

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

MÁRIO JOSÉ MARTINS DA SILVA MATEIRO

**O DIREITO (AUTO)NOMOPOIÉTICO
NA SOCIEDADE COSMOPOLITA DE RISCO**

São Leopoldo

2009

MÁRIO JOSÉ MARTINS DA SILVA MATEIRO

**O DIREITO (AUTO)NOMOPOIÉTICO
NA SOCIEDADE COSMOPOLITA DE RISCO**

**Tese apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Área de Ciências
Jurídicas da Universidade do Vale dos
Sinos, para obtenção do título de Doutor em
Direito.**

Orientador: Prof. Doutor Vicente de Paulo Barretto

São Leopoldo, maio de 2009

Ficha catalográfica

M425d Mateiro, Mário José Martins da Silva
O direito (auto)nomopoiético na sociedade cosmopolita de
risco / por Mário José Martins da Silva Mateiro. – 2009.
237 f.

Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

“Orientação: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, Centro de
Ciências Jurídicas.”

1. Direito – Sistema jurídico- Comunicações sociais. 2. Sistema
jurídico – Comportamento sistêmico- Riscos. 3. Sistema social
autopoiético. I. Título.

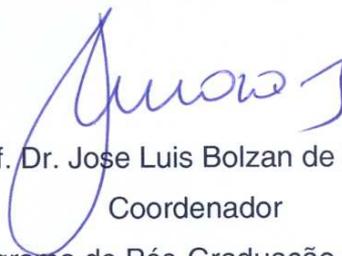
CDU 340

Catlogação na Publicação: Bibliotecária Carla Inês Costa dos Santos- CRB10/973

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “**O Direito Autonomopoiético na Sociedade Cosmopolita de Risco**”, elaborada pelo aluno **Mário José Martins da Silva Mateiro**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 04 de junho de 2009.



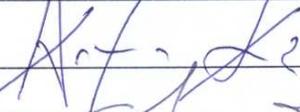
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

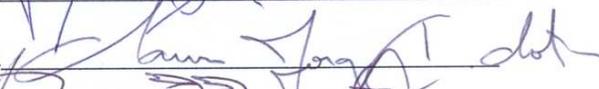
Presidente: Dr. Vicente de Paulo Barretto



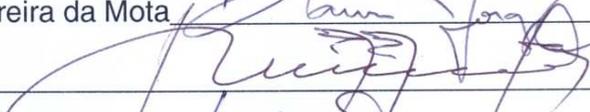
Membro: Dr. Artur Stamford da Silva



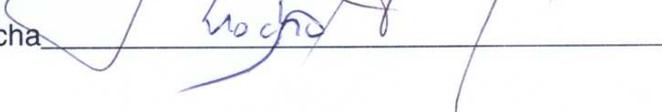
Membro: Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota



Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



Membro: Dr. Leonel Severo Rocha



Resumo

O Direito é referido como um sistema social autopoietico de autorreprodução de comunicações. As comunicações sociais são os elementos básicos do sistema. O sistema jurídico é, então, definido pelas comunicações de sentido jurídico, sentido esse que somente o próprio sistema jurídico pode dar-lhes. Assim, o que diferencia o Direito como sistema do seu ambiente é o sentido próprio com que são impregnadas as comunicações sociais.

Qual é, contudo, o *modus* de ver o sentido que tem o sentido jurídico? Como diferencial que permite ver o *modus* do sentido jurídico optou-se pela responsabilidade. A razão de ser desta opção está no fato de que o homem é um ser responsável. Responder significa etimologicamente *ponderar a coisa* (*res+pondere*). Coisa é palavra polissêmica que significa também comportamento. Então, responsabilidade seria a medida dos comportamentos humanos. Por outras palavras, o homem é um ser capaz de comparar o seu comportamento e o dos outros com um determinado comportamento aceito como padrão. Dessa comparação surge a consequência.

O sentido do Direito está precisamente na medida da responsabilidade, na medida em que está apto a imputar uma consequência “medida” a cada comportamento.

Ora, há comunicações que tendem à repetição e à redundância e que, por essa repetição ou redundância, sedimentam-se socialmente pela simples aceitação delas. Para o sociólogo essa sedimentação por redundância é um fato observável. Mas para o jurista, inserto no sistema jurídico, essas sedimentações são normas, porque comunicações de sentido jurídico às quais se imputa uma certa “medida de responsabilidade”. O sistema autopoietico que se cria e recria a si mesmo, é, então, um sistema *autonomopoiético* visto pelo jurista em que a responsabilidde aparece exatamente como um conjunto de deveres não necessariamente opostos a direitos subjetivos, mas também existentes no próprio conteúdo de cada direito (*função social dos direitos patrimoniais*).

A medida mencionada – a da responsabilidade – é sempre uma decisão, até por que o Direito é descoberta/justificação/decisão indissociáveis. Ora, a decisão é sempre contingente, porque poderia ser outra. A prudência romana ilustra bem que todo o problema jurídico tem mais de uma solução possível, sendo a prudência a capacidade de escolher a mais apropriada. A decisão é, então, contingente, como o é qualquer comunicação.

Por esse caminho, verifica-se que o sentido jurídico é dado pela justificação normativa (não há norma sem justificação). Ora, a justificação é também contingente na medida em que é uma reconstrução do passado no presente com aplicação futura. Ou seja, comporta o risco de poder ser outra.

Uma das características da sociedade atual é precisamente a de ser uma sociedade de riscos sempre presentes em qualquer decisão, jurídica ou

ajurídica. Esses riscos são aumentados na medida em que essa sociedade é também uma sociedade cosmopolita, ou seja, uma sociedade de comunicações advindas de pessoas de culturas diversas. É o multiculturalismo a característica predominante da sociedade cosmopolita.

Ora, os riscos sociais são elementos de irritação do sistema jurídico, especialmente no que concerne à responsabilidade, Como o Direito operacionaliza essas “irritações” advindas do seu entorno, e, muitas, vezes, advindas do sistema “parasitário” da Política? Qualquer resposta, como decisão à pergunta, comporta o risco de poder ser outra. Não se trata, contudo, de uma adivinhação, mas da avaliação evolutiva do sistema jurídico que não comporta, na verdade, “cortes” revolucionários.

Portanto, se a metodologia desta pesquisa constitui-se em um “pensar antes”, há agora um “pensar sobre”, ou seja, filosofia. E o pensar sobre é o pensar sobre o que está aí e projetar possibilidades, contingências, e qualquer projeto comporta riscos e qualquer decisão comporta riscos. Esta posição justifica-se, ainda, porque o Direito não busca a verdade ou não busca verdades: o Direito busca o convencimento, ou seja, a compreensão mútua, ou seja, a comunicação. Comunicar é tornar comum, e torna-se comum o jurídico pelo convencimento.

Assim, para o jurista as comunicações no sistema jurídico são normativas, sejam as normas genéricas, sejam as normas individuais (sentenças) como decisões contingentes.

A contextura com que Luhmann trabalha é a do código “*Recht/Unrecht*” que estabelece, então, a diferença específica com os demais sistemas. O observar, contudo, requer (imprescindivelmente) distinguir e designar, o que, desde logo, implica que observar depende da distinção que se usa. Aí, se introduz o código *demne/indemne* necessário para visualizar a responsabilidade e o seu comportamento *atual* (passado trazido para o agora) no sistema de modo a projetar o *potencial* (o futuro “trazido” para o agora). Trata-se, pois, de “requisitar” as comunicações existentes, as sedimentadas e as não-ainda-sedimentadas, para, com elas, se *tentar pré-ver* as (potenciais) sedimentações das comunicações-decisões contingentes.

Esse *tentar pré-ver* é um exercício de risco decorrente exatamente da “qualidade” da (dupla) contingência que impregna todas as operações do sistema jurídico. Se, *no presente*, o Direito é imprevisível na construção normativo-justificativo-decisória, no futuro, o Direito é *mais imprevisível*. As probabilidades de que “possa ser outro” aumentam exponencialmente, tanto mais que o comportamento sistêmico (social e jurídico) sempre oscila entre a *redundância* e a *variedade*, ora trazendo o passado sedimentado, ora (re)construindo um presente “esquecido” do passado. De qualquer modo, trazendo um passado que “poderia ser outro” ou (re)construindo um presente que poderia ser outro.

No entanto, sabendo-se que o sistema jurídico não é revolucionário, mas evolucionário com a sua historicidade/facticidade, pode *arriscar-se* um *continuum* contingencial que “podendo ser outro”, ainda assim seria traço do *continuum* certo de que somente o Direito pode dizer o que é Direito.

Nesse *continuum*, se projeta a *responsabilidade fluida*, de deveres *fluidos*, discutindo-se a (teoria da) causalidade que liga um agente a um prejuízo para construir uma resposta jurídica (possível) de responsabilização de cúpulas que não são diretamente as causadoras (responsáveis) de danos, mas que, por pertencer a um grupo social, ou político, ou de mercado, grupo esse inicialmente indefinido, mas que vai responder pela necessidade estrutural do Direito de que qualquer dano, por decisão que contém risco, deve ser indenizado.

Palavras-chave: Autopoiese; contingência; direito; nomopoiese; risco; sistema; sociedade.

Abstract

Law is referred to as an autopoietic social system of communications self-reproduction. The social communications are the system's basic elements. The legal system, therefore, is defined by the communications of legal sense, which sense only the legal system itself can provide. Therefore, what distinguishes the Law as a system from its environment is the own sense with which the social communications are impregnated.

However, which is the *modus* to see the sense of the legal sense? The responsibility was chosen as a differential that allows seeing the *modus* of the legal sense. The reason for such option is the fact that the man is a responsible being. To respond etymologically means *to weight the thing (res+pondere)*. Thing is a polysemic word that also means behavior. Thus, responsibility would be the measure of the human behaviors. In other words, the man is a being capable of comparing its behavior and that of the others with a certain behavior accepted as a standard. The consequence arises from such comparison.

The sense of the Law is precisely in the measure of the responsibility, in the measure in which it is able to impute a "measured" consequence for each behavior.

Well, there are communications that tend to be repeated and to be redundant and that, for such repetition or redundancy, are socially sedimented by their simple acceptance. For the sociologist, such sedimentation by redundancy is an observable fact. But for the jurist, inside the legal system, these sedimentations are standards, since they are communications of legal sense, to which a certain "measure of responsibility" is imputed. The autopoietic system that is created and re-creates itself is, therefore, an *autopoietic* system from the jurist's point of view, in which the responsibility appears exactly as a set of duties not necessarily opposite to subjective rights, but also existing in the contents of each right (*social function of the property rights*).

Said measure - that of responsibility - is always a decision, even because the Law is inseparable discovery/ justification/ decision. Well, the decision is always contingent because it could be another one. The Roman prudence illustrates well that the whole legal problem has more than one possible solution, prudence being the capacity to choose the most proper one. Therefore, the decision is contingent as any communication.

For such reason, it can be verified that the legal sense is given by the normative justification (there is no norm without justification). Well, justification is also contingent in the measure as it is a rebuilding of the past in the present with future application. That is, it holds the risk of being another one.

One of the characteristics of the current society is precisely that of being a society of risks always present in any decision, legal or non-legal. These risks are increased in the measure as such society is also a cosmopolitan society, that is, a society of communications coming from people of different cultures. The multiculturalism is the prevailing feature of the cosmopolitan society.

Well, the social risks are elements of annoyance of the legal system, especially concerning the responsibility. How the Law operationalizes this "annoyance" arising from its surroundings and many times arising from the "parasitary" system of the politics? Any answer, as decision to the question, has the risk of being another one. However, it is not guessing, but the evolutionary assessment of the legal system that does not admit, actually, revolutionary "cuts".

Therefore, if the methodology of this survey is about "thinking before", now there is a "thinking about", that is, philosophy. And the thinking about is to think about what is there and to project possibilities, contingencies and any project bears risks and any decision bears risks. This position is also justified because the Law does not search for the truth or does not search truths: Law searches for convincement, that is, mutual understanding, that is, the communication. To communicate is to make common and the legal is made common by the convincement.

Therefore, for the jurist, the communications in the legal system are normative, either the generic norms or the individual norms (awards) as contingent decisions.

The context in which Luhmann works is that of the "Recht/Unrecht" code, which then establishes the specific difference with the other systems. The watching, however, requires (essentially) distinguishing and designating, which, from the beginning, implies that observing depends on the used distinction. Therefore, the *demne/indemne* code necessary to see the responsibility and its *current* behavior (past brought to the current) in the system in order to project the *potential* (the future "brought" to the current). Thus, it means to "request" the existing communications, the sedimented ones and the not yet sedimented ones to, with them, *try to see before* the (potential) sedimentations of the contingent communications-decisions.

This *try to see before* is a risk exercise arising exactly from the "quality" of the (double) contingency that impregnates all operations of the legal system. If, *currently*, the Law is unforeseeable in the normative-justificative-decisory construction, in the future, the Law is *more unforeseeable*. The possibilities that "it can be other" are exponentially increased, even taking into consideration that the systemic behavior (social and legal) always oscillates between the *redundancy* and the *variety*, sometimes bringing the sedimented past, sometimes (re)building a present "forgotten" from the past. Anyway, bringing a past that "could be another one" or (re)building a present that could be another one.

However, aware that the legal system is not revolutionary but evolutionary with its historicity/facticity, it can be *risk* a contingent *continuum* that "being possible to be another one", would still be a sign of the right *continuum* that only the Law can say what is Law.

In such *continuum* the *fluid responsibility*, of *fluid* duties, is projected by discussing the causality (theory) that binds an agent to a loss in order to build a legal response (possible) of assigning of responsibility to summits, which are not directly the parties that cause (responsible for) damages but that, by belonging to a social or political or market group, which group is initially indefinite, but that will be responsible for the structural need of the Law that any damage, by decision that contains a risk, shall be indemnified.

Keywords: autopoiesis; contingency, law; nomopoiesis, risk, system, society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO I	
DOS CONCEITOS AO MARCO TEÓRICO	
1 Em busca do conceito de sistema	11
1.1 A vontade e a idéia de sistema	12
1.2 A estrutura e a função do sistema	16
1.3 O conceito de sistema	18
2 Descrição dos sistemas sociais	20
2.1 Reflexividade e complexidades sistêmicas	21
2.2 Reflexividade e autorreferência	25
2.3 Limites sistêmicos	27
2.3.1 A estrutura e a organização do sistema jurídico	29
3 O sistema autopoietico jurídico	32
3.1 A idéia de sistema jurídico	32
3.1.1 A função do sistema jurídico	36
3.2 As operações do sistema jurídico	40
3.2.1 O sistema autopoietico	44
3.2.2 O código e o programa sistêmicos	45
3.2.3 A teleonomia sistêmico-jurídica	48
4 Entre comunicação e hermenêutica	56
4.1 Sentido e homotetia	56
4.1.1 Interpretação, argumentação e comunicação	60
4.2 Sentido, compreensão e norma	63
4.2.1 Hermenêutica na companhia de Hermes	70
4.3 Uma preliminar visita à norma jurídica	75
4.4 O conceito de sistema jurídico autopoietico	80

CAPÍTULO II DAS FONTES ÀS NORMAS

1 O Direito como dimensão da normatividade	83
1.1 Fundamento do Direito	84
1.2 A responsabilidade no sistema	88
1.3 Direito, discurso e sistema	93
1.3.1 O Direito como espaço de fluminidade	94
1.3.2 As Fontes do Direito como instâncias de cognoscibilidade	97
1.3.3 As Fontes do Direito como pontos de partida	102
1.4 O Direito como fonte de si mesmo	108
2 O Direito como instância de discursividade	112
2.1 A sentença como espaço de discursividade	114
2.1.1 Heurística, erística e crítica	116
2.1.2 O discurso de convencimento	120
2.2 A sentença como momento de decibilidade	122
2.2.1 O princípio da inércia e a jurisprudência	127
2.2.2 A escolha sincronicamente adequada	130
3 O Direito como espaço sistêmico	134
3.1 O Direito como um <i>organismo</i>	135
3.2 Discurso, sentença e decisão	139
3.2.1 A sentença como instância de intelegibilidade	139
3.2.1.1 Cognoscibilidade e inteligibilidade	141
3.2.1.2 O contexto de descoberta e o de justificação	143
3.2.1.3 Episteme versus phronesis e ratio speculativa versus ratio practica	149
4 O Direito observado no sistema social	153
4.1 Discurso normativo	156
4.2 O sistema jurídico nomopoiético	159

CAPÍTULO III O DIREITO NA SOCIEDADE DE RISCO

1 Em busca de um conceito de sociedade de risco	165
1.1 Á volta do conceito de segurança	166
1.2 Risco e perigo: distinção	168
1.3 Risco e/ou futuro e medo	172
1.4 Conceito de sociedade de risco	174
1.4.1 A sociedade cosmopolita de risco	175
2 Dupla contingência, norma e risco	179
2.1 Evitabilidade e responsabilidade	181
2.2 O julgamento pelas conseqüências	184

3 O risco no Direito e o Direito do risco	186
3.1 A metáfora do décimo-segundo camelo na sociedade de risco	187
3.2 O camelo da inflação corrigida	191
3.3 A “virtualidade” do camelo	194
3.4 O Direito do risco	196
3.4.1 O sistema visto através da responsabilidade	198
3.4.2 A responsabilidade <i>difusa</i>	201
3.4.3 Extensão da função social aos deveres	205
3.4.4 Responsabilidade <i>difusa, homem discursivo</i> e sociedade <i>pós- humana</i>	210
3.5 O Direito (im)previsível	215
CONCLUSÃO	218
BIBLIOGRAFIA	231

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito não prescinde do estudo da Sociologia e o mesmo se diga quanto ao estudo da Sociedade que não pode prescindir do estudo do Direito. Essas duas realidades se imbricam. O Direito existe *na* Sociedade, somente *com* Sociedade. E não existe Sociedade sem Direito. Por isso, a Sociologia observa o Direito e o Direito, com a Sociologia, observa-se a si mesmo.

Sociedade e Direito são dois sistemas reais, ambos complexos, inseridos mutuamente. A sua observação, ou o seu estudo, requer, portanto, critérios de diferenciação que possam distinguir, cognitivamente e noeticamente, um e outro. Critérios de diferenciação são critérios de *distinção* e de *designação*, ou seja, são meios de reduzir a complexidade.

O presente estudo toma como marco a *teoria dos sistemas autopoieticos*, especialmente a teoria desenvolvida por Niklas Luhmann. Os trabalhos de Luhmann servem, assim, de pano de fundo ao desenvolvimento deste estudo como um campo delimitado, não como uma *cópia*. Isso significa que não é a obra de Luhmann, na sua totalidade (o que até seria impossível dada a sua magnitude) que forma o marco teórico, mas, sim, que é ou são o(s) fundamento(s) teórico(s) da sua obra que vão dirigir a exposição como dirigiram a pesquisa (bibliográfica). Assim, porque Niklas Luhmann é um sociólogo, ou um sociólogo-jurídico, ele entende o Direito como uma variável

dependente da sociedade. Mantém-se, então, esse pressuposto, mas procurar-se-á a interpretação do(s) seu(s) fundamento(s) para que a tradicional *Teoria do Direito* se incorpore ou se integre coerentemente à perspectiva interna do sistema jurídico, como o próprio Luhmann (2002, p. 64-65 e 77) diz, ou seja, pelo primado distintivo da norma jurídica.

Constrói-se, então, um discurso *normativo* dentro do marco luhmanniano de discurso descritivo, querendo-se significar com esse adjetivo “normativo” não um caráter prescritivo do discurso, mas, sim, um discurso centrado na validade da gênese e do desenvolvimento das normas jurídicas como comunicações sistêmicas específicas do Direito. Não interessa, neste trabalho, tanto o discurso descritivo quanto interessa o discurso normativo. É sobre este que se deita o foco. O discurso descritivo é campo de expressão da *Sociologia Jurídica*, enquanto o discurso normativo é a expressão mesma do sistema jurídico enquanto comunicação-decisão. Trata-se aqui, portanto, de construir um discurso crítico-normativo que atenda a variedade e complexidade do discurso normativo do Direito, tendo como paisagem (ou como horizonte) a teoria luhmanniana. Paisagem essa (ou horizonte esse) sobre o qual se funde a paisagem ou o horizonte de conhecimentos – a bagagem ideológico-doutrinária, teórica e prática, e os fundamentos culturais – do pesquisador.

O discurso crítico-normativo que se procura construir sobre o discurso normativo existente (ou vigente) não dispensa ainda uma outra visão de Sociedade, qual seja, a *sociedade do risco*, também observada por Luhmann. Por essa visão diferenciada, toda a decisão no meio social comporta um *risco*. Ora, o Direito *no* meio social, como comunicação-decisão específica, comporta também *riscos*.

Como o sistema jurídico autopoiético *pode* reagir a esses riscos, aos próprios (internos) e aos sociais (externos)?

O fio condutor da pesquisa, que levou a responder ao problema proposto, expressa-se pelo processo sistêmico de auto-organização que transmuda os estímulos do caos social (ambiente) na ordem jurídica (*nomopoiese*). Por outras palavras, o fio condutor sobre o pano de fundo é a busca das respostas novas

exigidas pela complexidade crescente da Sociedade envolvente, respostas essas colocadas não em espécie, mas em regras operacionais genéricas e contingentes (diretrizes, critérios de aferição) sobre as regras contingentes que o sistema jurídico mantém como elementos complexos da sua própria estrutura.

Ora, tratando-se como se trata de sistemas complexos, há que reduzir essas complexidades para que possam ser observados, descritos, estudados. Assim, em uma topologia interna do sistema jurídico, foca-se a redução da complexidade em um subsistema do Direito que é o da *responsabilidade*. Ainda aqui se *obedece* à teoria luhmanniana, para abstrair (separar sem retirar) aquilo que a Teoria do Direito chamaria um instituto, qual seja, o da responsabilidade. O tratamento, contudo, que se dá a esse instituto não prescinde da constatação da sua verificação na Sociedade como entorno do sistema jurídico, até porque não se poderia referir, luhmannianamente, um sem o outro, o sistema sem o entorno.

Chega-se, então, a enlaces ou entrelaçamentos luhmannianos, tais como: *teoria dos sistemas/Teoria do Direito; sistema/discurso; fatos/normas; aceitação/justificação; sociedade de perigos/sociedade de risco; risco/responsabilidade*. Esses entrelaçamentos são desdobrados, cada um dos membros, com a ajuda da técnica dialógica (do entender, do convencer, do fundamentar e do decidir), em afirmações ou assertivas que, opostas, denotam o método dialético empregado. São, assim, opostas teses e antíteses, não como a negação umas das outras, mas como caminhos divergentes ou lugares diferentes para observação do mesmo objeto, caminhos ou lugares aptos a alcançar e mostrar uma *síntese*: a resposta buscada. Ou, ainda, usando a terminologia da teoria dos sistemas, pensa-se prioritariamente em operações colocando as estruturas em segundo lugar, conquanto, no sistema, as operações sejam estruturais e as estruturas sejam operacionais.

O método dialético, contudo, não se mostra suficiente quando as informações se tornam comunicações. Aí, se lança mão da *Hermenêutica Filosófica*, na medida em que, "partindo o primeiro [o método] da oposição, e o

segundo [a hermenêutica], da mediação, constituem momentos necessários na produção de racionalidade e desta maneira operam indissociavelmente como elementos de uma unidade...", como nos diz Streck (1999, p. 236), unidade no resultado, unidade na resposta. Afinal, é a hermenêutica a "produtora" de sentido.

Com os dois métodos, o dialético e o hermenêutico, com o marco teórico luhmanniano e o fio condutor da busca de resposta(s), frente ao sistema jurídico como realidade que é, incorpora-se o *Direito na Sociedade de Risco*.

No primeiro capítulo, trata-se de alinhar diversos conceitos, desde o conceito de sistema até o de sistema jurídico autopoiético, passando pelos necessários conceitos integrantes que denominam fatos observáveis na sociedade e passando por algumas distinções que a *Teoria do Direito* distingue e que levam, também, a conceitos, entre os quais o de responsabilidade, que assim aparece como fundamento jurídico. Com isso, se fixa objeto, forma e marco teórico; com isso, se dá sentido e significado na tentativa de obter um prévio consenso semântico sobre o (con)texto.

No caminho dialético cujos passos foram precedidos pelas definições e pelas distinções, vem o segundo capítulo que dá especial atenção à norma jurídica, certo seja, embora, de que o sistema jurídico não se esgota nas normas.

A norma jurídica, de feição *Se A então B*, é não somente tomada como um resultado interpretativo, mas também como o juízo noético-judicativo-decisório, quer de âmbito geral, quer do âmbito individual como é o da sentença jurisdicional. Esta é analisada, decomposta, especialmente no seu contexto de justificação, como paradigma do pensamento judicativamente aplicado.

Esse contexto requer uma digressão pelo problema das *fontes do Direito* que, embora os seus vários aspectos referidos, são tomadas como *protasis*, como pontos de partida, topologicamente externos ao sistema jurídico. E, com o pano de fundo ou marco da teoria dos sistemas autopoiéticos, com o(s) fundamento(s) da obra de Luhmann, vêem-se as fontes como *irritações* ou *estímulos* do sistema que somente se tornam Direito se o Direito as

coerentemente operacionalizar, ou seja, as impregnar *do* sentido jurídico que no entorno do sistema elas não possuem.

Aí se constrói a idéia do fato sociológico condicional - *norma como fato* - que é também uma proposição de convencimento - *norma jurídica* -, na medida em que não se separa a norma da sua justificação. Ora, *jus-tificação* significa etimologicamente fazer ou tornar Direito (*ius*), o que somente o Direito pode fazer pelas suas operações sistemicamente clausuradas. É, portanto, a justificação que diz ser *Direito ou não-Direito*, ou seja, a justificação é a operacionalização do código luhmanniano *Recht/Unrecht*. A justificação é um discurso visto este como um conjunto de comunicações de sentido internas do sistema jurídico. Então, o sistema autopoietico do Direito é distinguível, aparece ou expressa-se - no (macro)sistema social e por tal pode ser diferenciado - por um discurso de convencimento que, obviamente, inclui o não-convencimento, como a persuasão inclui a dissuasão, discurso esse que, pelo sociólogo, somente requer aceitação/recusa.

Chega-se, então, ao terceiro capítulo que, partindo dos conhecimentos anteriormente fixados, pretende visualizar o Direito na Sociedade de Risco. De novo, há necessidade de fixar conceitos e, portanto, distinções, para se chegar à noção de sociedade de risco. Perpassam-se os diagnósticos e as perspectivas de vários autores, com ênfase em Niklas Luhmann; perpassam-se classificações diversas em volta das sociedades atuais; perpassam-se *perigos* e *riscos*. E, então, há que avocar, aí, a responsabilidade, que apareceu como fundamento no primeiro capítulo, para lhe dar uma feição *nova* ou uma feição diferente através de um parcial e contingente discurso normativo de convencimento.

Pode dizer-se, embora com grande dose de imperfeição, que o nível do (texto do) primeiro capítulo é *cognitivo*; o do (texto do) segundo é noético-sistêmico; e o do (texto do) terceiro é operacional-aplicativo-decisório, ao mesmo tempo em que, inexoravelmente, *o* conhecer, *o* interpretar e *o* aplicar são um mesmo e constante momento em todo o trajeto. Isso aceito, ter-se-ia a expressão da aplicação concreta do pensamento sistêmico e *o exemplo objetivo* da

interpenetração (interna) sistêmica, mas também uma expressão da autorreferenciabilidade e da circularidade (e do círculo hermenêutico) do sistema jurídico agora operado em *alter* – ou em *ego* – na forma de comunicação discursiva (de sentido) prático-argumentativa que, sabe-se, também opera o dissenso.

A “navegação” pelos três níveis carrega a idéia de elaborar, com os riscos que daí advêm, uma forma de “acoplamento” operacional-estrutural do “sistema” teórico com a teoria de reflexão dos sistemas funcionais, através de limitações diferenciais ou de diferenciações limitativas da variedade e da diversidade das teorias, porque se tem sempre presente que a(s) teoria(s) do Direito decompõem o todo em partes, enquanto o roteiro previamente posto a esse *navegar que é preciso* instaura um contínuo trajeto noético na clausura operacional (autopoiética) do Direito.

Passa-se ao largo da análise e da aplicação das teorias da argumentação jurídica (Alexis, Perelman, MacCormick, entre outros, eventualmente citados), sendo que esse passar ao largo (figura “aquática” como a das fontes) somente vê a costa no sentido de uma referente revisão bibliográfica que, aliás, perpassa em todo o desenvolvimento e que justifica também a profusão de notas de rodapé pelo necessário suporte de argumentos de autoridade. Não é primordialmente interessante, nem serve à dialética do desenvolvimento, o fenômeno empírico-linguístico, bastante que é a constatação de uma estrutura seletivo-redutiva que, *sobre a e dentro da* complexidade da sociedade, *autonomiza* noeticamente o sistema jurídico e o conforta nas suas operações teleonomicamente fechadas. Ora, são essas operações teleonomicamente clausuradas que atuam (modificando, consolidando, excluindo, por variedade e por redundância) na estrutura sistêmica, mediante (*meios*) as normas como hipóteses contingentes e no cumprimento funcional de *autoditar* o que *é* Direito e o que *não é* Direito para a sedimentação contingente de comunicações normativas.

Passa-se ao largo da(s) admissível(eis) dimensão(ões) axiológica(s) do Direito, não somente porque os valores são, a mais das vezes, conflitantes entre

si, comportando-se como “regras de colisão”, conquanto nem sempre sejam excludentes entre si, além de serem demasiado abstratos e indefinidos (como diz Luhmann), mas também porque alguns valores, entre os quais o da *Justiça*, podem ser considerados, metaforicamente, apenas como líquidos amnióticos em que o sistema vive (e vige) no tempo *presente* tão contingente (poderia ser outro) e momentâneo quanto é o transitar passado/presente e o presente/futuro. Admite-se, por simples concessão ou liberdade teórica, que o Direito é um sistema diketrópico que caminha (mancolitando, às vezes) *para* a *Justiça*, como a hipérbole se *quer* aproximar das ordenadas sem o conseguir, como o girassol *segue* a luz solar sem a atingir.

Passa-se ao largo, mas com terra à vista porque “ética significa refletir, deliberar” (Barreto, 2006, p 265), das condições de validade e de adequação de cunho moral ou ético que possam estar presentes na elaboração discursiva de caráter normativo, discurso esse sempre mutável e sempre mudado – como são mutáveis as normas – tanto quanto essa adequação de cunho moral ou de cunho ético que sempre é local *no* presente, ou local *e* presente.

Ancora-se na prudência que calcula e justifica o provável, com o(s) risco(s) da atracagem nos quais não se incluem, seja dito, pensamentos aporéticos como dificuldades insolúveis, mas, sim, no sentido original aristotélico de aporia, ou seja, de dificuldade a resolver por ser admissível mais de uma solução, ou, ainda em metáfora fluvial ou marítima, uma atracagem contingente com risco que, podendo ser em outro cais, seria também contingente com risco.

CAPÍTULO I DOS CONCEITOS AO MARCO TEÓRICO

Es una convención generalmente aceptada no prestar demasiada atención a los problemas relativos a las definiciones, puesto que su única función es la delimitación, no la descripción adecuada de los objetos (para no hablar de su explicación). Cuando el objeto del que se trata no ha sido ni siquiera determinado con claridad, no es posible iniciar una investigación sobre él.
(Luhmann, 1998b, p.50)

1 Em busca do conceito de sistema

Os conceitos de sistema são os mais diversos. Do mesmo modo, há diferentes concepções do que seja *o sistema jurídico*.

Neste capítulo, faz-se uma incursão sucinta sobre diversos conceitos de sistema para se alcançar as concepções sociológicas de Niklas Luhmann acerca da Sociedade e do Direito, ou acerca do (macro)sistema social e do (parcial) sistema jurídico.

1.1 A vontade e a idéia de sistema

O “espírito do sistema” há de ser aquele que permita assimilar os novos sentidos e não aquele que se recusa a aceitá-los, sob pena de o “sistema” se alienar, como algo meramente pensado e suspenso de uma vontade arbitrária, das reais exigências da vida jurídica e de se fechar, assim, às possibilidades de uma verdadeira eficácia e de uma justiça autêntica.
(Castanheira Neves, 1993, p. 226)

O racionalismo dos tempos modernos trouxe com ele a *vontade de sistema*, ou seja, o propósito ou a intenção de obter a "*articulação do saber numa ciência da totalidade*" (Aurélio, 1998, p. 13). Essa expressão, vontade de sistema (*Systemwille*)¹, denota significativamente a intencionalidade do homem cartesiano² de apresentar a diversidade infinita de conhecimentos sob a forma

¹ A expressão “*vontade de ...*”, querendo exprimir um propósito determinado ou uma conscientização, parece ter-se constituído como uma certa linha de pensamento, pois a encontramos também em Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19) referida à Constituição. Diz este autor: “Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – , não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.”.

Acrescente-se: “A teoria nietzscheana da ‘vontade de poder’ apenas radicalizaria o que surgira com Kant: o querer humano cessa inteiramente de se dirigir a um fim para se voltar sobre si mesmo e se tornar o que Heidegger denomina ‘vontade da vontade’, abrindo caminho para a busca do poder pelo poder ou do poder enquanto tal. (...) faz da vontade um fim em si.” (Renaut, 1998, p. 16).

Como se verá, o Direito faz do Direito um fim em si mesmo, conforme Luhmann.

² Esta intencionalidade aparece já em Kant (1997, A645/B673, p. 534) quando afirma: “A razão tem, pois, propriamente por objecto, apenas o entendimento e o seu emprego conforme a um fim ...

Por isso, afirmo que as ideias transcendentais não são nunca de uso constitutivo, que por si próprio fornece conceitos de determinados objectos e, no caso de serem entendidas, são apenas conceitos sofisticados (dialécticos). Em contrapartida, têm um uso regulador excelente e necessariamente imprescindível, o de dirigir o entendimento para um certo fim, onde convergem num certo ponto as linhas directivas de todas as suas regras e que, embora seja apenas uma ideia (*focus imaginarius*), isto é, um ponto de onde não partem na realidade os conceitos do entendimento, porquanto fica totalmente fora dos

de uma unidade sistemática. Busca-se, então, reduzir uma multitude de conhecimentos a um "*conhecimento absoluto da totalidade*" em que

a razão aparece orientada, não só por uma vontade de conhecer, que leva à simples e progressiva acumulação de conhecimentos, nem tão-pouco por só uma vontade de poder, que leva ao domínio sobre a natureza e a história e à luta pelo reconhecimento, mas também por uma vontade de sistema que, se não exige a coincidência do racional e do real, do dever-ser e do ser, teorizada por Hegel, exige, pelo menos, a articulação sob princípios comuns dos diversos conhecimentos e das diversas normas de atuação. (Aurélio, 1998, p. 15).

Aspira-se, portanto, a encontrar ou a construir uma logicidade, substitutiva da teologicidade, que torne compreensível a desordem, a contingência, o acaso, visto, até então, sob as óticas das *ciências práticas*, próprias da Escolástica. Mas, além disso, essa construção há de, por si mesma, dispensar o recurso a uma entidade exterior. E, a partir destes pressupostos, constrói-se a *idéia de sistema*.

A palavra *sistema* aparece no domínio da linguagem vulgar³, com um significado difuso que, como conceito indeterminado, tem um núcleo de concordância ou de significação mais ou menos aceito por todos, qual seja o de um aglomerado coerente e unitário.

Sirvam exemplos para se chegar a um conceito de sistema. Pode-se ordenar um conjunto de seis xícaras pelo critério do tamanho, pelo critério da cor, pelo critério das datas de fabricação ou pelos estilos de cada xícara, mas será sempre o *mesmo* conjunto de xícaras *ordenado* segundo critérios diferentes; se retirarmos uma xícara, as demais cinco continuam formando um conjunto que poderá continuar ou voltar a ser ordenado segundo diversos critérios. Já quando falamos de sistema solar, ou de sistema circulatório, supomos uma *inter-relação* coerente dos elementos que constituem esses sistemas. Assim, não temos como sinônimas as palavras *conjunto* e *sistema*.

limites da experiência possível, serve todavia para lhes conferir a maior unidade e, simultaneamente, a maior extensão".

³ "Este conceito invadiu todos os campos da ciência e penetrou no pensamento popular, na gíria e nos meios de comunicação de massa". (Bertalanffy, 1977, p. 17).

É no domínio do pensamento filosófico-científico que a palavra *sistema* começa a tomar uma significação mais precisa, embora se lhe acrescentem atributos que passam a diferenciar concepções diversas com o mesmo substrato. Assim, encontra-se a palavra *sistema* associada aos, ou denominando os, *conjuntos de objetos metodicamente ordenados*, como é o caso do sistema métrico, o sistema de numeração decimal, etc.; ou, designando conjuntos de objetos ligados por relações estáveis, como é o caso do sistema solar ou do sistema circulatório dos animais⁴. E entre os modernos aparece a concepção de que o conhecimento forma um sistema, ou seja, o conhecimento passa a ser visto como um sistema de proposições verdadeiras. Essa sistematização inicialmente concebida é, geralmente, do tipo lógico-dedutivo que procura uma construção tipo *árvore* de cujo tronco, ou idéia primordial, ou princípio, ou axioma, derivam as demais conceituações.

...una de las tareas de las ciencias modernas consiste en la elaboración de un cuerpo teórico ordenado de los conocimientos obtenidos mediante la investigación metódica, buscando un máximo de coherencia y completitud. (Russo, 1995, p. 213).

Para Kant, que denominava *arquitetônica* a arte dos sistemas, sistema é "a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia"⁵, conceito de que não se afasta o de Coing ao dizer que se entende "por sistema o ordenamento de conhecimentos sob um ponto de vista unitário"⁶. Ou, como nos diz Niklas

⁴ Cfr. René Sève, Introduction. In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique]. Paris: Sirey, 1986, p. 1-10.

⁵ "Por *arquitectónica* entendo a arte dos sistemas. Como a unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência, isto é, transforma um simples agregado desses conhecimentos em sistema, a *arquitectónica* é, pois, a doutrina do que há de científico no nosso conhecimento em geral e pertence, assim, necessariamente, à metodologia.

Sob o domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia, mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Ora, por sistema, entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. (...) O todo é, portanto, um sistema organizado (*articulado*) e não um conjunto desordenado (*coacervatio*); pode crescer internamente (*per intussusceptionem*), mas não externamente (*per oppositionem*), tal como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins." (Kant, 1997, A833/B861, p. 657).

⁶ Helmut Coing, , *apud* Luhmann (1986,p. 164).

Luhmann (1986, p. 163): "uma velha tradição epistemológica definia formalmente um sistema como uma construção feita a partir de um princípio".

Em ambos os conceitos está presente a idéia de *unidade*⁷, como elemento essencial da definição, unidade que seria dada por um princípio, uma idéia, um ponto de vista unitário. Nenhum destes conceitos, no entanto, evidencia a diferença que temos entre *conjunto* e *sistema*. A diferença está em que, no sistema, se dá relevância primeira às *relações* entre os seus elementos constitutivos. Por outras palavras, podemos dizer, embora de uma forma um tanto simplista, que o conjunto dá atenção aos objetos, enquanto o sistema dá atenção às relações entre os objetos.

Para Bertalanffy (1977, p. 84), "um sistema pode ser definido como um complexo de elementos em interação", conceito que fica mais claro por ele ter, previamente, afirmado que

ao tratar de complexos de 'elementos', podemos fazer três diferentes espécies de distinções, a saber: 1) de acordo com o seu *número*; 2) de acordo com a sua *espécie*; 3) de acordo com as *relações* dos elementos. (Bertalanffy, 1977, p. 82).

Sistema é, então, um complexo de elementos selecionados de acordo com as suas inter-relações.

⁷ "Quand on parle de 'système', on présuppose à l'ordinaire et sans le dire son unité ». (Luhmann, 1986, p. 163). [Traduz-se : Quando se fala em sistema, pressupõe-se, geralmente e sem o dizer, a sua unidade]. "Dès lors, le système, bien qu'il utilise et reproduise la communication de la société et conserve sa capacité de relation avec l'environnement, a, pour ainsi dire, la liberté de constituer une unité pour son propre compte, de combiner la fermeture et l'ouverture, de former les structures nécessaires à cet effet et d'harmoniser tout cela avec sa fonction propre. [Traduz-se : Desde logo, o sistema, se bem que utilize e reproduza a comunicação da sociedade e conserve a sua capacidade de relação com o entorno, tem, por assim dizer, a liberdade de constituir uma unidade por sua própria conta, de combinar o fechamento e a abertura, de formar as estruturas necessárias para este efeito e de harmonizar tudo isto com a sua função própria.]. "Distinto a lo que exigen los lógicos y distinto a lo que opinaba Kelsen, la unidad del sistema jurídico no es premisa operativa del sistema". (...) La unidad se reproduce en cualquier operación como resultado..." (Luhmann, 2002, p. 129).

1.2 A estrutura e a função do sistema

Se a vontade de sistema leva à idéia de sistema como o ordenamento da totalidade, resta analisar qual o substrato dessa vontade. Afinal, para que serviria conceber um sistema, ou conceber sistemas, da realidade que, a mais das vezes, se apresenta caótica, desordenada?

En nuestro texto, por lo tanto, usaremos la expresión sistema para mencionar siempre a una organización artificial, es decir, construida por el hombre, para mejorar el poder explicativo de una teoría. (Russo, 1995, p. 212).

É precisamente a necessidade de compreender o que não é facilmente metido em leis, ou o que foge às leis descobertas, que leva à idéia de sistema, pois somente a compreensão ou a inteligibilidade do todo poderia permitir a compreensão do particular, ... ou do problema.

De certo modo, a idéia de sistema constitui uma metáfora para compreender o todo e não dissociar cada uma das partes de um todo sem que em cada uma delas se vincule, e esteja presente, o todo. Por isso, a idéia de sistema dá relevância às relações entre os elementos constitutivos do todo.

A complexidade da idéia de sistema leva a que os autores se sirvam de metáforas para a explicar, especialmente no que concerne à sua estrutura ou às estruturas possíveis. São, assim, inúmeros os tropos que procuram dar uma imagem do que seja um sistema.

O sistema é, então, visto como uma pirâmide, não só a conhecida de Kelsen, mas também a pirâmide de conceitos de Puchta, ou como uma *rede* formada pelo cruzamento constante e dinâmico dos seus elementos, entre muitas outras metáforas. Uma das figuras comparativas mais ilustrativas é de Morgan, como segue:

...o cérebro tem sido concebido como um sistema de controle semelhante a um computador complexo ou aparelho de telefone, que transmite informação através de impulsos eletrônicos; como um tipo de sistema de televisão com a capacidade de reagrupar padrões coerentes e imagens de milhões de pedaços de dados separados; como uma sofisticada biblioteca ou banco de memória para estocagem ou recuperação de dados; como um sistema complexo de reações químicas que transmitem mensagens e disparam ações; como uma misteriosa "caixa preta" que liga estímulos e comportamento; como um sistema lingüístico que opera através de um código neural que traduz informações em pensamentos, idéias e ações através de mudanças químicas e elétricas, da mesma forma como um código representado num alfabeto pode ser convertido em prosa via palavras e sentenças.

Muito recentemente, o cérebro tem sido comparado com um sistema holográfico, uma das maravilhas da ciência do *laser*. (...) Um dos aspectos interessantes do holograma é que, se ele se quebrar, qualquer das partes separadas pode ser usada para reconstruir a imagem total. Qualquer elemento está arquivado em tudo o mais, exatamente como se fosse possível jogar uma pedra num lago e ver o lago todo e todas as ondas, ondulações e gotas de água geradas pelo respingo *em cada um e em todas as gotas de água assim produzidas*.

A holografia demonstra, de forma muito concreta, que é possível criar processos nos quais o todo pode ser contido em todas as partes, de tal forma que cada uma e todas as partes representam o todo. (Morgan, 1996, p. 83-84),

Releva notar a idéia de que "o todo pode ser contido em todas as partes, de tal modo que cada uma e todas as partes representam o todo". Esta idéia é a síntese perfeita da idéia de sistema, porquanto, se nele é dada primazia às inter-relações dos elementos constitutivos, é porque cada um destes é afetado, na sua essência, por essas relações, por esses vínculos que nele não podem estar presentes sob pena de esse elemento não ser *do* sistema, quer dizer, ser um elemento extrassistêmico.

1.3 O conceito de sistema

Viu-se que o conceito de sistema não é unívoco, aliás como os autores, em geral, são unânimes em afirmar. A razão da multivocidade está em que o sistema é uma *forma* de pensar, ou é o resultado de um *tipo* de pensamento. É resultado de uma racionalidade que, lançando mão das idéias de ordem e de coerência, e a partir destas, constrói um pensamento que insere em cada parte constitutiva – em cada elemento – as características gerais do todo pensado.

A elaboração intelectual de um sistema é uma *instância* de cognoscibilidade do objeto, admitido também o problema como uma outra instância. Não se significa, com isso, apartar os dois momentos de cognoscibilidade, mas, pelo contrário, afirmar que ambos são necessários à (plena) compreensão do objeto de observação empírica ou de estudo teórico. Ao observarmos um objeto material – uma árvore –, podemos dar relevância às suas partes constitutivas – raízes, tronco e copa –; podemos dar relevância ao todo – a árvore inserida na paisagem ou dela isolada; mas podemos, ainda, dar relevância às inter-relações das suas partes constitutivas: como funcionam em conjunto, como servem umas às outras, como interagem. A idéia de sistema leva em conta apenas este último aspecto na observação e, especialmente, nas formulações teóricas, dá relevo precisamente às conjugações entre os elementos do sistema, de tal modo que não deixa que se possa isolar um elemento sem que nele esteja presente o todo.

É nesse sentido que conceituamos: *um sistema é uma instância da racionalidade teórico-explicativa como espaço de construção noética de um todo dando relevância à interação dos seus elementos constitutivos.*

Note-se, no entanto, que essa instância de racionalidade não nasce somente de uma pura elaboração noética, mas é uma elaboração que parte da

observação da realidade⁸. “Descobrir” a explicação sistêmica dos sistemas do mundo (da sociedade) é o grande mérito do trabalho intelectual de Niklas Luhmann, sociólogo de renome cujo pensamento se vai seguir.

Quer dizer, sistemas existem *concretamente* (aliás, foram citados alguns exemplos). Dito de outra forma: a teoria dos sistemas tem de estar “directamente apegada a la realidad”, e, além disso, “la teoría de sistemas debe tener siempre la vista puesta sobre sí misma como uno de sus objetos”. (Luhmann, 1984a, p. 37).

Se o *nous* já descobriu o modo de pensar sistêmico projeta-o para conhecer e explicar a realidade sistêmica⁹. Mas o *nous* observador não estabelece uma relação direta com o objeto (qualquer que seja), já que a relação estabelecida é sujeito-sujeito em que o objeto é simples *alvo* de projeção noética.

E, assim, podemos *ver* na Sociedade – como observador¹⁰ que é sistema – um sistema social, mas podemos *ver*, ainda na (mesma) Sociedade, um sistema político, um sistema jurídico, porque estas *realidades* se comportam efetivamente como (parciais) sistemas¹¹.

A compreensão/explicação das realidades sistêmicas requer, efetivamente, a idéia de sistema, vale dizer, que o sistema se *auto-observa* e

⁸ “Partindo de uma racionalidade diferenciada, Luhmann aproxima-se de uma visão construtivista onde o conhecimento não se baseia no descobrimento de uma realidade pré-posta, mas na construção fundada em uma observação do que lhe parece ser a realidade.” (Rocha; Dutra, 2005, p. 287).

⁹ “Aquí tenemos, también, una superación de la diferencia antigua por una teoría más compleja que permite hablar en los sistemas de introducción de autodescripciones, autoobservaciones, autosimplificaciones. Ahora se puede distinguir la diferencia sistema/entorno desde la perspectiva de un observador (por ejemplo, la de un científico), y distinguirla también de la diferencia sistema/entorno que se realiza en el sistema mismo: el observador, a su vez, puede ser pensado como un sistema autorreferencial. Relaciones de reflexión de este tipo no sólo revolucionan la epistemología clásica de sujeto-objeto; no sólo desdogmatizan y ‘naturalizan’ la teoría científica, sino que producen también una comprensión más compleja del objeto por medio de un diseño de teoría, a su vez, más complejo.” (Luhmann, 1998a, p.33-34)

¹⁰ “...se abren dos posibilidades que hay que discriminar: una forma de observación jurídica del derecho y otra sociológica (pero siempre: el derecho como un sistema que se observa a sí mismo). La sociología observa el derecho desde fuera; el jurista, desde dentro.” (Luhmann, 2002, p. 69). Mas acrescenta-se: “...la observación externa puede trabajar con perspectivas incongruentes. Con todo, no debe equivocarse con respecto al objeto. Es decir: debe describirlo tal y como lo entienden los juristas.” (op.loc.cit,p.70). “La observación es un operar con distinciones, por lo tanto, observar es también una operación fundamental del comprender, el cual sólo se realiza cuando se recurre a una distinción determinada, a saber, la de sistema y entorno (no sólo forma/fondo, textual/contexto), y si se proyecta hasta dicha distinción un sentido reproducido autorreferencialmente cerrado. Sólo tomados en conjunto los conceptos de sentido, de sistema/entorno y de autorreferencia se aclara el campo de aplicación de la metodología especial del comprender.” (Luhmann, 1998a, p.89).

¹¹ “Os sistemas não constituem uma criação ‘ex nihilo’ mas antes a emergência de uma infraestrutura material”. (Teubner, 1993, p. 47).

produz uma compreensão que reduz a complexidade do todo em que está inserido. Esse modo de pensar sistêmico (ou teoria) compreende e explica cada uma das realidades sistêmicas e compreende-se e explica-se a si mesmo. É o que se denomina *reflexividade*.

2 Descrição dos sistemas sociais

Os sistemas sociais são complexos, já se disse. Cada um dos sistemas que podem ser observados reduz a complexidade do (macro)sistema social, na medida em que aquele sistema é observado por um determinado *prisma* que existe nele mesmo e o caracteriza. O (sub)sistema se auto-identifica exatamente por ele conter determinada(s) característica(s) exclusiva(s).

Antes de alcançar a característica exclusiva do sistema jurídico, mister é desenvolver as qualidades e as qualificações dos sistemas complexos em geral.

2.1 Reflexividade e complexidade sistêmicas

A construção noética de sistema social observando o sistema social *real* não retira o *nous* observador desse sistema. O sistema psíquico que observa o sistema social é parte integrante deste. Dir-se-á, em outra linguagem, que o sujeito pensante seja “parte interessada” do próprio fato observado, relegando-se, então, a idéia de um observador externo, cognoscente, e de um objeto “à sua frente”, cognoscitivo.

