., Me. e graduado em Direito pela UFPE. Prof. Universitário.

**José Engrácia Antunes**

Dr. em Direito pelo Instituto Europeu de Florença: Direito privado. Prof. da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto.

**José Henrique de Faria**

Pós-Dr. em Labor Relations pelo Institute of Labor and Industrial Relations – ILIR – University of Michigan (2003). Dr. e Me. em Administração. Graduação em Ciências Econômicas. Prof. Universitário.

**José Ramón Narváez**

Dr. em Teoria e História do Direito pela Universidade de Florença. Prof. associado da Universidade Nacional Autônoma do México.

**José Renato Gaziero Cella**

Dr. em Filosofia e Teoria do Direito. Me. em Direito do Estado. Pesquisador da Universidad de Zaragoza – Espanha. Prof. Universitário.

**José Renato Martins**

Dr. em Direito Penal. Me. em Direito Constitucional. Bel. em Direito. Prof. Universitário.

**José Ricardo Vargas de Faria**

Doutorando pelo Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional. Me. em Administração e Eng. Civil. Prof. Universitário.

**José Sérgio da Silva Cristóvam**

Dr. em Direito Administrativo pela UFSC, com estágio de doutoramento na Universidade de Lisboa. Me. em Direito Constitucional pela UFSC. Advogado publicista. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito.

**Joseli Nunes Mendonça**

Dra., M.<sup>a</sup> e Graduada em História. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**Julimar Luiz Pereira**

Me. em Educação Física pela UFPR. Esp. em Treinamento Desportivo. Graduação em Lic. em Educação Física. Prof. Universitário.

**Lafaiete Santos Neves**

Dr. em Desenvolvimento Econômico. Me. e graduado em História. Prof. Universitário.

**Lafayette Pozzoli**

Pós-Dr. pela Universidade La Sapienza – Roma. Dr. e Me. em Filosofia do Direito. Adv. Prof. Universitário.

**Lauro Brito de Almeida**

Dr. e Me. em Controladoria e Contabilidade pela USP. Prof. Adjunto da UFPR.

**Leonardo Estevam de Assis Zanini**

Pós-dr. em Direito Civil e Direito Penal. Dr. em Direito Civil pela USP. Me. em Direito Civil pela PUC-SP. Juiz Federal em São Paulo.

**Liana Maria da Frota Carleial**

Pós-Dra. pela Université Paris XIII, no Centre de Recherche en Économie Industrielle (CREI) – França. Dra. e M.<sup>a</sup> em Economia. Graduada em Ciências Econômicas. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**Lucas Abreu Barroso**

Dr. em Direito. Prof. Universitário (UFES).

**Lúcia Helena Briski Young**

Esp. em Auditoria e Controladoria Interna, Gestão Empresarial e Direito, Direito Tributário e Metodologia do Ensino Superior.

**Luciano Salamacha**

Dr. em Administração. Me. em Engenharia de Produção. Pós-graduado em Gestão Industrial e MBA em Gestão Empresarial. Prof. Universitário.

**Luís Alexandre Carta Winter**

Dr. em Integração da América Latina. Me. em Integração Latino-americana. Esp. em Filosofia da Educação. Graduado em Direito. Prof. Universitário.

**Luís Fernando Lopes Pereira**

Pós-Dr. pela Università degli Studi di Firenze – Itália. Dr. em História Social. Me. em História. Esp. em Pensamento Contemporâneo e em História e Cidade. Graduado em Direito e em História. Prof. Universitário.

**Luísa Neto**

Dra. em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Direito constitucional – Direito biomédico e Direito da medicina. Prof.<sup>a</sup> da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

**Luiz Antonio Câmara**

Dr. e Me. em Direito. Prof. Universitário em cursos de graduação, especialização e mestrado.

**Luiz Carlos de Souza**

Me. em Ciências Contábeis e Atuariais. Esp. em Administração Financeira e em Política e Estratégia. Prof. Universitário.

**Luiz Henrique Sormani Barbugiani**

Me. em Direito pela USP. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil, Direito Material e Processual do Trabalho, Direito Tributário e Direito Sanitário. Graduado em Direito pela UNESP, com habilitação especial em Direito Empresarial. Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior, Seção brasileira da "Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale" – SIDTSS. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP.

**Manuel da Costa Andrade**

Dr. em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Direito público – Direito penal e Direito processual penal. Prof. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**Manuel Martínez Neira**

Dr. em Direito. Prof. Universitário na Universidade Carlos III – Madrid.