A ciência torna-se reflexiva sempre que a relação ‘normal’ sujeito-objeto é suspensa e, em seu lugar, o sujeito epistêmico analisa a relação consigo próprio, enquanto sujeito empírico, com os instrumentos científicos de que se serve, com a comunidade científica em que se integra e, em última instância, com a sociedade nacional de que é membro. (Santos, 2000, p. 78).¹²

O que pode ser observado nos sistemas sociais? A característica que distingue estes sistemas de quaisquer outros que não sejam sociais é a comunicação. O fato *real* de que os seres humanos se comunicam distingue-os de outros seres. O que se possa relatar sobre a observação dessa comunicação é, de novo, comunicação.

O sistema apresenta-se, assim, por sua própria definição, como *reflexivo*. Isso é certificado também pela idéia de autorreferenciabilidade. O Direito desenvolve-se através das suas próprias referências, ou seja, pelos seus próprios elementos constitutivos e pelas intercomunicações desses elementos. Ou, ainda, pelas próprias comunicação e pelas comunicações das comunicações, porque os elementos constitutivos são *comunicações*¹³.

¹² No mesmo sentido, escreve Russo (1995, p. 352): “La negación del principio de ‘neutralidad científica’ obliga a reconocer que el observador es parte interesada del fenómeno observado, prescindiendo, a su vez, de las distinciones modernas entre ‘sujeto cognoscente’ y ‘objeto cognoscido’, ‘juicios descriptivos’ y ‘juicios prescriptivos’, ‘sujeto externo y sujeto interno’, ‘teoría’ y ‘técnica (o praxis)’, etcétera, cuya utilización puede ser realizada con carácter meramente instrumental y provisorio, pero no ontológico”.

¹³ O critério (*topos*, categoria) que leva Luhmann a diferenciar os diversos sistemas sociais na Sociedade é o do *sentido* das comunicações. Veja-se a “semelhança”: “Essas características do ser humano permitem que possamos identificá-los, comparando-o, por hipótese, com um ser extraterrestre. Graças a esses critérios, identificamos, através do seu comportamento, se um ser é ou não é uma pessoa humana. A leitura dos textos de Cristóvão Colombo e os depoimentos dos indígenas do Novo Mundo, diante dos espanhóis, são um exemplo demonstrativo de como os critérios culturais, inicialmente, levam a uns e outros a negarem a qualidade de humanos ao estranho; Cristóvão Colombo sustentando serem os índios seres que não podiam comunicar-se, por não falarem uma língua conhecida pelos europeus e, portanto,

O ser vivo constrói o seu mundo: formulação fundamental que devemos situar no centro de tudo. Isto nos leva ao termo fechamento. Difundido pelos chilenos (Maturana, Varela). O que significa o fechamento do ser vivo? Que este só pode possuir como representação e informação aquilo que ele próprio já fabricou (como representação ou informação). (Castoriadis, 2001, p. 38).

Daí também se infere o caráter discursivo do Direito que “fala” sobre si mesmo, com referência a si mesmo e só com referências a si mesmo. Se conseguir-se imaginar um jogo de espelhos “comunicantes” em que determinada imagem é repetida por todos eles que se refletem uns nos outros, talvez se possa entender melhor a reflexividade do Direito. Qualquer pequeno movimento, qualquer perturbação, na origem da imagem, ou qualquer pequeno movimento de um dos espelhos do jogo, vai alterar todas as imagens refletidas em todos os espelhos. E nesse jogo de espelhos o observador é também o observado; o observador *está* no jogo (e tem consciência disso), faz parte do jogo e, sem ele, haverá somente espelhos vazios¹⁴.

A reflexividade importa em circularidade porque a reflexividade pressupõe a auto-referenciabilidade com que o Direito é constituído¹⁵.

Ao admitir-se a auto-observação e a (conseqüente) reflexividade, há que acrescentar, ainda, que essas *realidades sociais sistêmicas* são complexas.

mal podendo ser classificados como seres humanos; e os índios considerando os europeus, como enviados por Deus e vindos do céu.” (Barretto, 2004, p. 295).

¹⁴ Tome-se a idéia de “espelhos comunicantes” com certa reserva, embora sirva (parcialmente) de metáfora explicativa. Leia-se Luhmann (1998a, p. 117): “Cuando se habla de reflejo se puede calcular todavía, hasta cierto punto, que los espejos que se reflejan mutuamente se amplían, reducen o deforman de una u otra manera; aportan un componente ‘subjetivo’. La metáfora se vuelve, sin embargo, inadecuada en la medida en que aumenta la selección autorreferencial y, sobre todo, cuando se piensa que el espejo deformante no capta la deformación del otro espejo. Es decir, esta metáfora se disuelve cuando se traslada al nivel de la relación entre sistemas que operan en forma autorreferencial. Los espejos se rompen. Con esta metáfora sólo se puede pensar en la reciprocidad de las perspectivas...”.

¹⁵ “... la réalité sociale du droit consiste en un certain nombre de relations circulaires. Les composantes du système juridique – actions, normes, procès, identités, réalité juridique – sont reliées de façon cyclique les unes aux autres sur de modes multiples. L’auto-référence, les paradoxes et les incertitudes recouvrent des problèmes réels des systèmes sociaux et non des erreurs dans la reconstruction mentale de cette réalité sociale. » (Teubner, 1989b, p. 277). [Traduz-se: “ A realidade social do direito consiste em um certo número de relações circulares. Os componentes do sistema jurídico – ações, normas, processos, identidades, realidade jurídica – são religados de maneira cíclica uns aos outros em modos múltiplos. A autorrefrência, os paradoxos e as incertezas restabelecem problemas reais dos sistemas sociais e não erros na reconstrução mental dessa realidade social.”.

Definir *complexidade* sistêmica exige que se tenha em atenção a diferença entre *elemento* (constitutivo do sistema) e *relação* (entre os elementos de um sistema) e admitir, desde logo, que quanto maior o número de elementos maior é (deve ser) o número relações inter-elementos e a variabilidade de relações¹⁶. Mas também se admite uma outra possibilidade, como o faz Luhmann (1998a, p. 47):

Si se parte de esta conceptualización fundamental de la diferencia entre elemento y relación (siempre referida a los sistemas), se percibe de inmediato que al aumentar el número de los elementos que deben mantenerse unidos en un *sistema*, o para un sistema que hace las veces de entorno, se topa uno con un umbral en donde ya no es posible relacionar cada uno de los elementos. A esta comprobación se puede adherir la determinación del concepto de complejidad: por complejo queremos designar aquella suma de elementos conexos en la que, en razón de una limitación inmanente a la capacidad de acoplamiento, ya no resulta posible que cada elemento sea vinculado a cada otro, en todo momento.

A mencionada “limitação imanente”¹⁷ obriga (coage, diz Luhmann) a selecionar as relações entre os elementos, situando-os e qualificando-os, mesmo que sejam possíveis outras relações. A possibilidade de se estabelecerem relações diferentes daquela que foi selecionada é o que se denomina *contingência*. Note-se, no entanto, que a partir da própria complexidade não é possível inferir quais as relações que se podem realizar (op.loc.cit.), mas essa verificação leva à *diferenciação* entre o sistema e o seu entorno ou ambiente, diferenciação esta relevante para a compreensão das estruturas e das operações sistêmicas.

¹⁶ Na área das matemáticas, poder-se-ia dizer, com base na denominada *análise combinatória*, que o número de relações inter-elementos aumenta *factorialmente* com o número deles, e não exponencialmente como alguns autores referem, entre os quais, Corsi, Esposito; Baraldi, 1996, p.43).

¹⁷ “El concepto ‘limitación inmanente’ remite a la complejidad interior de vinculación de los elementos, a la que ya no puede acceder el sistema y que posibilita, a su vez, su ‘capacidad de unidad’. En este sentido, la complejidad es un estado de cosas autocondicionado, debido a que los elementos deben constituirse complejamente para fungir como unidad en el nivel superior de la formación de sistemas, y por lo tanto su capacidad de acoplamiento es limitada.” (Luhmann, 1998a, p. 47).

Entende-se por *complexidade*, então, a necessidade de seleção das relações resultante da própria complexidade sistêmica¹⁸, seleção essa que será sempre absolutamente diferente conforme o sistema em que opere. Sabendo-se, por exemplo, que o Direito existe *na* Sociedade e, ambos sendo sistemas, é de admitir-se que a complexidade do sistema social seja *maior* do que a complexidade do Direito. Assim se está admitindo que a complexidade do ambiente é sempre maior do que a complexidade do sistema observado. Isso leva a poder considerar que há diferentes complexidades e, comparando-as, que há graus de complexidade. Essa comparação pode ser feita entre ambiente e sistema e pode ser feita *internamente* ao sistema. Se comparado o sistema jurídico com o sistema social, por aquele ser menor, diz-se que o sistema jurídico reduz a complexidade. Mas a redução de complexidade, quer por uma seleção *menor* de elementos, quer por uma seleção *menor* de relações, pode ser observada também dentro do sistema e, aí, se verifica que é a própria complexidade que reduz a complexidade (resultando ainda em complexidade)¹⁹, no que concerne, todavia, apenas às relações, ou seja, redução de complexidade significa uma *menor relacionalidade* de relações.

Cada sistema tem um operar próprio exclusivo que, afinal, o caracteriza. Já se disse que o Direito existe na Sociedade como uma realidade que é possível ser *autonomizada* (e se *autonomiza*²⁰) da Sociedade²¹, conquanto a relação entre as duas realidades seja ambígua²², demonstrando que o Direito dela não prescinde – mas dela se diferencia – como seu ambiente ou entorno, tendo sendo presente

¹⁸ “El que el sistema esté obligado a la selección es resultado de su propia complejidad.” (op. cit, p. 48).

¹⁹ “Solo la complejidad puede reducir complejidad. Este puede ser el caso tanto para la relación exterior del sistema como para la relación anterior del sistema consigo mismo.”. (Luhmann, 1998^a, p. 49).

²⁰ “O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo.” (Teubner, 1993, p. 53).

²¹ “...el derecho con sus operaciones (que son operaciones sociales) introduce un corte en la sociedad y con ello se configura un entorno específico del derecho, interno a la sociedad.” (Luhmann, 2002, p. 89).

“La autonomía (que permanece incólume) se reconoce por el hecho de que las decisiones específicamente jurídicas son normalmente aquellas que logran un enlace estrecho con el derecho y que, en él, encuentran su responsabilidad.” (Luhmann, 2002, p. 146).

²² “El análisis, pues, mantendrá como sistema de referencia el ‘sistema del derecho’; sin embargo, debemos aclarar que la relación que guarda este subsistema con el sistema de la sociedad es ambigua. Por una parte, la sociedad es el entorno del sistema del derecho; por otra, todas las operaciones del sistema jurídico son operaciones que se efectúan dentro de la sociedad; por tanto, son operaciones de la sociedad. El sistema jurídico realiza la sociedad en cuanto se diferencia de ella.” (Luhmann, 2002, p. 89).

que o Direito é *na* Sociedade. Por outras palavras: somente é possível *abstrair* o Direito da Sociedade por uma racionalidade teórico-explicativa de si mesma²³. Daí, a diferenciação (ou a seletividade noética), mas não o *isolamento*²⁴.

2.2 Reflexividade e autorreferência

Aqui, neste *cipoal auto*²⁵, volta-se a um outro conceito, o de *autorreferência*, tanto mais que este apresenta-se sob vários graus ou dimensões,

desde os da auto-observação e auto-descrição, auto-organização e auto-regulação, até aos de auto-produção, auto-reprodução, auto-subsistência e autopoiesis. (Teubner, 1993, p. 40).

A *auto-observação* designa exatamente a diferença entre *organismo* e *mecanismo*, já que aquele tem a capacidade de construir as suas próprias operações independentemente de qualquer “articulação sequencial”, mas influenciando ou marcando as suas operações futuras, enquanto o mecanismo repete constantemente a mesma função. Assim, a auto-observação se torna já – é – estrutura sistêmica, tornando-se também uma *autodescrição*, que, aliás, permite exatamente a diferenciação entre o sistema e o entorno. Ora, sendo já estrutura, por aí se desenvolve a capacidade de *auto-organização*, ou seja, a capacidade de

²³ “Ora, o paradigma autopoietológico constitui um verdadeiro salto na abstração teórica e, sobretudo, uma transformação decisiva de seu alcance descritivo e explicativo, assim como uma redifinição de suas bases epistemológicas.” (Clam, 2005, p. 89).

²⁴ “Harmonizados pela auto-observação, fechamento operativo e abertura cognitiva garantem aos sistemas sociais autopoieticos sua necessária autonomia, sem que isso signifique o isolamento absoluto quanto a outros sistemas”. (Muricy, 2002, p. 111).

²⁵ “Comece-se por frisar que reina hoje uma relativa confusão terminológica em volta desta verdadeira ‘galáxia auto’. Termos, como auto-referência, auto-produção, auto-organização, reflexividade e autopoiesis aparecem frequente e inevitavelmente assimilados: definições meramente ‘ad hoc’ são amiúde usadas, retiradas de exemplos empíricos e sem qualquer coerência sistemática; os próprios pais da autopoiesis, geralmente bastante mais prudentes em matéria conceptual, utilizam várias vezes indistintamente os termos autopoiesis e auto-referência; e existe mesmo quem, como Jantsch, numa completa promiscuidade terminológica, haja elaborado sem dificuldade uma verdadeira e abrangente ‘cosmologia auto’. Daí que assista alguma razão àqueles que, como Zolo, falam a este propósito de uma ‘síndrome patológica de inflação e desordem conceptual’, aconselhando a urgente adopção de uma ‘terapia linguística para todo o léxico autopoietico.’ (Teubner, 1993, p. 35-36).

se estruturar a si mesmo, pela interação dos seus elementos, sem qualquer influência direta ou ordem exterior ao sistema. Sendo uma (re)construção e uma (re)estabilização estrutural – um “movimento” equilibrado (homeostase) de relações inter-elementos –, sem perder, portanto, a unidade ou a identidade (ôntica) sistêmica, e sob critérios ou diretrizes próprias (*auto-constituídas* ou *auto-criadas*), verifica-se, nessa conjunção, a *auto-regulação* (*auto-nomia*, a criação das suas próprias regras) que, com a auto-descrição, leva o sistema a ser *auto-reflexivo*²⁶.

O “movimento” equilibrado de elementos que, na sua auto-organização, se auto-descrevem e se auto-regulam por se auto-observarem, necessitam ainda, para o seu próprio equilíbrio unitário e identitário, de gerar novos elementos (novas comunicações), o que se traduz pelas expressões de *autoprodução* e *autorreprodução*. A necessidade de autoprodução de elementos é determinada pela própria estrutura sistêmica, como resposta ao admissível desequilíbrio momentâneo (episódico) que o meio envolvente possa ter *estimulado* no sistema e como condição da própria subsistência: a *auto-subsistência*.

Agora, esse estímulo do entorno não se torna, por si só, elemento do sistema, nem sequer é *causal* no sentido de que estímulos iguais vão provocar a emergência de elementos sistêmicos iguais²⁷.

2.3 Limites sistêmicos

²⁶ “O desenvolvimento de uma coerente forma de argumentação sobre a identidade própria do sistema – por exemplo, na teoria do direito – torna-o auto-reflexivo. Pode-se hoje falar assim de um direito reflexivo em sentido estrito apenas no caso de teorias e doutrinas jurídicas tematizarem expressamente as condições sociais vigentes do Direito (em particular, o papel ou função deste no processo geral de diferenciação social) e retirarem daí as conseqüências no plano da aplicação prática do mesmo.” (Teubner, 1993, p. 42-43).

²⁷ “Como Gordon sublinha, ‘condições sociais similares (...) geraram respostas jurídicas díspares e formas jurídicas semelhantes produziram efeitos sociais contrários’, e ainda ‘formas e práticas jurídicas não se alteram ao sabor de toda e qualquer alteração do equilíbrio do poder político’.” (Teubner, 1993, p. 107-108).

Aqui, então, necessário é introduzir o conceito de *limites* do sistema. Se é possível comparar a complexidade do entorno com a complexidade do sistema jurídico, é por que este tem limites. A noção de limites sistêmicos aparece, assim, como um pressuposto que remete, de novo, à diferença entre elementos e relações. Enquanto os elementos são atribuídos ao sistema ou ao entorno, separando-os, portanto, as relações podem acontecer entre sistema e entorno. Assim, os limites são estratégias²⁸ do próprio sistema que as autogera para a sua própria estabilização (ou homeostase) como se fossem fronteiras ou membranas com o seu entorno e que marcam, não só o processo de diferenciação, mas também e por isso mesmo “interrompem a continuidade de processos que enlaçam o sistema com o entorno” (Luhmann, 1998a, p, 53).

La selectividad propia de la ubicación de límites, de las zonas fronterizas, de las demarcaciones de frontera, no sólo reducen la complejidad interna del sistema, sino también la externa, con la consecuencia de que un contacto proveniente de los límites no puede proporcionar a ningún sistema la plena complejidad del otro, aun cuando la capacidad de procesamiento de información tuviera la capacidad de lograrlo. La organización interna de cada sistema está basada en una relacionalidad selectiva que se adquiere mediante estos órganos fronterizos (...)” (Luhmann, 1998a, p. 52).

A “seletividade própria” que, nas palavras acima, leva à redução das complexidades interna e externa, também foi dita por Luhmann (1995, p. 249) como aumento da complexidade mediante o conceito de *diferenciação funcional*²⁹, como segue:

Queste riflessione possono collegarsi allá teoria della differenziazione funzionale dei sistemi sociali, ampiamente diffusa in sociologia a partire da Spencer e Durkheim. In

²⁸ “En cambio, si se toma el problema del gradiente de complejidad como ayuda de interpretación, los límites pueden ser referidos a la función de estabilización de esa disminución, y por lo tanto como una estrategia desarrollada por el sistema. Desde el punto de vista del sistema, se trata, entonces, de ‘límites autogenerados’ (*self generated boundaries*) alrededor de membranas, pieles, muros, puertas, puestos fronterizos, posiciones de contacto.” (Luhmann, 1998a, p.52).

²⁹ “*Differenziazione funzionale*, caratterizzata sia dalla *disuguaglianza* che dall’*uguaglianza* dei sistemi parziali. I sistemi di funzioni sono uguali nella loro disuguaglianza: da ciò il loro rifiuto di assumere come premesse delle loro relazioni reciproche tutte le premesse che venissero formulate al livello della società intera.” (Luhmann; De Giorgi, 1993, p. 256).

generale, si può definire differenziazione ogni aumento della complessità di un sistema ottenuto tramite la formazione di sotto-sistemi. Una differenziazione funzionale sussiste quando i sotto-sistemi non si pongono l'uno accanto all'altro come unità fra loro uguali, ma si riferiscono, invece, ciascuno ad una funzione specifica, risultando pertanto reciprocamente collegati. (Luhmann, 1995, p. 249).

São os limites, então, que permitem que se considere o Direito como sistema *autônomo*, e que, ainda, permitem que conserve a sua própria *unidade*, no seio do sistema social. Não se esqueça que “la diferencia entre entorno y sistema es mediada exclusivamente por límites de sentido” (Luhmann, 1998a, p. 187). Se os limites são uma condição necessária de possibilidade da unidade sistêmica, não são, por si mesmos, condição suficiente para tal, pelo que se tem de introduzir um outro conceito, qual seja, o de *validade jurídica* como *símbolo da unidade do Direito*.

Para a construção da “natureza” e do conceito de validade jurídica, iniciase por exclusões, já que “la validez se fundamenta em una especie de idealización de lo ausente” (Luhmann, 2002, p. 156). A validade “não é uma condição *a priori* do conhecimento”; “não é uma norma, nem uma norma fundamental, nem uma metanorma”; nem “é o resultado do efeito de uma causa externa – de uma razão de validade transcendente, transcendental ou imanente autoritária (‘estatal’)”; não tem, ainda, “a forma de uma afirmação cognitiva acerca do Direito”, não remetendo “à qualidade da lei, nem ao regramento de um juízo ou de um contrato” (Luhmann, op. cit., p.152-155). A validade jurídica é uma forma, sim, mas à qual as operações se referem como um *símbolo circulante*³⁰, dinâmico (idem, ibidem, p. 639), ou seja, é a própria estrutura do sistema.

La validez es sólo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, ya que están adjudicadas al contexto de otras operaciones del mismo sistema

³⁰ “Sin embargo, esta es una descripción externa, no una autodescripción que se pueda hacer justificable en el sistema.” (Luhmann, 2002, p.596).

desde el momento en que lo reproducen. La validez es la forma en la que se participa de la unidad del sistema. (Luhmann, 2002, p.159).

Ora, se a validade jurídica que simboliza a unidade sistêmica é a própria estrutura do sistema, isso leva a concluir que o sistema é autorreferente.

2.3.1 A estrutura e a organização do sistema jurídico

Entendemos que a idéia de sistema, qualquer que seja, implica também a de estrutura na qual o sistema se concretiza e flui. Daí a conjugação da idéia de sistema jurídico com as figuras geométricas que lhes servem de metáfora. Já Kelsen imaginava o Direito como uma pirâmide cujos critérios de construção incluíam a hierarquia e a quantidade crescente das normas inferiores. O sistema jurídico tem sido, então, figuradamente visto como uma estrutura espiralóide, como uma rede, como uma molécula e seus átomos, etc.

A noção de estrutura³¹ e a de sistema estão ligadas. Quando se pensa em um sistema, há sempre a tendência de lhe dar uma configuração material conquanto metafórica. Assim a pirâmide de Kelsen em cujo vértice se encontra a *Grundnorm*³² a partir da qual todas as normas são hierarquizadas por dedução

³¹ A significação de estrutura é ambígua e, muitas vezes, sinônima de sistema.

³² Quando falo em *Grundnorm*, não posso deixar de referir a história do “décimo segundo camelo”, que é existente ao mesmo tempo que é inexistente, citada no segundo capítulo, *infra*.

“Se trata de una norma que no está puesta pero que es necesario presuponer para cerrar conceptualmente la teoría del derecho. En realidad no existe y, sin embargo, ‘no es el producto de una libre invención’ ya que es preciso hacer como si existiera para que la actividad jurídica tenga un sentido.” (García, 1992, p. 112).

Ou, vamos diretamente a Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*:

“... ela [a norma fundamental] apenas pode ser uma norma pensada, e uma norma que é pensada como pressuposto quando uma ordem coercitiva globalmente eficaz é interpretada como um sistema de normas jurídicas válidas.” (Kelsen, 1994, p. 227).

“A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material.” (Kelsen, 1994, p. 221).

ou inferência. A idéia de rede também está presente entre diversos autores, sendo de Juarez de Freitas (1995, p. 44) a concepção do sistema jurídico como "uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos".

La estructura del sistema jurídico no podría ser representada por una pirámide a la manera kelseniana, sino en forma semejante a una estructura molecular, donde los elementos se interconectan sin que pueda hablarse de *arriba y abajo* (norma superior y norma inferior), si se quiera evitar la tentación metafísica. (Russo, 1995, p. 293).

Por nossa parte, vê-se o sistema com uma *estructura topologicamente linear*, já que a linha é a imagem da unidade, da coerência e da integridade – características de qualquer sistema – e é, sobretudo, a imagem da continuidade³³. E dizemos que é uma estrutura de caráter topológico porque a topologia é uma geometria que dispensa as dimensões, concentrando-se em questões qualitativas, entre as quais, saber se determinado ponto está *dentro, acima* ou *fora* de uma certa curva, ou de uma superfície limitada. Falamos em linha, acrescentando que é uma linha fechada (não uma reta, sem princípio nem fim) que limita o espaço onde acontece a *comunicação*³⁴. Quando se diz, por essa imagem, que a linha é fechada, não se está afirmando a rigidez ou inflexibilidade dessa linha: pensa-se exatamente uma linha flexível que limita

Kelsen somente consegue dar coerência (e possibilidade) à sua pirâmide ao criar uma norma hipotética que sirva de fundamento e origem a todas as outras. Por outras palavras, Kelsen pega um “décimo-segundo camelo”, (v. cap. 2) que diz ser inexistente, para possibilitar a existência da sua Teoria Pura.

“Com efeito, uma norma geral pressupõe necessariamente uma igualdade de casos que na realidade não existe”. (Kelsen, 1994, p. 280).

³³ Expunha-se esse mesmo pensamento, em 1995. Nessa época, publiquei (Mateiro, 1995, p. 65-66): “El Derecho es lineal. La metáfora que surge es la de línea topológica. La línea es la imagen de la unidad, de la coherencia y de la integridad – características de cualquier sistema – y es, por encima de todo, la imagen de la continuidad.”

Apraz ler: “É por isso que Luhmann adota, muito cedo, um *design teórico* que poderíamos qualificar de ‘topológico’, no sentido que dá a este termo a matemática moderna. A teorização luhmanniana articula em torno de ‘lugares’ primordiais, tais como a complexidade, o sistema e seu ambiente, a dupla contingência, o sentido, o ‘fazer experimentar’ (*Erleben*) e o agir, a comunicação, o tempo, a auto-referência...” (Clam, 2005, p. 93).

Há, ainda, que registrar que a disciplina denominada “análise do discurso” diferencia a *tipologia* e a *topologia* discursivas.

³⁴ “Deixando de lado certas imprecisões de delimitação, a operação de comunicação mostra claramente o que pertence e o que não pertence à sociedade. À sociedade pertence apenas aquilo que no processo da comunicação é tratado como comunicação, isto é, aquilo que em referência recursiva a outras comunicações é produzido como operação do sistema.” (Luhmann, 1997, p. 70).

um campo (mesmo que seja do tipo das “ilusões de ótica” de Escher, ou da cinta de Möbius), de “extensão” variável. A flexibilidade da linha representa a possibilidade do Direito demarcar

seu próprio limite, auto-referencialmente, na complexidade própria do meio ambiente, mostrando o que dele faz parte, seus elementos, que ele e só ele, enquanto autônomo, produz, ao conferir-lhes qualidade normativa (=validade), e significado jurídico às comunicações que nele, pela relação entre esses elementos, acontecem. (Guerra Filho, 1997, p. 66).

Ora, esta imagem serve-nos precisamente para ilustrar como a concepção de sistema pode servir à verificação da juridicidade de determinada comunicação (ou comunicação de comunicações), ou seja, para verificar se determinada comunicação pertence ou não ao sistema jurídico *na* sociedade.

3 O sistema autopoietico jurídico

Firme-se, agora, a idéia de sistema autopoietico jurídico. Se bem que a concepção de sistema jurídico já tenha estado presente no desenvolvimento anterior, mostra-se necessário importar da teoria (geral) dos sistemas sociais os seus conceitos para integrá-los na idéia de sistema jurídico tal como pode ser observado na sociedade.

Para isso, faz-se uma nova digressão (revisão bibliográfica) pelas obras de vários autores de Direito, o que permitirá não somente a comparação de idéias diferentes sobre esse vocábulo “sistema”, mas também permitirá o desenvolvimento dialético que possa levar a uma resposta aos problemas propostos e postos.

3.1 A idéia de sistema jurídico

Um artigo de Roberto J. Vernengo (1991, p. 253) chama a atenção: *Le droit est-il un système?*³⁵ Nele, o professor argentino começa por dizer que

Traditionnellement, les droits positifs ont été conçus comme des ensembles systématiques. Traditionnellement aussi, ces manières de parler n'ont plus qu'une valeur purement métaphorique: les juristes croient que, en caractérisant un droit positif ou naturel comme système, ils attribuent à l'objet de leurs soucis un statut ontologique particulier. Le droit ne serait donc pas un ensemble chaotique de données hétérogènes, mais une totalité organique ayant une structure discernable.³⁶

A mesma assertiva é dita por Bobbio (1989, p. 71):

Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem, estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.

O problema do sistema jurídico foi até agora escassamente estudado. Juristas e filósofos do Direito falam em geral do

³⁵ Neste artigo, o professor argentino analisa criticamente a obra de M. van de Kerchove e F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988.

³⁶ Traduz-se: Tradicionalmente, os direitos positivos têm sido concebidos como conjuntos sistemáticos. Tradicionalmente também, estes modos de falar só têm um valor puramente metafórico: os juristas crêem que, caracterizando um direito positivo ou natural como sistema, atribuem ao objeto das suas preocupações um estatuto ontológico particular. O direito não seria então um conjunto caótico de dados heterogêneos, mas uma totalidade orgânica tendo uma estrutura discernível..

Direito como de um sistema; mas em que consiste este sistema não fica muito claro.

Mas, para Bobbio (op. cit., p. 70-80), sistema é "uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem", admitindo, contudo, que, "na linguagem jurídica corrente o uso do termo 'sistema' para indicar o ordenamento jurídico é comum", e que, no "uso histórico da filosofia do Direito e da jurisprudência" apresentam-se três significados diferentes de sistema:

(1) o da construção do Direito (natural) como um sistema dedutivo à imagem da geometria de Euclides, em que

um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais (ditos 'princípios gerais do Direito'), considerados da mesma que os postulados de um sistema científico;

(2) o que indica

um ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira", ou seja, no sentido empírico ou indutivo;

(3) o que corresponde "à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas", já que

as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento da compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.

Nota-se, então, uma constante equivalência do termo "sistema" com a expressão "ordenamento jurídico" que Bobbio (1991, p.53-55) define como "um contexto de normas com relações particulares entre si". Requer esse conceito

saber qual a definição que o iusfilósofo italiano dá para *norma*. Norma, para Bobbio, sob o ponto de vista formal, "independente de seu conteúdo, ou seja, em sua estrutura", é uma proposição, exemplificando que "um código, uma constituição são um conjunto de proposições".

Ora, parece-nos poder concluir que, para Norberto Bobbio, como positivista que se mostra, a sua concepção de sistema jurídico reduz-se ao ordenamento objetivo dos dispositivos legais, ou, seja, à ordem pela qual devam ser dispostas as proposições legais. Como para o Autor citado, para muitos outros, o sistema não passa de uma certa ordenação de elementos (mais ou menos) textuais.

As concepções de sistema jurídico são, no entanto, as mais diversas, dispensadas de serem aqui referidas detalhadamente. Assim como se encontra - e não se pode deixar de registrar - quem não aceite a idéia de sistema, como, por exemplo, Capella (2002, p. 105):

Algunos autores hablan por ello, bastante alegremente, de *sistemas jurídicos*. Los "sistemas", sin embargo, en el entendimiento corriente del concepto, requieren un grado de consistencia interna del que carecen los conjuntos normativos a poco complejos que resulten.

Aquí se prefiere hablar, menos pretenciosamente, de *cuerpos jurídicos* o, dando por sentado el grado de maduración contemporáneo de tales cuerpos, de *ordenamientos jurídicos*.

Este consagrado autor (2002, p. 107) acrescenta:

Con todo, incluso en el supuesto de cuerpos jurídicos "monistas", es preciso rechazar enérgicamente la idea de que constituyan *sistemas jurídicos*. Tras el entendimiento de los cuerpos u ordenamientos jurídicos como un *sistema* (esto es: no sólo conjunto más o menos ordenado y interrelacionado de normas, sino además coherente y acabado) se esconde la pretensión ideológica de representarse el derecho como un artefacto normativo que tiene una respuesta *previsible* para todos los conflictos posibles e imaginables. Eso, en realidad, es una versión nueva de la pretensión burguesa a la seguridad *jurídica*. Este tipo de representación intelectual del derecho tiene la pésima consecuencia cognitiva de empequeñecer hasta límites inverosímiles el alcance del momento hermenéutico, de

interpretación institucional de las normas jurídicas y de reconstrucción “autoritaria” de los hechos.

O Autor citado, contudo, não consegue “rechaçar energicamente”³⁷ a idéia de sistema aplicada ao Direito. Na verdade, a idéia sistêmico-jurídica não implica (obrigatoriamente) a previsibilidade e a segurança jurídicas de uma resposta: pelo contrário, a idéia de sistema que se expõe tem como um de seus pressupostos o admitir que o Direito tem, para cada caso, mais do que uma resposta certa e que as respostas são imprevisíveis.

Ressalta, desde logo, que a admissibilidade do Direito como sistema depende da pré-concepção que se tenha de Direito. Se este for visto somente como um predicado, e não como um nome, parece-nos evidente que o Direito não pode constituir um sistema, nem pode constituir-se em sistema, nem ser pensado como tal, qualquer que seja a variação de idéia de sistema que se procure aplicar. Agora, visto o Direito como uma *realidade*, posição que hoje não parece deixar dúvidas, a pergunta que se coloca é no sentido de saber se o Direito é *ele mesmo* um sistema ou se o Direito pode ser *descrito ou pensado* como um sistema, isto é, sistemicamente³⁸. Ao admitir que o Direito (da realidade) possa ser descrito ou pensado como um sistema, está-se, no entanto e desde logo, excluindo a possibilidade de tal sistema ser concebido eminentemente dedutivo.

Admitido o conceito lato de sistema que se apresenta na primeira parte deste trabalho, pode se afirmar, desde já, que é possível *pensar ou conceber* o

³⁷ “Bastante alegremente” podemos dizer que a concepção sistêmica-reflexiva-autopoiética do Direito está ganhando cada vez mais estudiosos.

³⁸ O que é afirmado tem o apoio seguinte: "Que le droit soit conçu comme un système n'implique nullement que le droit lui-même soit 'un' système, de façon identique au fait de concevoir des systèmes de la nature - c'est-à-dire, des théories systématiques concernant les phénomènes naturels - ne justifie point les croyances religieuses ou métaphysiques dans un ordre systématique inhérent à la nature même. (...) Que le discours théorique revête une forme systématique ne permet guère de parler de l'objet de ce discours comme d'un système." (Vernengo, *op. cit.*, p. 259). [Traduz:se: Que o direito seja concebido como um sistema não implica forçosamente que o próprio Direito seja ‘um’ sistema, de modo idêntico ao fato de conceber sistemas da natureza – isto é, teorias sistemáticas referentes aos fenômenos naturais – não justifica as crenças religiosas ou metafísicas em uma ordem sistemática inerente à própria natureza. (...) Que o discurso teórico se reveste de uma forma sistemática não permite nunca falar do objeto desse discurso como um sistema.].

Direito como um sistema, deslocando, assim, o problema para saber *o que é o Direito*, ou, melhor, que concepção se constrói do Direito observado.

Antes, porém, há que percorrer, ainda, outras características sistêmicas que a própria *realidade* (sociedade) apresenta.

3.1.1 A função do sistema jurídico

Releva que se especifique o aspecto da função do sistema jurídico, ante aquilo que sobre os sistemas em geral foi dito anteriormente.

O conceito de função não é unívoco e assim permanece também no Direito. Passando ao largo do conceito de função na matemática e do conceito de função como desempenho de um *munus*, tão bem apropriado especialmente pelos administrativistas, fixemo-nos no conceito de função na teoria dos sistemas.

...a função será a exigência (ou as exigências) que um sistema implica para os seus elementos em ordem à subsistência, ao equilíbrio ou ao desenvolvimento autônomo do mesmo sistema; ou, de outro modo, os contributos ou prestações que os elementos de um sistema são chamados a realizar justamente como elementos dele e para que o sistema não só logre sê-lo como seja susceptível de afirmar-se como tal, na sua autonomia e identidade perante o seu meio exterior (o seu milieu)... (Castanheira Neves, 1995, p. 25).

Podemos dizer que a função do (de um) sistema jurídico consiste no comportamento efetivo desse sistema, determinado pela previsão da sua aplicação, ou, por outras palavras, na idéia que constrói o sistema já está presente a sua aplicação (ou possibilidade de aplicação, aplicabilidade). Então, a significação de função está intimamente ligada à de finalidade. Isto não destoa das concepções finalísticas do Direito que o vêem pelo lado da sua pragmaticidade.

O sistema cumpre sobretudo, em particular, duas tarefas na obtenção do Direito: ele contribui para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes; e ele serve para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, tanto pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas. (Canaris, 1989, p. 283).

Por outro lado,

...pensar al derecho como sistema parece cumplir una importante función: suministrar criterios de *pertenencia* de las normas que componen el orden jurídico. (Caracciollo, 1994, p. 49).

Aqui, com o pensamento acima, volta-se à concepção *topológica* do sistema, apta a definir se determinada norma está coerente com as demais, por dever ter essa norma as *qualidades* do todo e o todo ser também influenciado pela presença dessa mesma norma. Por mais esclarecedoras palavras,

Com efeito, diz bem Canaris, "só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como fenómeno isolado, mas como parte de um todo. (...) Inversamente, o sistema sofre, através da ordenação de uma nova previsão, em certas circunstâncias, um enriquecimento ou uma modificação interiores (...). Existe, portanto, um processo dialético de esclarecimento duplo. (Freitas, p. 47).

Na verdade, quando se discutem os limites da juridicidade, ou a validade de uma norma, o pensamento sistêmico pode contribuir substancialmente para trazer luz ao problema. O sistema jurídico (pensado sobre a realidade sistêmica) é um corte epistemológico do Direito³⁹, corte, no entanto, que somente é

³⁹ Arnaud e Dulce (2000, *passim*) fazem reiteradamente a distinção entre sistema jurídico e direito, pois "a distinção entre o 'sistema jurídico' e o 'direito' não é nem artificial nem gratuita." (p. 335). Do direito, dão o seguinte conceito: "O direito é o conjunto dos princípios e das regras de caráter normativo, que regulam as relações dos indivíduos e dos grupos em sociedade..." (p. 323). À guisa de conclusão, escrevem: "Guardemos na mente, então, a nova grande dicotomia: a do *direito* e dos *sistemas jurídicos*. Os sistemas jurídicos são sistemas de comunicação, cuja especificidade está ligada à sua semelhança com o direito. O que faz que não haja similitude, o que faz com que haja a especificidade do direito em relação

admissível se preservar a mobilidade própria da vida jurídica, e da vida social. Melhor dito, o sistema jurídico é uma projeção epistemológica do Direito "para melhorar o poder explicativo de uma teoria" (Russo, 1995, p. 212).

Sendo o Direito uma realidade complexa, há que, para pensar o Direito, construir o sistema sob o qual e no qual o Direito vai ser estudado, dissecado, interpretado e aplicado. E constrói-se um sistema porque o Direito não pode ser mais visto, como já o foi, como um simples conjunto de leis, de regras ou de normas, em que a primazia é o estudo da norma jurídica em detrimento da coerência e da unidade que as normas têm de manter entre si.

Norberto Bobbio a parfaitement souligné que, pendant très long temps, les juristes n'ont traité que des lois, des règles ou des normes et ne se sont guère préoccupés de l'ordre juridique, sauf pour en parler comme d'un ensemble de normes juridiques. (Troper, 1986, p. 30)⁴⁰.

Isso mesmo é dito,

Em outros termos, podemos dizer que os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta a si mesmo, que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo mais vasto que a compreende. (Bobbio, 1989, p. 20).

Não se trata de simplesmente ordenar normas, como parece ter sido a idéia de Kelsen, ou dos autores que consideram sinônimas as expressões *ordenamento jurídico* e *sistema jurídico*. A idéia de sistema que se propõe exige coerência entre as normas, além de outros predicados que a seu tempo serão manifestados; a simples ordenação (ou, se admitida, hierarquização) não faz de um conjunto (agora em ordem) um sistema, já que este exige uma

aos sistemas jurídicos, é que somente o direito goza da totalidade das características ideológicas que garantem sua força coercitiva sob a autoridade do estado, que restabelece o direito como discurso 'proibitivo'. (...) Se ele apresenta um certo número de características próprias dos sistemas, ele não pode, rigorosamente, ser notado como um sistema passível de análise sistêmica." (p. 338).

⁴⁰ Traduz-se: "Norberto Bobbio sublinhou perfeitamente que, durante muito tempo, os juristas só têm tratado de leis, de regras e de normas e não estão nada preocupados com a ordem jurídica, exceto para a falar como um conjunto de normas jurídicas.".

complexidade bem maior do que um simples aglomerado, mesmo ordenado, de elementos.

O Direito não pode ser reduzido a um simples conjunto, repete-se, já que aí imperaria, de forma absoluta e primordial, a heterogeneidade de conteúdos dos seus elementos constitutivos. Mais de que um conjunto, o Direito é um sistema para o qual se exige coerência, ordem e unidade: pressupõe elementos e pressupõe relações; exige uma estrutura dinâmica autônoma. É o mundo *vicariante* das idéias que requer uma constante homeostase existencial no seu seio, como razão de ser, como elemento da sua própria definição, sob pena de aniquilamento do sistema, e não do conjunto que, mesmo assim, sobreviveria... para nada! Vale dizer que não basta explicar o sistema como um mero princípio de ordem, porque ele implica uma visualização interpretativa do *real* (Bornheim, 1964, p. 198). E a *realidade* do Direito é a realidade das idéias, da consciência do sentir, da vontade do querer e do ter, dos conceitos, dos valores, mas também dos fatos entre os quais o fato-Direito que existe no meio social: é a *unidade dos múltiplos conhecimentos sob uma idéia* que é a definição de Kant para a palavra sistema.

Do exposto nos parágrafos anteriores ficou-nos sem dúvida a ideia de que um direito... não se limita a ser um agregado de prescrições ou imperativos; antes se apresenta sob a forma de complexos sistematizados e articulados entre si. (Machado, 1994, p. 121).

A idéia de sistema jurídico que se persegue não requer a análise do direito positivo de modo a ser reconstruído numa pré-determinada ordem lógica, ou com vistas a uma simplificação do ordenamento. A idéia de sistema que se coloca pressupõe e admite o direito posto (positivo) tal como está, complexo, desordenado, contraditório até, para dele extrair a essencialidade da unidade e da ordem na *interação constante e recíproca dos seus elementos*. Deixa-se de lado, por isso, e desde já, qualquer regra de hierarquia de normas, tão cara a Kelsen⁴¹

⁴¹ Isso não impede que se veja na teoria pura de Kelsen a origem da autopoiese jurídica, como assinalam alguns autores, entre os quais se cita: "L'auto-poiésis est incontestablement la fille de la *Téorie pure* de Kelsen, (...) L'autopoiesis trouve elle-même sa condition de possibilité dans le geste kelsénien. Elle le

e à sua pirâmide; deixa-se de lado um sistema apoiado em deduções ou induções lógicas, conceituais ou axiológicas, tão ao gosto da *Jurisprudência dos Conceitos* e da *Jurisprudência dos Valores*. Há que aceitar o Direito com as suas contradições, antinomias, e, até, para aqueles que as admitem, as suas lacunas e, apesar disso, havê-lo como um sistema necessário à explicação da sua função, do seu papel social, da sua interpretação, da sua aplicação, da sua existência.

3.2 As operações do sistema jurídico

As operações comunicativas internas do sistema jurídico são reguladas pelo código “*Recht/Unrecht*” (*jurídico/ajurídico*) que funciona como fator de diferenciação dos demais sistemas sociais funcionais. Esse código corresponde à “idéia” sob a qual se vê a unidade do sistema, a que se refere Kelsen (*supra*).

No entanto, estas mesmas operações existem também no (macro)sistema social porque o sistema jurídico não é uma ilha isolada cercada de sociedade por todos os lados; é uma imersão no sistema social praticada sob a ótica do (sub)sistema jurídico, ou seja, é uma abstração intelectual que dispensa as circunstâncias sociais para se fixar somente naquilo que é jurídico.

Sob o ponto de vista da Iussociologia, o Direito é visto *de fora*; sob o ponto de vista do jurista, o Direito é visto *de dentro*. Esses dois pontos de vista, porém, não podem ver *direitos diferentes* porque o Direito é uma só realidade. Ou, ainda, com uma dose de simplificação, poder-se-ia dizer que o sociólogo dispensa o olhar do jurista, mas o jurista não pode dispensar o olhar do sociólogo. Não se vêem direitos diferentes, mas vê-se o *mesmo* Direito de modos diferentes.

poursuit et ne rompt pas avec lui" (Ewald, 1986, p. 249). [A autopoiese é incontestavelmente filha da *Teoria Pura* de Kelsen (...) A autopoiese encontra por si mesma a sua condição de possibilidade no gesto kelseniano e não discorda dele.]

"Nous nous contenterons de soutenir que la conception kelsénienne de la systématique juridique est, sur bien des points, fort proche de la vision développée aujourd'hui au titre de l'autopoïèse." (Ost, 1986, p. 142). [Nós nos contentaremos de sustentar que a concepção kelseniana da sistematicidade jurídica é, sobre todos os pontos, forte aproximação da visão desenvolvida hoje em dia sob o título de autopoiese.]

Para o sociólogo Niklas Luhmann, a sua observação dispensa facilmente saber se as (certas ou algumas) comunicações são sinceras ou autênticas.

Las operaciones del sistema jurídico tienen por necesario comunicar el poder de convencimiento de las mejores razones – independientemente de lo que los participantes experimenten psíquicamente e independientemente de la “inautenticidad” con que esto acontezca. (Luhmann, 2002, p. 439).

No entanto, o Autor citado admite que é necessário que as operações jurídicas tenham *poder de convencimiento das melhores razões*.

Esclareça-se, portanto, que no sistema-entorno as comunicações, mesmo aquelas que estão “impregnadas” de Direito, não precisam gozar de qualidades psíquicas – sinceridade, autenticidade, convicção -, quer por parte do *alter*, quer do *ego*, para circular na sociedade⁴². Agora, no sistema-Direito é necessário que as comunicações sejam convincentes. Por outras palavras: a topologia discursiva *interna* ao Direito requer convencimento; a topologia discursiva *externa* ao Direito dispensa a convicção⁴³. Ou ainda, no sistema jurídico a operação resulta em uma *convicção*; no sistema social resulta em uma *ação*.

Acerca do exposto, Luhmann (2002, p. 439) acrescenta:

También la ética del abogado se estabilizará por el hecho de que en la comunicación debe siempre aparecer como si el abogado estuviese convencido de las razones que hablan a favor de su mandante – esto no sucede con cualquier tipo de razones, sino sólo en el marco de la argumentación jurídica. Un observador de esta forma de comunicación (por tanto, nos otros) ve doble: ve que la forma es al mismo tiempo necesaria y contingente. Necesaria para el sistema; contingente en tanto que la variedad de los casos fuerza permanentemente a nuevas reflexiones: para

Acrescente-se: a leitura atenta o Capítulo Primeiro do Título II – Método da exposição histórica do Direito -, de *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, de Rudolph Von Ihering (Granada: Comares, 1998), descobre alguns fortes pontos de contato entre a idéia de sistema de Ihering e a de Luhmann, aquele construindo a analogia a um *organismo com alma*, e, este, comparando a um sistema *psíquico*.

⁴² “É possível descrever a indefinição inevitável de situações, desde Hobbes, de acordo com os aspectos de insegurança existencial ou dupla contingência na relação entre alter e ego. No centro já não estará, ainda segundo Head, o problema do mútuo entendimento por meio da adoção recíproca de perspectivas, porém o cálculo bem-sucedido de probabilidades de comportamentos estranhos.” (Günther, 2004, p. 372).

⁴³ Isso nos parece bem visível quando Luhmann trata os sistemas sociais do mesmo modo dos sistemas psíquicos. Ver Luhmann (2002).

el sistema no es suficiente. Con esto se gana un plus de entendimiento de la necesidad (y no necesidad) de todas las razones y con ello también un entendimiento del efecto paradójico y fértil de la escritura.

Note-se, porém, que o Autor citado dá um exemplo de *interpenetração*⁴⁴ interna entre sistemas, qual seja, do sistema jurídico com o sistema *judicial*⁴⁵ – que é um núcleo que pode ser abstraído (sociológica e sistemicamente) do sistema jurídico e, por si mesmo, ser observado como outro (sub)sistema.

Observado o sistema jurídico *na* sociedade, seu entorno, diz-se que as operações sistêmicas levam à elaboração convincente de normas (jurídicas), já que estas requerem sempre *jus-tificação* (=fundamentação em termos jurídicos) ou, pelo menos, aceitabilidade *razoável* das razões que fundamentam a norma. Assim o diz Luhmann (2002, p. 441): “Es algo establecido que las razones necesitan ser fundamentadas ya que hay buenas y malas razones”.

Ora, estas “razões” fundamentadas de que fala o Autor são *normas* (jurídicas), ou seja, juízos fundamentados que, ao descrever fatos, imputam-lhes *conseqüências* (jurídicas). Mas, as conseqüências são, para Luhmann juízos que funcionam como fatores para a escolha desta(s) regra(s) em detrimento de outra(s).

Naturaleza y razón aun hoy son títulos honoríficos que sirven para decorar las fundamentaciones, ya que la verdadera argumentación se fundamenta (empíricamente sin lugar a duda) a partir del juicio sobre las consecuencias de las decisiones jurídicas: juzgar las diferentes consecuencias que se habrían sucedido de haberse aceptado otras reglas. (Luhmann, 2002, p. 442).

⁴⁴ “Utilizamos el concepto ‘*interpenetración*’ para indicar una manera particular de contribución a la construcción de sistemas que es aportada por los sistemas en el entorno. (...) En primer lugar, no se trata de una relación general entre sistemas y entorno, sino de una relación intersistémica entre sistemas que pertenecen recíprocamente uno al entorno del otro. (...) Hablaremos de *penetración* cuando un sistema ponga a disposición su propia complejidad (y con ello, indeterminación, contingencia y coacción d selección) para construir otro sistema. (...) Entonces, hay *interpenetración* cuando esta situación es recíproca; es decir, cuando ambos sistemas se posibilitan mutuamente aportar al otro su propia complejidad preconstituída.” (Luhmann, 1998a, p. 201-202).

⁴⁵ “Desde el punto de vista de la teoría de la diferenciación nos importa, en primer lugar, el posicionamiento de los tribunales como sistemas parciales (subsistemas) del derecho.” (Luhmann, 2002, p. 361).

O mesmo se diria ao afirmar-se que, das várias respostas possíveis no âmbito do Direito, cabe ao decisor escolher a mais adequada (como afirmado *supra*). A contribuição (valiosa) da teoria luhmanniana, neste capítulo, é exatamente mostrar que a decisão se relaciona com as possíveis diversas conseqüências, estando o decisor (ele mesmo sob o seu próprio sistema autopoietico-psíquico) apto a escolher a(s) norma(s) por suas conseqüências (eficácia, sanção, estatuição, na teoria do Direito) e não por seu conteúdo (material). Equivale, com a devida compreensão das respectivas terminologias, à idéia de que o juiz primeiramente decide para depois justificar (embora se defenda, acertadamente, que o processo compreensão/interpretação/aplicação é um só, simultâneo).

Apesar do caráter já convincente das afirmações do Autor como produto da sua observação sociológica, Luhmann (2002, p. 445) reitera: "...todavía queda la pregunta de si se puede tomar una decisión entre diferentes construcciones jurídicas sólo con base en las consecuencias jurídicas." E a resposta (p. 446) é (no mínimo) surpreendente: "Orientarse por las consecuencias no es otra cosa que, visto desde los estándares de la investigación empírica, dotar a la imaginación de fuerza jurídica." Mas, acrescenta elucidativamente:

Aquí el sociólogo está - a diferencia del teórico del derecho que está comprometido con el sistema del derecho - en la afortunada situación de poder prescindir de las recomendaciones. El sociólogo puede observar, desde la perspectiva de segundo orden, las tendencias de la argumentación y podrá suponer que el pronóstico empírico sobre las consecuencias redundante en provecho más de la variedad que de la redundancia. (Luhmann, 2002, p. 446-447).

E isso conduz, de novo à *redundância* e à *variabilidade*.

3.2.1 O sistema autopoietico

Entre os diversos tipos de sistemas que podem ser observados (e pensados) releva citar aqueles que se denominam *abertos* e aqueles que são classificados como *fechados*.

O sistema *aberto* é uma realidade que recebe e transmite estímulos do e para o seu ambiente, em uma relação de troca ou de transferência. O sistema *fechado*, por sua vez, é uma estrutura que produz e reproduz por si mesmo.

Ora, o sistema é um complexo de comunicações (e de comunicações de comunicações) com um sentido determinado, no nosso caso, o sentido do *jurídico*. O sentido de uma comunicação é uma operação interna do sistema, como se viu. Mas o sistema de Direito não está isolado do seu entorno, a sociedade, conquanto se observe a si mesmo. O que acontece é que o sistema jurídico é aberto cognitivamente, ou seja, ele “conhece” as comunicações sociais – que já é um sistema de reprodução de comunicações – que o rodeiam, mas seleciona essas comunicações e dá-lhes, internamente, o sentido jurídico, através das conexões dessas comunicações.

A comunicação, para se realizar, requer a compreensão de uma informação transmitida. Então, o sistema cognitivamente aberto à informação, processa, em clausura operativa, a mensagem ali contida, transformando-a em comunicação de sentido, e essa comunicação, aceita ou rejeitada, vem (ou pode vir) a servir de fundamento a uma outra comunicação, ainda impregnada do sentido que diferencia o sistema. Acontece, portanto, uma operação de autorreferência (*noesis*) para estabelecer a compreensão daquela “irritação” externa (*noema*).

O sistema jurídico é, então, um sistema autopoietico, já que é ele próprio que cria os elementos de que necessita para as suas operações, ou seja, cria e recria, produz e reproduz, comunicações de sentido. O sistema autopoietico é uma globalidade de sentido auto-atribuído às comunicações sociais, fazendo a diferença nas diferenciações.

Por “sistema” no entendemos nosotros, como lo hacen muchos teóricos del derecho, un entramado congruente de reglas, sino un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones – independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho. Esto significa entonces que el punto de partida no lo buscamos en la norma ni en una tipología de los valores, sino en la distinción sistema/entorno.” (Luhmann, 2002, p. 96).

A coerência ou congruência que se mostra no sistema jurídico não é, então, de regras, como diz Luhmann, mas é a coerência de *sentido* que somente a compreensão pode atribuir. Essa *compreensiva* coerência de sentido é resultado operativo de um código “filtrante”.

3.2.2 O código e o programa sistêmicos

Luhmann (2002, p. 100) afirma que “el sistema de derecho es un sistema autopoietico de tipo peculiar”. Dir-se-ia, no entanto, que cada um dos sistemas sociais parciais – Direito, Política, Economia – tem as suas peculiaridades. Entre as particularidades que Luhmann considera no sistema de Direito encontra-se um código próprio e um programa próprio.

O código é um esquema binário do tipo *presença/ausência* que, no caso do Direito, se expressa por “direito/não-direito”⁴⁶.

A interpretação do esquema “*Recht/Unrecht*” e a sua tradução para a língua portuguesa podem fazer-se acompanhar de algumas dificuldades. Tanto na língua de Luhmann, quanto no Português, as palavras *Recht=direito*, têm significados ambíguos, ora se referindo ao Direito como sistema jurídico, ora se referindo ao direito subjetivo (podendo, ainda, se bem com menos propriedade,

⁴⁶ O fato de se observar um código binário (1/0) no sistema de Direito não significa que esse sistema não seja unitário. “El orden general del sistema unitario (en nuestro caso el derecho) se manifiesta en el hecho de que la relación sistema/entorno de los subsistemas está restringida por las disposiciones que ordenan las relaciones entre los sistemas.” (Luhmann, 2002, p. 360).

serem traduzidos por legítimo/ilegítimo – reservado para o sistema político, por Luhmann, e, até, por legal/ilegal). A dificuldade de tradução do esquema “*Recht/Unrecht*” está registrada por autores portugueses, brasileiros, italianos e espanhóis, que assinalam o emprego dessa fórmula com os seguintes sentidos: (a) *direito/não-direito*; (b) *direito de uma parte/não-direito de outra parte*; (c) *conforme a direito/não conforme a direito*; (d) *justo/injusto*; (e) *lícito/ilícito*; (f) *legal/ilegal*.⁴⁷

A primeira interpretação que aqui se elabora do código “*Recht/Unrecht*” toma o esquema “*direito subjetivo/não-direito subjetivo*”, já que são de Luhmann (2002, p.80) as seguintes palavras que nos levam a fundamentar essa primeira posição:

El no-derecho (Unrecht) de uno, no es el derecho (Recht) del outro. Pero este no-derecho de una de las partes no puede ser distinguido teóricamente de aquello que en absoluto no pertenece al mundo del derecho (Nicht-recht) – precisamente porque no todo actuar suscita necesariamente un problema jurídico.

No entanto, não é esse o sentido que Luhmann dá, em geral, ao código binário. Nem é o de justo/injusto.

Se o sistema jurídico se reproduz apenas com o auxílio da diferença entre direito e não-direito a partir do direito, onde as comunicações são concebidas por uma qualidade normativa, [então], como pode um sociólogo ou qualquer outro observador externo dizer que: um fato não seja direito, ou [ainda] seja um direito injusto (*unrechtes Recht*)? (Luhmann, 2004, p. 55).

O código *Recht/Unrecht* expressa exatamente *Direito/não-Direito* (ou *jurídico/ajurídico*, melhor) A seleção das informações efetua-se pelo filtro (palavra e respectivo verbo que Luhmann também usa) do código, não aceitando aquilo que *não é Direito* – que é *ajurídico* – porque é de outro sistema

⁴⁷ Na tradução francesa do artigo de Luhmann (1986) já mencionado, o código é “legal/ilegal”. Mas, leia-se: “Alors, en principe pour tous les événements et situations que donnent lieu à une communication dans le système juridique, il est possible et nécessaire de déterminer les conditions permettant de les traiter comme conformes ou contraires au droit.” (p.179). [Traduz-se: “Então, em princípio para todos os acontecimentos e situações que dão lugar a uma comunicação no sistema jurídico, é possível e necessário determinar as condições que permitem tratá-las como conformes ao direito ou contrárias ao direito.”].

(política, religião, ciência, economia), ou é do ambiente, é extrassistêmico do ou ao Direito. Porque o sistema é Direito, somente o sistema é apto a *identificar o que lhe é* (dele), e o que não sendo *identificado* como tal, lhe é estranho, “enquanto nele, e somente nele, é decidido sobre o direito e o não-direito” (Luhmann, 2004, p. 59).

Um dos “papéis” do código é manter aberto o sistema fechado (Luhmann, 2002, p. 238).

La bivalencia no solo es (a diferencia de la monovalencia) la condición mínima para mantener abierto el sistema operativamente clausurado. Es al mismo tiempo (y a diferencia de la polivalencia), una condición para la capacidad de decisión y con ello una condición para la jurisdiccionalidad.” (Luhmann, 2002, p. 239).

Necessário é que se ressalte que o código sistêmico serve apenas à diferenciação entre os sistemas funcionais, sem esquecer, contudo, que os (sub)sistemas sociais se imbricam mutuamente (e sem esquecer as possíveis *penetrações* e *interpenetrações* sistêmicas) cada um com a sua especificidade. E, mais, há que anotar para voltar a isso quando se tratar da “sociedade de risco”:

La artificialidad de la codificación binaria del derecho debe pagar con la introducción del modo ‘qué pasaría si’, ya que esta forma de cálculo tiene que ser reintroducida en el sistema. (Luhmann, 2002, p. 448).

Entretanto, fixe-se que “fora do direito não se pode fazer nada com o direito” (Luhmann, 2004, p. 60), exatamente porque a concepção (pela observação) do jurídico somente pode ser realizada pelo jurídico ao discernir o que *é do* Direito e o que *não é do* Direito.

3.2.3 A teleonomia sistêmico-jurídica

O sistema jurídico é determinado estruturalmente, o que não significa que haja unanimidade, entre os mais diversos autores, quer teóricos do Direito, quer sociólogos do Direito, quanto aos componentes (organização) dessa estrutura. Como o sistema jurídico não tem corporalidade – como a têm os seres vivos de Maturana –, podem-se conceber, *tectologicamente*⁴⁸, diferentes organizações. Restaria, apenas, determinar quais são os elementos necessários e suficientes para que determinado sistema seja considerado jurídico e, assim, construir o sistema conceitual. Teremos, aí, o denominado *problema dos limites da juridicidade*, que, apesar da sua relevância, será tratado periféricamente, para dar lugar, apenas e aqui, à guiza de preliminar, ao estudo do binômio Sociedade-Direito, no comparativo das descrições de Maturana (e outros estudiosos) acerca dos seres vivos.

São palavras de Maturana (2001, p. 174):

Os sistemas determinados estruturalmente são sistemas tais que qualquer agente que incida sobre eles apenas desencadeia neles mudanças estruturais determinadas neles próprios.

Disso, o mesmo Autor (op. loc. cit.) nos dá um excelente exemplo:

...ao escutarmos alguém, o que ouvimos é um acontecer interno a nós, e não o que o outro diz, embora o que ouvimos seja desencadeado por ele ou ela.

Isso é denominado pelo autor como *determinismo estrutural*. Esse “acontecer interno a nós” serve como metáfora para entendermos o “mecanismo” de

⁴⁸ “Bogdanov deu à sua teoria o nome de ‘tectologia’, a partir da palavra grega tekton (‘construtor’), que pode ser traduzido como ‘ciência das estruturas’. O principal objetivo de Bogdanov era o de esclarecer e generalizar os princípios de organização de todas as estruturas vivas e não vivas”. (Capra, 1997, p. 51).

interação entre a Sociedade e o Direito, sendo necessário que, de antemão, tenhamos as duas entidades como sistemas idealizados (não corporificados⁴⁹) que se influenciam, ou seja, para o nosso estudo, a Sociedade como entorno, ambiente ou meio. Nesse sentido, vejamos, mais uma vez, Maturana (2001, p. 177):

O meio, enquanto o espaço no qual um sistema funciona como um todo, tem uma dinâmica estrutural independente da dinâmica estrutural dos sistemas que ele contém, apesar de ser modulado pelos seus encontros com eles. Portanto, o meio e os sistemas que ele contém estão em mudanças estruturais contínuas, cada um de acordo com a sua própria dinâmica estrutural, e cada um modulado pelas mudanças estruturais que eles desencadeiam um no outro através de seus encontros recursivos. Nessas circunstâncias, todos os sistemas que interagem com um sistema vivo constituem seu meio.

O que este Autor afirma não está longe do que a teoria dos sistemas sociais defende: o que a Sociedade “diz” e o que o Direito “ouve” são dois aspectos diferentes, porque o que o Direito ouve “é um acontecer interno” ao Direito que ouve com a sua estrutura, através da sua estrutura⁵⁰. O que vem de fora – da sociedade – entra no jurídico por *fagocitose* hermenêutica. Essa, não somente é *meio de autodefesa* do sistema jurídico, como é também algum tipo de ação que detona transformações estruturais do jurídico. As transformações não são *mutações*, mudanças abruptas, revolucionárias: são, apenas, novas configurações das inter-relações dos elementos constitutivos do sistema, são mudanças estruturais.

⁴⁹ Ressalte-se: o Direito é uma realidade e como realidade comporta-se sistemicamente. Como realidades, – Sociedade e Direito – são estudados, entre outros, por Luhmann. Este estudo, porém, desenvolve a idéia de sistema como uma interpretação do real, e, portanto, o sistema aparece como uma instância de inteligibilidade do Direito.

⁵⁰ Já se disse que o termo estrutura não apresenta um único significado, entre os autores consultados. Para melhor compreensão consulte-se Teubner (1993, p. 195): “Informação e interferência são assim os dois mecanismos que asseguram a abertura de sistemas sociais autopoieticamente fechados. Por um lado, o direito produz o seu modelo interno do mundo externo, de acordo com o qual orienta as respectivas operações, através de informação internamente seleccionada e jamais importada do exterior (essencialmente elementos típico-normativos e teorias doutrinárias). Por outro lado, interferências externas entre o direito e a respectiva envolvente social são responsáveis pelo estabelecimento de uma relação de ‘articulação estrutural’ entre eles. É a combinação destes dois mecanismos que torna possível a regulação social através do direito, ainda que sob formas extremamente indirectas e até incertas.”

Disse-se que é um meio de defesa do sistema no caminho do seu desenvolvimento pré-determinado. Está-se acrescentando, pois, ao determinismo estrutural um *determinismo teleonômico*⁵¹.

Ainda no caminho da comparação entre os seres vivos⁵² e o sistema *orgânico*⁵³ a que denominamos Direito, lança-se mão da idéia de *ontogenia*, definida como um processo pelo qual se alcançam

formas estruturais que permitem ao organismo desempenhar determinadas funções em concordância com o plano inato que o delimita em relação ao meio circundante. (Maturana; Varela, 2002, p. 77).

Por outras palavras, é o caráter ontogênico do Direito que lhe permite absorver elementos vindos diretamente da Sociedade⁵⁴, do entorno, sem que deixe de ser Direito, na medida em que esses elementos *sociais* sejam transformados em elementos *jurídicos*, ou que esse “ouvir de fora” influencie as relações estruturais de modo a estabelecer novas ou diferentes relações (que levam a diferentes respostas), mas que mantêm o sistema⁵⁵.

⁵¹ Não se está confundindo *teleonomia* com *teleologia*, já que é, no pensamento desenvolvido, assente que: “Además, es significativo para los sistemas codificados que no pueden encontrar ningún fin Son por principio sistemas ateleológicos. Porque para cada operación individual que producen en la red recursiva de su autopoiesis, siempre volverá a surgir la opción por el valor positivo o negativo, y esta decisión sólo puede ser tomada de cara a otras operaciones más. Se trata de sistemas en los cuales cada fin es a la vez inicio...” (Luhmann, 1998b, p. 122)..

⁵² Veja-se a posição contrária de Luhmann, assim referida por Capra: “Luhmann desenvolveu de maneira bastante detalhada uma teoria da ‘autopoiese social’. Defende, entretanto, a curiosa opinião de que os sistemas sociais, embora sejam autopoieticos, não são sistemas vivos”. (Capra, 2002, p. 94).

⁵³ Em complemento da nota anterior, e ressaltando que se está em digressão (revisão bibliográfica) por várias “teorias”, coloque-se a posição de Luhmann (1998a, p. 336): “...no tiene que ser hiperinterpretada en el sentido de la famosa y desacreditada analogia del organismo. La lógica de los sistemas sociales, en particular, no puede referirse, como el sistema de inmunidad de un organismo, a la estabilidad de un contexto espacial específico asegurado por las formas. También la ‘autopoiesis’ cambia de sentido en la transferencia de los sistemas orgánicos a los sistemas sociales (...)”.

⁵⁴ Entenda-se que não estamos dizendo que o Direito é efeito puro e simples da sociedade ou vice-versa, por causalidade linear biunívoca. Mais uma vez, a voz da autoridade: “A verdade é que a clausura autopoietica do sistema jurídico implicará sempre a impossibilidade de se conceber o direito meramente como um produto da evolução social como um todo, ou de se tentar localizar qualquer dos seus mecanismos de evolução fora do próprio sistema.” (Teubner, 1993, p.115).

⁵⁵ “O ambiente só faz desencadear as mudanças estruturais; não as especifica nem as dirige.” (Capra, 2002, p. 51). “Mais ainda: o sistema vivo não especifica somente as suas mudanças estruturais; especifica também *quais são as perturbações do ambiente que podem desencadear-las*. Em outras palavras, o sistema vivo conserva a liberdade de decidir o que perceber e o que aceitar como perturbação.” (Capra, op. cit., p. 52). Cf. também Capra, 1997, p. 210 ss..

O caráter ontogênico⁵⁶ do Direito, com estruturas auto-regenerativas (*vicariantes*) e autotransformadoras, deve-se a uma característica mais ampla denominada *teleonomia*.⁵⁷ Por ela, o sistema conserva-se jurídico, já que as mudanças estruturais do sistema são mudanças que conservam sua autopoiese, ou seja, há uma adaptação funcional para se conservar jurídico. Ainda: mantém-se a coerência operacional – qualidade absolutamente necessária de qualquer sistema⁵⁸.

A razão dessas afirmações está em que o Direito tem um autopropósito, uma autofinalidade, que justifica e especifica a própria estrutura jurídica cuja

⁵⁶ Teubner (1993, p. 119 ss.) detém-se na relação entre a ontogênese e a filogênese do Direito, texto do qual destacamos: “A combinação de desenvolvimento ontogênico e filogenético no direito, ou seja, a interrelação entre processo jurídico e cultura jurídica, deve ser vista como uma *interacção entre dois ciclos comunicativos*. O processo jurídico constitui, por assim dizer, o laboratório de experimentação do direito onde interagem expectativas normativas como mecanismos de variação, e decisões jurídicas como mecanismos de selecção. Mas apenas o segundo circuito comunicativo, no seio do qual se carrega a transmissão e tradição da cultura jurídica, pode assumir a função de retenção. O conceito de ‘validade jurídica’ designa precisamente esta relação circular entre esses dois ciclos de comunicação: se, por um lado, a decisão nos processos jurídicos toma sempre por referência o legado normativo existente (surgido, por sua vez, através de uma referência de reenvio para outras decisões concretas tomadas no contexto de outros processos individuais), essa mesma decisão, por outro lado, representa o ponto de partida para novos desenvolvimentos na esfera cultural-jurídica.” (p.122).

⁵⁷ “Mais ainda: há organismos que podem inclusive mostrar-se capazes de especificar por antecipação (como os autores deste livro) algum objetivo, e que coordenam todas suas atividades para consegui-lo (heteropoiesis). Esse elemento de aparente propósito ou posse de um projeto ou programa, que tem sido denominado teleonomia, sem implicar qualquer conotação vitalista, é considerado freqüentemente um aspecto definitório necessário, se não suficiente, dos sistemas vivos.” (Romesín; García, 2002, p. 77). Comente-se, *en passant*: os autores são sistemas psíquicos.

“Um sistema é um conjunto de elementos identificáveis, interdependentes, isto é, ligados entre si por relações tais, que se uma delas for modificada, as outras o serão também e, conseqüentemente, todo o conjunto limitado, cujos limites são definidos em virtude dos objetivos (metas, projetos, finalidades, teleonomia, propriedades), que se deseja privilegiar.” (Jean-Claude Lugan, apud Arnaud; Dulce, 2000, p. 309).

⁵⁸ Nesse sentido, leia-se um pouco Teubner (1993, p. 209) que coloca, como hipótese de trabalho, a possibilidade da “interferência” direta de outro(s) subsistema(s) envolventes no subsistema Direito, nos seguintes termos: “Existiria porventura uma possibilidade de o sistema evitar uma ressonância catastrófica: ele poderia procurar variar as suas próprias observações, fazendo incorporar as auto-descrições dos sistemas envolventes na sua própria descrição intra-sistêmica desses sistemas. Mas isto conduziria, por via de regra, tão-só a um novo problema. Incorporar de forma constante um código externo nas próprias operações internas do sistema significaria a desintegração do sistema ele mesmo”. (Diga-se, parenteticamente, que não se segue a idéia – quer de Luhmann, quer de Teubner – quanto ao código sistêmico, seja ele “*legal/ilegal*”, seja “*lícito/ilícito*”, seja qualquer outro afim. Pensa-se que o “recurso” à idéia de códigos próprios para cada um dos sistemas que podem interrelacionar-se (direito, economia, política, educação, etc.), de modo que esse código permita distinguir a que sistema pertence *uma mesma* comunicação, é reducionista, na medida em que a “entrada” de um “ruído”, ou um “estímulo”, externos, no sistema jurídico, se faz hermeneuticamente pela própria estrutura sistêmico-jurídica. Ora, para essa “transformação” hermenêutica não é suficiente, conquanto possa ser necessária, a idéia de código binário como seletor dos “ruídos” ou dos “estímulos” que são absorvidos pelo Direito. Como se procura mostrar, entram no sistema jurídico elementos cujo “passaporte” para entrar no sistema jurídico não pode ser classificado nesses códigos binários, isto é, que não podem ser classificados sob o prisma da licitude, ou da legalidade, tais como axiomas lógicos, sentimentos, emoções, etc.

organização é composta por normas e outros juízos⁵⁹. *Teleonomia* é, especialmente, a norma da finalidade e a finalidade da norma, enquanto possibilidades de conservação dinâmica do sistema jurídico. Entenda-se bem: a finalidade do Direito está no (ou é o) próprio Direito (o que leva Luhmann a recusar a idéia de finalidade – *teleologia* – do Direito, porque o Direito é, assim, um fim em si mesmo, diga-se⁶⁰).

A pragmaticidade (aplicabilidade) do Direito é condição *sine qua non* dele mesmo. Se “o fim é o criador de todo o direito” (Ihering), se a teleonomia sistêmica tende a manter o sistema na finalidade para a qual ele se autocria, certo é que o Direito é distinto da Sociedade porque a sua organização e a sua estrutura são diferentes e a sua teleonomia também (e exatamente pela operacionalização do código filtrante *Recht/Unrecht*). A sociedade não é mais do que entorno, ou ambiente, ou meio, em que se desenvolve autopoieticamente o Direito, absorvendo desse meio apenas o que lhe seja relevante⁶¹, quer como meio de defesa, quer como instrumento de mudança estrutural⁶². Aí, a concepção do sistema *operativamente fechado*. A clausura hipercíclica (Teubner, 1993, p95) é absolutamente necessária para o cumprimento teleonômico do sistema jurídico. Dir-se-ia um *determinismo teleonômico*, sem o qual o Direito deixaria de o ser para passar a integrar a Sociedade apenas como um elemento constitutivo, sem estrutura própria⁶³.

⁵⁹ “Assim, e agora em sentido inverso, a ausência de um directo critério normativo positivo não significa uma total abertura ou um vazio normativo-jurídico para o juízo decisório – precisamente porque o sistema jurídico não se identifica nem se esgota nas normas, não deixa de oferecer, na carência de normas e para além delas, uma jurídica normatividade judicativamente fundamentante, no âmbito da qual de todo se justifica que se fale (ou continue a falar) de uma integração intra-sistemática para caracterizar a índole constitutiva do juízo concretamente decisório.” (Castanheira Neves, 1993, p. 206).

⁶⁰ Por isso temos defendido que o Direito é (também) uma ciência cujo objeto é o Direito.

⁶¹ Poder-se-ia dizer que o Direito somente absorve o que for homotético. Considerando o Direito e a Sociedade como dois sistemas – embora a Sociedade seja também o ambiente do Direito –, a integração (e uma certa harmonização) pelo Direito de “elementos” vindos da Sociedade somente acontece quando há *homotetia*, ou seja, quando, entre as “figuras” sociais e as “figuras” jurídicas já existentes, há uma semelhança de propriedades ou de características tal que permite inserir aquelas, juridicamente conceituadas, no sistema jurídico. Em sentido idêntico, cf. Arnaud; Dulce, 2000, p. 397.

⁶² Ferraz Jr. (1997, p. 59, nota 8), com a precisão lingüístico-conceitual que lhe é peculiar, escreve: “Em termos de teoria dos sistemas, diríamos que uma situação comunicativa discursiva se identifica na medida em que ela se diferencia e se torna autônoma, isto é, capaz de regular a relação de troca entre o seu limite interno e seu limite externo. Para ser autônoma, nesse sentido, ela não pode ser autárquica, isto é, bastar-se a si mesma em termos de fechar-se ao seu mundo circundante.”

⁶³ “...vemos que a autonomia jurídica se desenvolve em três fases. Numa fase inicial – dita de ‘*direito socialmente difuso*’ –, elementos, estruturas, processos e limites do discurso jurídico são idênticos aos da

O determinismo a que nos referimos não deve ser entendido como um fatalismo, forma exacerbada daquele. Vemos alguma semelhança com o que Arnaud e Dulce denominam *razão jurídica*, assim exposta:

Na medida em que o direito, como sistema, possui uma atividade, o que dirige essa atividade para a realização de seus fins se chama *razão jurídica*. Ela é a força em virtude da qual um sistema jurídico é organizado de modo coerente e favorável, para realizar alguns fins. A razão jurídica é a condição necessária e eficiente da existência de um sistema jurídico, a que ela serve, simultaneamente, de referência e de apoio. Suas qualidades são a unidade, a eficácia, a exclusividade e o dinamismo. (Arnaud; Dulce, 2000, p. 333).

O pensamento que se está desenvolvendo é, por outro caminho, a idéia exposta por Teubner, quando diz:

Uma consequência da natureza autoconstitutiva dos componentes do sistema jurídico recorrentemente salientada é a de que tais componentes começam por ter uma espécie de 'vida própria', deixando de aparecer como meios (jurídicos) para a consecução de um fim (social), para passarem a constituir um fim em si mesmo. (Teubner, 1993, p. 83).

Esse renomado autor, logo a seguir, mostra que "a relação entre direito e sociedade torna-se cada vez mais tênue", porque,

se as normas são auto-referencialmente constituídas do modo acima indicado, elas tornam-se 'formais' no sentido de que (hetero-)referências para o meio social envolvente são eliminadas em favor de (auto-)referências para si mesmas. (Teubner, 1993, p. 83-84) .

Na senda da tenuidade, Teubner, (1993, p. 98) afirma que

comunicação social geral ou, pelo menos, determinadas heteronomamente por esta última. Uma segunda fase de um 'direito parcialmente autônomo' tem lugar quando o discurso jurídico começa a definir os seus próprios componentes e a usá-los operativamente. O direito apenas entra numa terceira e última fase, tornando-se 'autopoietico', quando os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo." (Teubner, 1993, p. 77).

na realidade, a evolução [jurídica] não é teleológica (orientada finalisticamente) mas meramente 'teleonômica', sendo construída na continuidade do sistema existente de acordo com particulares regras ou leis, re combinando programas bem sucedidos e eliminando outros falhados.

A teleonomia jurídica⁶⁴ é já detectada por Teubner (1993, p. 83) quando, citando Alan Watson, começa a verificar *um* Direito com vida própria, que deixa “de aparecer como meios (jurídicos) para a consecução de um fim (social), para passarem a constituir um fim em si mesmo”, como acima se citou. Isso se constitui em *algo mais* do que a semântica controversia da autonomia do sistema, conquanto não a elimine. Diz-se, então que a autonomia jurídica, expressa pela sua própria circularidade, serve à teleonomia jurídica enquanto produz as suas próprias regras - enfatize-se, para si mesma.

Há uma realimentação cíclica - o *hiperciclo* teubneriano - que o próprio Direito produz para si mesmo, como sobrevivência (autodefesa), e como evolução (estruturas e respostas diferentes). Essa autodefesa e essa evolução constituem a teleonomia sistêmico-jurídica enquanto normas de preservação, enquanto normas *novas*, enquanto *inter-relações* e *inter-comunicações*, porque cada elemento constitutivo do Direito tem as características de todo o Direito e cada novo elemento, ou cada nova *inter-relação* dos elementos, “incorpora” todas as relações (depois, seleciona-as). Em outras palavras: cada elemento do Direito é uma parte do todo, mas o todo está em cada parte. Isso foi já sublinhado por outros autores:

Deste modo se dirá, com Stammler, que “quando se aplica um parágrafo de um código, não só se aplica todo o código, como se faz intervir o pensamento do direito em si mesmo” e, com Heck, que em cada decisão jurídica concreta pode “actuar o conteúdo global da ordem jurídica”. (Castanheira Neves, 1993, p. 80).

⁶⁴ “O jurista ainda gosta de pensar e argumentar teleologicamente, sem aperceber-se da problemática em termos de racionalidade e mesmo de lógica na qual assim se enredam (*sic*). É típico que se busque localizar as vantagens da programação condicional no sentido do processamento e do controle *lógicos* do direito; consistência lógica, porém, é algo totalmente diferente da programação condicional, e no direito ela não é necessária nem exequível.” (Luhmann, 1985, p. 28).

Como o Direito é fonte de si mesmo, é também fim de si mesmo. Por isso é um sistema operativo-normativo fechado auto-referente. O sistema que então se constrói, ante a concepção estrutural-funcional que do Direito se tem, é um sistema *operativamente* fechado⁶⁵. Esse fechamento determina, não somente a sua autonomia, mas especificamente a sua teleonomia.

Cabe, então, ressaltar que as comunicações (mesmo as jurídicas) no seio da sociedade não são teleológicas⁶⁶, como o não são no sistema jurídico, substituída que está essa teleologia pela teleonomia observada (constatada).

4 Entre comunicação e hermenêutica

Luhmann diferencia *interpretação* e *argumentação*. Aquela é uma operação mental individual, enquanto a argumentação é uma operação interna do sistema jurídico. A argumentação mostra-se, assim, como um evento comunicativo que requer, portanto, *alter* e *ego*.

A similitude operacional do sistema psíquico (individual) e do sistema jurídico (social), cada um deles com o seu entorno respectivo e deste recebendo *estímulos* e/ou *ruídos*, permite dizer que o ato individual da interpretação torna-se argumentação quando há comunicação.

⁶⁵ Sobre o fechamento, leia-se: "A condição do fechamento operacional vale também para os sistemas cognitivos, isto é, processadores de informações e produtores de conhecimento. Estes também não podem utilizar suas próprias operações para estabelecer contato com o ambiente. Também eles têm de produzir, por si mesmos, aquilo que para eles é informação. Eles constroem ainda, por si próprios, no bojo de contínuo processamento de informações, as estruturas que para eles têm a qualidade de 'conhecimento'. O ambiente não tem nenhuma participação em tudo isso." (Luhmann, 1997, p. 43).

⁶⁶ "...el sistema no puede ser un sistema dirigido hacia un término – orientado teleológicamente –, que pudiera operar hacia una meta positiva y que, al alcanzar esta meta, cancelara sus operaciones." (Luhmann, 2002, p. 237).

Com a visão direcionada ao resultado (normativo) das operações sistêmico-jurídicas e com a posição *internada* do jurista no sistema de Direito, a argumentação é resultado de um interpretar/compreender/decidir comunicativo carregado de *intenções* de convencimento. A hermenêutica é, assim, um “processo de configuração de sentido” e é o sentido que diferencia comunicações e que distingue sistemas.

Por isso, se vê e se auto-observa a hermenêutica como *fator* operacional do sistema jurídico, porque as *interpretações comunicativamente sedimentadas* tornam-se normas jurídicas.

4.1 Sentido e homotetia

A idéia de sistema impõe, como se viu, a diferenciação entre o ambiente e o próprio sistema. Essa diferenciação, resalte-se repetindo, configura-se no fato de que o sistema opera de *forma diferenciada* das operações de seu entorno ou ambiente, ou seja, o sistema jurídico tem “operaciones que producen y reproducen el sentido específico del derecho” (Luhmann, 2002, p. 97).

Como o sistema recebe os estímulos ou ruídos⁶⁷ em seu interior? Esta é a pergunta que se impõe e cuja resposta deve esclarecer como o sistema jurídico recebe os ruídos vindos do seu ambiente – a sociedade, a política, a economia, etc.⁶⁸ -. Por outras palavras, poder-se-á perguntar se o sistema jurídico recebe todo e qualquer ruído de modo a extrair *order from noise*?

⁶⁷ “Irritação” é o termo usado por Luhmann. Quando aqui se fala em “ruídos”, ou em “estímulos”, ou em “irritações”, entenda-se que não há qualquer transferência *direta* do ambiente para o sistema, porque a “irritação” é “forma” de comparação, de diferenciação ou de similitude, *interna* do sistema.

⁶⁸ “...a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais consequentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial”. (Luhmann, 1985, p. 19).

Una fundamentación un poco más teórica debiera ser: rebasar una cantidad mínima de elementos en dirección de su diferenciabilidad, es sólo posible cuando se renuncia a que cada uno de los elementos quede enlazado con cada uno de todos los otros. (Luhmann, 2002, p. 98)

A idéia acima citada – que poderia ser dita como a renúncia a um processo interno de *holografia* –, continua sendo explicada:

Esto supone una selección de la enlazabilidad que se practica y la necesidad de recurrir a una condicionalización interna de la selección de los elementos. Sólo el enlace selectivo “cualifica los elementos”, y sólo esto es lo que confiere sentido a que se hable de elementos propios del sistema, de límites del sistema, o de diferenciación. (Luhmann, op. cit., p. 98-99).

Ora, essa “enlazabilidad”, esse enlace seletivo⁶⁹, que dá qualidade ao ruído externo para que integre o sistema, carrega a idéia de *homotetia*. Pode dizer-se que o Direito somente absorve, por *referência recursiva*, o que for *homotético*. Considerando, como é, a Sociedade o entorno do Direito, a integração (e uma certa harmonização) pelo Direito de “elementos” vindos da Sociedade somente acontece quando há *homotetia*, ou seja, quando, entre as “figuras” sociais e as “figuras” jurídicas já existentes, há uma semelhança (mínima que seja) de propriedades ou de características tal que permite inserir aquelas, sistemicamente selecionadas e juridicamente conceituadas, no sistema jurídico⁷⁰. Mas é o sistema jurídico que determina essa semelhança.

⁶⁹ “El enlace es entonces la fijación del sentido de las posibilidades abiertas mediante la estructura de un sistema emergente.” (Luhmann, 2002, p. 208). Note-se que esta “linguagem sistêmica” não fica longe de um dos postulados de Dworkin referente “à ‘estrutura do sistema’ da juridicidade, que se confinaria às ‘regras’ de conteúdo indiferente, que apresentassem um certo certificado de ‘origem’ (pedigree), e que determinados critérios permitiriam identificar, bem como distinguir de outras ‘regras sociais’ (pense-se nas normas morais).” (Bronze, 1994, p. 499).

⁷⁰ “Pode haver, entretanto, *similitude*, identidade das *razões jurídicas*, que animam alguns sistemas jurídicos. Na linguagem sistêmica, dir-se-á, propriamente, que há *homotetia* quanto ao ponto precisamente regulado pelas legislações conformes.” (Arnaud; Dulce, 2000, p. 392).

Analise-se, no entanto, a afirmação de Luhmann (1998a, p. 223) de que “todo procesamiento de información parte de las diferencias y no de las identidades (por ejemplo, las razones).” Mas,

Para hacer posible esta forma mediante la repetición, el sistema tiene que reconocer las operaciones en su calidad de operaciones reiteradas; es decir, el sistema debe tener la capacidad de identificarlas. Y tiene que hacerlo en situaciones cambiantes, o sea, ser capaz de generalización. Spencer Brown comprende este complejo como la unidad de condensación y confirmación de las operaciones recurrentes del sistema. La condensación presupone y sedimenta identidades; la confirmación produce la semejanza, en situaciones que en cada caso son diversas. En el medio del sentido, esto posibilita una unidad experiencial de identidad y horizonte; un núcleo de actualidad con significado específico que remite a un sinnúmero de otras posibilidades. (Luhmann, 2002, p. 276).

O enlace é a “fixação de sentido”, mas, note-se que

los enlaces surgen mediante selección, es decir, mediante selecciones que, con mayor o menor seguridad, excluyen posibilidades. No se trata del resultado de una inclinación natural de los procesos, los enlaces no son resultado de la aplicación de valorizaciones o normas a estados de cosas, ni de la afirmación de mejores condiciones. (Luhmann, 1998a, p. 209).

A aparente negação da possibilidade da homotetia (de e com sentido) das comunicações sociais que se tornam comunicações jurídicas pelo seu sentido específico, ou seja, pelo fato de entre umas e outras haver um ponto de contato das primeiras com as já existentes no sistema jurídico, como “estímulos que sejam essenciais para essa função especial”, é explicado por Luhmann (2002, p. 417) através da *redundância*, ou seja, através da semelhança dos elementos entre si, que “no sólo excluye las informaciones, sino que produce también informaciones en tanto que especifica la sensibilidad del sistema”. Ora,

admitida a função da redundância⁷¹ como a seleção daquelas “informações que têm capacidade de novidade” e, ainda,

Mientras más informaciones tenga que procesar un sistema, más dependerá de que haya suficiente redundancia, sobre todo para evitar errores en la consideración de las informaciones importantes. (...) Con esto ya se hace reconocible que un sistema que trabaja con redundancias establecidas rechaza el exceso de carga de la información, aunque precisamente por ello pueda adquirir niveles de finura al distinguir y al designar. (Luhmann, 2002, p. 417).

admitir-se-á que não é suficiente a “capacidade de novidade” para estabelecer novas e outras operações (jurídicas) e alterar o estado sistêmico. A existência de “semelhanças entre os elementos” é a condição de especificidade do sistema jurídico que vige no sistema social. A esta semelhança (de sentido e/ou de significado) é que se denomina *homotetia* e, por esta, a comunicação social se torna comunicação jurídica, em que a redundância, ela mesma, produz *variabilidade*, como se verá, *infra*.

Entretanto, a pergunta que resta diz com o *sentido* de que as comunicações sociais são dotadas, e os sistemas sociais funcionais, por isso, também.

4.1.1 Interpretação, argumentação e comunicação

⁷¹ “A ‘diferenciação funcional’ dos sistemas assenta, por tanto, numa ‘renúncia à redundância’ (*Verzicht auf Redundanz*), que se traduz na insusceptibilidade de os diversos sistemas se substituírem uns aos outros ou sequer se desonerarem compensatoriamente. (...) ... se a apontada (e progresivamente afinada) diferenciação dos sistemas funcionais conduziu à sublinhada ‘perda de redundância’ (*Redundanzverlust*), ela não implicou menos, e na razão directa desta última, um ‘elevado dinamismo interno’ (*hohe Eigendynamik*) de cada um dos sistemas autonomizados, viabilizador de um equilíbrio preventivo de rupturas disfuncionais ... (Bronze, 1994, p. 294).

O desenvolvimento até agora apresentado leva a que não se possa continuá-lo sem que se faça uma digressão por caminhos da hermenêutica, já que se tem dito que a estrutura sistêmica é formada por *comunicações*.

As concepções luhmannianas de *alter* e *ego* (uma peculiar *contextura*) são perfeitamente compreensíveis e denotam claramente a observação do sistema social em que se desenvolve (e envolve) o Direito como (sub)sistema social. Isso não impede, contudo, que o observador-jurista possa avocar outros critérios (até outros pré-supostos) para visualizar ou para entender o *processo* da comunicação.

São palavras de Luhmann (2002, p. 87) que

El derecho (...) se compone únicamente de comunicaciones y sedimentaciones estructurales de comunicación, las cuales desembocan en una interpretación normativa.

Ora, isso significa, a nosso ver, na linha que se está desenvolvendo, que o processo comunicacional requer um processo hermenêutico, ou um processo de interpretação, *dentro do* sistema jurídico, especialmente, admitido que a hermenêutica tenha uma função “reconstrutiva e recompositiva”.

Ora, essa função “reconstrutiva e recompositiva” não está longe – é a mesma, admita-se – que é observada por Luhmann que a descreve com outras palavras. Por isso, é momento de trazer ao texto, neste *contexto*, alguns conceitos que possam fundamentar a razão de ser das comunicações sociais no sistema jurídico, diga-se, no sistema jurídico autopoietico-hermenêutico, conquanto esta adjetivação se mostre pleonástica.

Hermenêutica é um termo que pode ser entendido como *interpretação*. Ambos os termos, contudo, encerram diversas possibilidades de... interpretação. A Hermenêutica compreende “*como dizer*”, ou “*como explicar*”, ou, ainda, “*como traduzir*”; de qualquer modo sempre um “*como*”, um “*knowing how*” e não um “*knowing that*”⁷². Ambos os termos, hermenêutica e

⁷² “O reconhecimento do carácter institucional da linguagem e a ideia de sentido como uso são outros corolários desta ‘viragem pragmática’. O que reclama um ponto de vista ‘interno’ na apreensão do sentido da linguagem.” (Lamego, 1990, p. 139).

interpretação, estiveram ligados, ao longo dos tempos, ao *como dizer*, ao *como explicar* ou ao *como traduzir* textos orais ou escritos. A Hermenêutica pretende dizer, explicar ou traduzir, por palavras o que outras palavras dizem, explicam ou traduzem. A linguagem dita, explicada ou traduzida pela linguagem. Nesse afã, foram procuradas regras para o “como”: regras que, obedecidas, permitiriam a *certeza* hermenêutica da interpretação *correta*. Método, afinal.

A preocupação pela descoberta (direta e imediata) de regras remeteu a plano secundário, ou ao esquecimento, o problema do estabelecimento das *condições de possibilidade* do dizer através do dizer ou do explicar através do explicar, porque a idéia de *método* – o do sujeito observador – aplicável a um texto imperava e colocava um reposteiro difícil de afastar para passar a porta da objetividade, dogma inquestionável na construção da certeza ou da verdade. O texto era o objeto; o método era o sujeito; a objetividade era a condição de verdade.

Por esse caminho, a Hermenêutica manteve-se como um *modo de conhecimento*, ditando regras que iam desde a análise lexical das palavras até a pretensão de saber o que o autor do texto quis dizer (e não disse, ou disse de maneira diferente). O problema da compreensão, por vezes limitado ao problema do conhecimento, abrange dois aspectos: o da relação sujeito-objeto (*problema transcendental*) e o da relação sujeito-sujeito (*problema hermenêutico*). A Hermenêutica tradicional ficou sempre na primeira dessas dimensões, buscando a construção de um conjunto de regras ou cânones para o correto entendimento de textos.

O caminho da *arte de compreender*, contudo, nunca se mostrou seguro, até que, com os estudos de Ast e de Wolf, começam a abrir-se perspectivas de conceder à *objetividade* uma outra “objetividade”, questionando as condições de possibilidade de um método, e, assim, começar a dar um cunho filosófico àquilo que se apresentava, até então, como epistemologia. A *causa próxima* desse começo está nas diferenças hermenêuticas que eram visualizadas quando se tentavam aplicar as regras da interpretação das ciências da natureza às ciências do espírito. A busca de uma hermenêutica universal era o *motu*.

O trajeto percorrido, na busca da universalidade da hermenêutica leva à hermenêutica filosófica e à filosofia hermenêutica e, aqui, ao que passou a ser chamado *ontologia hermenêutica*. A compreensão não é mais um modo de *conhecer*: é um modo de *ser*.

A grande diferença que a hermenêutica filosófica de Heidegger e de Gadamer nos traz é a retirada dos limites metodológicos da filosofia, ou seja, o denominado “*hermeneutic turn*” ou virada hermenêutica⁷³.

Encontrar método ou métodos que assegurem a “verdade” na e da compreensão não é mais o escopo da hermenêutica, na medida é que é facilmente *compreensível* que a “verdade” é uma *in-constante* que acompanha a temporalidade e a historicidade, enfim, a finitude que a compreensão compreende.

Gadamer tem o mérito de incluir em uma só *realidade* os existenciais (humanos) da temporalidade e da historicidade que, afinal, se expressam na *linguisticidade* (*Sprachlichkeit*) enquanto linguagem (*Sprache*) que pertence a uma *relação de diálogo* (com o outro, não solipsista) e de *experiência de mundo*. A hermenêutica é linguagem; a hermenêutica é acesso ao mundo.

Com Gadamer, o processo hermenêutico é criativo e produtivo, porque “é impossível reproduzir sentidos (por isto não se pode mais falar em *Auslegung*, e sim, em *Sinngebung*)” (Streck, 2004, p. 213). A hermenêutica tem, assim, uma função “reconstrutiva e recompositiva” (Vattimo, 1996, p. 144).

Daí o *linguistic turn*: o primado da linguagem, o ser-no-mundo sem o qual o mundo não é.

Então, o que diferencia não são os objetos, mas a diferença entre a *explicação* e a *compreensão*: as ciências da natureza são *explicadas*, as ciências do espírito são *compreendidas*.⁷⁴ Por esse caminho, haveria uma metodologia para as *Geisteswissenschaften* diferente da das *Naturwissenschaften*, e especialmente

⁷³ “A virada da hermenêutica epistemológica, isto é, da moderna à ontológica, expressa-se no termo e significado do *hermeneutic turn*, iniciado por Heidegger como hermenêutica da facticidade enquanto filosofia hermenêutica e levada adiante por Gadamer enquanto hermenêutica filosófica.” (ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2002).

⁷⁴ “Explicamos a natureza; há que compreender o homem”. (DILTHEY apud PALMER, 1989, p. 120). Nota-se, aqui, a influência da idéia das *subtilitas*.

porque “o termo ‘compreensão’ é reservado para designar a operação na qual a mente capta ‘a mente’ (*Geist*) de outra pessoa.” A compreensão é, então uma comunhão de espíritos, de intelectos, de mentes, própria das ciências do espírito.

Comunhão de espíritos é dita *comunicação* de sentido.

4.2 Sentido, compreensão e norma

Afirmou-se antes que as comunicações inseridas no sistema jurídico são impregnadas do “universo de sentido próprio”. O *sentido* torna-se, assim, o *diferencial habilitante*⁷⁵ de cada (sub)sistema autopoiético, de tal modo que pode falar-se em *sentido jurídico*, em *sentido político*, em *sentido econômico*, etc., e, portanto, o sentido serve à delimitação ou especificidade sistêmica, à construção dos limites do sistema, mas também de *medium* (a *differentia specifica*) que permite a observação noética de novas comunicações.

Mais interessante, contudo, é observar qual o “papel” do sentido dentro do seu sistema (ou de cada um dos sistemas sociais).

O sentido é o nexa entre comunicações unitárias e auto-referenciadas.

Los sistemas psíquicos y sociales surgieron en el camino de la coevolución. Un tipo de sistema es entorno imprescindible del otro. Las razones de esa necesidad radican en la evolución misma que posibilita ese tipo de sistemas. Las personas no pueden permanecer ni existir sin los sistemas sociales, y viceversa. La coevolución condujo hacia ese logro común que es utilizado por los sistemas tanto psíquicos como sociales. Ninguno de ellos puede prescindir de ese logro común, y para ambos es obligatorio como una forma indispensable e ineludible de complejidad y autorreferencia. A este logro evolutivo le llamamos *sentido*. (Luhmann, 1998a, p. 77).

⁷⁵ “...el sentido se constituye en la forma del mundo con lo cual se trasciende la diferencia entre sistema e entorno. El entorno se da en forma de sentido y los límites del entorno son límites de sentido, por consiguiente, se remiten, al mismo tiempo, hacia fuera e hacia dentro.” (Luhmann, 1998a, p. 79).

O sentido é um processo, “un procesamiento conforme a diferencias” (Luhmann, 1998a, p. 83)⁷⁶, mas não se tome esse “processamento” simplificaradamente como um movimento⁷⁷, já que este comparativo

dejaría la impresión de que el sentido podría ser concebido como algo dado, aprehensible, y que se podría constatar si está previamente puesto o no. (op.cit., p.81).

A pergunta, no entanto, persiste: qual é o sentido do *sentido* no sistema, já que se admite que tudo o que se processa no *sentido* deve ter sentido?⁷⁸ Esta pergunta que denota tautologia, mostra, para além dela, a reflexividade social que, através do *processamento do sentido*, leva à compreensão (atribuição de sentido). Mas “la simple aprehensión del sentido por sí mismo no es todavía comprensión” (Luhmann, 1998a, p. 89), porque o sentido apenas determina a capacidade de relação (ou de relações) entre os elementos do sistema – as comunicações – (para que este continue operando) na medida em que é *medium*. Ao ser meio ou instrumento para o operar sistêmico, o sentido liga a comunicação *atual e real* com a comunicação *potencial e possível*, ou seja, o sentido permite possibilidades de comunicações ulteriores auto-referenciadas. É o sentido que abre, indica e controla, as possibilidades *excedentes* em relação à comunicação atual. Por isso, a *falta de sentido* contém, *é*, sentido.

⁷⁶ “En su totalidad, el sentido es, por lo tanto, un procesamiento conforme a diferencias que, a decir verdad, no están supuestas como tales, sino que adquieren su aplicabilidad operativa sólo debido a la plenitud del sentido mismo (y con mayor razón, naturalmente debido al sentido adquieren la capacidad de ser expresadas de manera conceptual). La automovilidad del acontecimiento de sentido es, por excelencia, autopoiesis.” (...) “Habíamos caracterizado al sentido como un procesamiento conforme a diferencias. Podríamos decir también: un procesarse a sí mismo.” (Luhmann, 1998a, p. 83).

“Chamamos de sentido o que pode ser articulado na interpretação e, por conseguinte, mais originariamente ainda, já no discurso. Chamamos de totalidade significativa aquilo que, como tal, se estrutura na articulação do discurso.” (Heidegger, 1995, v. 1, p. 219).

“De um modo mais simples, é necessário ter claro que o sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, nem é um objeto de percepção distinto, nem sequer um intermediário entre o sujeito e o objeto. Observe-se que Gadamer, para se contrapor à hermenêutica enquanto método ou ars interpretativa, que estabelece regras sobre ‘como interpretar’, vai justamente calcar sua tese em uma ontologia hermenêutica, a qual se fundamenta na faticidade e no modo-de-ser-no-mundo do intérprete.” (Streck, 2003, p.239-240).

⁷⁷ Razão por que se usou, *supra*, “movimento” (entre aspas).

⁷⁸ “El sentido tiene sentido: esto permanece como un hecho (correspondientemente no se ponen en duda afirmaciones como: todo sentido tiene sentido, sólo el sentido tiene sentido).” (Luhmann, 1998a, p. 91).

En el nivel metodológico, nuestro concepto de sentido supera la tesis de la necesidad de una metodología especial para el ámbito del sentido. Para los sistemas constitutivos de sentido todo tiene sentido, no hay objetos libres de sentido. Las leyes de Newton, el terremoto de Lisboa, el movimiento de los planetas, las equivocaciones de los astrólogos, la sensibilidad de los árboles frutales ante el frío y las exigencias de la indemnización por daños de los campesinos: todo tiene sentido. (Luhmann, 1998a, p. 89).