**Mara Regina de Oliveira**

Dra., M.<sup>a</sup> e Bela. em Direito. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**Marcelo Guerra Martins**

Dr. em Direito do Estado pela USP. Me. em Direito Civil pela USP. Professor. Juiz Federal.

**Marcelo Pereira de Mello**

Dr. em Ciência Política. Me. em Sociologia. Graduado em Ciências Sociais. Prof. Universitário.

**Marcelo Weitzel Rabelo de Souza**

MSc. em Coimbra – Portugal. Pres. da Associação Nacional do Ministério Público. Subprocurador geral da Justiça Militar em Brasília.

**Márcio Bambirra Santos**

Dr. em Administração. Me. em Economia. Professor, Administrador de Empresas, Economista, Esp. em "Computação" e "Política Científico-Tecnológica".

**Marcio Pugliesi**

Dr. e LD. em Direito. Dr. em Filosofia. Dr. em Educação. Bel. em Direito. Graduado em Filosofia. Prof. Universitário.

**Marcos Kahtalian**

Me. em Múltiplos pela Unicamp. Pós-graduado em Administração de Marketing. Prof. de graduação e pós-graduação.

**Marcos Wachowicz**

Dr. em Direito. Me. em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa – Portugal. Graduado em Direito. Prof. Universitário.

**Margarida Azevedo Almeida**

Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Direito privado. M.<sup>a</sup> Prof.<sup>a</sup> do Instituto de Contabilidade e Administração do Porto, Instituto Politécnico do Porto.

**Margarida da Costa Andrade**

Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Direito privado. M.<sup>a</sup> Prof.<sup>a</sup> da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**

Pós-doutoranda em Direito. Dra. em Direito Constitucional. M.<sup>a</sup> em Ciências Jurídico-Políticas. Esp. em Direito Constitucional. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**Mário João Ferreira Monte**

Dr. em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade do Minho. Me. e Pós-graduado em ciências jurídico-criminais. Prof. Universitário.

**Masako Shirai**

Dra., M.<sup>a</sup> e Graduada em Direito. Membro da Comissão de Exame da Ordem da OAB-SP e da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-SP.

**Massimo Meccarelli**

Prof. Catedrático de História do Direito Medieval e Moderno. Coord. do Programa de Doutorado em História do Direito da Università degli Studi di Macerata – Itália.

**Melissa Folmann**

M.<sup>a</sup> em Direito pela PUCPR. Diretora Científica do IBDP. Prof.<sup>a</sup> da Graduação e Pós-graduação em Direito Previdenciário e Proc. Previdenciário. Advogada.

**Néfi Cordeiro**

Dr., Me. e graduado em Direito. Graduado em Engenharia e Oficial Militar pela Academia Policial Militar do Guatupê. Des. Federal. Prof. Universitário.

**Nuno M. Pinto de Oliveira**

Dr. em Direito pelo Instituto Europeu de Florença: direito privado, direito das obrigações e dos contratos. Prof. da Escola de Direito da Universidade do Minho.

**Nuria Bellosso Martín**

Dra. em Direito pela Universidade de Valladolid. Prof. Titular de Filosofia do Direito na Universidade de Burgos (Espanha). Coord. do Programa de Doutorado em Direito Público. Repres. do Dpto. de Direito na Comissão de Doutorado. Dirigente do Curso de Pós-graduação "Especialista Universitário em Mediação Familiar" na Universidade de Burgos.

**Octavio Augusto Simon de Souza**

Me. no Alabama, EUA. Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul.

**Oksandro Osdival Gonçalves**

Dr. em Direito Comercial – Direito das Relações Sociais. Me. em Direito Econômico. Prof. Universitário.

**Osmar Ponchirolli**

Dr. e Me. em Engenharia de Produção. Esp. em Didática do Ensino Superior. Graduado em Filosofia. Bel. em Teologia. Prof. Universitário.

**Pablo Galain Palermo**

Dr. em Direito pela Universidade de Salamanca – Espanha: Direito penal, Direito processual penal e Criminologia.

**Paolo Cappellini**

Prof. Catedrático de História do Direito Medieval e Moderno. Coord. do Programa de Doutorado em Teoria e História do Direito. Diretor da Faculdade de Direito Università degli Studi di Firenze – Itália.