É, portanto, o sentido que, por fixar os limites de cada sistema (social) específico, determina a diferenciação sistêmica com o seu entorno, expressando-se, então, não só como um critério seletivo, mas também como “um esquema disjuntivo (ou dentro ou fora), que não admite terceiras opções, um *Entweder/Oder* relativo a cada sistema, próprio e exclusivo de cada um deles” (Amado, 2004, p. 309). E mais: é o próprio Direito que cria o seu sentido, o que é facilmente aceito na medida em que o sentido, repete-se, é parte essencial (imprescindível) do *instrumentarium* operativo, sem o qual o sistema jurídico não seria jurídico.

Disse-se que o processamento de sentido leva à compreensão, ou seja, o processamento (atribuição) de sentido é o *compreender*. Antes, porém, de desenvolver mais estes conceitos, necessário se faz voltar às idéias de *informação* e de *comunicação*., até para definir o “papel” social e jurídico da *linguagem* e não confundir a realidade *linguagem* com as realidades *informação* e *comunicação*.

Como nos diz Luhmann (1998a, p. 141), para explicar a comunicação recorre-se, comumente, à metáfora da “transmissão”, dizendo que “a comunicação transmite notícias ou informação do emissor ao receptor”, mas

La metáfora de la transmisión es inservible porque implica demasiada ontología. Sugiere que el emisor transmite algo que es recibido por el receptor. Esto no es el caso, simplemente porque el emisor no da nada, en el sentido de que pierda él algo. La metafórica del poseer, tener, dar y recibir no sirve para comprender la comunicación. (op. cit., p. 142)

Além disso, o tropo mencionado “coloca o essencial da comunicação no ato da comunicação”, voltando a atenção apenas para o emissor a quem se atribui a exclusividade das habilidades do comunicar, e, até por isso, “exagera a identidade do que se transmite” (op. loc. cit.). A comunicação, contudo, é uma unidade (sempre é *seleção*) de três números (*cifras*), a saber: (1) a *representação*, i.e., “a própria seletividade da informação”; (2) a *expressão*, ou seja, “a seleção do seu conteúdo”⁷⁹; (3) a *apelação* que significa “a expectativa de uma seleção de aceitação” (op. cit., p. 143)⁸⁰, o que se pode também referir como *unidade de informação, ato de comunicar e ato de entender*. Ou, ainda, mais facilmente, como: a expressão ou a transmissão (*Mitteilung*), a informação (*Information*) e a compreensão (*Verstehen*).

A tríade unitária mencionada conduz à compreensão por parte do receptor . E somente se houver recepção é que se pode falar de comunicação, já que

A comunicação não se esgota na dimensão psicológica ou individual, pois aquela função da comunicação apenas é cumprida na medida em que a transmissão (*Mitteilung, utterance*) com pretensões de informação, que um indivíduo leva a cabo, seja seguida da compreensão (*Verstehen, understanding*) por parte de, pelo menos, outro indivíduo. (Amado, 2004, p.305).

Na observação sociológica, necessário é que aqui seja trazida a dicotomia *alter/ego* usada por Luhmann na apreciação das comunicações sociais:

Frente a cualquier articulación de sentido la dimensión social tiene una independencia que acomete todo, de lo que resulta que frente a las perspectivas del *ego* se toman también en cuenta una (o muchas) perspectivas del *alter*. Entonces, a cualquier

⁷⁹ “Traducido a nuestro lenguaje conceptual, ‘expresión’ no quiere decir otra cosa que la autopoiesis de la conciencia, y ‘sentido’ o ‘significado’ quiere decir la necesidad de obtener estructura en la forma de una relación intencional con algo.” (Luhmann, 1998a, p. 146, *in fine*).

⁸⁰ Visto, então, que cada um dos elementos da comunicação contém três seleções diferentes, sendo assim auto-referenciais, daí “se infiere respecto de la teoría de sistemas que no puede existir ninguna correlación correspondiente entre el entorno y la comunicación. A la unidad de comunicación no le corresponde nada en el entorno. La comunicación aparece, por lo tanto, necesariamente como proceso de diferenciación, y la simple comprensión de la complejidad del entorno se convierte en un problema de comunicación que ocupa mucho tiempo.” (Luhmann, 1998a, p. 145).

sentido se le puede exigir también una referencia a lo social; es decir, a todo sentido se le puede preguntar si el otro lo vive como yo o de otra manera. En consecuencia, lo social es sentido no porque se vincule a determinados objetos (hombres), sino por ser portador de una reduplicación particular de posibilidades de entendimiento. (Luhmann, 1998a, p. 95).

E necessário é também que se fixe o significado de “alter” e de “ego”:

Por lo tanto, los conceptos *ego* y *alter* no designan aquí papeles, personas o sistemas, sino horizontes especiales que agregan y cargan de peso las remisiones plenas de sentido. La dimensión social, por consiguiente, está constituida por un horizonte doble y se vuelve relevante en la medida en que en la vivencia y en la acción se perfila el que las perspectivas de entendimiento que el sistema refiere a sí mismo no pueden ser separadas de otras, es decir, que la horizontalidad del *ego* y del *alter* es imposible como resultado de una exploración ulterior. Debido a que, desde este punto de vista, el horizonte doble es constitutivo de la autonomía de una dimensión del sentido, lo social no se deja reducir a los rendimientos de conciencia de un sujeto monádico. (Luhmann, 1998^a, p. 95)

Ora, a recepção abre nova seletividade em *ego*, na medida em que ele reconhece “o caráter contingente do universo na perspectiva de ‘alter’”, ou seja, *ego* “terá de encarar vários sentidos possíveis tanto do comportamento expressivo de ‘alter’ como da informação percebida”. (Guibentif, op. cit, p.181). A nova seletividade de *ego* constitui uma seleção atualizada, ou seja, “constituye su próprio horizonte, aquello que selecciona ya como selección, es decir, como información.” (Luhmann, 1998a, p. 142). A comunicação acontece, então, se *ego* realizar três seleções simultâneas (ou em uma tríplice seleção), a saber: (1) a resultante do reconhecimento do “caráter contingente do universo na perspectiva” do emissor; (2) a dos vários sentidos advindos, quer da expressão (comportamento), quer da informação recebida; (3) a resultante de saber que *alter* está antecipando que as alternativas são necessariamente tomadas por *ego*. Assim feito, acontece a comunicação e, com esta, uma nova seleção: (4) a aceitação ou a rejeição. Esta última seleção “poderá vincular a

comunicação operada a uma nova operação de comunicação (Guibentif, 2004, p. 181). Mas, note-se,

la aceptación y el rechazo de una selección exigida y comprendida, sin embargo, no forman parte de la acción comunicativa; son actos de enlace. (Luhmann, 1998a, p. 148)

Ressalte-se que é a comunicação, então, que *faz existir* a sociedade. Há comunicação, logo há sociedade; e somente há comunicação no *meio* da sociedade. Como a comunicação pressupõe ou exige a seleção de um entre os vários sentidos advindos da expressão e da informação, ao ter lugar na sociedade, tem, ao mesmo tempo, lugar em um e somente em um (sub) sistema social específico (funcionalmente diferenciado) em que se insere o sentido selecionado.

A comunicação leva à compreensão, manifestando-se esta não somente pela tríplice seleção e conseqüente aceitação ou rejeição, mas também pela abertura de possibilidades de novas comunicações, ou seja, de novas operações do sistema que assim o mantêm e desenvolvem.

Note-se, ainda, que “a comunicação é possível sem intenção de comunicar”, bastando para tal que *ego* consiga observar “uma diferença entre informação e ato de comunicar”. Do mesmo modo, é possível comunicar sem o uso da linguagem, como

por ejemplo, por medio de una sonrisa, miradas interrogantes, vestimenta, ausencia y, en general, por desviarse de las expectativas cuyo conocimiento se puede dar por probado. Pero siempre debe ser posible interpretar el acto de comunicar como selección, es decir, como autodeterminación de una situación con doble contingencia percibida. Por eso, falta la comunicación cuando una conducta observada sólo se comprende como signo de otra cosa. Así, un andar rápido puede ser observado como signo de prisa, pero también puede entenderse como demostración de prisa, de estar ocupado, de no querer ser abordado, etcétera, y ser producido con la intención de provocar tal idea.” (Luhmann, 1998a, p.151).

A linguagem não é, portanto, elemento necessário nem suficiente da comunicação, mas é um *meio* que tem por função fazer *provável* a compreensão da comunicação pela generalização de sentido com a ajuda de símbolos “que - a diferencia de las denominaciones a algo distinto - son *aquello mismo que designan*” (Luhmann, 1998a, p. 106).⁸¹

O sistema jurídico é, portanto, constituído por comunicações de *sentido* jurídico. Estas comunicações e as “sedimentações estruturais de comunicações” levam à compreensão normativa, conduzem à norma. Luhmann, no entanto, não vê o termo *norma* como um elemento estrutural que não possa mais ser dividido - “a última explicação”⁸² - ao mesmo tempo que admite não se poder imaginar que a vida social seja possível sem normas.

Pero existe - fácticamente, en cada momento y en cada detalle concreto - la necesidad de una reproducción racional autorreferencial (autopoiética), y con ella la necesidad de generalizaciones inmanentes a lo racional, así como la necesidad de precisar tales generalizaciones donde se vuelven riesgosas y susceptibles a la decepción. Sólo en este lugar - teóricamente subordinado y ya no “fundamental” - encaja la función de la normatización. Se desarrollan normas en la medida en que se requieren generalizaciones que valgan ser afirmadas contrafácticamente (en contra de los hechos). (Luhmann, 1998a, p.297)

Assim, para Luhmann, a norma é a comunicação (de carácter genérico) necessária para contrapor aos fatos. Entretanto, por que se usará amiúde a palavra “hermenêutica”, mister é que se faça uma pequena digressão.

⁸¹ Luhmann diferencia (e muito bem) *signo* e *senal*: “El término *señal* significa siempre el señalamiento de otra cosa - sea que en la percepción se tome algo como señal de algo diferente, sea que se tome un acto de comunicar como señal para una situación de comunicación y para las ideas que la sustentan.” (Luhmann, 1998a, p. 146). Mas advierte (op. cit., p.147): “*Sólo en el caso de la comunicación, ambas cosas coinciden forzosamente*: en el discurso comunicacional todas las expresiones fungen como señales.”

⁸² “...tampoco vemos (...) en el término de norma la última explicación de la facticidad o de la posibilidad de orden social como tal.” (Luhmann, 1998a, p.297).

4.2.1 Hermenêutica na companhia de Hermes

*Nur was wir selbst konstruieren, können wir
voraussehen.*
(Wittgenstein, 2001, p.242)⁸³

Volta-se, sem que constitua um trajeto em círculo vicioso, à hermenêutica/interpretação. Justifica-se (mais) esta digressão pela necessária comparação entre a teoria luhmanniana sobre a comunicação e a visão da hermenêutica filosófica.

Hermes⁸⁴ é o mensageiro dos deuses! É ele que transmite as mensagens dos deuses do Olimpo aos homens da Terra. É também o deus dos comerciantes (e, não por mera coincidência, mas por uma coincidência *significativa*... o deus dos mentirosos e dos ladrões!).

Hermes, como mensageiro, transmite aos homens a interpretação que ele faz das ordens do Júpiter e dos demais deuses⁸⁵. Por certo que, ao texto inicial dessas ordens, subtrai, acrescenta ou substitui palavras⁸⁶, de modo a dar aos homens o modo como ouviu, o modo como processou, as palavras iniciais que, mesmo ditas por um deus, não têm o poder de transmitir exata e

⁸³ “Só podem, os antever o que nós mesmos construímos.”

⁸⁴ Corresponde a Mercúrio, da mitologia romana. Hermes, filho de Zeus (Júpiter) e da ninfa Maia, provido de asas na cabeça e nos calcanhares, portando um caduceu, era o deus da eloquência, do comércio e dos ladrões. Era um deus jovial, de excelente vigor físico; teria inventado a lira (ou a harpa) e a flauta.

⁸⁵ “A palavra *hermenêutica* deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a idéia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram: só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram.” (Streck, 2007, p. 125).

⁸⁶ “Hermes transmitia as mensagens dos deuses aos mortais, quer isto dizer que, não só as anunciava textualmente, mas agia também como ‘intérprete’, tornando as palavras inteligíveis – e significativas -, o que pode obrigar a uma clarificação, num aspecto ou noutro, ou a um comentário adicional.” (BLEICHER, 1992, p. 23).

“Mesmo o simples dizer, afirmar ou proclamar é um acto importante de interpretação.” (PALMER, 1989, p. 25).

inequivocamente o pensamento desse deus, nem de serem ouvidas com o sentido⁸⁷ que Júpiter lhes teria querido imprimir.

Entende-se que Hermes, por ser o deus da eloquência, seja também o dos comerciantes a quem se exige, para o seu sucesso, uma especial arte de convencer o cliente. Mas a significância dessa coincidência, no mesmo deus, o das mensagens e o dos comerciantes, mostra que também estes recebem determinada mercadoria e lhe acrescentam o legítimo (quando é legítimo) lucro, subtraem alguma peça ou alguma quantidade e empacotam, substituem algo, antes de passar a seu cliente. Em ambas as situações, a de mensageiro e a de comerciante, entre o inicial e o final, algo se modificou. A mensagem (o texto), a coisa comerciada e a coisa subtraída têm, em comum, o fato de serem coisas que *enganam!* Enganar não significa prejudicar, diga-se. Melhor, são coisas de que é preciso *des-confiar!*⁸⁸

É preciso *des-confiar*⁸⁹ da mensagem de Hermes, mesmo que este seja o deus intermediário, mas porque o é da eloquência em que falar muito (e em bom som) não significa que diga tudo⁹⁰. É preciso retirar uma confiabilidade prévia (para a substituir por uma *condição de possibilidade*) de que *tudo* foi dito por ele para colocar nessa mensagem transmitida o homem fático com a sua compreensão.

⁸⁷ “O caráter da interpretação de Gadamer é sempre produtivo. É impossível reproduzir um sentido. O aporte produtivo do intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão. Como já se viu, é impossível o intérprete se colocar em lugar do outro.” (STRECK, 2004, p. 207).

⁸⁸ *Confiar* é fiar-em-alguém, crer com ou em alguém; *des-confiar* é retirar esse crer com ou em alguém. *Des-confiar* pressupõe, portanto, um inicial con-fiar. A propósito da *Confiança*, leia-se Luhmann (1996).

⁸⁹ Não se estranhe o uso da palavra *desconfiar*. Tome-se *des-confiar* no seu significado mais benévolo, tendo presente: “Em SCHLEIERMACHER, teólogo alemão protestante considerado o ícone e o ponto de partida da hermenêutica contemporânea, tal ênfase colocou de cabeça para baixo a pressuposição que até então havia tomado corpo na história da hermenêutica. Instaure-se, pois, uma desconfiança básica sobre a compreensão imediata do homem.” (Silva Filho, 2003, p. 15).

⁹⁰ Necessário é que se tenha presente a diferença entre *informação* e *comunicação*. “Por conseguinte, quanto maior é a informação, tanto mais difícil é comunicá-la de algum modo; quanto mais claramente comunica uma mensagem, tanto menos informa.” (Eco, 1992, p. 152).

Heidegger (1995, p. 223) diz-nos: “A compreensão não se origina de muitos discursos nem de muito ouvir por aí. Somente quem já compreendeu é que poderá escutar. (...) Falar muito sobre alguma coisa não assegura em nada uma compreensão maior.”.

É preciso *des-confiar* do texto legal! A tradição (dogmática, exegética, legalista) diz⁹¹ com uma con-fiança *cega* com o texto legal, porque nada mais há que ver do que aquilo que ali está! O texto legal foi erigido a um deus de eloquência, ao próprio Hermes, capaz de nos dizer *tudo* para a *tudo* dele obedecer! O texto legal não precisa de interpretação, sonhavam! Mas, na verdade, o texto legal, depois de conhecido, é a escada que deve ser jogada fora (*Er muß sozusagen die Leiter wegwerfen, nachdem er auf ihr hinaufgestiegen ist*⁹²).

É preciso *des-con-fiar* porque é necessário “fazer aparecer o invisível”. Hermes, em seu papel, faz aparecer aos homens o invisível deus que mandou o “recado”, recado este que sempre conserva algo de invisível, algo que os homens receptadores da mensagem têm de *descobrir*.

Para *descobrir* a invisível e a inaudível mensagem, e o invisível ou o inaudível da mensagem, o homem grego tem de entrar na *Ágora*, ao cair da noite, queimar incenso na lareira, acender as lamparinas, ofertar uma moeda a Héstia, a sempre virgem deusa de todos os lares e de todos os templos, e, voltado para Hermes, dizer-lhe, ao ouvido, a pergunta cuja resposta pretende. Logo a seguir, tapa com suas próprias mãos seus ouvidos e sai da *Ágora*. Somente quando estiver fora, destapa os ouvidos e a primeira voz que ouvir fornece-lhe a resposta do deus. Hermes não lhe dá a resposta *lá dentro*; Hermes não lhe responde *diretamente*; Hermes serve-se *de outrem* para dar resposta ao interessado. Mas, condição *sine qua non* para obter uma resposta, é ter entrado no templo. É *a partir de* ter estado no templo, ter cumprido o ritual do incenso, das lamparinas, do óbolo e do sussurro auricular, que *pode* obter uma resposta. É a partir do templo, porque, de outro modo, não achará a resposta ou, se resposta tiver, não será confiável, pois não virá, por Hermes, do Olimpo. Só a partir do templo, o homem pode saber!

O mito de Hermes, pelo texto acima, é de ser interpretado e, como qualquer outro texto, há que lhe imputar o sentido que está na *intencionalidade* e

⁹¹ A expressão “a tradição diz” contém, de certo modo, um pleonasma ou redundância, na medida em que o antepositivo “trad” significa *dar em mão, entregar, passar a outro, confiar*, perpassando a idéia de entregar a dicção, aquilo que se passa a outro pela fala, pelo dizer.

⁹² “Deve, por assim dizer, jogar for a escada após ter subido por ela”. (Wittgenstein, 2001, p. 280)-

na *ocasionalidade* do intérprete. Por isso e nisso, o mito de Hermes é especialmente rico, demonstrativo da sabedoria metafórica grega para a explicação do mundo. Os gregos sabiam que o invisível ou o inaudível não está no templo: está cá fora, está na vida. A pergunta tem de ser feita a quem não pode ouvir (a estátua de Hermes); a resposta procurada está no mundo circundante que o homem somente irá ver e ouvir a partir da pergunta feita no lugar certo. A pergunta não é partilhada (é segredo); a resposta é dada no mundo-da-vida⁹³.

Mas, que ouve o consulente de Hermes? Ouve o que *está disposto a* ouvir! Ele vai dar sentido a ocasional palavra ou frase, a primeira que ouvir fora do templo. Ele ouve o que *sabe* escutar; “escuta porque compreende” (Heidegger, 1995, p. 222). O sentido do que ouve é resultado da compreensão/interpretação do consulente cujo espírito está ocupado pela pergunta, pela pré-ocupação. Note-se, a boca-que-pronuncia-a-resposta não é *dona* do sentido de uma resposta específica ao consulente; este é que vai *dar sentido* às palavras ouvidas.

Isto é a hermenêutica de que nos aproximamos. O consulente de Hermes ouve *mais*, ouve *além* do que o acidental falante diz. Porque ele *produz sentido* ao que foi dito (quicá, com diferente sentido do subjacente inicial), o consulente não analisa semanticamente as palavras ouvidas, não pode (não é capaz de) ouvir apofanticamente a literalidade dos significados das palavras – como se as palavras tivessem significados uníssonos -. A resposta ouvida não é *reproduzida* como frase: é *produzida*, como resposta à preocupação, o que *ali se deixa ouvir*.

Isto é a hermenêutica de que nos aproximamos. Pode imaginar-se que dois consulentes de Hermes, em ocasiões diferentes, tenham *ouvido*, ao sair do tempo, exatamente a mesma frase. As perguntas, no entanto, feitas por cada um deles, em segredo, são diferentes. Diferentes são também os pré-conceitos, as historicidades de cada um deles, as intencionalidades de cada um deles, pelo que, com a mesma frase, vão *ouvir* diferente. Cada um deles vai *des-cobrir*, na frase ouvida, a resposta à pergunta feita no silêncio do templo.

⁹³ “A compreensão enquanto abertura do pre sempre diz respeito a todo o ser-no-mundo.” (Heidegger, op, cit. p. 209).

A resposta obtida é *aplicada* pelo *descobrimento* ou é *descoberta* pela *aplicação*. O angustiado consulente, ao sair do (metafísico) templo, retira as mãos de suas orelhas, descobre-as para encontrar a resposta⁹⁴: tem de abrir os ouvidos ao mundo porque é o (seu) mundo que lhe vai responder. E ao ouvir, ouve o que *está disposto a aplicar*, ouve o que *sabe aplicar* à sua angústia, à sua pergunta, ao seu problema – afinal, “a situação concreta de que fala a filosofia prática” (Streck, 2004, p. 260). É a *praxis* (gadameriana)⁹⁵ que o vai constituir, *instituir-com-o-mundo*.

Isto é a hermenêutica de que nos aproximamos. Não há compreensão/interpretação sem aplicação⁹⁶. Ele, o paciente oracular, compreende a resposta porque essa resposta é já sempre aplicação ao seu perguntar.

Há que se ter claro, portanto, que o momento do acontecer (*Ereignen*) do sentido, que é único, individual, ocorre na compreensão que se manifesta aplicativamente (*applicatio*). (Streck, 2004, p. 260).

E o consulente oracular, o bom entendedor a quem meia-palavra basta, já produziu sentido. Já tornou *comum* aquilo que ainda não era: estabeleceu comunicação.

⁹⁴ “Um dos aspectos mais relevantes dessa experiência oracular é a atitude do consulente de se pôr à disposição para ouvir – fora do seu santuário – o que Hermes quer lhe comunicar. Justificaremos mais adiante que o *ouvir* é a condição *sine qua non* da hermenêutica filosófica, presente *ab initio* na filosofia.” (RODHEN, 2002 p. 159).

“Escutar é o estar aberto existencial da pre-sença enquanto ser-com os outros”. (HEIDEGGER, 1995, p. 222).

⁹⁵ “Nesse sentido, vale lembrar a distinção que Aristóteles faz das atividades humanas: a teorética (*theoria*), que é puramente cognitiva, a poiética (*poiesis*), que tem o próprio fim no objeto produzido, e a prática (*praxis*), atividade que tem o próprio fim em si. Assim, em Aristóteles a atividade teorética é superior à poiética, como também à prática, porque é totalmente desinteressada, livre, fim para si mesma. Já em Heidegger – se for possível fazer essa analogia com as fases descritas em Aristóteles – a atividade teorética deriva da disposição poiética, no sentido de que o homem, ao ocupar-se com um meio utilizável, termina por considerá-lo simplesmente presente, ou no sentido de que a ciência nasce sempre de uma tendência à utilização das coisas (*Ser e Tempo*, parágrafos 4 e 9). Veja-se que Heidegger vai dizer no texto *Fenomenologia e teologia* que a vida humana é práxis e não poiésis. Desse modo, ‘enquanto em Aristóteles a filosofia prática é apenas uma parte, e nem mesmo a mais importante, para Heidegger ela ocupa inteiramente a compreensão e a constituição do *Dasein*, isto é, é ela mesma a ontologia fundamental’.” (Streck, 2004, p. 256).

⁹⁶ “Afinal, não é demais lembrar, novamente, que a compreensão e a aplicação não acontecem em ‘etapas’: *simplesmente coincidem!*” (Streck, 2004, p. 250).

A digressão feita “na companhia de Hermes” quer ressaltar que as comunicações sociais não estão “isentas” de interpretação, porque compreensão e interpretação são um mesmo momento. Note-se, entretanto, que não se está falando de consenso e dissenso. entre “alter” e “ego”.

4.3 Uma preliminar visita à norma jurídica

A teoria luhmaniana para sua compreensão exige o conhecimento de, no mínimo, outras quatro grandes teorias: a teoria dos meios de comunicação, pois sem o domínio do conceito de comunicação não se pode entender a noção de sistema social; e teoria da evolução, desde uma perspectiva crítica da mudança social; a teoria da diferenciação, verdadeiro motor da sociedade; e a teoria da autodescrição, caracterizada por uma perspectiva chamada de autopoietica. (Rocha, 2003, p. 310).

A vontade de sistema, como intenção de ordenar o saber numa ciência de totalidade, aparece nitidamente no campo do Direito. Influenciados pelas ciências naturais e seus métodos classificatórios, taxionômicos, os juristas procuraram aplicar esses métodos para ordenar os seus conhecimentos. Isso não significa que não se possa ver antes, já no Direito Romano, tentativas de sistematização, desde o definir, classificar e ordenar até às *Institutas* de Gaio que apresenta o que se pode identificar como um sistema. Mas é efetivamente bem mais tarde, como referimos adiante, que aparece nítida a vontade de sistema no Direito.

O Direito é uma realidade. Mesmo que não saibamos dizer com precisão o que seja o Direito, vivemo-lo e vivenciamo-lo diariamente, a todo o instante.

Nessa constatação de vivência permanente, fácil pareceria dizer de onde nasce o Direito, como se forma o Direito, ou seja, quais são as suas fontes.

Se fizéssemos uma pesquisa de opinião (*doxa*), talvez nos deparássemos com uma maioria de respostas no sentido de que o Direito nasce das leis feitas pelos legisladores. E se déssemos crédito científico a estas respostas majoritárias, podíamos, com alguma margem de erro, mas podíamos dizer, que o Direito nasce das leis e as leis nascem dos legisladores, ou, então, que a *causa* das leis é o legislador e que a *causa* do Direito são as leis. Por outras palavras: as leis são *efeito* do legislador e o Direito é *efeito* das leis.

O pensamento que leva a tirar ilações do tipo *causa-efeito* é o pensamento predominante nas ciências ditas *naturais*, em que os mesmos fenômenos são sempre efeitos das mesmas causas. A grande preocupação das ciências da natureza foi determinar as *relações de causalidade*, isto é, estabelecer o *que é causa de que efeito*. Essa preocupação foi transportada para o Direito, tendo os estudiosos procurado estabelecer cadeias contínuas de causalidade, ora por hierarquização de normas, ora por nexos dedutivos de conceitos, sem, contudo, obter resultados satisfatórios (mas, muitas vezes, denominando sistema a esse raciocínio). É que, se cientificamente, pareceria certo o raciocínio empírico assim apresentado, a racionalidade pragmática não o poderia admitir: alguma coisa estava errada, fosse o ponto de partida, os meios utilizados ou, mais claramente, o ponto de chegada. Não chegava a nada. Não haveria, portanto, que aceitar tal tese e, sim, desconfiar do tal método científico com a idéia de que era capaz de resolver tudo.

Por outro lado, admite-se, desde os primórdios, que o Direito deve ser ou deve ter uma ordem, pois seria inerente à sua própria natureza ou ao seu âmago. A mesma ordem que se procurava descortinar no mundo, pela obra perfeita de Deus, era transportada ao mundo do Direito, ao Direito mesmo. No entanto, este era reduzido a um conjunto de ordens, de mandamentos, que todos deviam obedecer ou porque provinham de um chefe - com mandato divino - ou porque provinham diretamente de Deus. Temos assim um Direito dito *natural*, não só porque conforme à natureza do homem, mas também

porque conforme à vontade divina. E se esta ordem no mundo e do mundo constituiria um sistema, também o Direito, por essa sua natureza, seria um sistema. Temos, assim, o que podemos designar por uma visão naturalista da concepção de Direito como sistema.

Esta idéia de sistema não fica, no entanto, restrita ao modo de ver dos naturalistas e perpassa aos positivistas. As codificações são a concretização da vontade de sistema, além do mais, capaz de "tudo resolver".

A vontade de sistema mostra-se em Kant, mas a sua intenção não resulta em mais do que "uma teoria racional do direito" que tem como "conceito fundamental da experiência jurídica o conceito de posse", nos dizeres de Bobbio (1995, p. 91). Também Savigny apresenta o seu célebre *Sistema do Direito Romano Atual*. Na verdade, a palavra sistema difunde-se rapidamente nas matérias jurídicas, chegando a ser usada como sinônimo de "tratado" e, até, de "compêndio". Mas, está claro que não é esse tipo de construção que se persegue na observação/compreensão do Direito. Assim, como introdução aos pensamentos seguintes, permita-se, ainda, um reforço metafórico da idéia de sistema:

Se puede decir que la teoría tradicional enfoca los problemas generales del derecho con la categoría de norma jurídica, de la misma forma que las distancias se miden en metros. Ni el concepto de "metro", ni la categoría de norma son objeto de descomposición. Se presupone que son unidades dadas, que sirven precisamente para descomponer o medir "todos" más amplios. La norma es un todo en sí misma o una "parte" que sumada a otras daría lugar a un "todo" llamado "derecho". Para expresarlo con la metáfora también de Bobbio (1956: 161), se consideraba el árbol, pero no el bosque y se pensaba, además, que el bosque era igual a la suma de los árboles. Estos cuatro siglos han trabajado, pues, con la idea de todo / parte y no con la idea de conjunto / elemento. (Serrano, 1999, p. 105).

Como foi exposto, a terminologia que aqui se emprega leva a considerar a idéia de *sistema/estrutura*, mas isso não desnatura as comparações que o ilustre Autor faz. Na verdade, nos últimos "quatro séculos" o estudo centrou-se

(quase) exclusivamente na norma jurídica⁹⁷, como ente ou mónada que, isoladamente, bastava ao estudo do Direito. Era um “método analítico-sintético”⁹⁸ pelo qual se procurava primeiramente “desmontar” (analisar) em peças ou pedaços e, depois, reunir (sintetizar) de novo essas peças, sem que se desse atenção, ou, pelo menos, importância à *relação* entre esses pedaços. Como diz Serrano (1999, p.105), era uma saber *analítico* porque “acreditava que estudando cada uma das árvores se compreendia o todo (ordenamento jurídico)”; era *atomista* porque “acreditava que havia uma unidade (a norma) que não podia decompor-se mais”; e era, ainda, *mecanicista* porque acreditava que, tal como um relojoeiro, deveria separar cada uma das peças do relógio jurídico para depois reuni-las.

Hoy, a finales del siglo XX, sabemos que los bosques son un conjunto de árboles y *algo más*, de la misma forma que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas y algo más; que si estudiamos sólo los árboles y olvidamos, por ejemplo, su relación con la atmósfera o el agua, jamás sabremos lo que es un bosque, de la misma manera que si estudiamos normas (reglas o enunciados) e no, por ejemplo, principios constitucionales jamás sabremos lo que es el derecho. Sabemos que las normas no son unidades indivisibles, previamente dadas por convención, sino construcciones relacionales y probabilísticas más parecidas a los quantum de energía que a los átomos. Y sabemos, finalmente – utilizando ahora la significativa metáfora del profesor Sampedro -, que un relojero podría descomponer las “partes” de un gato, como descompone las piezas de un reloj, pero podría recomponer el reloj y nunca el gato, por la sencilla razón de que el gato no tiene sólo cabeza, tronco y extremidades (partes) sino también ADN, sangre, células, etc.

⁹⁷ É expressivo o pensamento de Bobbio (1989, p. 20; 1991, p. 154): “Uma rápida visão da história do pensamento jurídico nos últimos séculos nos dá uma confirmação do que até aqui afirmamos: do famoso tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, de Francisco Suárez (1612), aos tratados mais recentes de Thon e de Binding, de que falamos no livro precedente, fica claro desde os títulos que o objeto principal da análise e o verdadeiro *elemento primeiro* da realidade jurídica é a norma em si. (...) Repetimos que a norma jurídica era a única perspectiva através da qual o Direito era estudado, e que o ordenamento jurídico era no máximo um conjunto de normas, mas não um objeto autônomo de estudo, com seus problemas particulares e diversos. Para nos exprimirmos com uma metáfora, considerava-se a árvore, mas não a floresta.”

⁹⁸ Um bom exemplo deste método encontra-se em Hans Kelsen, como Serrano nos diz: “Es él quien desatomiza y desustancializa al sistema jurídico con el paso desde el concepto sustancia – lo que implica la primacía de la jerarquía como única función ordenante – al concepto función. Si se toma su *Teoría pura del Derecho* o su *Teoría General del Derecho y del Estado* se verá que en ambos casos el estudio de la teoría del derecho está dividido en dos partes, denominadas respectivamente nomostática y nomodinámica o bien estática jurídica y dinámica jurídica: la primera considera los problemas relativos a la norma jurídica; la segunda los relativos al ordenamiento jurídico.” (Serrano, 1999, p. 106-107).

(complejidad), de forma que el mecanicismo es una ideología acientífica cuando se trata de estudiar sistemas complejos que como el derecho son la suma de partes, pero también algo más: factores de complejidad. (Serrano, 1999, p. 105-106).

Diríamos que é axiomático que o Direito não pode ser constituído apenas pela soma dos seus elementos constituintes, sem que se tomem em estudo as *inter-relações* desses elementos, isto é, sem que se veja o todo em cada parte e, em cada parte, o todo.

Como síntese da parte que contém o todo está a norma jurídica⁹⁹, matéria central do segundo capítulo centrado no conceito de sistema jurídico autopoietico.

4.4 O conceito de sistema jurídico autopoietico

O objeto de observação do estudioso é a Sociedade como um todo, todo este que existe *realmente* como um emaranhado de comunicações. Esta teia de comunicações pode ser dividida, para efeito de observação, em diversas redes de comunicações. O critério para proceder a essa partilha da visão global é o *sentido*. Formam-se, assim, vários sistemas parciais de sentido.

A “divisão” de que se fala é uma operação noética do observador determinada pelo sentido comum das comunicações sociais, sendo assim possível abstrair tantos (sub)sistemas *quantos sentidos fizerem sentido* no seio da Sociedade, através das *diferenciações* que cada um dos (sub)sistemas apresenta. Diga-se, entretanto, que a própria Sociedade, nas suas comunicações sobre

⁹⁹ Diga-se, desde já, com Teubner (1989, p. 739): “Law is defined as an autopoietic social system, that is, a network of elementary operations that recursively reproduces elementary operations. The basic elements of this system are communications, not rules; law is not, as analytical-normativist legal theories have it, a system of rules.”. [Traduz-se: O Direito é definido como um sistema social autopoietico, isto é, uma rede de operações elementares que reproduz recursivamente operações elementares. Os elementos básicos deste sistema são comunicações, não normas (ou regras); o Direito não é, como as teorias legais analítico-normativistas a têm, um sistema de normas.]

comunicações, *sabe* separar os diversos (sub)sistemas que nela existem, exatamente pela qualidade dessas comunicações, ou seja, pelo sentido que portam. Ao abstrair um determinado sistema, quer a Sociedade, quer o observador, faz a distinção entre esse sistema e o seu entorno – que não é um sistema, *de per se* – porque cada sistema abstraído do meio social tem o seu próprio entorno.

Ao observador cabe, portanto, organizar teoreticamente o que ali tem como objetos – ou seja, construí-los como objetos -, e, se neles pode *distinguir as distinções*, construir conceitos (e classificações) que sejam capazes de diminuir a complexidade com que se apresentam na realidade, ou seja, na própria Sociedade. O observador cria, então, *um sistema sobre o sistema* existente na Sociedade, para poder “melhorar o poder explicativo” da teoria básica da sua observação, ou seja, cria uma *comunicação sobre as comunicações* (parciais) sociais, ou seja ainda, cria um *discurso*¹⁰⁰

Agora, o discurso do observador, construído sob a compreensão do sentido do sistema, considera – tem de considerar – também a compreensão da intenção e a das conseqüências de determinadas comunicações, o que, no caso do sistema jurídico especificamente, requer que esteja preparado para isso, conforme as palavras de Luhmann, ou seja, que *o seu sentido* esteja voltado para o sentido dessas comunicações. Somente assim o observador pode *ver* os limites do sistema e considerá-lo *operativamente fechado*, se bem que *cognitivamente aberto*, como se disse *supra*.

O sentido do observador voltado para o sentido das comunicações pode ser o do sociólogo ou o do jurista. Aquele vê o sistema social de fora; este, vê-o de dentro, repetindo Luhmann. As duas posições, contudo, não são excludentes entre si, na medida em que a interdisciplinaridade é absolutamente necessária à compreensão e à descrição do sistema.

¹⁰⁰ *Discurso* não é termo a que Luhmann dê atenção, senão quando analisa a teoria da argumentação. Deve-se dizer que o termo *discurso* aqui usado não reflete qualquer inclinação prévia ou certa para as teorias da argumentação jurídica. O emprego, aqui, do termo *discurso* será esclarecido *infra*, ao tratar-se da *norma* jurídica.

Então, o sistema jurídico é uma instância da racionalidade teórico-explicativa como espaço de (re)construção noético-normativa do sistema social autopoietico selecionado por comunicações de sentido sob o código direito/não direito.

Esse conceito leva a que se trate mais detalhadamente da norma jurídica como comunicação sedimentada de sentido.

CAPÍTULO II DAS FONTES ÀS NORMAS

Con todo, el sistema no se ve frente a la tarea de producir un contexto cognitivo y de clausurarse operativamente en ese contexto, aunque si se ve en la necesidad de producir un contexto normativo.
(Luhmann, 2002, p. 137).

A idéia de norma jurídica tem ocupado o centro das diversas teorias do Direito¹⁰¹. Como ponto comum destas teorias pode dizer-se que o conceito de norma gira à volta da idéia de que se trata de uma proposição bimembre constituída pela descrição de um fato possível – a *hipótese normativa* (precedente para os filósofos) – a que se imputa uma *conseqüência* (estatuição ou sanção, conseqüente para os filósofos)¹⁰².

À luz da teoria dos sistemas e, especialmente, à luz da concepção luhmanniana de sistemas sociais, a norma é observada como “realidade” social, como *fato*, e, sendo assim, vem com uma caracterização mais rica, dir-se-ia, que melhor elucida o “papel” da norma na Sociedade e no sistema jurídico.

Antes, porém, de se entrar, no que concerne à norma, na apreciação da teoria sistêmica luhmanniana (que é o marco teórico do desenvolvimento), faça-se uma digressão de caráter teórico-analítico-crítico, um panorama, pelas

¹⁰¹ “Las ‘teorías del derecho’ que surgen en la práctica jurídica o en la docencia del derecho son, junto con los textos del derecho vigente, la forma en la que el derecho se presenta como resultado de las interpretaciones. En este sentido, las interpretaciones son producto de la autoobservación del sistema jurídico, pero no por ello son teorías de reflexión de la unidad del sistema (del sentido del derecho, de su función, etcétera), como para que de allí se extraigan consecuencias que consoliden expectativas.” (Luhmann, 2002, p. 63).

¹⁰² “C’est pourquoi la structure du système juridique, dans la mesure où elle prend de forme de programmes de conditions, ils établissent une relation de type ‘si A alors B’ entre les conditions (à vérifier d’un point de vue cognitif) et l’attribution du caractère normatif. » (Luhmann, 1986, p. 178). [Traduz-se: “Isto porque a estrutura do sistema jurídico, na dimensão onde toma a forma de programas de condições, estabelecem uma relação do tipo ‘Se A, então B’ entre as condições a verificar sob um ponto de vista cognitivo) e a atribuição do caráter normativo.”].

concepções de diversos autores, incluindo aí o problema das *fontes* do Direito, ou seja, faça-se uma breve digressão como observador de segundo grau.

1 O Direito como dimensão da normatividade

A normatividade do direito positivo refere-se a si mesma.
(De Giorgi, 2006, p. 180)

Procura-se, agora, adentrar em uma breve análise do sistema como dimensão da normatividade jurídica. Justifica-se essa incursão, já que a construção sistêmica pareceria (ou seria, mesmo) incompleta sem que se avaliasse o seu caráter normativo, no sentido da possibilidade ou capacidade de gerar normas jurídicas.

A digressão que se faz pelo problema das fontes do Direito está diretamente ligada ao modo como se constitui e se manifesta o Direito. Quando se diz “manifesta o Direito” está-se já dizendo que nessa problemática se insere o Direito *positivo* (posto) vigente, ou, ainda, a natureza *objetiva* do Direito. Ora, esse é o próprio problema Direito. Por outras palavras: o problema centra-se (de novo) na concepção de Direito, incluindo-se, aqui, até como um problemático corolário, a juridicidade sistêmica em si mesma. Dir-se-á, contudo, não longe do que é efetivamente, que não há como separar o problema filosófico da constituição do Direito e o problema teórico da manifestação do Direito, o que é uma variável “agravante” no tratamento dessa matéria. Admitida, pois, a indissociação filosófico-teórica, justifica-se do mesmo modo a

inseparabilidade do problema das fontes, ou seja, a concepção de Direito e o problema das fontes implicam-se mutuamente.

Neste estudo, todavia, interessam essencialmente a concepção sistêmica do Direito, a sua normatividade e as concepções a seguir expostas quanto às ditas fontes do Direito, pelo que o problema fica na implicação mútua entre normatividade sistêmica (ou sistema normativo-jurídico) e as fontes.

No desenvolvimento desse pensamento – já complexo – há, ainda, que introduzir outros elementos, quais sejam, o do(s) fundamento(s) do Direito e o da validade (normativa) do Direito. De novo, entendem-se essas duas categorias de análise interimplicadas.

Colocados os parâmetros sobre os quais há de se desenvolver o raciocínio, limite-se agora o problema a dois espaços “paralelos”: (1) fontes e fundamentos; (2) validade (vigência) e normatividade. Isso para chegar, especificamente, ao sistema visto pela dimensão da normatividade, ou, por outras palavras, aferir da validade do pensamento sistêmico-jurídico exposto.

1.1 Fundamento do Direito

A interpretação é sustentada por argumentos que, por sua vez, se distinguem porque são dotados ou não de fundamento. Os fundamentos devem ser fundamentados. Para isto, o saber jurídico dispõe de artefatos históricos – os conceitos...
(De Georgi, 2006, p. 149)

Pode o conceito clássico de “fontes” ser tratado pela categoria do pensamento (filosófico) “fundamentos”? Ou, simplificadamente: “fontes” e “fundamentos” confundem-se? Entende-se, *a priori*, que não, conquanto se descortinem alguns pontos de contato, pelo que necessário é que se leve o

estudo um pouco mais, sem, no entanto, cair na prazerosa tentação da pura especulação filosófica para cujo manuseio faltaria “engenho e arte”.

Diz-se fundamento a *razão de ser* de algo, ou seja, a *razão justificativa* de uma coisa¹⁰³. Essa conceptualização de *razão justificativa*, enquanto se afasta um pouco de Aristóteles – para quem é causa necessária ou essencial –, aproxima-se de Leibniz que alicerça a idéia de fundamento em uma conexão capaz de possibilitar o *entendimento* ou a *justificação* da coisa.

Adotado esse conceito de fundamento, a implicante pergunta é sobre o(s) fundamento(s) do Direito¹⁰⁴. Qual é, então, a *razão justificativa* do Direito? Note-se que a pergunta refere-se ao Direito como um todo (e não à *razão justificativa* de uma decisão jurídica), ou seja, reformulando a pergunta, qual é a *razão justificativa* da gênese e da existência (realidade) de um diferenciado sistema jurídico no seio do sistema social? A resposta deve ser encontrada ao nível da eidética, portanto.

Um dos problemas que se coloca à Iusfilosofia é o da *causa primeira* do Direito, ou seja, responder às indagações sobre os fundamentos do Direito, como fato existente no meio social humano.

A Filosofia, em geral, é avessa a aceitar qualquer *causa sui*, ou seja, qualquer teoria que se baseie em termos de *geração espontânea*, de efeito sem causa, e considera que afirmar, simplesmente, que o homem social é a causa do Direito é um reducionismo que nada explica ou convence e que se encontra mais próximo das histórias do Barão de Muncchausen do que uma investigação séria. Assim, o Direito não aparece por acaso, do nada.

Muito próxima da teoria da *causa sui*, estariam as teorias que explicam o aparecimento do Direito como uma *revelação* divina, como algo que o Criador inculcou no ser humano para, no devido momento histórico, surgir como uma invenção ou como uma descoberta, partindo da idéia de que a primeira regra de

¹⁰³ A palavra “coisa” é usada, ao longo do texto, no seu mais amplo sentido. Veja-se, a propósito: Heidegger (1992, p.41 e 129): “O que é então uma coisa? Resposta: uma coisa é o suporte subsistente de diversas propriedades, que nela subsistem e se modificam.”. Ainda: “Coisa é o objecto da nossa experiência”.

¹⁰⁴ Registre-se: “O direito positivo moderno torna grotesca a concepção do conhecimento dos fundamentos, assim como a idéia de que um consenso sobre os fundamentos possa lhe conferir validade.” (De Giorgi, 2006, p. 175).

Direito proibia o acesso de Adão à árvore do conhecimento e a primeira sanção foi a severa expulsão do Éden pela desobediência, ou seja, pelo descumprimento da regra posta e imposta. Estas teorias estão mais perto da Fé do que da Filosofia. Estes fundamentos aparecem nas correntes do Iusnaturalismo.

Dizer que o Direito aparece por uma necessidade humana, por causa da convivência dos seres humanos e da sua constante interação, é plausível, mas não alcança a causa primeira, a gênese do Direito. Afinal, toda a interpretação do mundo é resultado da convivência entre os homens e o Direito não refoge a essa lei. Essa necessidade humana redundava em cultura e o Direito é, então, um *fato cultural* que passa a ser estudado como a *idealização* da realidade, mercê da descoberta dos valores que são perseguidos pelo pensamento e pela atividade humana.

Tem-se visto que há quem considere que o Direito nasce quando alguém, com poder, afirma “isto é meu” e exige dos outros um comportamento que respeite a força dessa afirmação. Nasce, portanto, regras de comportamento, derivadas desse “isto é meu”, ditadas pelo chefe do clã, ou pela classe dominante, a cujo conjunto se passa a denominar *Direito*. Daí, a característica de heteronomia do Direito por as suas regras serem ditadas por outrem que exige o seu cumprimento, mediante a ameaça de sanção punitiva, fazendo-o diferente da Moral cujas regras seriam autônomas e cuja sanção se reduz a culpa, ou a remorso, ou a qualquer outro afeto. Teria estes fundamentos o Iuspositivismo.

Temos, contudo, que a causa primeira do Direito é a *responsabilidade*, o sentimento ou a noção de responsabilidade.

O homem é um ser responsável. Significa isso que é um ser capaz de responder. Responder é uma palavra composta de - *res* - e - *pondere* -, ambas latinas. *Res* significa coisa, no seu mais lato sentido que abrange também comportamento, atitude; *pondere* significa pesar, comparar, sopesar, ponderar. Responder é, assim, ponderar um comportamento, ou seja, comparar esse comportamento com um outro considerado padrão, ou ideal, ou bom. O homem é um ser capaz de pesar o seu próprio comportamento e o

comportamento do(s) outro(s)¹⁰⁵. Ora, pesar ou ponderar exige uma comparação, é uma ação que requer a relação com algo. Este “algo”, no idealismo humano, deve ser um *quid* (bom porque socialmente sedimentado) que sirva de padrão. A necessidade, pois, de estabelecer padrões (*standards*) de comportamento que possam servir de medida para os comportamentos usuais cria uma série de comunicações. E comunicações diferenciadas conforme um específico sentido, não mais um *quid* bom, deixada de lado qualquer valoração, mas sempre justificadas quer por simples aceitação, quer por (convencida) compreensão.

O Direito teria, então, nascido dessa capacidade humana de comparar ou (res)ponderar e, daí, estabelecer normas mais ou menos genéricas como *standards* de comportamento social. À série de comunicações, plenas de sentido, que são compreendidas como padrões, passa a chamar-se *Direito* (andar, agir, comportar-se *dentro do* que é direito). Com a complexidade social sempre crescente, a complexidade jurídica aumenta também, mas o fundamento, a razão justificativa, continua sendo, como regra geral, a necessidade de criar *standards* comparativos para poder *responsabilizar* o(s) outro(s) e saber como *responder* a si mesmo.

¹⁰⁵ Nesse sentido, teve-se ocasião de publicar: “O homem é um ser capaz de ponderar. Ponderar equivale, desde o seu significado etimológico, a *pesar*. Pesa-se ou mede-se alguma coisa quando se compara essa coisa com um determinado padrão (*standard*, ingl.). Pesar é, portanto, comparar a partir de um padrão, de um paradigma, de um modelo. A palavra *responsabilidade*, com a sua raiz *responder*, denota, precisamente, o ponderar (*pondere*, lat.) alguma coisa (*res*, lat.): *res+pondere*. A palavra *coisa* tem, como a latina *res* tinha, um sentido amplíssimo. Apesar de ser utilizada, principalmente em Direito, com o significado de *coisa* no sentido de algo corpóreo, a palavra latina *res* significa também comportamento, conduta humana. *Responder* é, assim, pesar a conduta ou a coisa. O homem é responsável porque pesa a sua conduta e a de seu semelhante; compara fatos, condutas, comportamentos, com padrões ideais ou com os paradigmas do senso comum. Nessa comparação, aprova ou reprova: pondera. (Mateiro, 1997, p. 13).

1.2 A responsabilidade no sistema

Nesse raciocínio, a responsabilização passa a ser *interna* ao sistema *Direito* como uma argamassa que liga todos os seus componentes, com um papel funcional quase despercebido – até por ser fundamento -, mas sempre presente em qualquer fato ou ato jurídicos, visível principalmente no plano da eficácia desses fatos ou atos. A responsabilidade não é norma como resultado operacional sistêmico, nem como elemento estrutural: é elemento operacional que limita (o número de) as operações por dar sentido ao sentido. É, portanto, em outros termos, fundamento das comunicações e razão de ser de (algumas) comunicações sobre comunicações jurídicas.

Perante este ou aquele fato, o homem *deve* comportar-se de tal maneira, é o juízo que passa a ser feito com base na responsabilidade e, se não se comportar efetivamente como tal, esse seu comportamento diferente deve ser, de novo, sopesado, comparado, para sofrer algum tipo de consequência compensatória. Por que o homem é um ser responsável, ele mesmo cria normas, *jus-tificando-as*¹⁰⁶. Por outras palavras, consentâneas com a teoria dos sistemas, diz-se que a clausura sistêmica opera na construção de normas jurídicas pelas diversas comunicações sociais argumentativas¹⁰⁷ selecionadas pelo processo filtrante do “*Recht/Unrecht*”.

O conceito de norma jurídica é, como o de fontes, bastante multívoco. Se percorrermos a doutrina, teremos de fazer um longo caminho passando pela (errônea) sinonímia entre lei (texto) e norma, e entre regra e norma, visitando expressões como proposição normativa e tantas outras do mesmo jaez.

¹⁰⁶ A justificação, no sistema social, é, muitas vezes, apenas um argumento de autoridade: “É assim que Deus quer” ou “É a lei”, esta como expressão de quem manda. A norma que, primitivamente, era uma construção noética de padronização de comportamentos passa posteriormente a ser a expressão da autoridade, porque esta é que sabe (sem precisar justificar) qual deve ser o padrão de comportamento e, portanto, de responsabilização.

¹⁰⁷ “Mas qual é a relação que existiria entre argumentação e fundamentação? Há uma diferença conceitual entre ambas, mas a passagem de uma para a outra ocorre de maneira tão fluida que a diferença (existente entre elas) dificilmente é reconhecível. Partindo de um conceito de redundância da teoria dos sistemas, se pode mostrar claramente que a argumentação visa a uma assimetria da redundância recursiva e, por isso, equivale (no fim) a uma fundamentação.” (Luhmann, 2004, p. 80-81).

Passa-se além da análise crítica dessas posições, porque se defende que o termo *norma* deve ser empregado unicamente¹⁰⁸ para significar uma proposição ou juízo que se expressa simplificada por uma frase bimembre do tipo “*se e quando A deve ser C*”¹⁰⁹, em que o primeiro membro é a *hipótese normativa* – descreve um fato possível – e o segundo, o conseqüente, é a *eficácia normativa*.

Assente-se, desde já, que a norma é uma construção intelectual. É produto hermenêutico-noético que, portanto, não se confunde com o texto da lei. É ponto assente que, de uma lei, podem ser extraídas várias normas, assim como de várias leis se extrai somente uma norma. A lei é uma das fontes, ou seja, é apenas um dos critérios ao qual se vão buscar subsídios cognoscitivos para a formulação noética da norma.

O Direito é eminentemente hermenêutico. Se se considerasse o Direito uma arte, dir-se-ia que é uma arte alográfica¹¹⁰, porque, como a música e o teatro, precisa do intérprete para “reproduzir” a obra do autor. Ver o Direito sob esse aspecto (reducionista) é, todavia, observá-lo na dimensão da lei (que essa tem autor, nem que seja o ficto “legislador”) que precisa do intérprete para se tornar norma¹¹¹, mas tal não é agora feito. Aproveitando, todavia, a “deixa”, também por esse prisma da alografia verifica-se que o Direito, como *algo-que-está-aí*, necessita de um *nous* capaz de construir, com elementos diversos, a norma que previne ou soluciona o problema jurídico ou, ainda, que é avocada *contrafaticamente*. Como ciência, contudo, e na medida em que se tem o Direito como uma ciência cujo objeto é o Direito, coloca-se o “autor” alográfico fora do Direito. Por seu lado, a norma é construção *interna* do sistema, conquanto possa

¹⁰⁸ O emprego desta palavra – *unicamente* –, aqui, denota a pretensão idealista, utópica mesmo, de que as palavras sejam sempre entendidas com um único significado certo. Tem-se plena consciência dessa impossibilidade, mas propugna-se por uma menor amplitude significativa dos termos científico-jurídicos. Por isso são termos, e não (simplesmente) palavras.

¹⁰⁹ “Mais que isso, agora o direito estabelece uma expectativa condicional, no sentido de uma relação se/então, entre conjuntos de fatos e conseqüências jurídicas, cuja execução pressupõe o exame e a seleção, ou seja um ato decisório.” (Luhmann, 1985, p. 28).

¹¹⁰ Nesse sentido: “Há dois tipos de arte: as alográficas e as autográficas. (...) O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo, distinto do texto. É a norma.” (Grau, 2002, p. 20).

¹¹¹ “O intérprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); neste sentido, ele ‘produz a norma’ (op. loc. cit., p. 21).

ir buscar elementos ao seu ambiente, mas “transformando-os” na linguagem própria capaz de coerir com os demais elementos e comunicações do sistema. O sistema jurídico é, assim, eminentemente normativo - *nomopoiético*.

Dizer que um sistema é normativo significa afirmar que esse produz normas válidas, em sentido jurídico. Desde logo se verifica a imbricação entre *normatividade* e *validade*. Diz-se que há uma correspondência biunívoca (ou identidade) entre normatividade e validade¹¹².

Tem-se visto que pensar o Direito pela idéia primordial de uma *fonte* comum de onde derivassem todas as normas não leva a resultados satisfatórios. A *grundnorm* de Kelsen, a vontade do soberano de Austin ou a norma de reconhecimento de Hart, como exemplos significativos¹¹³, mostram que o desiderato da validade não é, por aí, atingido e o problema persiste.

A normatividade tem, então, sido estudada por uma *razão originária*, sem resultados satisfatórios, pelo que deve ser encontrada uma outra razão. Pensa-se, pois, que a validade-normatividade não se alicerça em uma origem comum, mas que é um meio ou “o modo interno de trabalhar do direito” (Garcia, 1992, p. 90). A normatividade não é origem porque não é nome, mas predicado. É uma qualidade que vai impregnar elementos constitutivos do sistema, comunicações de sentido jurídico, e qualquer comunicação é sempre uma operação do sistema social. Para isso, para ser um modo interno de pensar o Direito, necessário é que todo o elemento constitutivo seja jurídico, ou seja, que haja uma unidade, e que seja (hermeneuticamente) coerente¹¹⁴ com os demais elementos. A coerência é verificada através das *comunicações*, como diz Luhmann, estas, então, já normas.

O problema da normatividade deve ser procurado, portanto, internamente ao sistema pensado sobre o sistema observado (reflexividade), e não nas fontes ou origens, porque estas são externas ao sistema jurídico. A qualidade

¹¹² Aqui se deixa de antemão dito que “discursos de justificação que trata(ria)m de validade de normas nada mais são do que aplicação.” (Streck, 2006, p. 145).

¹¹³ Acrescente-se, ainda, Alchourron; Bulygin (1993, p. 103): “Hemos definido el sistema normativo como sistema deductivo que tiene consecuencias normativas, para lo cual es necesario que en la base del sistema figure por lo menos un enunciado normativo.”

¹¹⁴ Ver-se-á adiante que a coerência referida é *de sentido* (e de *normatividade*).

normativa é adquirida *dentro do* sistema: é o próprio operar do sistema. Ora, o sistema é instância de inteligibilidade (de clausura operacional) e somente neste nível, e não no nível cognoscitivo (para o qual o sistema é aberto), é possível construir noeticamente a norma. A normatividade é, pois, qualidade, que o pensamento há de dar à norma construída para que esta, no sistema, não fira a unidade dele, nem se preste a tornar incoerente qualquer das comunicações que estruturalmente vai provocar. A verificação da unidade e da coerência é, como se verá, um processo retórico-argumentativo necessário, mas não suficiente em si mesmo. Há que acrescentar a idéia de responsabilidade, subjacente como um líquido amniótico ou âmnico. Por outras palavras, a validade-normatividade revela-se na medida em que o juízo contiver *coerência de sentido*¹¹⁵ com os demais juízos (com o sistema) e ditar uma resposta comportamental-responsável que possa ser considerada um padrão.

Deixou-se já explicitado que se faz substancial diferença entre o texto legal e a norma jurídica. O texto legal é produto político-administrativo que serve como fonte, entre muitas, para a construção das normas jurídicas, tanto que se diz, e aqui se repete, que de um texto legal se extraem várias normas, bem como de vários textos se extrai uma só norma jurídica, ou seja, uma hipótese de aplicação possível como denota a proposição “*Se A então C*”. Nesse campo, era já sapiente o adágio latino: “*Non es regula jus summatur, sed ex jure quod est, regula fiat*”.

A título de resumo, pode dizer-se que as fontes do Direito são fatores ativos externos, enquanto o(s) fundamento(s) são fatores criadores de validade (internos) enquanto comunicações de sentido que dão validade a si mesmas.

Incursiona-se, agora, na parte (ou nas partes) do sistema que pode(m) ser reconhecida(s) como não tendo a sua origem nas fontes clássicas ou não sendo formado exclusivamente por normas jurídicas.

¹¹⁵ Não é estranha à teoria dos sistemas a referência à *coerência* ou *congruência* (de sentido). Luhmann (apud Günther, 2004, p. 379) diz: “A estas expectativas normativas de comportamento, generalizadas de modo congruente nesse sentido, designamos como Direito de um sistema social. O Direito produz congruência seletiva e forma, desse modo, uma estrutura de sistemas sociais.”

Assim, e agora em sentido inverso, a ausência de um directo critério normativo positivo não significa uma total abertura ou um vazio normativo-jurídico para o juízo decisório – precisamente porque o sistema jurídico não se identifica nem se esgota nas normas, não deixa de oferecer, na carência de normas e para além delas, uma jurídica normatividade judicativamente fundamentante, no âmbito da qual de todo se justifica que se fale (ou continue a falar) de uma *integração intra-sistemática* para caracterizar a índole constitutiva do juízo concretamente decisório. (Castanheira Neves, 1993, p. 206).

Esse “espaço-momento” do sistema, que não é assente em normas jurídicas, tem o seu suporte no que, genericamente podemos denominar *topoi*. Com isso, formulamos a seguinte questão: O “espaço-momento” que não é (primitivamente) normativo é utilizado como uma “reserva” (função supletiva) na falta de normas ou de normas aplicáveis diretamente ao concreto caso judicativo?¹¹⁶

A resposta é negativa, de antemão. O sistema é um todo (maior que a simples soma de suas partes constitutivas) formado por comunicações. Como um todo *orgânico*, não admite a ablação (ou amputação) de qualquer uma das suas *partes* sem que deixe de ser o sistema¹¹⁷. Em outras palavras: a ablação de uma ou mais “partes” do sistema somente pode ser realizada por meios de critérios diferenciais. Ora, é a diferenciação que “*vê*” e “*separa*” (*sem retirar*) um sistema do seu entorno e de outros sistemas, que, assim, passa a ser um sistema determinado.

Mas não só. A “entrada” do texto legal no mundo jurídico já vem hermeneuticamente impregnada de elementos informativo-comunicacionais que não são diretamente jurídicos. A *fagocitose hermenêutica* do texto legal pelo mundo jurídico, por maior que sejam as cautelas *filtrantes* que separem o

¹¹⁶ O mesmo problema posto sob outro aspecto: “Na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o quê acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por *direito* e em individualizar as garantias de racionalidade e razoabilidade, de confiabilidade, de aceitabilidade e de controlabilidade dos numerosos aspectos da decisão judiciária que verdadeiramente não são nem direta nem indiretamente controlados ou determinados pelo direito.” (Taruffo, 2001, p. 9).

¹¹⁷ Pode, mesmo, admitir-se que, amputada(s) alguma(s) parte(s) do sistema jurídico – que é um todo -, se forme um outro sistema (ou subsistema), ainda jurídico, mas que, então, requer uma adjetivação para, qualificando-o, limitá-lo. Podemos, assim, falar de sistema jurídico pressuposto, sistema jurídico-público, etc.

ajurídico, acontece sempre mesclada de elementos *mundanos* (ou não fosse o sistema jurídico *no* sistema social). E, admitida pelo sistema, essa já primitiva interpretação do texto legal (pré-compreensão, pré-conhecimento, ou pré-juízo) é de novo submetida ao processo de *coerentização*., através do código *Recht/Unrecht*, para que possa ser considerada *no* e *do* sistema.

A existência sistêmica de elementos comunicativos que não advêm das denominadas fontes do Direito merece, assim, um estudo um pouco mais demorado, centrado, portanto, nessas comunicações que são denominados elementos *extralegais*.

1.3 Direito, discurso e sistema

A observação da sociedade em cujo seio o Direito vige, leva a verificar que “a decisão legislativa não pode ser tratada como a causa explicativa da vigência do sentido estatuído de uma norma”, ou, em termos mais simples: “o direito não se origina da pena do legislador” (Luhmann, 1985, p. 8).

Há, portanto, que deixar registrado que a lei (e as tradicionais fontes) não forma com o Direito um nexo de causalidade, podendo ser apenas uma atribuição de vigência jurídica, matéria a que se voltará, *infra*.

1.3.1 O Direito como espaço de fluminidade

A realidade, mesmo independentemente do seu conhecimento, é uma estrutura de modo circular.
(Teubner, 1989, p. 278)

O título acima pode parecer estranho. É, no entanto, apenas a indicação de uma metáfora¹¹⁸, ademais metáfora que nada tem de original na medida em que a expressão “fontes do Direito” já indica um início de flúmen, rio, corrente de água, a que pode ser – e costuma ser – comparado o Direito. A fluminidade é, então, a possibilidade de ser corrente como antítese da imobilidade.

O Direito, sob esse tropo, apresenta-se como um rio (perene, diga-se) caudaloso, vigoroso, caminhando sempre no mesmo sentido e com o mesmo sentido¹¹⁹, sendo impossível banhar-se, nas mesmas águas, duas vezes¹²⁰.

É comum falar-se em “fontes do Direito” para, com isso, mencionar uma (vaga) idéia sobre as origens do Direito. Usa-se, assim, uma metáfora para expressar o que é, ou pode ser, a gênese do Direito. Essa linguagem figurativa, porém, explica muito pouco. Como se sabe, não há concordância nem quanto ao espaço conceitual dessa expressão, nem quanto a quais sejam efetivamente as fontes. A classificação das fontes em *formais* e *materiais*, por exemplo, assim como muitas outras classificações, também não traz solução.

A referência a fontes do Direito, contudo, mostra o Direito, enquanto realidade social, dotado de movimento, dinâmico, portanto. O seu estudo, a partir dessa dinamicidade, implica ou o corte epistemológico que o torne estático, em um certo momento e um certo lugar, para poder ser estudado, ou requer a observação do próprio movimento. Sob o primeiro ponto de vista, o do corte epistemológico estático, conquanto tenha inegáveis vantagens

¹¹⁸ A doutrina é pródiga, embora repetitiva, em matéria de metáforas “aquáticas”. Por exemplo: “Diz Du Pasquier: ‘Metáfora muito justa, pois remontar à fonte de um rio é procurar o lugar onde suas águas brotam da terra; do mesmo modo, inquirir a respeito da fonte de uma regra de direito é pesquisar o ponto pelo qual ela saiu das profundezas da vida social para aparecer à superfície do Direito.’ Vê-se bem que o professor de Genebra, aludindo a regras de direito, limita a pesquisa, sobre fontes, ao direito positivo objetivo.” (Machado, 1995, p. 236).

¹¹⁹ Usa-se a palavra *sentido* em vez de *direção*, como usual. A direção Norte-Sul tem dois sentidos opostos: o de norte para o sul; e o do sul para o norte. Por outro lado, dada a significação polissêmica da palavra *sentido*, a frase acima denota ambigüidade: tanto quer referir que o Direito caminha de montante para jusante, quanto que o Direito tem um sentido (um encadeamento coerente ou lógico), além de que tem também um significado próprio.

¹²⁰ Frase atribuída a Heráclito, acerca da realidade. Mostra perfeita a paráfrase acerca do Direito.

metodológicas, faz correr o risco, sempre presente, de *disfarçar* ou *falsear* (*invalidar*) a realidade, vendo a forma e o conteúdo como se fossem eles mesmos, e só eles, os elementos essenciais que dão existência e significado a essa realidade em constante movimento¹²¹. Sob o segundo ponto de vista, ou seja, o estudo do próprio movimento, relevados para segundo plano a *forma* e o *conteúdo*, admite-se, desde logo, a dinamicidade que corresponde à realidade e eleva-se-a a *objeto* principal da observação. Não que forma e conteúdo não sejam relevantes, imprescindíveis mesmo, para o estudo dessa realidade dinâmica: simplesmente a prioridade de observação é o movimento em si mesmo. Pode dizer-se isso, *grosso modo*, com o recurso a outra imagem: não interessa, primordialmente, a forma (trajeto, largura, extensão) do rio e a água que ele tem¹²², mas, sim, as relações entre as moléculas de água (e destas com as moléculas das margens e do leito). Como se intercomportam essas moléculas para dar tal forma e tal conteúdo ao rio (ou ao Direito) é a pergunta que dirige o pensamento.

O modo de pensar que pode conduzir metodologicamente a resposta é o sistêmico. Entende-se que esse *movimento-em-equilíbrio*, ou esse *equilíbrio-em-movimento*, essa homeostase, ou esse equilíbrio dinâmico, somente é inteligível visto sob a perspectiva do sistema, como antes foi desenvolvido. A fluminidade é um “sistema” *real* que deve ser estudado sistemicamente: o *modo de ver* é o pensamento sistêmico (sistema *sobre* sistema ou reflexividade). A juridicidade é

¹²¹ Não se resiste à citação, a propósito, de um texto de Orlando de Carvalho (1981, p. 50-51): “E isto porque o Direito não é simplesmente a letra dos dispositivos (tão ambígua, aliás, como toda a redução a uma fórmula de um número indefinido e em parte imprevisível de situações concretas); é também o que está para além dos dispositivos – quer se trate de princípios informadores das disposições existentes, quer de disposições ainda inexistentes ou não postas – e até o que está dentro desses dispositivos mas não se resolve ou não emerge na sua letra: as remissões para dados que se deixam em branco, os móveis e as circunstâncias que determinaram o seu surto e circunscreveram a sua área de aplicação, o contexto com outras normas, etc. Desta maneira, a certeza em cada momento sobre a matéria da lei é muito menos segura do que se poderia presumir. Junte-se agora o facto de nenhum direito ser passível do corte que hipoteticamente fizemos acima, de nenhum direito poder deveras subtrair-se ao *continuum reale* que ele é na sua essência. Nenhum direito ou ramo de direito admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em acção. Nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*.”

¹²² O mesmo não acontece com a metáfora do “reservatório”, de Austin, citado em Machado (1995, p. 237): “Já Austin observava que, a rigor, as expressões *fons* ou *source* convêm apenas ao Supremo Legislador ou à suprema legislatura; quanto às normas que procedem de indivíduos ou corpos legislativos só se poderia falar de reservatórios (*reservoirs*, no original inglês).”

um sistema real – que existe na realidade social – que, aqui, é estudado sistemicamente.

Pelo exposto, notam-se algumas diferenças com relação aos posicionamentos de Luhmann que, de qualquer modo, são, ainda, guia para a nossa exposição. Por esse renomado autor, o Direito é uma realidade (sociológica)¹²³ e, como tal, é o objeto de seus estudos e publicações. Desviamos um tanto, para pensar essa realidade (dir-se-ia, *existente, válida e eficaz*), tendo o sistema como *método* de pensar o Direito. Não se veja, por isso, que o pensar, desse modo, o Direito faça ingressar os caminhos do intelecto ou do *nous* em prescritivos campos do “*como-deve-ser*”, quando a intenção é puramente a de verificar “*como é*” o Direito atual.

E para tal, comece-se por uma ingressão nas denominadas “fontes do Direito”, pois por aí começa, segundo os doutos, a metafórica fluminidade.

1.3.2 As fontes do Direito como instâncias de cognoscibilidade

Construir uma teoria¹²⁴ das fontes do Direito é, a nosso ver, um trabalho inglório, na medida em que esse é “um dos temas mais refratários ao tratamento científico.” (Vasconcelos, 1993, p. 174)¹²⁵. Na verdade, não há uniformidade doutrinária, quer no que concerne ao conceito dessa expressão, quer, conseqüentemente, quanto à classificação das diversas fontes possíveis.

¹²³ “Partimos do princípio que todos os sistemas de conhecimento são sistemas reais num ambiente real, em outras palavras, que eles existem”. (Luhmann, 1997, p. 94).

¹²⁴ Faz-se distinção entre *teoria* e *doutrina*, esta com um substrato ideológico, mas: “Toda teoria pode ser considerada do ponto de vista do seu significado ideológico e do ponto de vista do seu valor científico. Como ideologia, uma teoria tende a afirmar certos valores ideais e a promover certas ações. Como doutrina científica, sua meta não é outra senão compreender uma certa realidade e dar-lhe uma explicação.” (Bobbio, 2001, p. 33; 1996, p.22).

¹²⁵ Além disso, deve deixar-se, desde já, assinalado: “a diferenciação entre a ciência jurídica e a sociologia está relacionada ao fato de que a concepção de uma ‘fonte do direito’ é inaceitável para a sociologia. Essa concepção de uma fonte do direito só tem sentido se expressar ao mesmo tempo a forma de surgimento e as bases da vigência do direito (e frequentemente também as formas e as bases da sua percepção)”. (Luhmann, 1985, p. 7).

Estamos, portanto, em uma área de areias movediças em que é fácil perder os “pés-no-chão”.¹²⁶

A palavra “fonte” é a desinência de uma metáfora que pretende explicar figurativamente como acontece a gênese jurídica. Ao que parece, já os romanos chamavam *fontes* ao que aceitavam ser as origens do Direito¹²⁷. No entanto, essa palavra não é unívoca no seu significado, e, muito menos, há uniformidade doutrinal de quais sejam efetivamente as fontes do Direito.

Luhmann (apud Serrano, 2003, p. 11) afirma que a expressão fontes do direito “não possui a seletividade própria de um conceito contemporâneo” Como diz Ortega (1993, p. 153), “a expressão *fontes do Direito* é bastante equívoca porque com a mesma se pode fazer referência a realidades distintas”, ou, no mesmo sentido, diz Vernengo (1995, p. 329): “La expresión ‘fuente del derecho’ es así una expresión tradicional equívoca.”¹²⁸; ou, ainda, Miaille (1989, p. 197): “A palavra fonte é susceptível de diferentes acepções”. Afinal, são de Kelsen (1994, p. 259) as seguintes palavras: “A equivocidade ou pluralidade de significações do termo ‘Fontes do Direito’ fá-lo aparecer como juridicamente imprestável.”

¹²⁶ Dizer que “a fonte primeira do Direito não há de ser outra a não ser a natureza humana” (Vasconcelos, 1993, p. 174), ou, “Fonte de direito *in genere* é a natureza humana, ou seja, o espírito que reluz na consciência individual, tornando-a capaz de compreender a personalidade alheia, graças à própria.” (Del Vecchio, 1979, p.403), parece-nos muito vago, mas, já não é tão vaga a conceituação do mesmo autor quando diz: “Cada povo possui necessariamente um direito positivo, o qual corresponde à vontade que nele predomina. *Os modos de manifestação dessa vontade social preponderante* chamam-se fontes do direito positivo.” (Del Vecchio, 1979, p. 404-405). Como se verifica, pelos dois exemplos, as fontes ou se concebem pela “causa última” ou se restringem a fontes “positivas”, já como modos de manifestação. Sendo, portanto, extremos, servem de balizamento, mas não são conceitos satisfatórios. Registre-se, ainda, a referência de Bobbio (1991, p. 50; 2001, p. 68) a *fontes de conhecimento* e a *fontes de qualificação*: “Si el derecho viviente puede ser considerado como fuente de conocimiento jurídico, solo el juez (y com más razón el legislador) puede ser considerado como fuente de calificación”.

¹²⁷ Na nota (16) da pág. 91, da mesma obra [*Direito e Sistemas...*, 1988] Noronha afirma que “portanto, estes, Estado e sociedade, é que são a causa eficiente das normas jurídicas, ou *fonte*, no sentido exato da ‘metáfora aquática’ *fons legis* introduzida por Cícero, em *De Legibus*, 1,5-6, segundo alguém teve o cuidado de averiguar (Sève, p. 259). As leis e as normas consuetudinárias e jurisprudenciais ‘brotam’, ou são produzidas porque há problemas sociais (que são a sua causa material) carecendo de regulamentação normativa (causa final, ou finalidade): a sua ‘produção’ obedece a determinados processos - legislação, costume, jurisprudência. Por isso, não será lá muito exato falar em ‘fontes’, ainda que ‘formais’.

¹²⁸ Adiante, na p. 333, este autor escreve: “La expresión ‘creación de derecho’ – como la anterior: ‘fuentes del derecho’ – padece de gran ambigüedad.”.

Não se pretende, aqui, portanto, adentrar exaustivamente a doutrina jurídica sobre tal matéria, nem sequer classificar¹²⁹, *a priori*, as fontes do Direito, mas há que fixar o significado e o sentido que, neste texto, passará a ter a expressão *fontes do Direito*¹³⁰. Para isso, impõe-se, ainda, um breve vasculhar pelo que dizem os doutos.

Para o renomado iusfilósofo Miguel Reale (1994, p. 15), “fonte de direito é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente”. Para Perlingieri (1997, p. 7), “entre os múltiplos sentidos do termo, por ‘fonte do direito’ entende-se comumente não a norma, mas os fatos ou atos dos quais, através da interpretação, se extrai a norma”. Lorenzetti (1998, p. 250) traz-nos a lição de Cueto Rúa:

as fontes do Direito são critérios de objetividade previstos pelos órgãos comunitários para a decisão dos conflitos ou pelos integrantes do grupo social na eleição de rotas de conduta que, pela sua objetividade, facilitem o entendimento coletivo.

Ainda, Vernengo (1995, p. 329) afirma que “aquella norma que es considerada fundamento de validez de otra norma es su fuente”. Por sua vez, Larenz (1978, p. 8) diz que a fonte do Direito é a “causa originária de normas obrigatórias”, fazendo distinção com *fontes de conhecimento do Direito*, entre as

¹²⁹ Passa-se, assim, adiante da divisão usual de fontes em *materiais e formais*, ou em *reais e históricas*, ou em *mediatas e imediatas*, etc., não sem que, todavia, se traga à citação Ferraz Júnior (1993, p. 201): “A distinção entre fontes formais e materiais fez escola e é repetida até hoje. Ela trazia, como traz ainda, para a teoria dogmática, um critério classificador dos centros produtores do direito, de forma a sistematizá-los coerentemente. Não obstante, a dicotomia traz também um problema teórico para a própria sistematização, posto que fica difícil conceber o ordenamento como uma unidade.” Passa-se além também da discussão acerca do Estado como única fonte do Direito, já que insistentemente distinguimos *lei e Direito*, e não concedemos identidade entre o *político* e o *jurídico*. Sobre o tema, leia-se Machado (1995), especialmente o capítulo “Teoria Geral das Fontes do Direito”, do qual se extraíram vários trechos.

¹³⁰ Usa-se a expressão “fontes do Direito” para a distinguir de “fontes de direito”. Com aquele termo pretendemos acentuar que nos interessa a gênese da realidade denominada “Direito” e não a gênese dos direitos subjetivos. “No estudo das fontes formais, cumpre distinguir com Perassi, os *fatos de produção jurídica dos fatos de comércio jurídico* ou de *realização jurídica*. Só os primeiros provocam o nascimento, a modificação ou a extinção das normas do ordenamento jurídico, pelos dois processos conhecidos, o processo social indistinto, como é o costume, e o que se concretiza mediante manifestações de vontade do Poder competente, como a lei e o regulamento. Os outros *fatos* são *fonte* de direitos e obrigações *subjetivas*.” (Gomes, 1987, p. 43).

quais inclui a Jurisprudência¹³¹, mas admite (1989, p. 524), na sua *Methodenlehre*, que o termo pode ser entendido de dois modos: como “factores que cooperam na criação e no desenvolvimento posterior do Direito” e como “a base do nascimento de uma norma jurídica que pretende validade normativa, no sentido de vinculatividade”.

No conceito das fontes do direito os dois pontos de vista que penetraram toda a teoria jurídica estão dialeticamente unidos: uma fonte é ao mesmo tempo um fator ativo (causa) e um fator criador de validade (razão); ao mesmo tempo um fator que motiva empiricamente a conduta das autoridades que aplicam o direito e um fator que é supraempiricamente a fonte do carácter específico da validade jurídica associada com essa conduta (distinguindo-o de um sistema de atos meramente obrigatórios). (Ross, 1961, p. 143).

A extrema ambigüidade da expressão “fontes do Direito” expressa-se, assim, pelos diferentes conceitos que os estudiosos apresentam. Releva notar, adrede, que esses conceitos resistem a ser agrupados¹³², estabelecidos que sejam alguns critérios ou categorias. Apesar disso, adota-se, por bastante elucidativa e completa, conquanto longa, a classificação de Castanheira Neves (op.loc.cit.):

Partindo da fórmula, e não do problema, pode-se, com efeito, seleccionar desde logo um dos sentidos seguintes, a ela todos subsumíveis ou em que ela se especificará: 1) *Fontes de conhecimento* - enquanto os *loci* onde se encontra o Direito ou que autenticamente o manifestam, e definidos pelos critérios que desse modo identificariam “o que é o Direito”, “as normas do Direito positivo”, “as normas jurídicas aplicáveis”, etc. 2) *Fontes genéticas* (também ditas “materiais” ou “reais”) - enquanto os elementos, os factores, as forças que estão na origem do Direito (sejam “*Les forces créatrices du droit*”, no sentido de G. Ripert; sejam os “*Realien der Gesetzgebung*” analisados por Huber; sejam os “*factores reais e ideais do Direito*” diferenciados por Fechner, etc.), que histórica, social, cultural, político-ideologicamente, etc., determinariam o seu conteúdo ou que o explicariam. 3) *Fontes de validade* - enquanto o *ser* ou a

¹³¹ Ainda, de outro autor: "Se entiende por 'fuentes del Derecho' las causas de los preceptos legales y, en segundo término, las manifestaciones del propio Derecho objetivo vigente para todos - dentro del ámbito de dominio del ordenamiento jurídico estatal -, caracterizadas por su causa originaria." (Larenz, 1978, p.8).

¹³² Isso explica-se porque o problema é um para o sociólogo do Direito, outro para o historiador do Direito outro para o filósofo do Direito, outro para a Teoria do Direito..

realidade essencial, o valor ou o princípio fundamentante da normatividade jurídica, i.e., o próprio fundamento da sua validade normativa. 4) *Fontes de juridicidade* – os constituintes da normatividade jurídica ou aqueles modos específicos graças aos quais uma certa normatividade se constituiria como normatividade de direito.

Retiradas aquelas definições que dão as fontes como as *causas* das leis, subsiste que a expressão *fontes do Direito* indica uma causa ou uma origem, quer esta resulte em simples normatividade, quer em validade normativa, quer em ambas “dialeticamente unidas”¹³³. Para além desse significado “aquático” de origem, mister se faz registrar a significação que a essa expressão dá Aulis Aarnio (1995, p. 56-57):

Las razones (argumentos) que se utilizan en la justificación jurídica se llaman comúnmente (en la teoría escandinava) *fuentes de Derecho*. Estas razones dan soporte a ciertas alternativas en la interpretación de, por ejemplo, una ley (de una formulación normativa). Dependiendo de su cultura y de sus condiciones sociales, toda sociedad tiene un conjunto de fuentes jurídicas aceptadas. Éstas pueden dividirse en grupos, por ejemplo, en fuentes de autoridad y fuentes sustanciales.

Nas *fontes de autoridade*¹³⁴, Aarnio inclui a lei, os trabalhos preparatórios e a jurisprudência (precedentes), dizendo que o termo “razões substanciais” se refere ao direito estrangeiro e aos argumentos históricos. Permita-se, para fins deste estudo, incluir entre as razões substanciais todas as que não derivam diretamente de textos legais.

Assim, conquanto se tenha um apertado núcleo de semântico consenso à volta do significado da expressão *fontes do Direito*, esta se mantém como uma

¹³³ Serrano (2003, p. 11) expressa-se assim: “Tal y como la barajamos hoy, la metáfora puede querer indicar una de las siguientes cosas: (a) que los sistemas jurídicos tienen la propiedad de regular su propia autorreproducción, (b) que los sistemas jurídicos son unitarios, (c) que los sistemas jurídicos son jerárquicos o están escalonados, o que (d) los sistemas jurídicos tienen su fundamento último no en normas, sino en hechos y poderes (las llamadas ‘fuentes materiales’). Por si no bastase con estas cuatro acepciones, el concepto de fuentes del derecho puede desarrollarse también hacia la deducción de (e) una guía de comportamiento de la decisión práctica, o de (f) un fundamento metodológico de las Dogmáticas jurídicas.”

¹³⁴ “Que uma Constituição é normativa e, portanto, que esta tenha força normativa, significa que, além de regular a organização do poder e as fontes do Direito – que são dois aspectos de uma mesma realidade – gera, de modo direto direitos e obrigações imediatamente exigíveis.” (Streck, 2006, p. 116, n. 11).

idéia indeterminada, de contornos fluidos. Aceita, então, que a dita expressão contém um núcleo consensualmente definido, é desse *cerne* que se parte para indagar sobre o *papel* das fontes no sistema jurídico.

1.3.3 As Fontes do Direito como pontos de partida

Porém, a vantagem dos rios é serem como estradas andantes, vão por seu pé, especialmente estes, com os seus poderosos caudais.
(José Saramago, *A viagem do elefante*, p. 244)

Admitida, pois, a variedade semântico-conceitual da expressão “fontes do Direito”, e seu núcleo semântico-consensual, permita-se destacar, limitativamente, que as *fontes do Direito* são pontos de partida¹³⁵ (*prótasis*): não são meios (instrumentos) propriamente ditos ou modos, nem são fins, nem as entendemos como processos. São, como o significado próprio indica, nascentes, mananciais, inícios, pontos de partida para a construção de normas jurídicas. As fontes são tributárias de um rio denominado Direito, mas não são, ainda e propriamente, o rio. Este tem margens, leito, caudal¹³⁶ e foz, como o Direito. Ademais,

Lembra-nos Wolf Paul, da Universidade de Frankfurt, que quando Karl Marx frequentou as aulas de Savigny referiu-se ironicamente às suas diretrizes hermenêuticas vinculadas à problemática da origem do direito, dizendo que essa perspectiva seria como a de um barqueiro "que parece navegar, não sobre o rio, mas sobre as suas nascentes". (Reale, 1994, p. 24).

Acrescentaríamos que, nas nascentes, nas fontes, não se navega nem se pesca. Por isso que a metáfora fluminense pode levar – e já tem levado – a

¹³⁵ “Para a elaboração de um discurso crítico, torna-se imprescindível negar a inegabilidade dos pontos de partida (Ferraz Jr.) na qual se assenta o discurso dogmático.” (Streck, 2004, p. 239).

¹³⁶ Alguma poluição também, mas ainda é rio.

imagens diversas sobre as origens do Direito e dos direitos¹³⁷. Cada fonte é um *dado*, mas o Direito é um *construído*.

Ao limitar-se as fontes ao aspecto de origem, início, defende-se que a expressão *fontes do Direito* designa uma primeira instância de cognoscibilidade do Direito. Cognoscibilidade é aqui tomada como qualidade do que pode ser conhecido, um simples conhecer que não é ou não está, ainda, racionalizado. Conhecem-se as fontes, ou, melhor, conhecem-se algumas *coisas* que se podem considerar fontes, mas ainda não se sabe o que seja o Direito. Nem o simples juntar de todas as *coisas* que possam ser consideradas fontes, tais como as leis, a jurisprudência, o Estado, o espírito do povo, os usos de tráfico, o costume, o contrato e tantas outras *coisas*, resultaria ainda em Direito. A metáfora da árvore e da floresta, já referida, dá bem a idéia do que se expõe.

O Direito requer mais do que mera cognoscibilidade de suas hipotéticas fontes. Direito é inteligibilidade (racionalidade¹³⁸), tida esta como conhecimento racional para o qual as fontes contribuem como possíveis pontos de partida, mas não como pontos de “chegada”¹³⁹.

O problema que urge solucionar diz, então, com o saber se as denominadas fontes são partes constituintes do Direito ou, continuando a “metáfora aquática”, saber se uma fonte faz parte do rio, se já é rio¹⁴⁰. A resposta parece evidenciar-se da exposição precedente, na medida em que se

¹³⁷ Leia-se, como exemplo: “Uma metáfora bastante usual nos manuais de matéria jurídica – não só de direito civil, mas de outros ramos – é a das *fontes do direito*. Pretende-se, com ela, identificar o que pode legitimamente gerar direito (meu, seu, de todos...). (...) *Descarto a metáfora*. É possível – e mais apropriado – estudar e compreender o tema da gênese do direito sem ela.” (Coelho, 2003, p. 27 e 30).

¹³⁸ Luhmann (1998a, p. 418) afirma que não é possível chegar à racionalidade a partir da autorreferência, mas acrescenta (p. 422) que “pode acontecer em sistemas funcionais individuais, até certo ponto”. Por outro lado, Luhmann (1998b, p. 205), a propósito da política admite a racionalidade, como segue: “Sin embargo, si se suprimen ambas formas de la presentación de política que por lo pronto podrían venir a la cabeza, es decir, el valor de la decisión y la racionalidad, qué otras posibilidades de la comunicación estarían todavía a disposición?”.

O que aqui se denomina “racionalidade” é equivalente à operação comunicacional sistêmica.

¹³⁹ “Se quiséssemos dar mais algum relevo ao conceito de 'fontes de direito' neste primeiro sentido, como *modos de revelação* do próprio direito, diríamos ainda: fontes são os modos como o direito assume ou reveste verdadeira *existência* na vida social, ou na vida cultural do homem em sociedade. (...) O direito existe, vive e actua mediante estas estruturas que são o costume, a lei, a jurisprudência dos tribunais e a doutrina. É por aí que ele assume *objectividade* e se torna *positivo*, se vê, se palpa; é através dessas formas que ele se 'precipita', se *positiva*.” (Moncada, 1995, p. 83).

¹⁴⁰ A questão pode ser colocada pelas palavras de Kant: “Pode isolar-se a razão? E, neste caso, será ela ainda uma fonte própria de conceitos e juízos que só nela se originam e pelos quais se relaciona com objectos? Ou será mera faculdade subalterna de conferir a conhecimentos dados uma certa forma...?” (Kant, 1997, p. 302 [B362]).

considera a fonte apenas uma instância de cognoscibilidade e o Direito uma instância de inteligibilidade, mas ressalta verificar se a inteligibilidade, tal como a definimos, não requer *em si mesma* a cognoscibilidade. Veja-se, no entanto, que, também por este caminho, o problema manter-se-ia porque fácil é colocar a cognoscibilidade como *fonte* de inteligibilidade.

A possibilidade de *conhecer*¹⁴¹ é passível de ser reduzida à possibilidade de *saber*, mas saber não é (ainda) *compreender*, ou seja, explicar por que algo é assim. Tentando simplificar a questão posta, perguntar-se-ia: pode-se conhecer sem saber? Para *conhecer* é necessário e suficiente *saber*?

Na busca de respostas, leia-se um pouco Kant que distinguiu conhecimento¹⁴² (*Erkenntnis*), saber (*Wissen*) e pensamento (*Denken*). Conhecimento, para Kant, é “percepção objetiva” ou “representação objetiva sem consciência”¹⁴³. Pensar, nessa linha, é “unir representações numa consciência”. Mas é possível pensar coisas sem as conhecer, pois, como diz Kant (1997, p. 169, B166), “as categorias no *pensamento* não são limitadas pelas condições da nossa intuição sensível; têm um campo ilimitado”. Então, nem todo o pensamento tem um ponto de partida objetivo ou determinável no conhecer.

¹⁴¹ “Podemos dizer que conhecemos aquilo ou aquele com o qual tivemos contato, aquilo que foi visto, aquilo que foi manipulado, aquilo com o qual estamos, de certa maneira, familiarizados. Parece existir uma diferença básica entre afirmar que se “sabe” e afirmar que se “conhece”. Embora “saber” e “conhecer”, em sentido primário, pressuponham a aceitação daquilo que é dito, o “conhecer” parece indicar uma convivência do falante com aquilo do qual ele fala. Não é o mesmo dizer que “se conhece” Aristóteles e dizer que “se sabe” que ele existiu. Também não é o mesmo conhecer Aristóteles e conhecer um amigo. Não somente no que diz respeito às diferenças entre “saber” e “conhecer”, mas também no próprio âmbito do “conhecer”, existem diferenças relevantes que se manifestam nos modos diversos de conhecer. Essa diferença radica-se nas diversas formas de conhecer e nos diversos tipos de conhecimento. (Bombassaro, 1992, p. 22).

¹⁴² Kant () distingue ainda duas espécies de conhecimento. “Faz-se uma distinção entre aquilo que é conhecido imediatamente e o que só o é por inferência. Conhece-se imediatamente que há três ângulos numa figura limitada por três linhas rectas; mas só pelo raciocínio se conclui que estes ângulos são iguais a dois rectos.”

¹⁴³ “O termo genérico é a *representação* em geral (*representatio*). Subordinado a este, situa-se a representação com consciência (*perceptio*). Uma *percepção* que se refere simplesmente ao sujeito, como modificação do seu estado é *sensação* (*sensatio*); uma percepção objectiva é conhecimento (*cognitio*). O conhecimento, por sua vez, é *intuição* ou *conceito* (*intuitus vel conceptus*). A primeira refere-se imediatamente ao objecto e é singular, o segundo refere-se mediadamente, por meio de um sinal que pode ser comum a várias coisas.” [A 320; B 377]. (Kant, 1997, p. 313).

Colocam-se as fontes, em geral, como instâncias de conhecimento¹⁴⁴. O Direito, contudo, não pode ser enquadrado em simples conhecimento porque, desde logo, requer o compreender e, neste, o *julgar*, já no campo da razão¹⁴⁵.

Para Hannah Arendt, no entanto, a faculdade da razão (*Vernunft*) é algo distinto, apesar de interligado, do intelecto (*Verstand*), que é a faculdade da cognição. O intelecto almeja apreender e perceber o que é dado aos sentidos e tem como critério a verdade. A razão almeja compreender o significado e é orientadora de uma hermenêutica que leva a uma "visão" da existência humana argumentada com mais ou menos plausibilidade e relevância. (Lafer, 1988, p. 87).

Com esse pensamento servindo de hipótese de trabalho, permita-se seguir Hannah Arendt para cujo pensamento "Kant teve um impacto decisivo", segundo a pena de Celso Lafer (1988, p.86) que acrescenta:

A distinção entre pensar e conhecer é, portanto, uma dicotomia básica na epistemologia arendtiana. Esta dicotomia é relevante para o Direito, como não deixou de notar a própria Hannah Arendt, uma vez que o tema se colocou para ela também por via das questões provocadas pelo processo Eichmann.

Como essa dicotomia pode responder às indagações antes formuladas, sigamos o texto:

Conhecer as normas sem pensar sobre elas pode ser uma atitude de bom senso no ensino e na prática do Direito, mas pode igualmente gerar perigosas conseqüências. Com efeito, o pensar surge diante de uma dificuldade que suscita um prévio questionamento antes de uma tomada de decisão. Daí a

¹⁴⁴ Permita-se, ainda, enriquecendo o debate, a seguinte citação: "O 'compreender' talvez não seja nada mais do que 'saber que', e, contudo, o problema da *compreensão* apresentou, de certo modo, um ângulo novo do 'saber', que terminou se convertendo num processo que poderíamos chamar de um *processo central*, porque terminaram sendo, a *compreensão*, o substantivo, e o *compreender*, o verbo, as palavras pelas quais se tenta a fundamentação das ciências do espírito, das ciências humanas. Essa é a questão importante!" (Stein, 1988, p. 34).

¹⁴⁵ "Da razão, como do entendimento, há um uso apenas formal, isto é, lógico, uma vez que a razão abstrai de todo o conteúdo do conhecimento; mas também há um uso real, pois ela própria contém a origem de certos conceitos e princípios que não vai buscar aos sentidos nem ao entendimento." (Kant [A299; B 356], 1997, p. 298). Do mesmo modo, o entendimento da Hannah Arendt assim firmado por Lafer (1988, p. 85): "...ao discutir o senso comum e o raciocínio lógico, aponta que este pode operar independentemente do mundo e da experiência".

expressão: parar para pensar. Não pensar protege as pessoas dos riscos do exame crítico e da dúvida – que é o que enseja, para usar a terminologia de Viehweg, a zetética jurídica – e traduz-se numa adesão impensada às normas de conduta de uma dada sociedade – ou seja, par continuar com Viehweg, a dogmatização progressiva do conhecimento jurídico. Essa dogmatização leva as pessoas a se habituarem não com o conteúdo das normas, cujo exame detido as deixaria perplexas, mas sim com a posse de normas que permitem, com relativa facilidade e regularidade, a elas subsumir casos e situações particulares. Isto aconteceu, aponta Hannah Arendt, na Alemanha nazista e na Rússia stalinista, regimes que eficazmente inverteram os mandamentos básicos da moral ocidental. (Lafer, 1988, p. 88).

Pensar é, ainda, algo mais do que se pode extrair, simplisticamente, da atitude “parar para pensar”: deixar de fazer qualquer *mais* para fazer só *pensar*. Parar para pensar é parar com tudo o mais que não seja o pensar, não é parar o pensar, porque pensar é *pensar em movimento*.

Assim o corte epistemológico não é o seccionamento, ou a secção, de uma “realidade” em um dado momento histórico e um definido lugar geográfico, mas é uma *projeção dinâmica* (é um constante *projeto*) de uma certa situação: é uma instância do pensar que não descarta do movimento. “O processo de pensamento é um *processo dinâmico de construção*”.

Recusa-se a idéia de um Direito não pensado, calcado somente em simples fontes de conhecimento *sem racionalidade*. Também se recusa um Direito “puro” que não sirva à sua própria aplicação. O Direito é enquanto concreção prática conforme a uma racionalidade sistêmico-judicativo-decisória. Ora, as fontes, quaisquer que sejam, não atingem o requisito jurídico da sua aplicabilidade direta¹⁴⁶, sem a intervenção do racional-razoável. As fontes “param” no nível do

¹⁴⁶ “As proposições jurídicas são, como dissemos, regras de conduta ou de decisão, expressas em forma de linguagem. Para cumprirem esta sua função têm de ser aplicadas. Como é aplicada uma norma jurídica?”

A resposta a esta pergunta parece fácil. Como quadro invariável, adentro do qual se leva a cabo toda a aplicação de uma norma jurídica, temos à disposição um esquema lógico aparentemente simples. A dúvida sobre se este esquema é suficiente surge necessariamente do conhecimento, proporcionado pelas reflexões feitas até aqui, de que não aplicamos apenas normas jurídicas isoladas, mas, na maioria das vezes, aplicamos uma regulação global, com inclusão das decisões ‘negativas’ que nela se encontram. A principal dificuldade resulta, no entanto, da natureza dos meios de expressão lingüística e da inevitável discrepância entre a regulação projectada para uma determinada realidade e a variabilidade desta realidade, quer dizer, o carácter ‘fluido’ da maior parte dos factos regulados.” (Larenz, 1989, p. 323-324).

conhecimento, e só noeticamente vão ao nível do compreender. Uma só fonte, em si mesma, não faz Direito, nem é por si só aplicada como Direito: ela será fonte, sim, mas com outras fontes, com outros pontos de partida, que relacionados noeticamente produzem, afinal, a norma que será aplicada ao caso decidendo.

Ademais, pela dimensão do conhecimento, persegue-se a verdade¹⁴⁷; pela dimensão da racionalidade persegue-se a verossimilhança¹⁴⁸. E esta, ao contrário da verdade que por si mesma se impõe, exige *justificação*, esta exige um discurso de convencimento. O Direito - e nisso parece não restarem quaisquer dúvidas - “trabalha” com plausibilidade, verossimilhança¹⁴⁹. Ora, a verossimilhança é construção noético-discursiva: não é uma “verdade” axiomática que se impõe a nossos olhos ou, melhor, ao nosso simples conhecer ou saber.

Em conclusão, as fontes do Direito, como dados de entrada, são instâncias de cognoscibilidade do Direito, não se constituindo *ainda* em Direito porque este requer uma instância (sistêmica) de racionalidade.

As fontes são, portanto, *exteriores* ao Direito¹⁵⁰, apresentando-se como afluentes ou tributários desse imenso rio, mas, para nele penetrar, são sistêmica

¹⁴⁷ Tome-se *cum grano salis* esta dupla afirmação, na medida em que a verdade e a verossimilhança têm conceitos que se podem aproximar, como se verifica em Kant (nota seguinte). Leia-se, ainda, Santos (2000, p. 96): “A segunda conseqüência é que a verdade é a retórica da verdade. Se a verdade é o resultado, provisório e momentâneo, da negociação de sentido que tem lugar na comunidade científica, a verdade é intersubjetiva e, uma vez que essa intersubjetividade é discursiva, o discurso retórico é o campo privilegiado da negociação de sentido. A verdade é, pois, o efeito de convencimento dos vários discursos de verdade em presença”. E, ainda, Luhmann (1998b, p. 206) que nos diz que a argumentação do descobrimento da verdade não é razão jurídica.

¹⁴⁸ “Chamámos acima à dialéctica em geral uma lógica da aparência. Não significa isto que seja uma teoria da verossimilhança, porque a verossimilhança é uma verdade, embora conhecida por razões insuficientes; verdade, pois, cujo conhecimento é deficiente, mas nem por isso é enganador, não devendo, por conseguinte, ser separado da parte analítica da lógica.” (Kant [A 293; B 350], 1997, p. 295).

¹⁴⁹ “Somente a interpretação pode fixar limites à interpretação e a plausibilidade dos argumentos utilizados na interpretação depende do seu reconhecimento, na interpretação, como argumentos da interpretação. Afirma-se, assim, a separação entre direito e verdade, entre direito e ordem do mundo e se consolida a correspondência entre ordem argumentativa, ordem de linguagem e ordem do mundo e, depois, entre linguagem e experiência do direito. (...) A contínua abertura de sentido exclui não somente a correspondência entre direito e verdade, mas também toda causalidade.” (De Georgi, 2006, p. 177-178).

¹⁵⁰ Defende-se, na topologia das fontes, posição diametralmente oposta à de diversos autores, entre os quais Serrano (2003, p. 17) que, nesse excelente trabalho, trabalhando a categoria “validade” em referência às normas, diz: “... pero nadie puede dudar de que la fuente es elemento del sistema jurídico. En realidad - como sostiene Luhmann (1993:103 e 110) -, ‘el único test de validez reside en el logro de una variación del estado circulante de validez del sistema, en la conexión circulante, de una operación con otra, en la autopoyesis del sistema’. No hay, pues, ninguna razón última que valide, sólo formas que

e hermeneuticamente tratadas de tal modo que, quando são já água desse rio, não são mais a “pura” fonte inicial.

Outro problema, contudo, persiste, qual seja: afinal, de onde nasce e se desenvolve o Direito?

1.4 O Direito como fonte de si mesmo

A meio caminho entre a fé
e a crítica está a estalagem da razão. A razão
é a fé no que se pode compreender sem fé; mas é uma fé ainda,
porque compreender envolve pressupor
que há qualquer coisa compreensível.
(Fernando Pessoa. *O Livro do Desassossego*, p.188).

Têm-se, como dito anteriormente, as tradicionais fontes do Direito como exteriores ao rio que é o Direito. Na concepção que se procura desenvolver, esse imenso rio que é o Direito é um “rio” orgânico, vivo, que pode rejeitar afluentes, ou que sabe transformá-los para os tornar rio.