**Paula Távora**

Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Direito privado. M.<sup>a</sup> Prof.<sup>a</sup> da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**Paulo Ferreira da Cunha**

Dr. em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Dr. em Direito pela Universidade de Paris II. Prof. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

**Paulo Gomes Pimentel Júnior**

Doutorando da Universidade de Salamanca – Espanha. Me. e graduado em Direito. Esp. em Direito e Cidadania. Pós-graduado em Jurisdição Constitucional e Processos Constitucionais.

**Paulo Mota Pinto**

Dr. em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Prof. da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Deputado da Assembleia da República Portuguesa.

**Paulo Nalin**

Dr. em Direito das Relações Sociais. Pesquisa em nível de Doutorado na Università degli Studi di Camerino. Me. em Direito Privado. Prof. Universitário.

**Paulo Ricardo Opuszka**

Dr. em Direito. Me. em Direito, na área de Direito Cooperativo e Cidadania. Bel. em Direito. Prof. Universitário.

**Pedro Costa Gonçalves**

Dr. em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Prof. Universitário da mesma instituição.

**Rafael Rodrigo Mueller**

Dr. e Me. em Educação. Graduado em Administração de Empresas. Prof. do Programa de Mestrado Interdisciplinar em Organizações e Desenvolvimento.

**Rainer Czajkowski**

Me. e graduado em Direito. Pró-Reitor Acadêmico e Prof. Universitário.

**Renata Ceschin Melfi de Macedo**

M.<sup>a</sup> e Graduada em Direito. Prof.<sup>a</sup> Universitária Lic.

**Ricardo Tinoco de Góes**

Doutorando em Filosofia do Direito. Me. em Direito. Prof. Universitário.

**Rivail Carvalho Rolim**

Pós-Dr. na Universidade de Barcelona em Sociologia Jurídica e Criminologia. Dr. em História. Prof. Universitário.

**Roberto Catalano Botelho Ferraz**

Dr. em Direito Econômico e Financeiro. Me. em Direito Público. Prof. Universitário.

**Roland Hasson**

Dr., Me. e graduado em Direito. Prof. Universitário.

**Ronaldo João Roth**

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo. Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Prof. Universitário.

**Rui Bittencourt**

Me. em Direito. Advogado. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil e Constituição. Prof. Universitário.

**Sady Ivo Pezzi Júnior**

Me. em Educação e Trabalho pela UFPR. Pós-graduado em Gestão da Qualidade pelo Instituto de Tecnologia do Paraná. Pós-graduado em Marketing. Prof. e Coord. do Curso de Administração.

**Salvador Antonio Mireles Sandoval**

Pós-Dr. pelo Center for the Study of Social Change, New School for Social Research. Dr. e Me. em Ciência Política pela University of Michigan. Me. em Ciência Política pela University of Texas – El Paso. Graduado em Latin American Studies pela University of Texas – El Paso. Prof. Universitário. Prof. Assistente. Pesquisador convidado no David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University como J. P. Lemann Visiting Scholar.

**Samuel Rodrigues Barbosa**

Dr. em Teoria do Direito. Me. em Ciências da Religião. Graduado em Direito. Prof. Universitário.

**Saulo Tarso Rodrigues**

Pós-Dr. em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Uppsala University – Suécia. Dr. em Sociologia do Estado e do Direito na disciplina de Direitos Humanos pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Me. em Direito do Estado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Prof. Universitário e Pesquisador.

**Sergio Said Staut Jr.**

Dr. em Direito. Prof. Universitário.

**Silma Mendes Berti**

Dra. e M.<sup>a</sup> Graduada em Direito. Prof.<sup>a</sup> Universitária. Juíza Auditora do Tribunal Eclesiástico da Arquidiocese.

**Silvia Hunold Lara**

Dra. em História Social. Graduada em História. Prof.<sup>a</sup> Universitária.

**Tercio Sampaio Ferraz Jr.**

Dr. em Direito. Dr. em Filosofia pela Johannes Gutenberg Universität de Mainz. Graduado em Filosofia, Letras e Ciências Humanas, e em Ciências Jurídicas e Sociais. Prof. Universitário.

**Thiago Rodrigues Pereira**

Pós-Dr. em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Dr. e Me. em Direito pela UNESA/RJ. Prof. adjunto da UERJ e do PPGD da UCP. Coord. adjunto do PPGD da UCP. Advogado e Consultor Jurídico.

**Valdir Fernandes**

Pós-Dr. em Saúde Ambiental. Dr. em Engenharia Ambiental. Me. em Engenharia Ambiental. Graduado em Ciências Sociais. Academic Partner do projeto Advancing Sustainability da Alcoa Foundation.