Diz-se, então, que o conceito tradicional de *fontes* está fora da idéia de Direito, como algo que alimenta um corpo vivo, mas que não é esse corpo vivo. Não se pode, portanto, afirmar que o Direito é um conjunto de leis e de costumes, ou de leis, de costumes, de doutrina e de jurisprudência, porque esse “amontado” não daria sequer uma pálida noção do que seja o Direito. Dir-se-ia que a jurisprudência é Direito e, assim, sendo *interna*, não é fonte. Acrescenta-se que a jurisprudência, enquanto conjunto de julgados, é fonte *externa* ao Direito¹⁵¹, como *mais um* ponto de partida¹⁵², entre tantos outros para a

fluyen. No hay ningún ‘acto constituyente’ exterior y previo que actúe como manantial de validez: hay juicios de validez (funciones) y hay fuentes (estructuras de funciones).”

¹⁵¹ Cada julgado é (pode ser) uma *fonte* externa do Direito como cada lei o é. Ambos são textos que, para operar no sistema jurídico, requerem compreensão/interpretação/aplicação sistêmicas, como se dirá

construção cognitivo-normativa; mas, cada um dos julgados é Direito, enquanto norma “individual” concreta, norma-decisão, produto de decisão judicativa, mas pertence a um (sub)sistema nuclear que pode ser diferenciado do sistema jurídico¹⁵³.

Por outras palavras, a norma-decisão (do julgador oficial) pertence originalmente ao (sub)sistema nuclear do sistema jurídico – o sistema judiciário –, integrante, portanto, do sistema *naquele caso julgado*. Como elemento jurisprudencial, essa norma-decisão passa a ser texto que se constitui em *fonte* e, portanto, sendo *externa* ao Direito, pode estimular uma (re)construção estrutural-sistêmica como um (novo) elemento comunicativo integrante da *justificação* de uma (nova) operação sistêmica.

Há que procurar a gênese do Direito no *interior* do Direito, em si mesmo, já que a exogenia não nos deu uma noção satisfatória.

O Direito é fonte de si mesmo, por mais tautológica que a frase pareça (e somente o Direito é fonte de direitos). Isso mesmo já era dito pelos romanos das nossas origens jurídicas. A autoridade de Kelsen confirma:

... que fonte de Direito, isto é, a origem ou causa do Direito, aquilo de que o Direito nasce, aquilo que produz Direito, só pode ser o Direito, pois é o Direito que regula a sua própria produção”. (Kelsen, 1994, p. 283)¹⁵⁴.

adiante. “Com efeito, como venho denunciando de há muito, a partir do que denomino de uma crítica hermenêutica do direito (ou Nova Crítica do Direito), os verbetes jurisprudenciais (ou enunciados) não possuem uma essência (acompanhada de um sentido em si-mesmo), que seja comum e que se adapte (ou abarque) a todos os ‘casos’ jurídicos.” (Streck, 2006, p. 173).

¹⁵² Esta expressão, ponto de partida, não é estranha a Luhmann. “Si de esta manera es posible colocar en paralelo adquisiciones de estructuras transmitidas mediante el conocimiento y el derecho, no sólo se ganan puntos de partida para una sociología del conocimiento y una sociología del derecho.” (Luhmann, 1998a, p. 302).

¹⁵³ “A relação de não-identidade entre regra e decisão, tal como elaborada na teoria dos sistemas, encontra uma certa correspondência com a distinção entre ‘norma jurídica’ e ‘norma de decisão’, proposta por Friedrich Muller. De acordo com Muller, o juiz não cria apenas a norma de decisão, que regula imediatamente o caso concreto, mas também a norma jurídica (geral), que regula o caso apenas mediadamente. Nesse sentido, ele distingue também entre norma e texto da norma: o texto da norma, juntamente com o caso, é apenas um dado de entrada do processo concretizador. Entretanto, ele enfatiza que a norma jurídica e a norma de decisão criadas pelo juiz no julgamento do caso concreto deve ser imputável ao texto da norma, ou seja, deve corresponder a um dos sentidos possíveis do texto.” (Neves, 2004, p.153).

¹⁵⁴ Esta é uma idéia recorrente de Kelsen. Páginas antes, Kelsen escrevia: “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito” (p. 260-261). E páginas adiante: “Isto quer dizer, porém, que o Direito regula a sua própria criação.” (p. 346). V. também p. 80 e 246.

É Kelsen na boa tradição romana, mas é também o Kelsen (1994, p. 259) positivista: “Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito”. Interprete-se, ainda, o pensamento de Kelsen (1994, p. 308):

Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico.

Note-se: antes de o rei Midas tocar, a *coisa* não era, ainda, ouro; do mesmo modo, antes de o Direito tocar algo não é, ainda, Direito¹⁵⁵. As fontes tradicionais do Direito não são, *ainda*, Direito: precisam que este as toque, precisam que este as transforme, para que se tornem Direito. Por isso se repete, conclusivamente: o conceito tradicional de fontes está fora da idéia sistêmica de Direito¹⁵⁶.

Na tradição romana, aparece que “*non ut ex regula jus summat, sed ex jure, quod est, regula fiat* (D. 50, 17, 1)”¹⁵⁷, como acima se referiu. E já Aristóteles afirmava que “o Direito é um múltiplo de si mesmo”. Com estes argumentos de autoridade, continue-se a argumentação da *externalidade* das fontes tradicionais do Direito. Para isso, ouça-se, ainda, Luhmann:

Como já foi acentuado, isso não significa que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de

¹⁵⁵ “El caso limite es la simple norma de competencia que sirve de encarnación al principio de soberanía jurídica: todo aquello que lleve a que se tome una decisión jurídica se convierte en derecho.” (Luhmann, 2002, p. 203).

¹⁵⁶ Deve referir-se que esta não é a posição kelseniana em que as fontes (divididas em *vinculantes* e *não vinculantes*) são Direito.

¹⁵⁷ Fernando Noronha (1994, p. 34) que assim traduz: “Não é da regra que se obtém o direito, mas é do direito, como este é, que se faz a regra.” E acrescenta, magistralmente, que essa regra “quase bimilenar deveria figurar no intróito dos compêndios jurídicos atuais, tão preciosa é a lição que encerra, e também tão negligenciada que tem sido, nestes quase dois séculos decorridos desde a promulgação do Código Civil francês, tão dominados pelo positivismo jurídico e pela sua dogmática essencialmente formalista, com a sua peculiar técnica de construção do direito a partir de postulados, conceitos e pirâmides de conceitos – da qual a ciência jurídica ainda não se libertou totalmente.” (p. 35).

um processo e através dele possa ser reconhecido. (Luhmann, 1985, p. 19)¹⁵⁸.

Esse “estímulo externo” pode ser considerado uma fonte? Serrano (2003, p. 13) considera que as fontes do Direito constituem “un subsistema jurídico llamado el ‘sistema de fuentes del derecho’ ”¹⁵⁹. Este renomado autor, seguindo a teoria dos sistemas, coloca as fontes como algo que pode ser diferenciado do sistema Direito, mas, diga-se, admitido isso como sistema, este não pode ser autorreferencial (nem autopoietico). Conforme o desenvolvimento feito anteriormente, vê-se que, como *dados* que são, devem estar fora do sistema que é um *construído* (embora real, é também constructo), como já se disse também. Os “estímulos externos” são absorvidos pelo sistema jurídico através de *fagocitose* hermenêutica¹⁶⁰, através de um código específico que faz diferenciar esse sistema de seu entorno.

O sistema está na dimensão da racionalidade (noética) para a qual as fontes dadas contribuem na dimensão da cognoscibilidade. As fontes estão no entorno para o qual o sistema jurídico se abre cognitivamente, mas, ao recebê-las, operacionaliza-as sob o código Direito/não-Direito (*Recht/Unrecht*) na sua trama noeticamente fechada.

¹⁵⁸ Teubner (1993, p. 176) parece mais claro: “Ao passo que, nos casos normais, um sistema é fechado relativamente ao seu ‘continuum’ material, não podendo ‘utilizar’ directamente as respectivas estruturas e elementos, no nosso caso específico já o mesmo se não passa: os subsistemas sociais são, por assim dizer, permeáveis ‘para baixo’. Poderia quase servir aqui a metáfora da ‘osmose’ unilateral ou o conceito filosófico de ‘epifenomenologia monista’. Os sistemas sociais utilizam o fluxo de comunicação social, dele extraindo comunicações especiais como novos elementos: utilizam as estruturas sociais (expectativas) para a construção de normas jurídicas e as construções da realidade para a construção da ‘realidade jurídica’. Isto não quer dizer que tenham de criar tais elementos ‘ex nihilo’ mas tão-só de imbuí-los do seu próprio universo de sentido. É justamente isto que pretende significar a ideia de hiperciclo jurídico: muito embora constituídos de novo e articulados entre si de forma circular, as unidades de comunicação, estruturas e processos do sistema jurídico permanecem comunicações sociais.”

¹⁵⁹ “De otra forma aún: con la vieja metáfora de las Fuentes del derecho leída en esta primera acepción se describe el hecho de que los sistemas jurídicos son normativamente cerrados (aunque sean cognitivamente abiertos). Desde aquí vista la metáfora dice, en definitiva, que los sistemas jurídicos regulan su propia producción normativa mediante un subsistema jurídico llamado el ‘sistema de fuentes del derecho’ “. (Serrano, 2003, p. 13).

¹⁶⁰ As metáforas continuam sendo amplamente utilizadas. À metafórica “osmose” de Teubner prefere-se, em idêntico sentido, a *fagocitose*.

A demonstração de que o Direito se basta a si mesmo – conquanto requeira estímulos (e *freios*) externos ao sistema – para se auto-reproduzir requer, ainda, mais alguns argumentos.

2 O Direito como instância de discursividade

O mundo só existe como uma construção do respectivo discurso.

(Teubner, 2005, p. 64)

A primeira averiguação que se impõe diz com o significado de discurso. A palavra discurso opõe-se a intuição, contraposição que já se encontra em Platão e em Aristóteles entre razão (*dianóia*) e intelecto (*nous*).” Kant (1997, p.102, A68;B93) contribui também: “Assim, o conhecimento de todo o entendimento, pelo menos do entendimento humano, é um conhecimento por conceitos, que não é intuitivo, mas discursivo”. E acrescenta: “Ora pensar é conhecer por conceitos”. O discurso apresenta-se, assim, como a exteriorização do pensamento. Em outro sentido, Ferraz Júnior (1997, p. 3 e 7) diz

O discurso é um ato entre homens e deve ser concebido como ação lingüística, isto é, ação dirigida a outros homens em oposição ao mero agir. (...) ...discurso enquanto discussão que se fundamenta, enquanto *discussão fundamentante*, admitindo-se como ação lingüística apenas aquela que pode ser *entendida*, isto é, aquela que pode ser ensinada e aprendida.”

Mais claramente, Ferraz Jr. volta com as seguintes palavras:

Entendemos por discurso uma ação lingüística dirigida a outrem, donde o seu caráter de discussão, em que alguém fala, alguém ouve e algo é dito. Além disso, dissemos que a ação lingüística não se dirige apenas para outrem, mas apela ao seu entendimento, sendo assim considerada apenas aquela que pode ser entendida, isto é, ensinada e aprendida. A essa situação de aprender e ensinar, na qual a compreensibilidade das ações deve ser manifestada, atribuímos a expressão situação comunicativa. Todo discurso, nesse sentido, revela uma situação dessa natureza. (Ferraz Jr., 1997, p. 57).

Resulta, então, o discurso¹⁶¹ como uma fala¹⁶² dirigida ou orientada a um objetivo. O discurso é intencional (com sentido), já que o entendemos como a expressão de uma “vontade pensante” dirigida a uma finalidade. Essa vontade, contudo, não é absolutamente discricionária, pois não somente está limitada pelos objetivos a que se dirige, como também, por se expressar através de argumentos plausíveis, está limitada pela “irracionalidade” dos elementos que não se mostrem coerentes para construir a unidade de sentido necessária ao discurso.

A finalidade ou objetivo do discurso é o convencimento ou a persuasão. O Direito, concretizando-se através de um discurso persuasivo, não é a ordem ou o comando, a voz da autoridade que (im)põe sua vontade impossível de ser questionada ou desobedecida¹⁶³. O Direito deságua em um discurso de

¹⁶¹ Não nos embrenhamos, diretamente, pelos caminhos da semiótica, conquanto ela nos traga subsídios valiosos ao nosso estudo. Deixa-se, contudo, um conceito de discurso sob a índole semiótica, transcrevendo Lozano; Peña-Marin; Abril (2002, p. 25): “Como se sabe, a teoria de inspiração saussuriana concebia uma só lingüística, a da *langue* (definida por Saussure como *sistema* de signos). Contudo, estudos posteriores admitiram o surgimento de uma lingüística da *parole*, de uma lingüística discursiva encarregada da *langue* na comunicação viva. Nesse sentido, Benveniste (1966) definia o discurso como ‘a *langue* enquanto assumida pelo homem que fala e na condição de intersubjetividade, que torna possível a comunicação lingüística”.

¹⁶² “Assim, por razões de comodidade técnica e para jamais perder de vista esse papel essencial do auditório, quando utilizarmos os termos ‘discurso’, ‘orador’ e ‘auditório’, entenderemos com isso a argumentação, aquele que a apresenta e aqueles a quem ela se dirige, sem nos determos no fato de que se trata de uma apresentação pela palavra ou pela escrita, sem distinguir discurso em forma e expressão fragmentária do pensamento”. (Perelman; Tyteca, 1999, p. 7).

¹⁶³ O Direito admite a desobediência e, em certos casos, a regula e protege. Veja-se, por exemplo, o caso da desobediência civil.

convencimento (ou de persuasão)¹⁶⁴. É o discurso retórico, fundamentado em argumentos verossímeis, em que embora possa ver-se eventualmente uma estrutura de pura logicidade, é essencialmente constituído por uma estrutura tópico-retórica, imposta pela própria (dialética) dialogicidade jurídica.

Como escreve Alexy (2001, p. 181), “discursos são séries de ações interligadas devotadas a testar a verdade ou correção das coisas que dizemos”. No caso do discurso jurídico que “pode ser entendido como um caso especial do discurso prático geral”, dir-se-ia que a *vocação* discursiva é *justificar* a correção das coisas ditas como decisão ou como solução jurídica. Instala-se, aí, como em qualquer discurso prático, a pretensão de correção que pode tomar, no campo jurídico, o nome de *pretensão de justeza*.

2.1 A sentença como espaço de discursividade

Nihil est in intellectu quod non fuerit prius in sensu.

Tem-se defendido que o Direito é, na sua manifestação, um discurso. São vários os conceitos de discurso e vários são os aspectos em que pode ser estudado. A este estudo interessa primeiramente a fixação de um conceito para, após, serem analisados os aspectos heurístico, erístico e crítico do discurso jurídico.

O discurso é um procedimento de argumentação dirigida a um objetivo. Isso já foi dito: “É evidente que o achamento do veredicto judicial, bem como a

¹⁶⁴ “As questões que põem em movimento a tarefa são estas: o que é persuadir? Em que a persuasão se distingue da adulação, da sedução, da ameaça, isto é, das formas mais sutis de violência? O que significa influenciar pelo discurso? Levantar essas questões é decidir que não se podem tecnizar as artes do discurso sem submetê-las a uma reflexão filosófica radical que delimite o conceito de ‘o que é persuasivo’ (*to pithanon*).” (Ricoeur, 2000, p. 21). Ainda: “A retórica, já se disse, foi antes de tudo uma técnica da eloquência; seu alcance é o mesmo da eloquência, a saber, gerar a persuasão.” (op. cit., p. 23).

imposição de uma opinião na doutrina, se efectiva em regra por via de um discurso.” (Larenz, 1989, p. 180).

O desenvolvimento da ideia central deste item leva ao mencionar a denominada *teoria da argumentação* e, em especial a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy¹⁶⁵.

Isto é claro na “teoria da argumentação jurídica” de Robert Alexy. Ele sublinha que o discurso jurídico é um “caso particular do discurso prático geral”. O que o discurso jurídico e o discurso prático geral têm de comum é que em ambos se impõe, com afirmação de um determinado enunciado entendido como normativo, uma pretensão à justeza desse enunciado. O discurso jurídico constituiria todavia um caso especial, “pois que a argumentação jurídica tem lugar sob uma série de condições limitativas”. Estas condições seriam: “a vinculação à lei, a consideração que se exige pelos precedentes, a chancela da dogmática resultante da ciência jurídica institucionalmente cultivada”, bem como, exceptuando o discurso juscientífico, “as restrições decorrentes das regras dos códigos de processo”. E sendo assim, também é mais restrita a pretensão de justeza que suscitam as asserções jurídicas face às do “discurso prático geral”. (Larenz, 1989, p. 180).

Mas, não se veja nessa breve incursão, uma compatibilidade apriorística entre a teoria da argumentação e a teoria sistêmica luhmanniana: veja-se apenas uma construção do discurso jurídico de verossimilhança, de convencimento, e não da “descoberta da verdade”.

Veja-se, por outro lado, que Luhmann (apud Günther, 2004, p. 382) diz, claramente, que “as bases internas para estabelecer uma norma de decisão para o caso isolado são apenas uma questão de retórica jurídica”.

¹⁶⁵ “Uma vez que em grande medida se trata de temas idênticos, que também são tratados na metodologia jurídica, levanta-se a questão de qual a diferença entre uma metodologia e uma teoria da argumentação.” (Larenz, 1989, p. 179).

2.1.1 Heurística, erística e crítica

Pode definir-se a heurística como a arte da pesquisa, ou como a ciência que tem por objeto a descoberta dos fatos. O sentido que aqui interessa está, contudo, ligado não só ao de arte da pesquisa, ou, melhor dito, ao de *hipótese heurística* (hipótese de trabalho, *working hypothesis*), ou seja, aquela resposta ou solução possível, adotada provisoriamente, e que serve, como diretriz, para a descoberta, mas também ao da “descoberta” dos fatos. Esses dois sentidos da heurística são, na decisão judicativa, indissociáveis, na medida em que a pesquisa, conquanto tenha essencialmente uma forte carga hermenêutica, constitui-se também na busca do sentido jurídico do fato sob análise, ou seja, na “definição do fato”, ou do caso decidendo, *no sentido jurídico*, repita-se.

Em todo o discurso, uma parte dele que pode classificar-se como heurístico, pelo aspecto que diz com o papel de *modelo*¹⁶⁶ ou de *hipótese (provisória)* que, apesar disso, possa conduzir posteriormente, ao desenvolvimento conclusivo.

¹⁶⁶ Este papel de *modelo* comporta, como se verá adiante, a utilização, entre outros elementos, de metáforas. Sobre o assunto vale a pena ler Contencas (1999, p.77): A difícil definição de modelo e a ambigüidade que este termo comporta podem permitir diferentes aproximações entre modelo e metáfora. Mas entre eles situa-se ainda a analogia. Esta e o modelo seriam (ou conteriam) uma comparação explícita e a metáfora comportaria uma comparação implícita. Há, pois, estreitas relações entre metáfora, analogia e modelo”. Ainda: “O modelo é apresentado como uma comparação explícita, justificada e estruturada, mas em que o acento é posto no aspecto conceptual. O modelo é, sempre uma construção conceptual, que se pode apresentar como a abstração de realidades físicas, embora não pretenda confundir-se com os próprios fenômenos, nem revela-los integralmente. Trata-se de uma ‘imagem da nossa relação com a realidade, isto é, da nossa visão do mundo no que ela tem de compatível com os dados da experiência’ (Drouin, 1987, p. 30). O modelo entendido como um guia de pensamento ou um marco conceptual que permite interpretar, até matematicamente, fenômenos inexplicáveis é a definição proposta por Zimam (1981).” (op. cit., p. 159).

Conquanto não se pretenda desenvolver a idéia de “modelo”, não se resiste à citação de Paul Ricoeur (A Metáfora, viva, p. 366): “A passagem pela teoria dos modelos constitui a etapa decisiva do presente estudo. A idéia de um parentesco entre modelo e metáfora é tão fecunda que Max Black a tomou como título da coletânea que contém o ensaio especificamente consagrado a esse problema epistemológico: ‘Models and Archetypes’ (a introdução do conceito de arquétipo será explicada adiante).” Ricoeur continua: “O argumento central é que a metáfora é para a linguagem política o que o modelo é para a linguagem científica quanto à relação com o real. Ora, na linguagem científica, o modelo é essencialmente um instrumento heurístico (...)”.

Veja, ainda e a propósito, a obra de Miguel Reale: *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Um sistema jurídico hábil – um sistema hábil, em geral – compõe-se essencialmente de uma base de dados e de um motor de inferência, e esses dois elementos devem ser dotados de características – para a acomodação ao funcionamento do raciocínio jurídico e do raciocínio comum – que, num sentido amplo, poderiam ser classificados de tópicos. (...) E, no que diz respeito ao motor de inferência, o sistema deve contar não só com as regras de inferência que são de conhecimento público, quer dizer, aquelas de tipo oficial que se encontram codificadas em textos mais ou menos conhecidos, mas também com regras de experiência sem caráter público, que são de caráter informal e constituem a chamada *heurística jurídica*. (Atienza, 2000, p. 78).

A dimensão heurística¹⁶⁷ do discurso jurídico-judicativo tende a estampar ares de “veracidade”¹⁶⁸ – a “verdade” dos fatos¹⁶⁹ expressa no processo¹⁷⁰, ou a “verdade” das proposições aceitas universalmente (muitas vezes, como senso comum) – em um campo que é revestido, na sua superfície visível (e que é efetivamente constituído) por plausibilidade, probabilidade, razoabilidade. Há, assim, um aspecto que não pode ser negligenciado no que tange à mencionada “veracidade”: trata-se da “interpretação” dos fatos pelo julgador, na qual interferem “elementos psicológicos individuais que compõem a personalidade do julgador” (Machado, 1994, p. 312).

Ora, precisamente porque o discurso retórico-jurídico não é demonstrativo (que mostre a “verdade”), mas *justificativa-hermeneuticamente normativo*, a dimensão heurística do discurso requer uma outra dimensão para a validade da

¹⁶⁷ “Cette nouvelle manière d’appréhender l’autoréférence a un dessein fondamental qui prétend faire de la circularité, jusque là considérée par pincipe comme un mode de pensée prohibé, un modèle fécond, valable d’un point de vue heuristique et qui entend aussi, sur cette base, révolutionner non seulement la théorie juridique mais également la pensée sociologique.» (Teubner, 1986, p. 277). [Traduz-se: “Esta nova maneira de apreender a autorreferência tem um propósito fundamental que pretende fazer da circularidade, exatamente considerada por princípio como um modo de pensamento proibido, um modelo fecundo, válido de um ponto de vista heurístico e que pretende também, nesta base, revolucionar não só a teoria jurídica, mas também o pensamento sociológico.”]

¹⁶⁸ Note-se que “a verdade jurídica é uma *verdade prática*, não uma verdade teórico-científica” (Castanheira Neves, 1993, p. 164).

¹⁶⁹ A “verdade” dos fatos é sempre uma versão desses mesmos fatos. Os fatos do mundo entram no Direito pela versão jurídica, ou modo de ver do Direito. Nas palavras de García (1992, p.150): “En definitiva, el derecho es un experto en redefinir los problemas de la vida para llevarlos a su propio terreno, desplazándolos a un zona vigilada por él mismo. Así juega con ventaja y puede perfectamente desactivarlos, absorberlos y metabolizarlos.”

¹⁷⁰ Tenha-se presente o aforismo *res judicata pro veritate habetur*, ao mesmo tempo que *quod non est in actis no es in mundo*.

sua existência: é a dimensão erística. A *erística* é conceituada como a arte de vencer nas discussões, ou a “arte das discussões lógicas”, diretamente ligada à *ars inveniendi*, quer dizer, a uma nova síntese de idéias. Afinal, a dimensão erística do discurso diz com a *arte* de justificar a resposta encontrada e de esta ser (mais ou menos) aceita.

Sobrepondo-se a esse discurso que engloba os aspectos heurístico e erístico, há, ainda, que aplicar uma revisão crítica, ou seja, dar a esse discurso uma outra qualidade: a da *crítica*.

O atual uso vulgar da palavra *crítica* carrega, imerecidamente, uma denotação negativa, mas

É ao menos curioso observar que a origem grega da palavra *crise* e de seus derivados – como *crítica*, *crítico*, *critério* – nada tem de negativo. O verbo de origem é *krino*, e apresenta os seguintes significados: 1) “escolher”, “separar”, “distinguir”, “discernir o verdadeiro do falso”; 2) “julgar”, “pronunciar um julgamento”; 3) “julgar”, “decidir”, “pronunciar”; 4) “julgar”, “pôr em julgamento”. Na voz média, significa: 1) “escolher para si”; 2) “decidir”, “julgar”, “explicar”; 3) “estar em luta”, “disputar”, “combater”. A palavra *krisis* quer dizer: “escolha”, “julgamento”, “sentença”, e também “debate”, “disputa”. Nisso tudo não parece haver rastro de negatividade – ao contrário: há a força de escolher, julgar, discernir, debater; são palavras ligadas à força do pensamento e, portanto, à criação da filosofia, da ciência. (Bornheim, 1996, p. 49).

Está-se, de novo e reforçadamente, frente ao “escolher”, ou seja, frente ao “decidir”, ao terminar com a *in-de*-cisão. O caráter crítico do discurso sentencial separa, escolhe, porque aí já deve estar delimitado um espaço de decisibilidade, muitas vezes dito, metaforicamente, uma “moldura”, ou um “marco”.

Então, nesse aspecto heurístico, que se equipara ao contexto de descoberta e no aspecto erístico que equivale ao contexto da justificação, ambos têm de ser submetidos ao momento crítico no qual se inclui, como meta, as *conseqüências* do julgar ou do decidir¹⁷¹. Isso é não somente o *ir-e-vir-simultâneo* de que já se

¹⁷¹ “Uma das assimetrias mais importantes, que visam especialmente o círculo de valorações e interesses, é o princípio que no debate recente é chamado de ‘orientação sobre as conseqüências’ (*Folgenorientierung*). Trata-se de questionar se e até onde as conseqüências de uma decisão são apropriadas por um livre critério de sua correção.” (Luhmann, 2004, p. 72).

falou, mas é, essencialmente, o “reforço” da justificação da decisão, delimitando o espaço de julgamento. O “reforço” crítico da justificação comporta não só argumentos, mas, essencialmente, a delimitação do julgar pela *pretensão de correção*, já dita *pretensão de justeza*¹⁷². O discurso judicante retórico, como todo o discurso de viés prático, rege-se pela denominada pretensão de correção ou de justeza que, no caso do Direito, obriga a que os argumentos “fiquem dentro” da “moldura” jurídica. Note-se que a amplitude dessa moldura é determinada, *a priori*, pela matéria de fato e de direito originariamente posta: o discurso não extrapola (não deve extrapolar) os limites inicialmente colocados pela questão decidenda. Fixar as “dimensões” posteriores, no entanto, é problema da iusmetodologia¹⁷³. Pode-se, então, ir buscar às teorias da argumentação (Alexy, Atienza, Habermas, etc.) subsídios que formam um *metadiscurso* limitativo dos argumentos ditos jurídicos com vista à decisão. Diga-se, entretanto, que esse metadiscurso é forçosamente sistêmico-estrutural, composto à luz do pensamento autopoietico de autocriação e desenvolvimento por fronteiras noeticamente construídas com os elementos existenciais funcionais do sistema, ou seja, as *comunicações*.

A título exemplificativo: os “marcos” da moldura discursivo-justificadora podem ser formados por limites *fortes* tais como valores jurídicos – valores da comunidade juridicizados *hic et nunc* -, e princípios jurídicos – não só os positivistas *princípios gerais do direito*, como os que do ordenamento legal se

¹⁷² A pretensão de correção pode ser definida como a “vontade” de obter consenso acerca do que está dito.

¹⁷³ “A idéia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a Viehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática. Uma vez que em grande medida se trata de temas idênticos, que também são tratados na metodologia jurídica, levanta-se a questão de qual a diferença entre uma metodologia e uma teoria da argumentação. ‘Argumentar’ significa fornecer fundamentos, que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou pelo menos discutível. Os fundamentos, para atingirem esse fim, têm de ser conformados de tal modo que convençam os participantes na discussão, cuja existência se pressupõe, e que permitam suplantar os contra-argumentos por eles aduzidos. Quem idealizar uma teoria da argumentação jurídica pensa, antes do mais, na discussão de questões jurídicas perante os tribunais, a propósito de consultas ou na literatura juscientífica. É evidente que o achamento do veredicto judicial, bem como a imposição de uma opinião na doutrina, se efectiva em regra por via de um discurso.” (Larenz, 1989, p. 179-180).

extraem sem que nele estejam expressamente ditos –, todos devidamente ponderados; e por limites *fracos*, tais como a jurisprudência dita pacífica, e a doutrina dominante, que entram no sistema hermeneuticamente compostos.

Como se procurou mostrar, a decisão judicativa, conquanto possa ser analiticamente dividida em várias etapas ou momentos, é um pensamento complexo em que esses momentos são constantemente “inter-alimentados” e constantemente interagem como se fosse um sistema.

2.1.2 O discurso de convencimento

Quando somos convencidos, somos vencidos
apenas por nós mesmos, pelas nossas idéias.
Quando somos persuadidos, sempre o somos
por outrem.
(Chaignet apud Rerelman; Tyteca, 1999, p. 46).

O caminho percorrido foi eleito no sentido de chegar ao discurso de convencimento (ou de persuasão)¹⁷⁴ que é o Direito. Não vemos que o Direito possa ser resumido simples ou unicamente a expectativas, ou a normas escritas, ou às decisões judiciais. Toda a concreção do Direito, porque não parte de simples adesão, requer a racionalidade de sua justificação através de um

¹⁷⁴ Disse-se já que não é importante para este trabalho a distinção entre os possíveis significados de *persuadir* e de *convencer*. Deixam-se, apesar disso, as posições seguintes: “Para quem se preocupa com o resultado, persuadir é mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação. Para Rousseau, de nada adianta convencer uma criança ‘se não se sabe persuadi-la’. Em contrapartida, para quem está preocupado com o caráter racional da adesão, convencer é mais do que persuadir. (...) Propomo-nos chamar *persuasiva* a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar *convincente* àquela que deveria obter a adesão de todo o ser racional.” (Perelman; Tyteca, 1999, p. 30-31).

“Há duas distinções importantes associadas ao conceito da audiência universal: aquela entre persuadir (persuader) e convencer (convaincre) e, respectivamente, entre um argumento eficaz (efficace) e um argumento válido (valable). Quem tenta obter o acordo de uma audiência particular sozinho está fazendo uma tentativa de persuasão; quem anseia pelo acordo da audiência universal demonstra um desejo de convencer. De acordo com isso, os argumentos que recebem a anuência da audiência universal são válidos, enquanto que os que apenas são aceitos por uma audiência particular apenas são eficazes. Seja como for, Perelman enfatiza que muitas vezes não há uma linha divisória rígida entre convencer e persuadir e que existe uma correlação entre eficácia e validade.” (Alexy, 2001, p. 135).

discurso, qual seja, o discurso de convencer ou persuadir *alguém*, seja o interlocutor singular, seja um auditório, seja o juiz monocrático, seja o tribunal.

Há aqui, evidentemente, um pequeno (e temporário) desvio das lições de Luhmann (1985, p. 25):

Apesar de toda especialização técnica do pensamento jurídico e de toda a dificuldade de acesso ao não jurista; as estruturas jurídicas mais antigas concediam uma grande importância aos efeitos de exortação, convencimento e pedagógicos das palavras na formulação do direito. Isso pode ser extraído dos provérbios jurídicos gerados pela participação de leigos na aplicação da lei, dos antigos textos de literatura jurídica tomada como fonte de direito, os quais entremeiam prescrições e exortações, argumento, advertência e fundamentação; e também dos adágios do ensinamento jurídico, de expressões cuja formulação substitui a fundamentação, da linguagem epigraficamente afiada dos juristas romanos e até mesmo do “Code Civil”. A linguagem jurídica atual busca outros objetivos. Ela não medeia instrumentos de memorização ou de convencimento... (...) Aparentemente, o direito positivo não necessita mais daqueles recursos de convencimento concretizados através de palavras.

O Direito, quer aquele que é do domínio do leigo¹⁷⁵, quer aquele que é aplicado judicialmente, requer sempre justificação. A razão está, a nosso ver, nas circunstâncias ou particularidades de cada comportamento ou de cada conflito. O discurso jurídico é expressão de racionalidade prática que, por isso mesmo, requer um contexto de justificação em que esteja inserido o caso a ser decidido. O Estado de Direito não se compadece com a decisão judicial não fundamentada, porque o Estado-Juiz deve *jus-tificações* não só às partes litigantes como à sociedade em que esse litígio se desenvolveu. A Sociedade quer também saber o porquê da decisão do juiz, quer também saber por que a uma das partes foi reconhecida “a razão” e à outra foi-lha negada.

¹⁷⁵ Insiste-se na exposição da idéia de que o Direito não se concretiza apenas na sentença judiciária. Como exemplo, leia-se Grau (1996, p. 32): “Por isso as normas resultam da interpretação. O intérprete dotado de poder suficiente para assim *criar* as normas é o ‘intérprete autêntico’, no sentido conferido a essa expressão por Kelsen (1979/469 e ss.) – isto é, fundamentalmente, o juiz. Não obstante, também os que não preenchem os requisitos do *intérprete autêntico* (os que não são juízes) interpretamos/aplicamos o direito. No exemplo que atribuo a Carnelutti, o homem faminto que, ao passar por uma barraca de frutas, não arrebatou uma maçã nada mais faz do que, tomando uma decisão jurídica, interpretar/aplicar o direito. Nesse caso, no entanto, a *interpretação/aplicação* do direito é procedimento para evitar conflitos, ou produz a sua instalação – não para solucionar um litígio.”

2.2 A sentença como momento de decibilidade

Fides praecedat intellectum
Santo Agostinho

Apoiado em Grácio entre outros, diz-se que o Direito “está essencialmente ligado ao problema da decisão”¹⁷⁶. E tem-se como “dogma” que a decisão judicativa tem de ser motivada, fundamentada ou justificada, ou seja, “exige razões ou motivos que a justifiquem, a tornem razoável ou lhe confirmem, pelo menos, uma certa razoabilidade” (Grácio, 1993, p. 52). Justificar é “basicamente uma operação que consiste em dar as razões que fundamentam uma determinada atuação” (Ortega, 1998, p. 120). Na frase simples mas altamente significativa de Ferraz Júnior (1997, p. 40), “fundamentar é prestar contas daquilo que se diz”.

Temos também, como pressuposto, que o Direito não apresenta, para um caso ou conflito, uma única solução¹⁷⁷. Pode, até, apresentar soluções

¹⁷⁶ “Mantemos, por isso, a idéia diretriz que comanda nossa exposição, qual seja, de que o pensamento jurídico é um pensamento tecnológico específico, voltado para o problema da decibilidade normativa de conflitos.” (Ferraz Jr., 1986, p. 87)

¹⁷⁷ “Sin embargo, esto no significa que cada caso tenga una y sólo una respuesta correcta. Por el contrario, la idea del razonamiento jurídico ideal presupone que puede haber argumentación respecto a las decisiones jurídicamente posibles. A la que podemos aspirar es a la ‘mejor justificación posible’ y no a soluciones absolutamente correctas.” (Aarnio, 1995, p. 60).

Este aspecto da teoria de Aarnio (em contraposição a Dworkin, por exemplo, diga-se) relativo à existência de mais de uma resposta correta para cada caso, relaciona-se com os problemas da certeza do Direito e da previsibilidade. Esses problemas jurídicos não são nuclearmente (senão periféricamente) tratados neste trabalho. Leia-se, contudo, Dobrowolski (2002, p. 82): “Neste passo, convém destacar o principal fator que torna peculiar a interpretação jurídica: é a expectativa social de certeza jurídica, essencialmente relacionada com a idéia de previsibilidade. No Direito, porém, o resultado da interpretação é sempre previamente ignorado. É desconhecido *ex ante*. Aarnio ilustra esta característica, comparando a interpretação jurídica à literária, através da metáfora do quebra-cabeças. No quebra-cabeças jurídico, a forma final é inédita – o que deve ser entendido à luz do mencionado princípio da certeza ou segurança jurídica, base da própria coesão social. Em decorrência disso, é certo que deve haver um mínimo de previsibilidade nas decisões judiciais – aspecto formal da proteção jurídica -, e, assim, a interpretação

incompatíveis¹⁷⁸ ou contraditórias¹⁷⁹ entre si, sem que isso signifique que uma delas seja absolutamente irracional, ou ajurídica, ou que sejam, entre si, excludentes¹⁸⁰.

No estudo teórico, lança-se mão, muitas vezes, de exemplos extremos e opostos como método para admitir que, se verificada determinada resposta para ambos os exemplos, todos os casos que se possam inserir no limite daqueles dois pólos sejam considerados abrangidos por aquela resposta. A resposta encontrada seria válida, então, para todos os casos contidos entre os dois extremos exemplificativos. O caso de soluções incompatíveis revela uma situação (exemplificativa) extrema que, portanto, pode ser colocada em pólo oposto à de uma única solução.

O caso judicativo de uma única solução – que, de qualquer modo, consideramos uma exceção – não oferece dificuldades, já que, havendo uma única solução, nada há que decidir. Detenhamo-nos, pois, no caso que apresenta soluções incompatíveis¹⁸¹. Este último, que se considera o tipo comum de caso

jurídica não pode ser totalmente ‘inérita’. Mas isto não significa que seja sempre possível prever a única resposta correta. Ao contrário, para um mesmo problema, pode haver mais de uma alternativa juridicamente bem fundamentada, lastreada nas fontes de direito reconhecidas e com observância dos princípios de interpretação vigentes na comunidade jurídica. Não se pode, portanto, predizer, prever e reconhecer a única solução correta, ‘a’ resposta correta...”.

¹⁷⁸ Fazemos diferença entre incompatibilidade e contradição, como adiante se mostrará mais claro. Entretanto: “A asserção, dentro de um mesmo sistema, de uma proposição e de sua negação, ao tornar manifesta uma contradição que ele contém, torna o sistema incoerente e, com isso, inutilizável.” (Perelman; Tyteca, 1999, p. 221). A incompatibilidade “consiste em duas asserções entre as quais cumpre escolher, a menos que se renuncie a ambas.” (idem, p. 222). Os mesmos autores acrescentam, na página 224: “As incompatibilidades obrigam a uma escolha que sempre é penosa”.

¹⁷⁹ “O que é que se entende por contradição? Os autores costumam distinguir entre contradição lógica e contradição ontológica. A lógica, já segundo Aristóteles, prende-se ao plano do pensamento: ‘chamemos *contradição* a oposição de uma afirmação e de uma negação’. Há uma contradição, por exemplo, entre branco e não-branco; são conceitos que se excluem como a afirmação e a negação, o sim e o não, o ser e o não-ser. Na contradição, portanto, a oposição dos termos é radical e absoluta. Mas Aristóteles fala também em contrários, e nestes a oposição já não é tão total: ‘(...) os termos que, no mesmo gênero, estão afastados um do outro pela maior distância, são definidos como contrários’. Exemplo: branco e preto.” (Bornheim, 1977, p.273).

¹⁸⁰ Estou-me distanciando da *lógica clássica*, não a refutando, mas afetando, desse modo, o *princípio da não-contradição*. O pensamento que me conduz é *metodologicamente dialógico*, o que implica *inteligência da complexidade* (mais uma vez, Edgar Morin, por todos).

¹⁸¹ “É preciso que possamos imaginar algo mais do que é para ser imaginado. Quanto mais tempo uma decisão levar para ser tomada entre duas possibilidades, mais seremos como o asno de Buridan, estaremos sempre no plano racional. Há um leque de possibilidades, e um cálculo, um reckoning, um computo para se tomar a decisão mais racional. A verdadeira vontade não se refere à escolha de duas possibilidades pré-determinadas, mas a esse ato único, incoativo, no e pelo qual surgem novos possíveis e, ao mesmo tempo, o sujeito se dirige para eles. Tal sujeito não é uma realidade, é um *projeto*, em parte realizado pelos indivíduos e em parte, sobretudo, a ser realizado também em função de uma transformação que se refere

que o juiz ou o estudioso tem de decidir, requer, portanto, a escolha entre duas (ou mais) soluções que se mostram incompatíveis entre si.¹⁸²

Perelman e Tyteca (1999, p. 224) apontam três modos ou *atitudes* que podem ser adotadas visando à escolha, a terceira das quais é denominada *diplomática*, não sendo aplicável ao estudo que nos propusemos. A primeira destas é denominada *lógica*, sendo definida por esses autores como

aquela em que nos preocupamos, de antemão, com resolver todas as dificuldades e todos os problemas que podem surgir, nas mais variadas situações, e que nos esforçamos de imaginar, em consequência da aplicação de regras, de leis e de normas às quais concedemos nossa adesão.

Esses mesmos notáveis autores acrescentam que essa

é também a atitude normal de quem elabora uma doutrina jurídica ou ética e se propõe resolver, se não todos os casos de aplicação, ao menos o maior número dos que, na prática, poderia ter de ocupar-se.

Mas, opõem essa atitude dita lógica à atitude prática “que repensa suas noções e suas regras consoante as situações reais e as decisões indispensáveis à sua ação”. E acrescentam, na mesma página:

É normalmente a atitude do juiz que, sabendo que cada uma das suas decisões constitui um precedente, procura limitar-lhes o alcance o quanto puder, enunciá-las sem ultrapassar em seus considerandos o que é necessário dizer para fundamentar sua decisão, sem estender suas fórmulas interpretativas a situações cuja complexidade poderia escapar-lhe.

não apenas aos seres humanos na sua singularidade, mas à sociedade em seu conjunto”. (Castoriadis, 2001, p.45-46).

¹⁸² A finalidade imediata da decisão “é a absorção de insegurança no sentido de que, a partir de alternativas incompatíveis (que, pela sua própria complexidade, constituem, cada uma por si, novas alternativas ...), obtemos outras premissas para uma decisão subsequente, sem ter de retornar continuamente às incompatibilidades primárias. Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores.” (Ferraz Jr., 1986, p. 90).

A decisão constitui-se assim em uma opção, ou em uma escolha, ou em uma preferência, em uma atitude prática, entre várias soluções possíveis. Por isso se diz que a decisão é um *juízo de valor* ou um *juízo de valor*¹⁸³.

Note-se que se está dando ênfase à valoração como escolha, ou opção entre várias respostas, o que é diferente do *colocar* valores na sentença – ou seja, considerar a *dimensão axiológica* da sentença –, conquanto o juiz não possa despir-se de seus valores, de sua ideologia, nem ignorar os valores da comunidade em que está inserido. Repita-se, pois, por outras e magistrais palavras, que

Por “valorar” ou “avaliar” deve entender-se, em primeiro lugar, um acto de tomada de posição. O objecto a avaliar será julgado como apetecível ou dispiciendo, meritório ou não meritório, preferível a outro ou secundário em relação a ele. (...) A aprovação ou desaprovação encontram a sua expressão num juízo de valor, que pode ser de natureza moral ou, se se orienta por princípios especificamente jurídicos, de natureza jurídica. Se o juízo de valor é expressão de uma tomada de posição, esta é, antes de tudo, a de quem em cada caso haja de julgar. (Larenz, 1989, p. 348-349).

Veja-se, contudo, que a tomada de posição, o valorar esta solução com a secundarização de uma outra ou outras também possíveis, é um ato de inteligibilidade, ou seja, requer “*ponderações racionais*”. Ora, ponderar é pesar, sopesar, comparar. Dir-se-ia, portanto, que o julgador, frente a duas ou mais soluções possíveis, não sendo nenhuma delas manifestamente injusta, tem de as comparar, isto é, avaliá-las.

A questão, então, é determinar se há método ou métodos capazes de dirigirem a decibilidade. Vários autores – dos quais citaremos alguns dos mais representativos – apontam soluções diversas (que nós diríamos características das escolas jurídicas que professam ou seguem), todos eles preocupados em mostrar que a decibilidade tem limites. Deixar a um simples arbítrio ou plena

¹⁸³ A expressão “juízo de valor” pode ser usada para designar quer o fato de dar preferência ou o julgamento que uma alternativa particular é a melhor, ou a regra da preferência que subjaz a este julgamento (e, assim sendo, a preferência). (Alexy, 2001, p. 39, n. 20).

discricionariedade do juiz é condenado por (quase) todos. Há, portanto, um consenso quanto à existência de um *espaço de decibilidade*, ou uma *margin de livre apreciação*, do juiz, mas os lindes desse espaço variam conforme o autor e são quase sempre imprecisas.

Larenz (1989, p. 354) não hesita em afirmar que “quando nenhuma das resoluções possíveis seja manifestamente injusta, a resolução é deixada, nos casos mencionados, à intuição valorativa e à convicção do juiz”. Emprega, aqui, Larenz, alguns conceitos *fluidos*, quais, sejam, “*intuição valorativa*” e “*convicção do juiz*”, que não nos parecem redutíveis às *ponderações racionais* de que antes falava.

A questão, porém, já não se situa em saber se há limites para a decibilidade, que os há, mas, sim, em saber como se processa essa decibilidade. Já se disse que a decisão é ato de valor, de escolha, e, aí, cabe a ponderação (pesar), efetivamente. A ponderação que é comparação, contudo, é feita no campo da justificação da decisão. É o pesar dos argumentos de uma e outra das possíveis decisões que leva a terminar com a *in-decisão*.

Quem exige, de uma argumentação, que ela forneça provas coercivas, provas demonstrativas, e não se contenta com menos para aderir a uma tese, desconhece tanto quanto o fanático o caráter próprio do processo argumentativo. (Perelman; Tyteca, 1999, p. 69).

O dito *espaço de decibilidade* está situado na motivação da sentença que é o que *motiva* o *decisum*. Note-se que a palavra *motivo* tem a ver com a parte psicológica ou intelectual do decisor; diferente seria se se falasse em *causa*. A decisão não é *causada* pela argumentação justificativa, mas é, sim, uma escolha noética do julgador *que já compreendeu*. Cabe a este, ponderando os argumentos que acolhem e confortam esta ou aquela decisão, pensá-los para optar por aquela que lhe apareça como mais razoável ou mais convincente. É nas instâncias da convicção (própria) e do convencimento (alheio) que a decisão é tomada. O processo, porém, não é singelamente retilíneo, do *decisum* à

justificação (ou vice-versa): é um processo de repetido vai-vem (vai-vem momentâneo, instantâneo), mesmo que o *decisum* tenha sido descoberto por *serendipidade* ou por *intuição judicativa*: “há uma dialéctica entre formalismo e pragmatismo e só esta dialéctica permitirá conceber uma justiça, não apenas legal, mas também razoável.” (Grácio, 1993, p. 116-117).

O pensamento judicante (oficial) tem, ainda, outros fatores de influência da escolha decisória que extrapolam o *modus* dialético da motivação.

2.2.1 O princípio da inércia e a jurisprudência

O acumular de processos judiciais, produto de uma sociedade conflitiva ou conflituosa e que ainda confia no Poder Judiciário - se não confiasse não havia tanto processo -, justifica, em certa medida, que o Magistrado colha do *princípio da inércia*¹⁸⁴ a razão de não adentrar em *novidades* doutrinárias ou em construções *analógicas* ou *sistêmicas* que proporcionariam respostas outras ao caso *decidendi*. A força da jurisprudência, do pré-objetivado *precedente*, encontra, assim, a sua razão de existir, não só no princípio da inércia como também numa espécie de *lei-do-menor-esforço-jurígeno*, que, muitas vezes, se exterioriza por *sentenças-carimbo*¹⁸⁵.

¹⁸⁴ “O princípio da inércia afirma que uma opinião que foi aceita no passado não deve ser abandonada outra vez sem haver razão suficiente. Assim sendo, ele tem o caráter de uma regra encarregada da argumentação ou da prova: o apelo a uma prática já existente não requer justificação, ‘somente a mudança tem de ser justificada’.” (Alexy, 2001, p. 140).

¹⁸⁵ Designação, na gíria forense, de textos sentenciais iguais para diversos (muitos) processos com o mesmo pedido.

Ademais, há uma *natural* (ou será *cultural*?)¹⁸⁶ resistência ao que é novo¹⁸⁷, por mais que seja aceita a parêmia *nihil novum sub sole*. O que é novo provoca surpresa, admiração, espanto (e como se perdeu a capacidade de espantar-se!) e, até, susto, a que a nossa racionalidade reage com alguma resistência, uma inicial oposição ou contrariedade, refutação ou contestação, quando não inteira rejeição “instintiva”. Ainda: essa *inércia* é forte característica da racionalidade prática, até porque parece estar presente, desde o Direito Romano, a idéia de que “*minime sunt mutanda, quoe interpretationem certam semper habuerunt*: ‘Altere-se o menos possível o que sempre foi entendido do mesmo modo (Paulo, no *Digesto*, liv. 1, tít. 3, frag. 23)”.

O magistrado, ou o decisor, não é imune a essa reação e, entre uma posição decisória que vem sendo aceita e uma outra que ainda tem de ser reflexivamente (e refletidamente) construída, opta pela primeira, tanto mais quando, não raro, a *ideologia básica* do juiz o coloca numa posição de total *respeito* à lei e à jurisprudência que se diz dominante ou pacífica¹⁸⁸. Essa posição é denominada, por Vernengo, de *conformismo burocrático* e, por Carlos Maximiliano (1984, p. 183)¹⁸⁹, de *subserviência intelectual*. É uma variante do princípio da inércia que se reduz, no fundo, a um argumento de autoridade¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Notem-se os seguintes “conselhos”: “Na verdade seria perigoso seguir logo o primeiro livro que se abra; pior ainda o obedecer às cegas ao espírito de inovação, preferir tudo quanto é ou parece novidade. Sobretudo o juiz deve aplicar a boa doutrina, porém depois de vencedora pelo menos nas cátedras escolares e entre tratadistas; a solução tórica definitiva, que o maior número é obrigado a conhecer para se orientar na prática e evitar os litígios. Adotar logo a primeira novidade é estabelecer a surpresa nos julgamentos, e revelar injusto desdém pelas vantagens decorrentes da *certeza* do Direito.” (Maximiliano, 1984, p. 196).

¹⁸⁷ Essa resistência é também constatada por Streck (2006, p. 140) em relação à Constituição: “Forjou-se, assim, uma espécie de ‘teto hermenêutico’... (...) Daí a necessidade de uma insurreição contra essa fala falada, que submerge o jurista em uma tradiçã inautêntica (no sentido hermenêutico-filosófico). Essa fala falada decorre de uma ‘hermenêutica de bloqueio’, que impede que o novo – o sentido da Constituição que aponta para o resgate das promessas da modernidade – venha à tona. Para além disto, não se pode esquecer os fatores político-ideológicos relacionados às conseqüências (e reações) que uma Constituição nova provoca. O novo deve ser olhado com os olhos do novo.”

¹⁸⁸ “Mais do que isto, a prática institucionalizada pelos juízes e pelos tribunais em ‘fundamentar’ julgamentos com base em verbetes jurisprudenciais nada mais era – e continua sendo – do que *uma busca de condensações semânticas cujo corolário são as súmulas*.” (Streck, 2006, p. 140).

¹⁸⁹ “Aos magistrados que acham meritório não ter as suas sentenças reformadas (prova apenas de subserviência intelectual) e seguem, por isso, de modo absoluto e exclusivo, a orientação ministrada pelos acórdãos dos tribunais superiores, Pessina recorda o verso de Horácio: os demasiado cautos e temerosos da procela não se alteiam ao prestígio, nem à glória: arrastam-se pela terra, como serpentes – *serpit humi tutus nimium timidusque procellae*.”

¹⁹⁰ Kelsen (1994, p. 276), ao tratar das lacunas do Direito, expressa uma idéia com a qual se coadunam as aqui deixadas. Diz ele: Com efeito, o juiz – e especialmente o juiz de carreira que está sob o controle de

Cuando se invoca la ley o cualquier otra fuente reconocida como fundamento de la decisión se está apelando a un argumento de autoridad que se impone de un modo inexorable, es decir, se acepta que la norma es la razón que justifica la resolución. En última instancia, se produce la legitimación de la actuación del legislador que concluye necesariamente en lo que Vernengo ha denominado el “conformismo burocrático”. Según este autor “la ideología básica – presupuesta siempre, pero rara vez enunciada – es el conformismo: el juez que respeta la ley sea cual fuere su tenor axiológico y político, lo que en verdad respeta es a quien ejerce efectivamente el poder ayer, hoy o mañana”. (Ortega, 1998, p. 118-119).

Se a *decisão* é o término de uma *in-decisão*¹⁹¹ - e por aí se mostra novamente que há várias respostas das quais uma deve ser escolhida -, tem a jurisprudência, como pré-concreção de caso idêntico, a força decisória que procede à valoração (qualquer escolha pressupõe ou envolve uma valoração). Ora, a valoração impõe uma reflexividade, aqui tida como um discurso dialógico entre o mundo “legal” (o sistema jurídico) e o mundo da vida (o macrossistema social), posto ao magistrado quase como um dilema e que somente uma sólida formação intelectual consegue fazer discernir.

No mundo da vida está a jurisprudência dominante, e o julgador, pelo mesmo (inconsciente) princípio da inércia, dá um peso de convencimento maior às motivações jurisprudenciais do que às próprias, se afloradas estas. Pesa, assim, no caminho da *justeza* decisória, o que já existe (a redundância sistêmica, o sedimentado), como sendo o efetiva e judicativamente razoável.

um tribunal superior -, que não se sente facilmente inclinado a tomar sobre si a responsabilidade de uma criação do Direito *ex novo*, só muito excepcionalmente aceitará a existência de uma lacuna no Direito e, por isso, só raramente fará uso do poder, que lhe é conferido, de assumir o lugar do legislador.”

Vale a pena, ainda, ler Maximiliano (1984, p. 274) já citado em notas anteriores: “Vários sentimentos levam o magistrado a apoiar-se no argumento *de autoridade*: o medo de errar se acaso se fia em suas próprias luzes; o receio de constituir opinião isolada; a aversão às novidades, comum nos velhos e nos que publicaram o seu modo de pensar; o desejo de obter assentimento de outros, vitórias, aplausos. Da parte dos advogados aquele processo é aproveitado com o objetivo de especular com o instinto de imitação, a preguiça intelectual, a timidez, a ignorância do juiz e o *horror da responsabilidade*: insinuam uma solução já feita, para não correr, o julgador, os azares de uma nova, em que se arriscaria a errar e ver o seu *verdictum* repellido pelos colegas, dissecado pelos causídicos ou reformado pelo tribunal superior.”

¹⁹¹ A decisão não é somente o término de uma *in-decisão*, quanto é também a negação (antepositivo) da *cisão* (des+cisão), ou seja, o terminar com a *cisão* entre as diversas alternativas.

2.2.2 A escolha sincronicamente adequada

Tal como foi colocado, fica a idéia de que o magistrado primeiramente decide para, depois, fundamentar a sua decisão. Se essa idéia foi assim exposta, deve-se a razões de método do (deste) discurso, porque, na realidade, há um simultâneo ir-e-vir entre o *decisum* e a *justificatio*. A esse ir-e-vir denomina-se *círculo decisório*.

Ante o caso decidendo, que “é o *prius* metodológico” (Castanheira Neves, 1993, p. 142 ss.), o juiz constrói uma norma jurídica que, em princípio, resolve o caso, ou seja, que é *normativo-pragmaticamente* adequada¹⁹². Essa primeira norma “hipoteticamente adequada para o tratamento judicativo-decisório do caso ou problema jurídico a resolver” (op. cit., p. 166) começa, então, a ser justificada como a “certa” para a solução, em um “jogo” de adequação entre a consequência normativa e a hipótese colocada¹⁹³. Se, contudo, a justificação não é suficientemente “forte” (convincentemente forte), a consequência normativa é, não raras vezes, adequada de novo, resultando daí uma nova motivação ou o reforço da justificação antes encontrada, em um *vai-vem* que acabará resultando na *norma-fundamento* ou *norma da decisão* (Castanheira Neves, 1993, p. 167). Não se trata, entenda-se bem, de procurar fundamentos de fundamentos, numa série interminável: trata-se de fundamentação prático-argumentativa suficiente e

¹⁹² Alerta-se que a expressão “norma *adequada*” suporta, por si mesma, significados diferentes entre diversos doutrinadores. Deixe-se registrado o significado aqui adequado: “O intérprete atua segundo a lógica de preferência, e não conforme a lógica da consequência [Comparato]: a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada (Larenz). A norma não é objeto de demonstração. Mas de justificação.” (Grau, 2002, p. 29).

¹⁹³ Larenz (1989, p. 175), conquanto apresente alguma divergência com o que aqui está dito, auxilia e fortalece esse pensamento, dizendo: “O juiz, por seu lado, inicia as suas ponderações com a formulação de uma ‘conjectura de norma’, que o deveria conduzir a um resultado que reconhece como justo. Compara então essa conjectura de norma com as proposições jurídicas do Direito positivo, uma vez que ‘o jurista tem de facto, tal como a autoridade legiferante, de ponderar os problemas de uma controversia, quais as consequências que a estatuição ou não estatuição das conjecturas de normas como norma reguladora acarretariam, mas tem a esse propósito de respeitar o conjunto das opções da autoridade legiferante. À restrição que daí advém acresce o que Kriele considera a justeza presumida e, nestes termos também, a vinculatividade dos precedentes.”

razoável (suficientemente razoável e razoavelmente suficiente) que interrompe a *in*-decisão pela convicção de justeza.

Na verdade, os casos que são levados a juízo raramente se mostram com a facilidade de uma simples subsunção a *uma* norma já de antemão construída, genericamente aceita. Pelo contrário, os fatos do mundo a serem resolvidos jurisdicionalmente são, em si mesmos, complexos, na sua maioria. Claro que requerem, eles mesmos, interpretação por parte do julgador, mas essa matéria, quase toda no campo da prova, extravasa o âmbito deste estudo. O que interessa aqui é ressaltar que o decisor tem de construir uma norma a partir de normas para dar uma resposta de justeza ao caso *sub oculis*.

...o problema surge justamente da circunstância de os casos jurídicos, que a vida histórico-social vai suscitando, de todo excluírem, no contínuo do seu contexto real e na riqueza da sua individualidade histórica, a ideia de eles de se oferecerem já (já serem “dados”) como bem definidas objectivações das normas do sistema positivo, como seus meros correlatos objectivos. (Castanheira Neves, 1993, p. 168).

Há, então, um *vai-vem* racional¹⁹⁴ (dialogicidade, dir-se-ia) entre o problema que a norma jurídica procura, em abstrato, resolver, e o problema judicante que tem de ser resolvido, em concreto. Ora, sabe-se, que a construção intelectual da norma tem, na sua apropriada abstração, um caráter de generalidade, refugindo às circunstâncias que os problemas da vida real sempre apresentam. E essas circunstâncias – tão variáveis quantos os “casos” ou os problemas – não são, no trajeto circular judicativo-decisório, passíveis de ser ignorados ou deixados de lado, pois é essa “riqueza” de variabilidade que fundamenta a necessidade de um julgamento. Na verdade, se os casos fossem sempre iguais, ou seja, se somente fossem constituídos por um *fato puro* (um suporte fático, um *tatbestand*, uma *fattispecie*) limpo de circunstâncias, somente haveria, como regra geral, uma norma jurídica pacificamente aceita que fosse

¹⁹⁴ “Para que nesse ir e vir não haja ‘uma peregrinação sem fim’, são necessários critérios que ‘permitam cortar a discussão a favor de uma subsunção particular’. É tarefa da teoria da justificação externa especificar esses critérios.” (Alexy, 2000, p. 279, nota 44, com citação de Esser). Esses critérios, sob o ponto de vista que se defende, são determinados na fase *crítica* que é sincrônica das fases *heurística* e *erística* da sentença, como se apresentou *supra*.

adequada e pragmaticamente aplicável. Mais: os casos a serem decididos são, geralmente, complexos de fatos, interligados ou sobrepostos, que requerem a sobreposição e a ligação de várias normas para a construção da norma-decisão. Cada caso, pela variabilidade circunstancial¹⁹⁵, requer a construção de uma norma-solução ou, pelo menos, uma norma-resolução¹⁹⁶ que embase o *decisum*.

Ora, como agora se disse, a decisão de um caso ou de um problema jurídico requer, a mais das vezes, que a norma aplicável, a *norma-fundamento*, seja efetivamente o confronto e a conjugação de duas ou mais normas¹⁹⁷, conjugação essa que requer, por sua vez, uma motivação que é a conjugação das hipotéticas motivações que serviriam a cada uma das normas confrontadas e conjugadas. Quer dizer, a conjugação de normas, resultante em uma *nova* norma, exige a conjugação de justificações, resultante em uma *nova* justificação. É um construir novo, na medida em que o julgador se servirá não só dos argumentos que justificaram a construção de cada uma das normas como lhe acrescentará os elementos de conjugação dessas mesmas normas e outros que consolidem a *nova descoberta*.

O Direito está em constante movimento – não é estático. A *nova descoberta* acima dita – e que não significa necessariamente uma descoberta *original* – adentra o mundo do Direito coerentizada com aquele momento do Direito: é uma *resposta sincronicamente adequada*. Disse-se acima que o corte epistemológico que o jurista faz do Direito para o estudar em determinado momento deve ser mais do que um simples seccionar para dever ser uma projeção que leve em

¹⁹⁵ “Versa o aresto sobre fatos, e entre estes é quase impossível que se nos deparem dois absolutamente idênticos, ou, ao menos, semelhantes *sob todos os aspectos*: ora qualquer diferença entre espécies em apreço obriga a mudar também o modo de decidir. É isto que se depreende do dizer profundo de Dumoulin – *modica facti differentia magnam inducit juris diversitatem* - ‘pequena diferença de fato induz grande diversidade de direito’. Logo a citação mecânica de acórdãos não pode deixar de conduzir a erros graves.” (Maximiliano, 1984, p. 182). (Imagine-se com súmulas vinculantes!!!)

¹⁹⁶ Resolver, como é sabido, significa terminar. Resolve-se um problema, nem sempre, contudo, com uma solução.

¹⁹⁷ Confronto de normas ou confronto de problemas? “O que decide é o *confronto entre problemas* – entre o tipo de problema da norma e a índole do problema concreto do caso – não a *identidade de situações* - a situação prevista na hipótese da norma e a situação concreta (cfr., em sentido análogo, R. Reinhardt, *Richter und Rechtsfindung*, p. 18). O que tem esta consequência fundamental: o critério enunciado, se vai implicado pela racionalidade prático-normativa do direito, metodologicamente deixa de exigir uma rigorosa coincidência entre a relevância hipotética da norma-prescrição e a relevância concreta do caso: a norma é aplicável, como critério de juízo, desde que haja analogia entre os problemas (...)” (Castanheira Neves, 1993, p. 174-175).

conta a dinamicidade jurídica. O julgador, no processo decisório, faz exatamente um corte do Direito que é, ao mesmo tempo uma projeção – que permite um “mais-além” –, mas, quer corte, quer projeção, o é em determinado momento histórico e determinado lugar geográfico do mundo jurídico. A adequação da resposta, juridicamente razoável, normativa e válida, é para aquele momento, *hic et nunc*, em sincronia com o momento sistêmico-jurídico. Os argumentos que justificam a resposta têm a carga histórico-cultural do decisor, naquele momento e, porque coerente com o Direito naquele momento, ela é razoável, normativa e válida porque sincronicamente adequada.

Bem, entre os argumentos que conjugam e os argumentos que fortalecem a resposta sincronicamente adequada, há elementos que não provêm diretamente das clássicas *fontes* jurídicas.

3 O Direito como espaço sistêmico

“... diversos ruídos deram a entender que teria sido descoberta uma base mais ‘moderna’ (e mais ‘rigorosa’) para essa ultrapassagem da lógica tradicional, opondo o ‘discreto’ – separado, inanimado, mecânico – ao ‘contínuo’ – unificado, vivo, orgânico.”
(Castoriadis, 2000, 272)

Tentou-se mostrar que o Direito enquanto *fluminidade*, pela metáfora das fontes, é, afinal, um pré-Direito, ou algo externo ao Direito. As fontes do Direito estão no ambiente ou entorno do Direito, mas não são, ainda, Direito. Antiteticamente a essa idéia, opôs-se a concepção do Direito como um discurso de convencimento, servindo a sentença jurisdicional de modelo ou de paradigma daquele discurso por ela expressar o Direito concreto.

Propõe-se, agora, na seqüência metodológica que se impôs, relacionar a idéia de *sistema jurídico*, exposta no primeiro capítulo, com essa idéia do *Direito como discurso*¹⁹⁸. Na verdade, dizer que o Direito é um discurso de convencimento soa com certa vacuidade, na medida em que a esse discurso não sejam colocados limites ou não se defina a sua área de abrangência. Ora, a área de abrangência do Direito como discurso é, precisamente, o espaço que o sistema jurídico dá noeticamente a esse discurso.

Disse-se que o Direito é fonte de si mesmo. Na verdade, está-se dizendo que o Direito somente pode procurar em si mesmo a razão de seu desenvolvimento, a sua própria razão-causadora e sua razão de validade. Daí decorrem caracteres próprios do sistema jurídico, tais como a reflexividade, a

¹⁹⁸ Sobre a tensão entre a *teoria do discurso* e a *teoria dos sistemas*, veja-se Alexy (2001, p. 107 ss.), referindo especialmente Luhmann e Habermas, e a teoria da deliberação prática da escola de Erlangen.

circularidade, a teleonomia, como se expôs. Se essa concepção foi já desenvolvida, foi-o aqui, todavia, de um modo um tanto genérico, pelo que se verifica a necessidade de voltar ao assunto para caracterizar “objetivamente” o que é Direito expresso por um discurso retórico cujo marco é o sistema jurídico.

3.1 O Direito como um *organismo*

A metáfora que nos serve de modelo para o desenvolvimento da idéia exposta é a do Direito comparado a um ser vivo. Não é de hoje, essa metáfora, pois já em Kelsen e em Ihering aparece a concepção do Direito como um organismo (e não como um mecanismo). Justifica-se essa metáfora na medida em que não se concebe a vida humana sem o Direito. Como já se disse, o Direito impregna a vida de cada ser humano mesmo que esse ser não tenha disso consciência; e não só cada vida humana como a própria vida humana, no sentido em que está presente em qualquer grupo, organizado ou não.

Por outro lado, o homem é também visto pelo que é a sua linguagem. Sou o que é a minha linguagem, de tal modo que eu só sou enquanto linguagem. Ora, esta linguagem é, quase sempre, algum tipo de discurso. Logo, eu sou o que é o meu discurso; eu sou o que é a minha *fala (pensamento)* dirigida a um objetivo determinado.

Há, portanto, uma *coincidência (uma sobreposição)* entre vida humana, discurso e Direito, de tal modo que dificilmente se pode conceituar uma dessas categorias sem o recurso às outras duas. Eu (ser humano) *não sou* sem o meu discurso e sem o Direito que rege esse discurso (e o meu comportamento). Eu sou (pessoa) com o meu discurso e com o Direito.

As fontes são *externas* ao Direito: não são Direito. Concebamos o Direito como uma célula, a unidade mais primitiva de vida. A célula é limitada por uma membrana semipermeável. Os alimentos que do exterior vão à célula são “coados” pela membrana celular e, nesta, pela sua estrutura são incorporados

(tornam-se “um só corpo”). Não são mais “alimentos”, mas elementos estruturais da célula que os transformou em seus próprios elementos.

Segundo a teoria da autopoiese, o sistema vivo se liga estruturalmente ao seu ambiente, ou seja, liga-se ao ambiente através de interações recorrentes, cada uma das quais desencadeia mudanças estruturais no sistema. A membrana celular, por exemplo, assimila continuamente certas substâncias do ambiente para incorporá-las ao processo metabólico da célula. O sistema nervoso de um organismo muda o seu padrão de ligações nervosas a cada novo estímulo sensorial. Porém, os sistemas vivos são autônomos. O ambiente só faz desencadear as mudanças estruturais; não as especifica nem as dirige.

(...)

À medida que o organismo vivo responde às influências ambientais com mudanças estruturais, essas mudanças, por sua vez, alteram o seu comportamento futuro. Em outras palavras, o sistema que se liga ao ambiente através de um vínculo estrutural é um sistema que aprende.” (Capra, 2002, p. 51).

As imagens expostas servem à compreensão do Direito¹⁹⁹. Cada estímulo externo – social, político, etc. – é, no sistema jurídico, fonte de aprendizagem pela mudança estrutural que possa ou que vai provocar. Mas não é mais “aquele” estímulo, porque foi coerentizado (impregnado de sentido) com o sistema. O sistema somente aceita essas perturbações externas quando delas necessita para obter respostas estruturais para si mesmo. Por outras palavras, não é qualquer perturbação social, política ou de outra natureza externa ao Direito que o estimula: o Direito seleciona os “ruídos” antes de permitir a sua absorção e os *metaboliza* na medida em que deles necessita para prever ou resolver problemas jurídicos. Por isso, há que ver sempre todo o *metabolismo* que originou uma determinada resposta. Nesse metabolismo está inserido todo

¹⁹⁹ A referência à metáfora do organismo ainda diz pouco sobre o Direito, embora permita uma primeira compreensão do que é Direito. Luhmann trata do mesmo modo o(s) sistema(s) social(is) e o(s) sistema(s) psíquicos, e os trata não metaforicamente, mas como resultado da observação.

um passado, toda uma vida de evolução, ou, pelo menos, toda uma vida de *influências ambientais com mudanças estruturais*²⁰⁰.

Tomemos como exemplo o metabolismo de uma célula. Consiste ele numa rede (*forma*) de reações químicas (*processo*) que envolvem a produção dos componentes da própria célula (*matéria*) e respondem cognitivamente, ou seja, através de mudanças estruturais autodeterminadas (*processo*), às perturbações do ambiente.²⁰¹

O Direito é, então, metaforicamente, um ser vivo que se autotransforma: evolui por seus próprios meios, conquanto receba “estímulos”, “perturbações” ou “ruídos” do seu ambiente. Isso já era visualizado quando alguém escrevia que

O direito, conforme a idéia que dele se tem atualmente, é um organismo objetivo da liberdade humana.(...) O direito, como criação real objetiva, tal como se nos manifesta na forma e no movimento da vida e do comércio exterior, pode ser considerado como um organismo, e neste patamar devemos colocá-lo para fazer dele nosso completo estudo. Valendo-nos dessa imagem, reconhecemos ao direito todos os atributos de um produto natural: unidade na multiplicidade, individualidade, crescimento, etc. (...) Todo o organismo pode ser considerado sob um duplo ponto de vista: anatômico e fisiológico. O primeiro tem por objeto os elementos deste organismo e sua ação recíproca, ou seja, a sua estrutura; o segundo, as suas funções. (Jhering, 1998, p. 21-22).

Concebe-se, então, o sistema jurídico como um sistema *autopoietico*. O Direito tem resistido a ser espartilhado em um conceito, tenha este um caráter

²⁰⁰ “Em outras palavras, todos os seres vivos têm uma história. A estrutura viva é sempre um registro dos desenvolvimentos já ocorridos.” (Capra, 2002, p. 51).

²⁰¹ “...defini o *padrão de organização* de um sistema vivo como a configuração das relações entre os componentes do sistema, configuração essa que determina as características essenciais do sistema; a *estrutura* do sistema como a incorporação material desse padrão de organização; e o *processo vital* como o processo contínuo dessa incorporação.

Escolhi os termos ‘padrão de organização’ e ‘estrutura’ para dar continuidade à linguagem usada pelas teorias que compõem minha síntese. Porém, como a definição de ‘estrutura’ nas ciências sociais é muito diferente da definição desse mesmo termo nas ciências da natureza, vou modificar minha terminologia e passar a usar os conceitos mais gerais de *matéria* e *forma* a fim de harmonizar os diferentes usos do termo ‘estrutura’. Nessa terminologia mais geral, as três idéias sobre a natureza dos sistemas vivos correspondem ao estudo da forma (ou padrão de organização), da matéria (ou estrutura material) e do processo.” (Capra, 2002, p. 83-84).

amplo²⁰², ou tenha um sentido estrito²⁰³, seja ele construído genética, estrutural ou funcionalmente²⁰⁴. Só por essa “resistência” se mostra a complexidade que é, efetivamente, o Direito. Ora, começa a ter amplo consenso entre os estudiosos que a forma epistemicamente profícua de enfrentar a complexidade é o pensamento sistêmico.

Dizer que o Direito é um discurso soa a conceituá-lo instrumentalmente, ou seja, erigir o meio, técnica ou arte, como o *ser*. O discurso jurídico aparece, então, como um instrumento. Por outro lado, contudo, o discurso é a concreção do Direito, portanto, já finalidade ou função. Mas a concepção e a observação do Direito, como um sistema, é mostrada pelo discurso porque *comunicações sociais com sentido determinado*. A realidade do Direito obriga a concebê-lo como uma complexidade sistêmica, ou como sistema complexo, em que o discurso é a tradução do sistema que funciona por comunicações (discursivas). Pretende-se, assim, mostrar que o Direito é no início, meio e fim, um discurso, ou seja, o todo *Direito é um discurso na sua gênese, na sua estrutura e na sua função como expressão de um sistema social específico*.

Nessa linha de pensamento, firme-se, não como conceito, mas modestamente como noção²⁰⁵, que o *Direito é um discurso retórico que traduz um pensamento sistêmico autopoietico*.

²⁰² “Adoto aqui uma concepção ampla de direito: direito é um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força.” (Santos, 2000, p. 290).

²⁰³ Consideram-se de sentido estrito todos aqueles conceitos que dão o Direito como um *conjunto* de normas (ou definições similares).

²⁰⁴ Os conceitos podem ser construídos genética, estrutural e funcionalmente. No conceito genético, o *definiens* mostra a fonte ou a origem; no estrutural, mostra o que é; no funcional explica a finalidade ou para que serve o *definiendum*.

²⁰⁵ Faz-se diferença entre *conceito* e *noção*. V., a propósito, Grau (2002, p.213).

3.2 Discurso, sentença e decisão

Importa, agora, que o enfoque do desenvolvimento seja voltado para a aplicação ou concreção do Direito

Posto o Direito como um discurso, tem-se na sentença jurisdicional o modelo empírico a ser observado epistemicamente, não, repita-se, que o Direito se esgote na sentença - há Direito fora dos órgãos judicantes -, mas apenas como fontes documentais exemplificativas do pensamento decisório. Pretende-se, assim, discorrer sobre os “ruídos” que podem servir de “estímulos” ao autodesenvolvimento do Direito, tomando como modelo a sentença judicial que concretiza os “mecanismos” de convencimento da justeza da decisão. Para isso, dá-se atenção especialmente à motivação sentencial por ser esta o discurso de convencimento em que, afinal, na linha exposta, é o próprio Direito.

3.2.1 A sentença como instância de inteligibilidade

Rete enim Veritas Temporis filia dicitur, non
Authoritatis²⁰⁶

O problema que este ponto procurará discutir e solucionar diz com o conteúdo da sentença, ou seja, quais são as *fontes* que levam à decisão jurisdicional.

Por quê essa ênfase, digamos, na sentença? Embora não se tenha, aqui, de modo algum, propensão a ser adepto do *realismo jurídico*, quer escandinavo, quer norte-americano, não se pode deixar de constatar que o Direito se efetiva

²⁰⁶ *Pois a verdade é corretamente chamada de filha do tempo, não da autoridade.*

principalmente com a sentença, com o *jurisdictum*. Quando se faz a afirmação anterior, está-se dizendo que o Direito se efetiva *também* por outras formas que não só a sentença, e admite-se, assim, essa efetivação nas relações interpessoais, sem que haja a intervenção jurisdicional.

Afinal, o Direito está essencialmente ligado ao problema da decisão. E, assim, pretende-se passar a idéia de que a decisão final – sentença ou acórdão – é o momento em que, comparado com a instância de cognoscibilidade, em que “objeto está presente no pensamento”, a inteligibilidade se distingue por ser um conhecimento racional.

O enfoque que se pretende dar tem a ver com a análise da sentença em nível de discurso, mas não com preocupações acerca da estrutura lingüística, especialmente no que concerne ao nível sintático-semântico²⁰⁷, embora algumas incursões lexicais. Simplesmente, a análise recairá sobre os argumentos²⁰⁸ que, numa escrita intencional e finalística, conduzem ao julgamento. Considera-se a sentença um discurso jurídico por excelência, ou, melhor, como o paradigma do discurso jurídico. Não que, repete-se, não se admita que o discurso jurídico se desenvolva também em instâncias de discussão acadêmica, em peças processuais tais como a petição inicial ou a contestação, e, ainda, os recursos, mas por significar a sentença a solução de um litígio ou controvérsia. E, ainda, está presente que o discurso jurídico é um discurso específico (diferenciado) *no* discurso social.

Não se analisa a *taxis* sentencial, ou seja, “a ordem, construção e disposição das partes dos discursos” (Rohden, 1997, p. 123), mas, essencialmente, as interligações das partes que, por força da lei, comporta a sentença. Por isso, a inversão neste estudo em que, primeiramente tratamos do *decisum* para tratar depois da motivação.

²⁰⁷ “A análise semântica não deve ser considerada relevante para o direito.” (Warat, 1995, p. 43).

²⁰⁸ Falamos de *argumentos* como os elementos racionais capazes de convencer a *justeza* de uma decisão. “O pensamento argumentativo organiza-se a partir de entinemas e, portanto, não permite o controle lógico das evidências que postula. Para os aristotélicos, o entinema é um silogismo fundamentado a partir da verossimilhança, ou seja, uma afirmação das verdades desenvolvida à margem das demonstrações lógicas e apoiada unicamente ao nível do pensamento popular, das crenças socialmente estereotipadas. Substitui-se, assim, no entinema, a verdade pela verossimilitude.” (Warat, 1995, p. 87).

Não estamos, assim e *a priori*, preocupados com a estrutura²⁰⁹ do discurso, tida essa como o modo de relação e de ordem entre os elementos discursivos. O enfoque pretendido leva simplesmente à *descoberta* dos elementos que conduzem à decisão jurisdicional no Direito atual, sabido que não são somente os textos legais que determinam uma decisão. Não se discute propriamente a estrutura da sentença, mas o processo pelo qual o magistrado justifica²¹⁰ o *decisum*.

3.2.1.1 Cognoscibilidade e inteligibilidade

O processo de aplicação do Direito vem acompanhado, muitas vezes, da idéia básica de um trabalho puramente cognoscitivo. Trata-se da concepção *mecanicista* da função judicial, pela qual o juiz limita o seu raciocínio a uma seqüência de operações lógicas que levam obrigatoriamente a um único *decisum* possível. A aplicação do Direito, por essa concepção, não é mais do que a subsunção²¹¹ do fato judicando ao texto legal na sua forma literal, subsunção essa manifestada através de um silogismo dedutivo em que a premissa maior é a lei - com seu caráter de generalidade -, a premissa menor é o caso a julgar - com seu caráter particular - e a conclusão obrigatoriamente lógica é a decisão

²⁰⁹ "A tarefa fundamental da Hermenêutica - a saber: dar conta de um conhecimento pré-predicativo, vivencial, implícito - pode ser, porém, prosseguida por uma filosofia da linguagem e por uma teoria do significado que relacione o que é *expresso* pelos locutores com o que é por eles *pressuposto* no acto de comunicação, o que é *dito* e o que é *implicado*.

Não se trata já do problema *gramatical*, da análise da estrutura da linguagem (enquanto sistema sígnico), mas da actuação (*applicatio*) do sistema no acto discursivo concreto. O que supõe uma teoria do significado de base pragmática." (Lamego, 1990, p. 136).

²¹⁰ Note-se o elemento *ius* (direito, justiça) nesta palavra e o significado de *justificar*, conforme os léxicos: *demonstrar que é justo ou necessário; demonstrar que (algo) está certo ou que (alguém) está com a razão; fornecer argumentos a favor de; dar fundamento a.*

²¹¹ Larenz (1989, p.552) comenta o significado lato e, portanto, de certa ambigüidade, do termo subsunção, com as seguintes palavras: "O que o jurista freqüentemente designa, de modo logicamente inadequado, como 'subsunção', revela-se em grande parte como apreciação com base em experiências sociais ou numa pauta valorativa carecida de preenchimento, como coordenação a um tipo ou como interpretação da conduta humana, particularmente do sentido juridicamente determinante das declarações de vontade. A parte da subsunção lógica na aplicação da lei é muito menor do que a metodologia tradicional supôs e a maioria dos juristas crê."

ou dispositivo. A escola da Exegese tem como paradigma exatamente essa forma de raciocínio, que Aristóteles denominou *analítico*.

Diríamos, então, que o processo mental do julgador limita-se à cognoscibilidade, ou seja, à consciência de que o objeto está presente no pensamento, para daí inferir uma conclusão ante o objeto que pode ser conhecido sensivelmente, ou também empiricamente. Fazemos, assim, diferença com a possibilidade de o objeto ser compreendido, ou seja, com a inteligibilidade que requer um processo de conhecimento racional, elaborado, dialético²¹², que não pára no simples conhecer pelos sentidos. A cognoscibilidade pretende chegar à *verdade*²¹³, pois o raciocínio que elabora os conhecimentos obtidos pelos sentidos vem impregnado de *certeza*.

O raciocínio jurídico não se compadece com premissas de caráter universal às quais possam ser subsumidas premissas particulares e, assim, obter uma única conclusão. O raciocínio jurídico é discurso (e é resultado de discurso) na medida em que trabalha com argumentos plausíveis, em que o que importa é a verossimilhança, quer do relato-interpretação dos fatos, quer dos elementos discursivos.

O processo judicativo, ou a função jurisdicional, exige mais do que o simples conhecer que possa levar à construção mecânica de um silogismo. Os textos legais são tidos como regras escritas gerais, isto é, que se aplicam indistintamente a todas as pessoas. Por esse prisma, a concreção do Direito seria sempre uma injustiça, já que as pessoas são diferentes e diferentes são os seus atos. Nestes, está presente a *individualidade* do referente humano ou do agente; nestes estão presentes as circunstâncias e estas não são abstraídas quando da concreção jurídica e a *individualidade* (“aquele” homem como ser humano único, diferente de todos os demais) deve ser levada em conta. O raciocínio do

²¹² Os raciocínios dialéticos, desenvolvidos por Aristóteles na *Retórica*, nos *Tópicos* e nas *Refutações sofisticas*, dizem respeito "aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes" (Perelman, 1999, p. 2).

²¹³ “Para Hannah Arendt, no entanto, a faculdade da razão (*Vernunft*) é algo distinto, apesar de interligado, do intelecto (*Verstand*), que é a faculdade da cognição. O intelecto almeja apreender e perceber o que é dado aos sentidos e tem como critério a verdade. A razão almeja compreender o significado e é orientadora de uma hermenêutica que leva a uma ‘visão’ da existência humana argumentada com mais ou menos plausibilidade e relevância.” (Lafer, 1988:87).

julgador, com todos esses elementos *dados*, é construído por argumentos de plausibilidade, em que

Talvez seja apropriado dizer que a finalidade do raciocínio é a decisão, e a essência da decisão consiste em escolher uma opção de resposta, ou seja, escolher uma ação não verbal, ou uma palavra, ou uma frase, ou uma combinação dessas coisas, entre as muitas possíveis no momento, perante uma dada situação. Os termos raciocinar e decidir estão tão interligados que, por vezes, se confundem. Phillip Johnson-Laird captou essa estreita interligação sob a forma de uma máxima: "Para decidir, julgue; para julgar, raciocine; para raciocinar, decida (sobre o que raciocinar). (Damásio, 1996, p. 197).

A parte da sentença denominada *motivação* é precisamente a exposição escrita dos caminhos retóricos que justificam a decisão. É a motivação que deve *convencer* o leitor da sentença acerca da justeza da decisão, através do discurso jurídico-pragmático dirigido às conseqüências – as próprias do processo judicial, mas também as conseqüências sociais²¹⁴, que, diga-se, Luhmann não vê (como os autores consultados) como critério da decisão.

3.2.1.2 O contexto de descoberta e o de justificação

Não se descarta que a estrutura da sentença civil é composta pelo relatório, pela motivação (os fundamentos) e pela decisão (o dispositivo)²¹⁵, partes que se entrelaçam, partes que são interdependentes. Permite-se, contudo, que essa

²¹⁴ Veja-se Luhmann (1978, p. 73 ss.): "...può il sistema giuridico della società odierna mantenere e sviluppare una dogmatica giuridica utilizzando la conseguenza come criterio di decisione giuridica?".

²¹⁵ **Código de Processo Civil**

Art.458. São requisitos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

ordem seja subvertida, como se preveniu, para almejar o alcance de uma conclusão sobre os caminhos que levam à decisão judicial.

É já por demais discutido que o julgador forma primeiramente um juízo de jurisdição – de dizer o direito, ou de dizer quem tem razão – para, depois, construir a motivação dessa decisão. A teoria da subsunção, ou seja, a do enquadramento do fato sabido à norma jurídica, tem sido sabiamente combatida, na medida em que o raciocínio jurisdicional não é silogístico, ou, pelo menos, raras vezes é puramente silogístico. Fugimos, pois, do “*determinismo jurídico*’ (o *determinismo lógico-subsuntivo*)”, mas também do “*decisionismo (e irracionalismo) jurídico*” (Castanheira Neves, 1993, p. 33-34) para colher, tanto quanto possível, os elementos de uma *racionalidade comunicativa*.

Como terceiro tipo de racionalidade, havemos de considerar o que não se limita à compossibilidade (lógica) e não se realiza numa referência objectiva (seja teórico-especulativa, seja teórico-explicativa, seja funcional-técnica) e sim numa actividade *comunicativa*, numa relação entre sujeitos segundo o esquema sujeito/sujeito – cfr. K.-O. Apel, *Transformation der Philosophie, Einleitung*, p. 14 ss. e *passim*. Manifesta-se ela num discurso *argumentativo*, numa troca comunitária e dialógico-dialéctica de *argumentos*. (Castanheira Neves, 1993, p. 36-37).

Colocamos o Direito como um discurso retórico, ou seja, uma fala que tem por finalidade o convencimento de outrem. Ora, o convencimento de alguém pressupõe, cremos, a convicção do locutor. A convicção do locutor — do advogado na defesa do seu constituinte, do juiz na prolação da sentença — deve estar formada pelo *achamento (inventio)* da solução e pela *fundamentação (demonstratio, ou iudicium)* dessa solução²¹⁶, ou seja, em termos de epistemologia moderna, pelo *contexto de descoberta*²¹⁷ e pelo *contexto de justificação*²¹⁸.

²¹⁶ Em que pese o termo latino *demonstratio*, a justificação normativa não é uma demonstração. A demonstração está relacionada com a verdade, enquanto a justificação diz com a plausibilidade. Veja-se, a propósito, Castanheira Neves, 1993, p. 32-33: “O que afasta o carácter apodíctico dos juízos jurídicos e do mesmo modo a possibilidade de uma fundamentação que exprimam se pretender impor como *demonstração*, pois só lhe é viável uma *justificação* prática, uma fundamentação argumentativa da solução obtida, susceptível apenas de lograr a plausibilidade ou aceitabilidade da sua ‘evidência’ práctico-comunicativa no contexto comunitário em que seja vinculante.”

²¹⁷ “Un teórico puede centrarse en predecir con qué *motivaciones* el caso-tipo T será efectivamente resuelto por los tribunales (contexto de descubrimiento) o, por otro lado, puede tratar de predecir cómo se

Por quê *contexto*? Porque a palavra indica o conjunto de elementos que condicionam o significado de um enunciado. Ou, por outras palavras, já com o sentido da sentença: a significação do *decisum* está dependente do encadeamento de idéias exposto na motivação e, antes, no relatório, sendo esse encadeamento o que pode denominar-se contexto²¹⁹.

Como *contexto de descoberta* ou *de descobrimento* entendemos o achamento (*inventio*²²⁰) de uma resposta (solução) a um problema. Entendemos por *contexto*

justificará la decisión en el caso-tipo T, es decir, cómo se legitimará la decisión (contexto de justificación).” (Aarnio, 1995, p. 94).

Diga-se, entretanto, que Aarnio, referindo-se a Alf Ross, logo a seguir ao texto acima, acrescenta: “Los filósofos Del Derecho nos han recordado en varias ocasiones que las razones para una resolución judicial no tienen que ser las que se utilizan abiertamente en la justificación de la decisión. El tribunal puede presentar argumentos que son totalmente diferentes a aquellos sobre los que efectivamente se basa la decisión. La posibilidad de esta legitimación de ‘fachada’ es una cuestión sumamente seria, especialmente en los casos en los que la justificación es exigua, por ejemplo, en los que sólo se hace alguna referencia a ciertos textos jurídicos.” (p.94).

²¹⁸ “Uma das ideias mais amplamente aceites, em termos implícitos ou explícitos, por todos os defensores da *concepção herdada* é a da distinção proposta por Reichenbach em 1938 entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação. Reichenbach foi o primeiro a explicitar esta contraposição, mas alguns investigadores do tema mostraram que uma distinção similar aparece em *Logik der Forschung* de Popper (1934), no manifesto de fundação do Círculo de Viena (1929), em *Aufbau* de Carnap (1928) e em *Allgemeine Erkenntnislehre* de Schlick (1918). Nos anos 70, a viragem historicista advogada por Kuhn e pelos seus seguidores supunha a negação da separação entre os dois contextos.” (Echeverría, 2003, p. 43-44).

Adota-se essa terminologia, conquanto se admitam algumas diferenças conceptuais em relação ao seu emprego principalmente na epistemologia.

“La distinción de contextos y la exclusiva importancia epistemológica del contexto de justificación fueron defendidas no sólo por los empiristas lógicos, cuyo principal líder fundados es Rudolf Carnap, sino también por los racionalistas críticos, encabezados por Karl Popper. Si bien las diferencias entre los enfoques de estos autores son variadas e importantes – diferencias que incluso los colocaron como enfoques rivales –, se puede afirmar que coinciden en cuestiones de fondo.” (Ransanz, 1995, p. 173).

²¹⁹ Excluímos o significado amplíssimo de *contexto* que, neste caso, seria o contexto judiciário, por exemplo. Nesse sentido, contexto implicará o momento histórico-cultural, o espaço etno-cultural, as circunstâncias extra-processuais do ambiente social, etc.

“O problema do contexto é, sem dúvida, um dos problemas mais intrincados, pela existência de posições divergentes e convergentes das distintas escolas e teorias, pela ambigüidade de sua definição etc., que se pode propor a uma semiótica textual.” (...)

“O conceito de contexto serviu tradicionalmente como ponte para relacionar as estruturas da linguagem com as estruturas sociais. A sociolinguística, a etnometodologia, a *ethnography of speaking*, inclusive a chamada pragmática, fizeram notar a necessidade de se levar em conta o contexto no qual se situaria a produção linguística. Caso não se o levasse em conta, as expressões linguísticas padeceriam de uma necessária ambigüidade, quando não de uma completa incompreensibilidade.” (Lozano; Peña-Marin; Abril, 2002, p. 37-38).

²²⁰ Parece haver aqui uma contradição, no emprego simultâneo de descobrimento e de *inventio*. *Descobre-se* o que já existe e *inventa-se* criando coisa nova. Creio que o Direito romano era muito sábio ao incluir na *inventio* o achamento de coisa alheia perdida, a “descoberta” de coisa escondida, ou a ocupação de coisa móvel. A *res nullius*, embora existente no mundo real, era *coisa nenhuma* (não existia, não era) para e no mundo jurídico; quando achada (ocupada), entrava no mundo jurídico como coisa nova que, ali, antes não existia, pelo que acontecia uma *invenção* (O Código Civil novo (2002) andou mal ao trocar a invenção do antigo pela palavra “descoberta”). Quando falamos em contexto de descoberta ou de descobrimento estamos referindo que a solução já existe no mundo jurídico enquanto sistema sem lacunas, cabendo ao juiz apenas descortiná-la e revelá-la. Ao mesmo tempo, contudo, estamos admitindo que, ao descortinar e ao revelar determinadas soluções de conflitos judiciais, o julgador cria direito ao

de justificação o conjunto de argumentos que motivam ou fundamentam uma decisão jurisdicional, ou a defesa de uma idéia ou solução. Pode considerar-se, ainda, contexto de justificação o desenvolvimento monográfico que leva (que levou) à fundamentação da conclusão.

É, essencialmente, o contexto de justificação que nos interessa, já que se parte do princípio que a *inventio* precede o *judicium*, negando-se assim o método sistemático-dedutivo defendido classicamente como o caminho da decisão no âmbito do Direito.

Esser afirma que “a prática não arranca dos métodos doutrinários de achamento do Direito, mas serve-se deles somente para fundamentar *lege artis* a decisão mais ajustada, de acordo com o seu entendimento do Direito e dos factos”. Esser distingue deste modo entre o achamento da decisão, com o que se chegaria a uma decisão “materialmente” adequada – cujo fulcro é a *inventio* das premissas da decisão, processo que é pilotado por uma *Vorverständnis* da solução que é a justa no caso concreto –, e a fundamentação da decisão, realizada as mais das vezes ulteriormente e que serve à demonstração da compatibilidade da resolução encontrada com o Direito legislado. Esta distinção entre achamento e fundamentação da decisão é semelhante à que na epistemologia moderna se traça entre “contexto de descoberta” e “contexto de justificação” ou, na tónica de Vico, entre *inventio* e *judicium* (ou *demonstratio*). (Lamego, 1990, p. 219).²²¹

trazer para o mundo jurídico (concreto) uma nova construção – retórica – que assim o passa a integrar. Ademais, a terminologia *inventio* e *decisum* é herdada do Direito Romano, no que tange à estrutura da sentença. Apesar dessa posição, não podemos deixar de referir: “ ‘Inventar alguma coisa’ – disse Kant – ‘é totalmente diferente de descobrir. A coisa que se descobre admite-se como já preexistente, apesar de ainda não conhecida, como a América antes de Colombo; contudo, o que se inventa, como a pólvora, não existia em absoluto antes de quem a inventou.

A propósito, ainda, a frase de Dworkin (1999, p. 8): “Políticos, editorialistas e cidadãos comuns discutem, às vezes acaloradamente, a questão de saber se os juizes dos grandes processos que atraem a atenção pública ‘descobrem’ ou ‘inventam’ o direito que anunciam, e se ‘inventar’ o direito é estatística ou tirania.”

²²¹ Um pouco antes, nas págs. 212-213, afirma este renomado autor: “O papel desempenhado pelas valorações pré-sistemáticas na justificação da decisão corrobora a afirmação de Esser de que *‘não existe uma aplicação do Direito tomada no sentido tradicional’*. Segundo a ideia genericamente difundida por uma concepção de Jurisprudência de valoração, incumbe ao juiz a promoção da aceitabilidade das decisões. No entendimento anti-sistemático de Esser, a fundamentação da decisão tem a mera função de controlo, de compatibilização com os dados do sistema jurídico de uma decisão achada por outras vias e os métodos doutrinários de achamento do Direito não servirão senão para fundamentar *lege artis* uma solução que se anteviu ou prefigurou como justa e que, afinal, se veio a mostrar compatível com os dados do sistema. A busca da norma aplicável é guiada por valorações pré-sistemáticas e argumentos pragmáticos, nomeadamente os que se referem à opção entre alternativas legalmente possíveis, olhando às respectivas conseqüências.” Continua este autor: “Com isto, Esser apresenta um modelo de argumentação jurídica em que as considerações sobre a razoabilidade do resultado ‘pilotam’ a busca no sistema dos *‘topoi’* da argumentação. É a solução ‘justa’ do caso concreto que é assinalada como missão ao juiz.”

A exigência de justificação é, essencialmente, uma pretensão de correção, não de veracidade ou, mesmo, de justiça. Dir-se-ia, e tem-se dito, que é de *justeza (Richtigkeit)*, (e sempre será de *legitimação*).

Vimos já que: 1) a especificidade do raciocínio jurídico e da racionalidade presente na prática do direito implicam continuidade, atenção aos precedentes, justificação do novo a partir de uma referência ao pré-existente; 2) trata-se de uma racionalidade dialéctica em que razão e vontade não estão separadas, mas articuladas numa conjugação de exigências que são as do razoável; 3) esta racionalidade encontra-se ligada, não à ideia de verdade, mas à ideia de justificação, não às ideias extremas de necessidade ou de arbitrariedade, mas à ideia de razão em situação, exigindo esta situação que a ordem da razão seja antes de mais uma ordem adaptativa; 4) neste quadro, é possível conceber uma racionalidade que a) rejeita as oposições pensamento/ação, teoria/prática, formalismo/pragmatismo, racional/irracional; b) associando-se à noção de preferível e trazendo a primeiro plano a ideia de preferência justificada, dá expressão ao dinamismo interactivo das nossas faculdades e torna inseparáveis e dificilmente isoláveis o plano do conhecimento e o plano do interesse, o plano do ser e o plano da crença e das opções credíveis; c) não é apenas, nem sobretudo, calculadora, mas avaliadora e ajuizadora; d) aliada aos problemas da escolha e da decisão permite conferir um sentido à liberdade humana. (Grácio, 1993, p. 63).

À parte a posição do renomado autor acima citado relativa à tendência ao laconismo por parte do julgador, este visa, na sentença, à produção de um todo coerente²²², racional e convincente, sem usar de prolixidade. Descoberta a norma construída – ou construída a norma assim descoberta –, há que justificá-la, ou seja, inseri-la em um *contexto de justificação*²²³.

Vorverständnis pode ser traduzido por *pré-compreensão*.

²²² “Intuitivamente sabemos se algo é coerente ou não, uma vez que em uma seqüência de frases vemos uma delas como causa da seguinte. Van Dijk (1974) já havia afirmado anteriormente (...) que um discurso é coerente quando ‘para cada uma de suas sentenças, as sentenças anteriores são relevantes’.” (Lozano; Peña-Marin; Abril, 2002, p.10).

²²³ Sobre o assunto, veja-se Aulis Aarnio (1991).

“En el caso de Habermas la justificación no es la justificación que de hecho pueden dar los agentes racionales en un momento dado, la cual estaría ligada a los recursos materiales, tecnológicos, conceptuales, intelectuales y sociales disponibles por los sujetos de acuerdo con el momento histórico y situación social, sino que se refiere a la justificación que sería admitida, que sería aceptable, por cualquier

Dir-se-ia, à primeira vista, que essa justificação não é mais do que o desenvolver da interpretação/compreensão que o julgador faz dos textos legais, aos quais está submetido (pelo menos, teoricamente)²²⁴. Mas a interpretação não é um simples jogo racional de textos legais, porque para a interpretação convergem todos os conhecimentos do julgador, não só os propriamente jurídicos, mas também outros que podem ser classificados como *extralegais*. E não só conhecimentos como sentimentos, emoções, modos-de-ser²²⁵.

Estacione-se, todavia, um pouco mais sobre essa interessante parte da sentença que é dita *motivação*.

Não basta o juiz decidir. O julgador, ao conhecer *do processo*²²⁶, forma a sua convicção e, com ela, vai motivar a decisão, ou seja, vai argumentar²²⁷ no sentido de convencer o mundo jurídico da razoabilidade da sua decisão. O juiz vai formar um *discurso retórico* (de convencimento). Ora, os elementos que compõem esse discurso não se limitam aos textos legais e nem o devem ser, pois a lei (o texto legal) deve ser conhecida por todos, não precisando ser repetida em peças sentenciais. Devem ser – mas não só –, contudo, as interpretações que o julgador faz desses textos legais tendo presente o caso judicativo. Para a interpretação dos textos legais, converge toda bagagem

sujeto racional que disputara la legitimidad de esa pretensión en lo que él ha llamado *condiciones epistémicas ideales*. Estas condiciones son aquellas en donde no hay ningún ejercicio de poder ...” (Olivé, 1995, p. 113-114). Fica, então, exposta uma das razões pelas quais não se dentra as obras de Habermas, conquanto não possam tais obras ser ignoradas em um outro enfoque do assunto ora apresentado.

²²⁴ “La textura abierta del Derecho de la que habla Hart implica que las reglas a través de las cuales se expresa el legislador constituyen sólo una guía relativamente incierta que posibilita la elección de distintas alternativas. A este respecto son muy expresivas las palabras de Aarnio: ‘los artículos de una ley son como una banda de goma. El intérprete los estira o ajusta según las circunstancias.’” (Ortega, 1998, p. 82).

²²⁵ “Confira-se, p. ex., este trecho de um julgado da 3.^a Câmara do 1.^o TACivSP, proferido em 10.2.82: ‘Isenção de magistrado não significa insensibilidade. O juiz há de julgar com tudo que o caracteriza como ser humano. Razão, para o raciocínio, sentimento do justo ou paixão pelo que se lhe afigure, para que não venha a profissionalmente se conduzir como autômato, capaz, portanto, de discernimento, ajustado ao seu meio social e econômico para poder aferir o que haja de excesso e de exagero, mormente quando alguém que se apresente como economicamente forte possa impor condições que, ainda que indiretamente, possam afrontar o ordenamento jurídico, a tradição do justo, recebido, pressentido, intuído pelo magistrado’ (JTACSP 74/243).”