**Vanessa Hernandez Caporlingua**

Dra. e M.<sup>a</sup> em Educação Ambiental. Graduada em Direito. Prof.<sup>a</sup> e pesquisadora em cursos de graduação e no Programa de Pós-graduação em Educação Ambiental.

**Vicente Brasil Jr.**

Me. e Esp. em Direito. Juiz do Tribunal Administrativo Tributário do RS (TARF). Advogado e Consultor Fiscal. Perito e Auditor Tributário. Professor Universitário.

**Vittorio Olgiati**

Dr. em Sociologia do Direito. Prof. Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macestrata – Itália.

**Vladimir Passos de Freitas**

Dr., Me. e Lic. em Direito. Prof. Universitário de graduação e de pós-graduação.

**Vladmir Oliveira da Silveira**

Pós-Dr., Dr. e Me. em Direito. Graduado em Direito e em Relações Internacionais. Prof. Universitário.

**Wladimir Brito**

Dr. em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Direito público. Prof. da Escola de Direito da Universidade do Minho.

**Willis Santiago Guerra Filho**

Pós-Dr. em Filosofia. Dr. em Ciência do Direito pela Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld. Me. e graduado em Direito. LD. em Filosofia do Direito. Prof. Universitário.

**Wilson Alberto Zappa Hoog**

Me. em Ciência Jurídica. Perito Contador Auditor. Prof. Doutrinador de Perícia contábil, Direito contábil e de Empresas em cursos de pós-graduação.

**Wilson Furtado Roberto**

Me. e Esp. em Ciências Jurídico-internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Bel. em Direito.



Esta obra foi impressa em oficinas próprias,  
utilizando moderno sistema de impressão digital.  
Ela é fruto do trabalho das seguintes pessoas:

**Editoração:**

Elisabeth Padilha  
Uyhara Z. Amora

**Índices:**

Emilio Sabatovski  
Iara P. Fontoura  
Tania Saiki

**Impressão:**

Lucas Fontoura  
Marcelo Schwb  
Marlisson Cardoso

**Acabamento:**

Afonso P. T. Neto  
Anderson A. Marques  
Carlos A. P. Teixeira  
Lucia H. Rodrigues  
Maria José V. Rocha  
Marilene de O. Guimarães  
Nádia Sabatovski  
Rosinilda G. Machado  
Terezinha F. Oliveira  
Vanuza Maciel dos Santos

“A justiça é o direito do mais fraco.”

**Joseph Joubert**

0011770

O presente volume discute **“Teorias Contemporâneas do Direito: O Direito e as Incertezas Normativas”**, a partir de uma perspectiva interdisciplinar e pluralista sobre o direito na sociedade contemporânea.

A presente obra é o resultado de um simpósio internacional com a participação de autores brasileiros e alemães para discutir o tema. Além de trabalhos atuais e inéditos de autores consagrados no Brasil e no exterior, reunimos ensaios de jovens professores e pesquisadores.

Os colaboradores trabalharam com dois grandes eixos para o tratamento da relação entre direito e incerteza normativa. O primeiro eixo está relacionado à coerência formal do direito e a discussões relativas à dogmática jurídica, a teorias da norma jurídica e do direito como um sistema autônomo, harmônico e unificado para solucionar conflitos e absorver as incertezas da sociedade contemporânea. Inseridas neste debate estão teorias contemporâneas sobre os fundamentos epistemológicos da normatividade jurídica, a racionalidade da decisão jurídica e a conceituação política do fenômeno jurídico a partir da ideia de soberania estatal. O segundo grande eixo, por sua vez, tem como partida a crise existencial do direito contemporâneo desde a desintegração da unidade entre o Estado e a Igreja, que encerrou um modelo de teologia política em que o controle social fundava-se em valores religiosos e iniciou um período de busca pluralista por novos valores fundacionais do Estado democrático de direito.

Inseridas neste debate estão discussões sobre o conteúdo do fenômeno jurídico, sua gramática moral, sua lógica argumentativa, sua estética contingente, seu flerte com comportamentalismos metanormativos e com tecnologias cibernéticas. A perda da certeza fundacional da ordem jurídica impõe a reflexão sobre as incertezas normativas.



UTILIZE O LEITOR DE QR CODE DO SEU CELULAR E CONHEÇA NOSSOS OUTROS TÍTULOS.