²²⁶ Empregamos a expressão “conhecer *do processo*”, no sentido de que o juiz deve conhecer (e não só saber) a(s) matéria(s) contida(s) nos autos e que dão substância ao processo.

²²⁷ “A ‘argumentatio’ também chamada de ‘probatio’ (Quintiliano) e ‘confirmatio’ (Cícero) era conhecida, desde a Antiguidade, como uma das partes da arte retórica e, dentre elas, a mais importante, pois se destinava a produzir a credibilidade dos pontos de vista arrolados. Cícero (De inventione I, 24, 34) definia: *confirmatio est per quam argumentando nostrae causae fidem et auctoritatem et firmamentum adjungit oratio* (a confirmação persuade o ouvinte pelo raciocínio, estabelece a verdade da causa e acha as provas que a fazem triunfar).” (Ferraz Junior, 1993, p. 295).

cultural e intelectual do decisor que dela não pode se divorciar, por mais que existam *ordens* constitucionais que determinam a sujeição estrita do juiz aos ditames legais. A razão simples é que os ditames legais deixam de ser legais para serem jurídicos no momento hermenêutico da compreensão/interpretação do texto ou dos textos e a interpretação de qualquer texto requer toda a carga cultural de quem interpreta. Ora, admitir-se essa carga ou bagagem cultural influenciando a decisão judicativa soa a que a sentença não possa ser vista como um resultado *científico* do raciocínio decisório. Note-se, porém, que se deixou de ver sujeito e objeto separados, frente a frente, para os ver reflexivamente juntos.

A partir disso se justifica, ainda, que se adentre o problema que surge pela oposição entre *episteme* e *phronesis* ou entre a *ratio speculativa* e a *ratio practica*. Ou seja, por outras latinas palavras, há que se deter sobre *scientia juris versus juris prudentia*.

3.2.1.3 Episteme versus phronesis e ratio speculativa versus ratio practica

O raciocínio que se vem dialético-metodologicamente desenvolvendo apresentaria um *gap* intelectual e retórico, se não se adentrasse, mesmo brevemente, nas questões dialogicamente opostas que se agrupam sob a *episteme* e a *phronesis*, de um lado, e sob a *ratio speculativa* e a *ratio practica*, de outro.

A *epistemologia*, também dita *gnoseologia*, é teoria do conhecimento alçada também a filosofia das ciências. Conquanto a epistemologia tenha cedido lugar, hoje em dia, à metodologia²²⁸, conserva-se a *episteme* como designação da ciência, ou do pensamento dito científico.

²²⁸ V., a propósito, Santos, 2000, p. 97: “Mostra-se, assim, que a reflexão hermenêutica sobre a epistemologia e a metodologia não se pode cumprir sem a retórica.”

Sem ofender princípios lógicos ou regras semânticas, pode ver-se no sistema jurídico a *episteme* e, no discurso jurídico, a *praxis*, com o pressuposto da indissociabilidade. Como se vem apresentando, o pensamento científico-sistêmico-jurídico é inseparável da sua aplicação. A teoria não é, em Direito, pura, nem por que possa ser kelsenianamente despida de valores ou de fatores econômicos, psicológicos, morais, etc.²²⁹, nem por que possa ser construída sem um substrato de objetividade-realidade. A indissociabilidade referida tem, ainda, uma amplitude maior do que a que o termo desvela, na medida em que é verdadeiramente interpenetrabilidade: a *episteme* jurídica desenvolve-se discursivamente; a *praxis* jurídica desenvolve-se teoreticamente. É que não se vê como se possa definir uma fronteira rígida ou inflexível entre a racionalidade especulativa da teoria e a racionalidade prática judicante.

Depara-se, de novo, com um termo polissêmico: *racionalidade*. Esse termo aplica-se a uma grande variedade de crenças, de ações, de objetivos, mas releva notar a sua aplicação às teorias e, especialmente, às eleições ou escolhas, ponto que aqui interessa sobremaneira.

Dir-se-ia que há dois tipos de racionalidade: a teórica, epistêmica ou especulativa e a prática²³⁰. Encontram-se, apesar disso, inúmeras designações²³¹, tais como ontológica, metodológica, lógica, e científica; instrumental

²²⁹ Note-se que se está considerando o pensamento de Kelsen quanto à exclusão de valores e de outros fatores. Pode considerar-se o Direito *puro* na medida em que os valores e todos os demais fatores *kelsenianamente* excluídos, são sistemicamente incluídos no Direito mas já com a absorção jurídica que os toma e transforma na sua *linguagem comunicativa*.

²³⁰ A distinção entre esses dois tipos de racionalidade nem sempre é clara e, como adiante se diz, no Direito, a distinção torna-se (quase) impossível. Castanheira Neves (2000, p.24-25) explica-nos: “O pensamento jurídico *normativístico* é-nos decerto facilmente compreensível, pois pode dizer-se que esse tipo de pensamento tem sido dominante – não obstante as suas modalidades e as importantes diferenciações históricas que nele hajam de fazer-se – na orientação e na formação jurídicas europeias continentais desde a obra dogmática dos comentadores, no século XIV. Traduz-se ele numa redução dogmática e conceitual do jurídico, de modo a que este encontra a sua expressão imediata, de novo se diga, num sistema normativo abstracto-logicamente elaborado e onde, portanto, as intenções lógico-sistemáticas assimilam as intenções estritamente jurídicas (prático-normativas) e tendem mesmo a substituir-se-lhe numa autonomia toda ela também lógica (lógica-conceitual) e sistemática. Trata-se de um tipo de pensamento jurídico que naturalmente se sincronizou com a dimensão predominantemente teórica e sistemático-especulativa do pensamento europeu a partir da baixa Idade Média, quando a racionalidade do prático e prudencial, que sempre tinha vivido num precário equilíbrio com a teoria especulativa desde a cultura clássica, cedeu a sua legitimidade a uma unidade de pensamento de índole já só teórico-sistemática, que o neoplatonismo e o idealismo humanistas corroboraram e o pensamento moderno definitivamente fundamentaria e consagraria – a ‘razão moderna’.”

²³¹ Ver, por exemplo, sobre o tema “razão”: Novaes, Aauto (org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

(Horkheimer); axiológica e finalística (Max Weber), teleológica (Russo), hermenêutica (Eco e Vattimo), cognitivo-instrumental e comunicativa (Habermas); teórica, tecnológico-social e prático-jurisprudencial (Castanheira Neves); entre outras²³², que são dependentes também do conceito que se tenha de racionalidade²³³.

Decía al inicio de este trabajo que la clasificación más tradicional y comúnmente aceptada respecto de la razón es aquella que se refiere a los dos modos fundamentales de operación de la misma: la razón especulativa y la razón práctica. La segunda es la que nos interesa puesto que el Derecho - ya se conciba como sistema de reglas o como resolución de conflictos a través de decisiones - está orientado a la praxis; dirige o determina, o al menos pretende hacerlo, una serie de acciones del hombre. (Ortega, 1998, p. 21).

Racionalidade não designaria uma faculdade, oposta à da intuição. Intuição é o "misterioso mecanismo por meio do qual chegamos à solução de um problema *sem* raciocinar, com vista a essa solução" (Damásio, 1996, p. 220).

O físico e biólogo Leo Szilard defendeu algo idêntico: "O cientista criador tem muito em comum com o artista e o poeta. O pensamento lógico e a capacidade analítica são atributos necessários a um cientista, mas estão longe de ser suficientes

²³² Veja-se, por exemplo: "Racionalidad *evaluativa*: que trata acerca de los fines que son realizables y que merecen ser perseguidos porque les asignamos un valor, así como de la elección de valores.

Racionalidad *ontológica*: requiere la adopción de una visión del mundo consistente, compatible con la ciencia y la tecnología disponibles.

Racionalidad *epistemológica*: requiere que las teorías que se acepten tengan apoyo empírico y evita conjeturas que sean incompatibles con el cuerpo de conocimiento científico y tecnológico aceptado por medio de buenas razones.

Racionalidad *metodológica*: requiere que la aceptación de creencias se haga después de una crítica cuidadosa y sólo cuando exista una adecuada justificación, es decir, pruebas o evidencia favorable, y que no existan razones suficientemente poderosas como para abandonar la creencia en cuestión; asimismo exige que la aceptación de creencias esté basada en normas y reglas que tengan alguna garantía, aunque también ellas sean revisables.

Racionalidad *lógica*: exige evitar las contradicciones.

(Olivé, 1995, p. 94-95).

²³³ Acrescente-se mais um conceito: "Por racionalidade entende-se:

1º - O conhecimento é constituído por conceitos, juízos e raciocínios, não por sensações, imagens, etc. O ponto de partida e de chegada do trabalho são idéias.

2º - Essas idéias podem combinar-se de acordo com as regras lógicas para produzir novas idéias, implícitas nas premissas. Nesse caso, poderão expressar conhecimentos novos dos quais antes da dedução não se tinha consciência.

3º - Essas idéias ordenam-se em sistemas de idéias, ou seja, formam conjuntos ordenados de proposições (teorias)." (Zilles, 1995, p.159).

para o trabalho criativo. Aqueles palpites na ciência que conduziram a grandes avanços tecnológicos não foram logicamente derivados de conhecimento preexistente: os processos criativos em que se baseia o progresso da ciência atuam no nível do subconsciente". Jonas Salk apontou para uma idéia idêntica ao defender que a criatividade assenta numa "fusão da intuição e da razão" (op. cit., p 122).

O termo *racionalidade* é, muitas vezes, tomado como o exercício correto da razão, sendo esta a capacidade do ser humano de pensar. Essa capacidade, no entanto, não se manifesta de uma só forma ou de um só processo. E processos de conhecimento há que não são, em geral, havidos como racionais. A palavra *razão*, ademais, tem ainda um outro significado, qual seja o de fundamento. As *razões* são os fundamentos que levam à escolha de determinada atitude, ou de determinada crença ou posição. Razão aparece, então, neste sentido como produto da razão, a capacidade específica dos seres humanos. Dir-se-ia até que há uma metonímia na aplicação do vocábulo razão como fundamento (ou motivo), já que se estaria confundindo a razão *criadora* com a razão *criada*.

Para muitos filósofos a racionalidade é essencialmente um conceito metodológico que se aplica nos casos em que os seres humanos têm que tomar decisões ou fazer eleições, por exemplo, ao eleger crenças - em que crer e em que não crer -, ou ainda cursos de ação - como e por quê atuar de uma certa maneira -. Na opinião de outros, o conceito de racionalidade também se aplica quando se fazem eleições de fins e metas, e incluso de normas e de valores; no entanto, há concepções que recusam a idéia de que os fins e as metas, assim como as normas e os valores, sejam suscetíveis de eleger-se de maneira racional. Mas também há muitos filósofos para quem a racionalidade não é somente uma questão metodológica, mas refere-se a uma capacidade fundamental e característica dos seres humanos. (Olivé, 1995, p. 11).

Conquanto a polissemia da palavra *racionalidade*, limite-se o seu significado à capacidade de escolha, de eleição, de tomar uma decisão, pois é essencialmente este aspecto que possibilita a aplicação da palavra ao contexto sentencial. Poder-se-ia designá-la como *racionalidade judicante*, apenas uma variante de um tipo mais lato de racionalidade que é a hermenêutica.

Autores como Eco y Vattimo hablan de una racionalidad hermenéutica. (...) La racionalidad hermenéutica es la búsqueda de buenas razones para la preferencia de una interpretación sobre otra. (Russo, 1995, p. 321).

O problema proposto está fulcrado, porém, na aparente adversidade entre a *ratio speculativa* e *ratio practica*. Aquela é a expressão da *episteme*, enquanto sistema dentro do qual se desenvolve o pensamento; esta é a expressão da *phronesis*, enquanto aplicação concreta do pensamento. São, em Direito, inseparáveis, porque o sistema é-o perante o problema que requer a resposta prudencial. Da construção epistêmica do Direito não se separa a sua finalidade teórico-pragmático-prudencial, no seu caminho completo.

A adversidade, já dita aparente, entre a ciência e a prudência, no campo jurídico é, então, solvida em paz, porque ambas têm de conviver na construção mútua do Direito. Por outras palavras, em que pese a recorrência, o sistema jurídico constrói-se epistemicamente com uma racionalidade hermenêutico-judicante que leva “à busca de boas razões para a preferêcia” prudencial de uma resposta sobre outra.

A busca de boas razões, *no sistema*, é um processo discursivo, como se evidencia na sentença jurisdicional.

4 O Direito observado no sistema social

Colocadas diversos posicionamentos da doutrina jurídica, é momento para trazer essas concepções para a observação sob a ótica da teoria dos sistemas sociais, embora, ao longo dos textos precedentes, tenham sido feitas referências ocasionais ao pensamento de Niklas Luhmann. O que agora se coloca refere-se à “comparação” ou à “confrontação” (dialética) entre o que foi exposto neste

capítulo, por incursão teórico-analítica, com o que foi exposto no primeiro quanto à teoria sistêmica de Luhmann.

Para isso, recolham-se os pensamentos luhmannianos acerca da norma, recolha que oportuniza a “comparação” e a “confrontação” citadas e, ainda, coloca sob a observação sistêmica e, pois, na terminologia da teoria dos sistemas, a complexidade das posições antes descritas. Pode, assim, notar-se que se tratou de uma observação de segundo grau²³⁴, apenas para que se possa (re)conduzir e (re)colocar este desenvolvimento ao quadro teórico das lições de Niklas Luhmann.

Para Luhmann (2002, p. 156-157),

el concepto de fuente del derecho fue planteado demasiado alto. Por ejemplo, esta metáfora llevó Savigny a rechazar la idea del contrato como “fuente de derecho”. Además este concepto de fuente seduce para que se busque una referencia externa – para Savigny: pueblo; para otros, “authority” impuesta políticamente=autoridad institucional; para la sociología temprana del derecho más bien los “folkways”, el “derecho vivo”, los órdenes preestablecidos de las expectativas – aunque la fuente no pueda modificar la ley escrita, sino en el mejor de los casos la reinstitucionaliza.

As assim chamadas fontes do Direito são comunicações do sistema social ainda não impregnadas de sentido jurídico que somente as operações sistêmicas específicas lhe podem dar.

Luhmann (1986, p. 172-173) mostra bem essa interpretação quando afirma:

La différenciation d’un système juridique a pour base fondamentale la possibilité de distinguer les attentes « normatives » et les attentes « cognitives ». (...)
Les systèmes juridiques utilisent cette différence pour combiner la clôture de l’auto-reproduction et l’ouverture de leurs relations

²³⁴ De modo algum, no entanto, se veja nesse caminho, a aceitação ou concordância absolutas com as doutrinas expostas, mas apenas se veja que a digressão feita é exatamente a comprovação do que Luhmann (2002, p. 603) constatou: “Es notable, en general, que en la era del derecho positivo, el conocimiento jurídico se desvie hacia la forma de la observación de los observadores”. O que Luhmann diz é precisamente que é “curioso” que a doutrina, conquanto afirme, em geral, que o Direito é uma realidade, descreve “a vontade do legislador”, a “forma da lei”, etc., em vez de observar essa realidade social.

à l'environnement, En d'autres termes, le droit est un système « de clôture normative », mais « d'ouverture cognitive ».²³⁵

A norma aparece, assim, como um meio de autocriação recursiva do sistema, da sua autocontinuação, que diferencia o Direito do seu ambiente ou entorno, já que “cada elemento deve sua característica de norma à dos outros elementos, aos quais se aplica a mesma regra” (Luhmann, 1986, p. 174). Não tem a norma, portanto, um princípio-fundador, nem uma idéia reguladora ou geratriz, sendo simplesmente uma “autorreferência concomitante”, ou seja, as formas jurídicas são válidas em razão da sua própria validade. O sistema tem a sua unidade porque os elementos criam elementos na base de uma normatividade recursiva e circular (Luhmann, 1986, p. 177).

A construção das normas não provém da observação de fatos repetitivos. O pensamento *indutivo* que leva a tirar uma conclusão da observação de fatos que se repetem várias vezes é o que se denomina *generalização* que, como qualquer generalização, contém exceções e, portanto, constitui-se em uma *falsa* conclusão.

É “evidente que el derecho diferencia hechos de normas; lo existente, de lo vigente” (Luhmann, 2002, p. 84), e

El concepto de norma se refiere a una forma específica de expectativa fáctica, la cual puede ser observada psíquicamente o mediante el sentido mentado que se vuelve comprensible en la comunicación. Estas expectativas o existen – o no existen. Y cuando se quiera formular que tales expectativas deberían existir, no habría que retroceder al nivel del deber ser normativo existente de por sí; por el contrario, hay que mantenerse en el plano de las expectativas, esto es, de las expectativas que anticipan normativamente lo que es posible esperar normativamente. (Luhmann, 2002, p. 86).

²³⁵ Traduz-se: “A diferenciação de um sistema jurídico tem por base fundamental a possibilidade de distinguir as expectativas ‘normativas’ e as expectativas ‘cognitivas’. (...) Os sistemas jurídicos utilizam esta diferença para combinar a clausura da auto-reprodução e a abertura da sua relação com o entorno. Em outros termos, o direito é um sistema ‘de clausura normativa’, mas ‘de abertura cognitiva’.”

A diferenciação entre fatos (existentes) e normas (vigentes) é uma operação interna do sistema jurídico, ou seja, essa distinção é um fato observável no sistema social enquanto operando clausurado pelo sentido jurídico.

4.1 Discurso normativo

A prudência passa a calcular o provável.
(Günther, 2004, p. 372)

O Direito é uma estrutura social sistêmica que cria e recria constantemente os seus próprios limites, ou seja, não é uma estrutura estática incapaz de alterações.

Tem-se aqui defendido que o Direito, como sistema social de sentido específico, expressa-se comunicacionalmente por um discurso (normativo) de convencimento. É um discurso de convencimento que existe no sistema social.

Nesse aspecto, Luhmann (1985, p. 25) parece discordar:

Apesar de toda especialização técnica do pensamento jurídico e de toda a dificuldade de acesso ao não jurista, as estruturas jurídicas mais antigas concediam uma grande importância aos efeitos de exortação, convencimento e pedagógicos das palavras na formulação do direito. Isso pode ser extraído dos provérbios jurídicos gerados pela participação de leigos na aplicação da lei, dos antigos textos da literatura jurídica tomada como fonte de direito, os quais entremeiam prescrições e exortações, argumento, advertência e fundamentação; e também dos adágios do ensinamento jurídico, de expressões cuja formulação substitui a fundamentação, da linguagem epigráficamente afiada dos juristas romanos e até mesmo do “*Code Civil*”. A linguagem jurídica atual busca outros objetivos.

No entanto, é absolutamente observável que o sistema jurídico é *irritado* não somente pelos textos legais, como por outras regras (sociais) de seu entorno. Não somente irritado, como a estrutura acaba por receber essas regras e as incorporar com o devido sentido jurídico. Está-se referindo que o sistema jurídico é sensível a adágios ou provérbios, a aforismos (principalmente gregos e latinos), a citações bíblicas, a lugares-comuns, ao senso comum, afinal, às comunicações sociais em geral (e aí está Luhmann) que, dentro do sistema, passam a ser impregnadas de sentido jurídico para a justificação da decisão (seja a judicial, seja a particular). Tudo isso são fontes para a justificação normativa, mas externas ao sistema, repita-se, ou seja, quando são justificação não são mais *aquelas* fontes, mas estruturas sistêmicas que vão cumprir a teleonomia sistêmica-comunicacional

Não se pode ignorar que “...la fuerza de convencimiento de la argumentación jurídica depende del texto y del caso”, ou seja, não se pode ignorar “el carácter ‘local’ de la racionalidad jurídica” (Luhmann, 2002, p. 63).

Ni el análisis estructuralista ni el del acto del habla aplicados al derecho se han evidenciado hasta hoy como productivos. Es claro que el jurista en lo que se refiere a la fonología, a la sintaxis, etcétera (y en esto se concentran los intereses de la lingüística) utiliza el lenguaje normal, matizado sólo con algunas expresiones particulares e con palabras que toman, en el discurso jurídico, un sentido divergente del usual.

As normas jurídicas são, “na sua forma geral, programações condicionais” (Luhmann, 1985, p.28).

A sustentação da decisão não é uma relação valorativa entre as conseqüências, mas a própria vigência da norma e é apenas no seu âmbito que ela pode ser interpretada no sentido de que as conseqüências *genericamente* esperadas por sua aplicação sejam avaliáveis como razoáveis e sustentáveis. (Luhmann, 1985, p. 31).

O que já se disse quanto à jurisprudência (direito dos juizes) estar fora do sistema jurídico e ser, para este, apenas uma “fonte”, é, mais uma vez, confirmado por Luhmann:

Nesse contexto, o móvel principal dessa apreensão é o fato de que o direito vigente produz frustrações – seja por sua repetida transgressão ou por frustrar expectativas normativas contrárias. As frustrações devem ser continuamente reprocessadas no circuito das decisões jurídicas, sendo então absorvidas cognitivamente como informações que darão ensejo à indagação se elas são suficientes para fundamentar uma mudança do direito”. (Luhmann, 1985,p. 37).

Dê-se atenção: *primeiro* – as frustrações são informações absorvidas *cognitivamente*, ou seja, o sistema está aberto para as receber e processar conforme a sua clausura operativa; *segundo* – o sistema, com suas operações de sentido, indagará se essas informações “são suficientes para fundamentar” a alteração estrutural, ou seja, o sistema requer *fundamentação*.

Mas, Luhmann (1985, p. 37-38) continua e vale a pena citar:

Por outro lado, esses processos de apreensão não devem solapar o princípio da resistência à assimilação apreensiva do direito. As possibilidades de apreensão não devem perturbar a determinação de persistência. O fato de que tudo pode ser modificado não deve acarretar que não se leve mais nada a sério. A positivação do direito significa que no mesmo ordenamento jurídico têm que ser concomitantemente institucionalizadas as possibilidades de apreensão e não apreensão, de atitudes cognitivas e normativas com respeito às mesmas normas.

Desse texto pode interpretar-se no sentido de que “o direito só pode ser institucionalizado enquanto variável” (Luhmann, 1985, p. 37).

Então, no (macro)sistema social podem observar-se *programações condicionais* que o (sub)sistema jurídico acaba por absorver como norma (ou como *sedimentações estruturais de comunicação*) – se A, então B – devidamente orientada (com sentido) pela função do Direito.

Pour le système juridique, cela signifie la différenciation d'une corrélation entre la fermeture normative et l'ouverture cognitive, et là ce qui sert de norme contrefactuelle à retenir est, dans le cours de l'évolution de la société, de plus en plus orienté sur la fonction du droit. (Luhmann, 1986, p. 186).²³⁶

E o caráter evolutivo (e não-revolucionário) do sistema jurídico é mostrado por Luhmann:

...o direito existente está inserido nas condições que possibilitam um novo direito, pois ele só pode ser modificado em aspectos isolados e nunca como um todo, por mais significativos que esses aspectos parciais sejam. (Luhmann, 1985, p. 39).

As comunicações recursivas de comunicações jurídicas, com um sentido normativo, são a evolução (adaptação e readaptação) do Direito.

4.2 O sistema jurídico nomopoiético

Leges bonae ex malis moribus procreantur.

À guisa de conclusão deste capítulo, fixe-se que as normas (sociais) são *atos* verificáveis pelo observador externo: elas existem na comunicação social; algumas comunicações sociais são normas. Para o (sub)sistema de Direito, observado pelo jurista (e não pelo sociólogo), a norma jurídica é regra de comportamento específica do Direito. Mas, ao mesmo tempo que é regra de comportamento que *deve ser* respeitada – o sistema social assim a comunica – , a

²³⁶ Traduz-se: “Para o sistema jurídico, isto significa a diferenciação de uma correlação entre o fechamento normativo e a abertura cognitiva, e aquilo que naquele serve de norma contrafática a reter é, no curso da evolução da sociedade, cada vez mais orientada para a função do direito.”

norma jurídica é também a primeira causadora do conflito²³⁷, na medida em que se expressa por uma *programação condicional* que é avocada *contra os fatos*.

Nuestra versión establece que la distinción entre normas e hechos es una distinción interna al sistema de derecho. Por medio de la elaboración de esta distinción la teoría del derecho se integra al sistema jurídico. Para el sistema de la ciencia esta distinción - normas/hechos - no es de importancia: ¡como distinción! Dicho de otra forma: Si se habla de la distinción entre normas y hechos, entonces se habla de un hecho; precisamente del hecho de que en la sistema jurídico, por razones comprensibles, se utiliza esta distinción. (Luhmann, 2002, p. 88)

Qual a razão da distinção fatos/normas ser uma operação interna do sistema jurídico? Exatamente porque o sistema de Direito é teleologicamente orientado para a construção de normas (gerais e individuais). As “normas” que são fatos (comunicacionais) na Sociedade, são *mesmo* normas no sistema jurídico.

Luhmann diz que vê - e que os sociólogos vêem - a norma como fato²³⁸. Ao mesmo tempo, contudo, coloca a norma contra os fatos (contrafáctica²³⁹), ou seja, temos um fato contra fato(s). Esse *fato contrafático* é observável no entorno do Direito, não no sistema do Direito.

Luhmann diferencia fatos e normas, apesar de dizer que os sociólogos *vêem* as normas como fatos. Mas, os “fatos” que a teoria luhmanniana observa são comunicações sociais. Então, a “circularidade” (reflexiva) e a diferenciação entre fato e norma precisam ser esclarecidas, fixando que a norma é um fato

²³⁷ “O direito é criado fora de toda previsão, e é o conflito que resulta como primeira consequência do direito.” (Luhmann, 2004, p. 94).

“En este sentido, el derecho no es sólo un medio de resolución de conflictos sociales, sino, en primera instancia, un medio de creación de conflictos sociales; un apoyo para las pretensiones, las exigencias, las negaciones, particularmente ahí donde se espera oposición.” (Luhmann, 1998a, p. 301).

²³⁸ “De cualquier manera es imposible sociológicamente (por lo tanto también imposible para la sociología del derecho) expresar el ámbito de objetos sociológicos con la ayuda de la distinción norma/hechos.” (Luhmann, 2002, p. 84).

²³⁹ “O sentido de validade da norma consiste, portanto, de um reconhecimento desta por todos, a saber, como participantes de um discurso prático. Nesse sentido, em lugar de se falar de validade fáctica, sempre se menciona a validade ‘contrafáctica’. Habermas distingue três níveis de pressuposições de argumentação, que dão, a um discurso, orientação para essa contrafeticidade.” (Günther, 2004, p. 76).

(observável) eminentemente comunicacional-discursivo (justificado), é *vigente* (potência) no (sub)sistema de Direito, enquanto o fato-em-si é descritivo, é *existente* (ato), no entorno, ou no (macro)sistema social.

Nuestra versión establece que la distinción entre normas e hechos es una distinción interna al sistema de derecho. Por medio de la elaboración de esta distinción la teoría del derecho se integra al sistema jurídico. (Luhmann, 2002, p. 88).

Porque as normas são fatos vigentes, elas são mutáveis, são “projeções temporais”²⁴⁰, com uma “validez provisional” (Luhmann, 2002, p. 632), contingentes, afinal (e, assim, mais uma vez, se verifica que as normas são um resultado hermenêutico que requer justificação e, assim sendo, são tão mutáveis quanto o são as justificações razoáveis).

O Direito, contudo, não é somente esse sistema formado por comunicações normativas como projeções temporais, mas incorpora também a norma-decisão (de índole individual ou *norma-fim*, e não a *norma-meio*) que é ou vai ser estruturalmente aceita pelo sistema jurídico. Ora, deixou-se antever que a concreção do Direito que se efetiva por essa norma-decisão não é o resultado de uma *determinação* hermenêutica (de um *fatalismo* hermenêutico) – que não existe -, até por existir um *espaço* de decibilidade. A concreção do Direito, a sua expressão observável, é resultado sistêmico contingente (poderia ser outra norma-decisão dentro daquele espaço) que, sendo resultado de comunicação de comunicações, vale por sua *jus-tificação* como discurso de convencimento *local*.

A hermenêutica serve à compreensão (entendimento, aceitação e/ou convencimento) comunicativa do Direito, no (macro)sistema social e no (sub)sistema jurídico. Serve, portanto, à operacionalização do sistema, mas não impõe *um* resultado ou *uma* resposta. O resultado vem do operar *teleonômico* que conserva o sistema, em sua autodefesa ou autossobrevivência autônoma, em um operar com a estrutura já existente – dir-se-ia o *momento histórico-cultural*

²⁴⁰ “El derecho mismo no puede ser estable desde el punto de vista del tiempo, em el sentido de que algo que em alguna ocasión ha tenido validez la tiene ya para siempre”. (Luhmann, 2002, p. 635).

-, em autoprodução de sentido normativo-decisório - dir-se-ia o *momento problemático*.

Assim, o sistema jurídico autopoietico é também *nomopoiético*, já que a sua função (*teleonomia*) é exatamente a operacionalização de estruturas que conduzem a *sedimentações estruturais de comunicação*, plenas de sentido, ou seja, a normas jurídicas.

O Direito é um sistema auto-nomo-poiético que se expressa por um discurso justificativo-normativo.

CAPÍTULO III O DIREITO NA SOCIEDADE DE RISCO

A evolução [do Direito] não é um processo planificável, mas o resultado da forma imprevisível que adquire a diferença entre *variação* e *seleção*, ou seja, entre eventos que ativam o direito e decisões que, gradativamente, determinam aquilo que é direito.

(De Georgi, 2006, p. 149)

Os sociólogos passaram, principalmente a partir do século passado, a observar as sociedades, as antigas e as atuais, sob diferentes critérios e, com isso, a classificar os diversos tipos que assim eram analisados. Surgiu, então, uma diversificada tipologia das sociedades: sociedade militar, sociedade dos legistas e sociedade industrial (Comte); comunidade tribal, sociedade asiática, cidade antiga, sociedade germânica, sociedade feudal e sociedade capitalista burguesa (Marx e Engels); sociedade simples e sociedade composta (Herbert Spencer); sociedade sagrada e sociedade profana (Howard Becker); sociedade aberta e sociedade fechada (Karl Popper); sociedade de solidariedade mecânica e sociedade de solidariedade orgânica (Emile Durkheim); sociedade de meio natural e sociedade de meio técnico (Georges Friedmann); sociedade simples,

sociedade intermediária, sociedade moderna e sociedade viveiro (Parsons), entre outras classificações.

A sociedade dos últimos tempos – a sociedade moderna e a sociedade pós-moderna – tem sido descrita como *sociedade industrial*, *sociedade de classes*, *sociedade pós-industrial*, *sociedade da informação*, *sociedade de hiperconsumo*, e mais umas tantas e diferentes adjetivações²⁴¹ que, afinal, mostram diversos olhares sobre a realidade social, em diferentes décadas, por vezes, mas também mostram enfoques diferentes da mesma sociedade, ou seja, na mesma época.

O olhar que ora interessa, como pano de fundo sobre o qual se desenvolve atualmente o sistema jurídico, é aquele que se debruça sobre a sociedade a partir dos anos oitenta do século passado, à qual estudiosos deram o nome de “segunda modernidade” e de “contramodernidade”, prevalecendo, no entanto, a designação de *sociedade de risco* como a mais aceita por mais utilizada²⁴², tornando-se, até, um lugar-comum (Kaufmann, 2004, p 453). Podem, ainda, encontrar-se as expressões *sociedade pluralista de riscos* e *sociedade global de riscos*.

De antemão, deixa-se dito que a *visão* de sociedade de risco o é na Sociedade, no (macro)sistema social, sendo essa característica dos riscos, sempre presentes nas comunicações-decisões, a *diferencia específica* ou diferenciação que permite “isolar” sem separar e, assim tentar, também, colocar o sistema jurídico com o entorno da sociedade de risco.

²⁴¹ Como, por exemplo, “sociedades heterônomas” (Castoriadis, 2000, p. 109 ss.).

²⁴² “As perguntas que acabei de formular põem hoje qualquer estudioso perante o *topos* que, na esteira de Ulrich Beck, se tornou conhecido como o da ‘sociedade do risco’. Não posso aqui discutir a questão (aliás interessante e, julgo, particularmente significativa para filósofos e juspublicistas) de saber se este *topos* se não inclui na problemática mais vasta da *pós-modernidade*, quando não mesmo com ela se confunde. Como tão-pouco poderei analisar o problema de saber se e como o fenómeno da *globalização* se correlaciona e interage com a sociedade do risco. Seja como for quanto a estes pontos, parece-me hoje indiscutível que a ideia da sociedade do risco suscita ao direito penal problemas novos e incontornáveis. Não cometerei a injúria de expor, sequer em breves palavras, o conteúdo essencial das ideias que presidem ao tópico da ‘sociedade do risco’. Direi apenas que, nas suas implicações com a matéria penal, ele quer pôr em evidência uma transformação radical da sociedade em que já vivemos, mas que seguramente se acentuará exponencialmente no futuro próximo. Uma tal ideia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de acções humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o património (...)” (Dias, 2001, p. 43).

1 Em busca de um conceito de sociedade de risco

Se a linguagem artificial da dogmática jurídica não existisse, não seria possível reconstruir o conflito de acordo com o senso próprio do direito de formular a *quaestio juris*, que é diferente e que, por isso, será distribuído em uma sucessão de questões de fato e questões de direito, e encontrar os argumentos, os critérios e as regras até então inexistentes. (Teubner, *As múltiplas alienações...*, p. 116).

O desenvolvimento anterior mostrou, embora em resumo, a teoria de Niklas Luhmann acerca do sistema social – a Sociedade – e acerca dos sistemas sociais parciais (especialmente o jurídico). Mas esse renomado Autor trouxe uma outra contribuição à Sociologia ao observar o sistema social como *sociedade de risco*.

Um dos “valores” que costumam ser citados na regência da vida em sociedade é o da segurança, no seu mais amplo sentido. É escopo individual e é almejo coletivo essa idéia de segurança, ou seja, a possibilidade provável de que as expectativas se confirmem no futuro.

A sociedade atual traz aos seus membros um sentimento de insegurança, na medida em que a realização das expectativas deixa de depender exclusivamente do esforço individual ou da atuação homogênea do grupo e passa a ser refém do agir ou da omissão de outro ou de outros, mais ou menos próximos. Essa dependência cria a consciência (coletiva e individual) de que qualquer ação (ou qualquer discurso) vai refletir-se, positiva ou negativamente, para além da individualidade e para esta vai regressar com os seus efeitos sociais. Além desse aspecto, há, ainda, a consciência clara de que o indivíduo e o grupo social estão sujeitos às atividades nocivas de grupos absolutamente estranhos, “longínquos”, com os quais o indivíduo, ou o grupo social, parecem

não ter qualquer relação e que interferem de inopino nas expectativas pessoais e coletivas, sem que dessa intervenção se tenha a possibilidade de prever e, portanto, de impedir ou de se defender. Há, portanto, riscos e há perigos.

Ora, esse sentimento de insegurança traz em seu bojo idéias como as que se referem a perigos, a riscos, a incertezas, a (im)probabilidades, que assim passam a ser insertas nas comunicações sociais e, portanto, a alterar posteriormente as estruturas sistêmicas²⁴³.

Para se chegar às características diferenciais da sociedade de risco incursiona-se por essas idéias que compõem as informações e as comunicações sociais atuais.

1.1 À volta do conceito de segurança

Depara-se, mais uma vez, com uma palavra que, desde logo, contém vários e diversos significados: a palavra *segurança*. Acresce que esta palavra é usada, muitas vezes, seguida de diversos adjetivos, o que desde logo denota a sua polissemia.

Segurança, no seu sentido mais lato, é um estado que denota a ausência efetiva de perigo(s) ou a percepção da ausência de perigo(s). Opõe-se, então, a perigo. Essa palavra aparece em geral, na linguagem comum, associada antinomicamente a perigo. Mas,

...el concepto de seguridad sigue siendo un concepto vacío, de manera similar al concepto de salud en la distinción enfermo-sano. Es decir, finge exclusivamente como un concepto de reflexión. O también como concepto-válvula-de-escape para las exigencias sociales que, según sea el nivel variable de la

²⁴³ “En consecuencia, las irritaciones por el entorno, (...) a largo plazo se transforman en tendencias estructurales, no obstante que el sistema sólo mediante operaciones propias puede cambiar sus estructuras. Esto no quiere decir que el sistema se adapte o se asemeje cada vez más al entorno en el sentido de una tendencia a la *desdiferenciación*. Más bien es lo contrario. Aumenta la diferenciación cuando el sistema puede continuar su autodeterminación porque las irritaciones a las que reacciona el sistema siempre son condiciones propias del sistema y no, por ejemplo, condiciones del entorno que se importan al sistema”. (Luhmann, 1998b, p. 212).

exigencia, se abre paso en el cálculo de riesgos. (Luhmann, 1998b, p. 63-64).

No entanto, é facilmente verificável que quanto mais segurança se tem, mais perigos (e riscos) aparecem. É um paradoxo (que se aceita exatamente pela diferenciação).

Afinal de contas, como Robert Castel assinala com acerto, em sua incisiva análise das atuais ansiedades alimentadas pela insegurança, 'nós - ao menos nos países desenvolvidos - vivemos sem dúvida numa das sociedades mais seguras (*sûres*) que jamais existiram'. E, no entanto, ao contrário das 'evidências objetivas', é precisamente esse mimado e acarinhado 'nós' que, entre todos os povos, se sente mais ameaçado, inseguro e amedrontado, mais inclinado ao pânico e mais apaixonado por tudo que se refira à segurança e proteção do que todos os povos de todas as sociedades de que se tem registro. (Bauman, 2007, p. 61).

No campo jurídico, *segurança* é mais um termo que se apresenta polissêmico, com significados tão diversos quantas as múltiplas correntes jurídicas ou quantas as diversas perspectivas epistemológicas com que o assunto pode ser abordado.

Deve deixar-se registrado, desde já, que não se considera a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) um fundamento do Direito. Elegeu-se a responsabilidade como o diferencial fundamental e, portanto, a idéia de responsabilidade acarreta a idéia de *acidente* que é contrária à de segurança. Mas, em matéria de risco (acidente) mister é que se trate um pouco mais acerca da segurança.

A expressão segurança jurídica está, por vezes, ligada à da *ordem* que o Direito deve estabelecer, de modo que os direitos subjetivos sejam respeitados e garantidos pelo Estado e de modo que se possa saber o "comportamento" do Direito, ou seja, que haja uma prévia *certeza* nos ditames jurídicos/jurisdicionais. São assim, dois aspectos que a segurança jurídica comporta: (a) a relação garantidora do Estado; (b) a relação certa e estável com ou através do Direito.

Em ambos os aspectos, na verdade redutíveis à *certeza do Direito*, está presente a previsibilidade: a segurança jurídica é o “instrumento” que permite ao cidadão ver e prever o que é e o que será *dito* pelo Direito, de modo que possa agir dentro da *ordem* estabelecida.

Ora, como se viu, o Direito é essencialmente constituído por comunicações sociais de sentido (jurídico) e mesmo com *comunicações sedimentadas de carácter hipotético* (normas) que regulam (devem regular) as relações sociais, as comunicações intersubjetivas continuam sendo contingentes na sua transmissão e na sua compreensão, já que, no campo jurídico, estão sujeitas à *jus-tificação* que as acompanha e esta é tão variável quanto o é o horizonte de cada um.

O Direito sistêmico é, portanto, *incerto*, imprevisível, não se constituindo a segurança como uma diferença que possa ser observada.

1.2 Risco e perigo: distinção

A palavra *risco*, na área jurídica, tem fortes raízes nos contratos do século XVI que visavam à atribuição dos danos e dos lucros eventualmente decorrentes das viagens marítimas. Aparece, assim, ligada, não somente à responsabilidade, mas também à atividade comercial lucrativa, e, ainda, aos iniciais contratos aleatórios de seguro.

A afirmativa de que toda a atividade comporta um *risco* é facilmente aceita²⁴⁴; a afirmação de que toda a atividade comporta um *perigo* abre espaço para a dúvida, não resistindo ao critério de *falsificação* de Popper²⁴⁵. Mesmo quando não se queira correr riscos, estes estão presentes na atividade humana.

²⁴⁴ “Nas sociedades pluralistas de risco do nosso tempo, o homem é chamado a intervir activamente no mundo sem que disponha sempre à partida de normas predefinidas ou dum conceito fixo de natureza que determina se o seu agir é correcto. Ou seja: *o seu comportamento implica um risco*.” (Kaufmann, 2004, p. 454).

²⁴⁵ “El famoso postulado de la *falsabilidad* (Popper) dice: las tesis de la verdad son sólo relevantes científicamente cuando con ellas uno corre el riesgo de que pudieran ser falsas.” (Luhmann, 1998b, p. 125).

Logo, *risco* e *perigo* não têm o mesmo significado. Há, portanto, que desfazer a sinonímia que aparece, frequentemente, na linguagem vulgar.

A palavra *risco*, no seu significado lexical, encerra primariamente a idéia de probabilidade de *perigo* ou de *dano* futuro. No entanto, o núcleo significante de *risco* diz com a probabilidade de o resultado de determinada atividade *poder não ser* como se está calculando venha a acontecer. Há, então, uma forte ligação entre *risco* e *probabilidade*, sendo maior o *risco* quanto menor for a probabilidade de acontecer aquilo que se está prevendo ou que se quer que venha a acontecer. Mas, de qualquer modo, o *risco* estará sempre presente.

Ora, a (im)probabilidade denota a *incerteza*. Assim, a idéia de *risco* está fortemente ligada à idéia de *incerteza*. Mais, está ligada à “imprevisibilidade dos eventos” (De Giorgi, 1998, p.233).

A idéia de *perigo* contém, por seu lado, a consciência da possibilidade de dano ou prejuízo advindo de algo externo à pessoa ou advindo de outrem, ou seja, de uma ameaça *externa* que, concretizada, afetará a integridade do homem, ou a estrutura social, ou uma determinada organização. Enquanto na idéia de *risco* prepondera a *incerteza*, no *perigo* prevalece a certeza do dano.

De qualquer modo, ambas as palavras encerram a idéia de probabilidade, ou de *incerteza*, ou de *insegurança*, pelo que estas não são suficientemente definidoras.

Mais significativa e definidora é a diferença pela *origem* de uma e outra: o *risco* resulta da possibilidade de haver uma outra decisão particular, enquanto o *perigo* resulta de causa externa. O *risco* aparece pela opção decisória tomada; o *perigo* não depende de decisão, porque tem causa externa ao receptor da decisão²⁴⁶, seja este privado ou a própria sociedade.

Nos serviremos, más concretamente, de la distinción entre riesgo y peligro. Esta distinción supone (y así se diferencia precisamente de otras distinciones) que hay una inseguridad en relación a daños futuros. Se presentan entonces dos

²⁴⁶ “Luhmann e Beck, dois teóricos da sociedade do risco, convergem neste ponto: enquanto o ‘perigo’ vem de alguma forma do exterior, o ‘risco’ é um produto derivado, um efeito perverso ou secundário (na acepção dos ‘efeitos secundários’ indesejáveis dos medicamentos) das nossas próprias decisões.” (Ost, s.d., p. 345).

posibilidades. Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces hablamos de riesgo y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al medio ambiente. Y en este caso, hablamos de peligro. (Luhmann, 1998, p. 65).

Por outras palavras de Luhmann (1998, p. 155): “o risco de uns é o perigo para os outros”. Portanto, constatando-se que os riscos (de uns), na sociedade atual, aumentam, é de se dizer que os perigos (de outros) também aumentam.

No mesmo caminho de pensamento que afirma não haver atividade ou decisão sem risco, fazendo diferença entre este e perigo, cita-se:

Na sociedade industrial moderna não há escolha entre comportamento arriscado e comportamento seguro, senão só a eleição entre diversas formas de risco com uma distribuição de vantagens e desvantagens e de destinatários das vantagens e destinatários das desvantagens. O problema fundamental da comunicação sobre o risco, portanto não é um problema relativo à determinação de formas racionais ou até seguras do comportamento; trata-se antes de esgotar a diferença entre aqueles que tomam decisões e aqueles que têm interesse nessas decisões. Para aquele que toma uma decisão é inevitável o risco, sob condição de que não se queira renunciar a todas as vantagens que derivam de um compromisso com respeito à ação: para aqueles que são interessados pela decisão, trata-se, ao contrário, de um perigo que a eles lhes chega do exterior.” (De Giorgi, 1998, p. 247-248).

Nesse caminho, se se pode dizer com Beck (1998, p. 25) que “en la modernidad avanzada, la producción social de *riqueza* va acompañada sistemáticamente por la producción de *riesgos*”, também se admite que há perigos advindos da produção de riqueza. Mas, enquanto se procura minimizar os perigos através de ações humanas, os riscos, porque dependem da *crise*²⁴⁷,

²⁴⁷ “É ao menos curioso observar que a origem grega da palavra *crise* e de seus derivados – como *crítica*, *crítico*, *critério* – nada tem de negativo. O verbo de origem é *krino*, e apresenta os seguintes significados: 1) “escolher”, “separar”, “distinguir”, “discernir o verdadeiro do falso”; 2) “julgar”, “pronunciar um julgamento”; 3) “julgar”, “decidir”, “pronunciar”; 4) “julgar”, “pôr em julgamento”. Na voz média, significa: 1) “escolher para si”; 2) “decidir”, “julgar”, “explicar”; 3) “estar em luta”, “disputar”, “combater”. A palavra *krisis* quer dizer: “escolha”, “julgamento”, “sentença”, e também “debate”, “disputa”. Nisso tudo não parece haver rastro de negatividade – ao contrário: há a força de escolher,

não sofrem essas ações preventivas ou diminutivas. Os riscos “se atribuyen a la decisión los posibles daños que puedan presentar-se en el futuro” (Luhmann, 1998, p. 147), ou, por outras palavras, com o mesmo sentido, “risco significa que uma outra decisão poderia evitar o dano que se produziu.” (De Giorgi, 2006, p. 217).

O horizonte de percepção desta sociedade está caracterizado por um crescimento das possibilidades de decisão. Se assumimos que ‘perigo’ seja as possibilidades de um evento futuro danoso conseqüente a uma decisão que pode ser imputada ao exterior, a outros, a sociedade contemporânea está caracterizada por uma diminuição dos perigos e de um incremento dos riscos. (De Giorgi, 1998, p. 219).

A observação de que, na sociedade atual, se há perigos que diminuem, ao mesmo tempo há outros e mais perigos que aumentam na medida em que os riscos também, mostra, efetivamente, que se está em uma *sociedade de risco*, na medida em que se alça essa atribuição das decisões a ponto de convergência da observação.

1.3 Risco e/ou futuro e medo

Já se afirmou que o risco é proveniente da decisão contingente, isto é, que poderia ser outra também com risco. Toda a decisão acarreta um risco, já que não se admitem, na sociedade atual, decisões *normais* (dentro das normas) que não contenham, a seu modo, um risco.

julgar, discernir, debater; são palavras ligadas à força do pensamento e, portanto, à criação da filosofia, da ciência (Bornheim, p. 49).

“Na escrita chinesa, o ideograma que significa a ‘crise’ representa também, segundo parece, ‘a oportunidade’. Na encruzilhada dos tempos, mais uma vez, o *kairos* faz sinal.” (Ost, s.d., p.323).

De Giorgis (1998, p. 189), na sua observação, parte da acertada idéia de que “não se pode ter confiança na normalidade”:

De fato, não se pode ter confiança na normalidade. Se, numa primeira observação, a normalidade nos parece constituída de determinações, ou seja, de acontecimentos que ocorrem com uma certa regularidade e que permitem então fazer previsões do agir ou cálculos de natureza racional, numa observação mais profunda, a normalidade parece constituída de constelações de indeterminações.

A imprevisibilidade dos *efeitos* de uma decisão é, portanto, uma característica marcante do ato comunicacional e do ato comunicacional-decisório. Ou, por outras palavras, o futuro não se deixa prever.

Ost (s.d., p. 336) afirma que “o futuro, por ser desconhecido, faz medo”. Nota-se, então, o elemento temporal – o futuro, a idéia do amanhã – na construção do pensamento deste Autor que diz:

O futuro, por ser desconhecido, faz medo. É pois uma necessidade imperiosa para qualquer sociedade, pelo menos quando forja alguma ideia do amanhã, dar estatuto e tratamento a esse medo colectivo. Lembremos que Hobbes fazia disso a mola principal da vida social e a explicação da passagem do estado de natureza, sinónimo de guerra generalizada, ao estado civil onde se ganhava uma segurança relativa à sombra do Leviatã todo-poderoso. Com Locke, Kant, Rousseau, o modelo ganhará uma conotação mais positiva, como o medo da insegurança a desdobrar-se na confiança (*trust*) nos parceiros do contrato social e nas autoridades que ele consagrava. Mas a verdade é que, sob as duas formas contrastadas da desconfiança ou da confiança, o risco está no princípio da sociedade moderna.

Para além do elemento temporal, há que verificar o elemento “medo” como fundamento (mesmo que remoto) do risco, já que se estaria em uma sociedade do medo. Essa posição viria corroborada pela constatação das medidas de segurança (guarás particulares, grades e muros, alarmes, câmaras de vigilância, etc.) que se notam por toda a parte, como meios de diminuir os *perigos*, ou seja, os danos que possam vir do exterior.

O medo estaria, então, ligado à previsão de perigo (externo) e não a risco (próprio), constituindo-se primariamente como uma informação generalizada somente observável como possível componente de comunicações.

Então, a *differentia specifica* não é o medo, nem é o perigo que o causa ou o pode causar, mas, sim, o risco, como contingência das comunicações e das decisões.

Luhmann verifica que o risco sempre existiu, a sociedade sempre conviveu com riscos diversos e, portanto, não é *novidade* o estar em uma sociedade de risco. O que há de novo no comportamento social, diz Luhmann, é a capacidade da sociedade refletir sobre si mesma, reconstruindo a memória de seu passado para projetar o futuro. Luhmann introduz, assim, uma dimensão temporal à questão do risco, colocando o *tempo* como relevante elemento organizacional e estrutural do sistema social autopoietico.

O risco é, então, próprio do futuro (na sua imprevisibilidade) e, como toda a comunicação, o é já-futuro, comporta o risco de poder ter sido outra, mas, ainda assim, com risco porque de “efeitos” *no* futuro.

1.4 Conceito de sociedade de risco

Os limites do direito, ou seja, o seu futuro, dependem da sua estrutural incapacidade de lidar com o risco.
(De Giorgi, 1998, p. 80)

A sociedade atual é classificada ou qualificada, na sua complexidade, como uma *sociedade de risco*, o que não significa que em outros e passados tipos de sociedade não existissem riscos, ou não se tivesse a noção de risco. Alguns renomados autores – que citaremos *infra* – procuram, na sociedade de nossos

dias, características que a definem como uma sociedade *de risco* ou *do risco*, dando, contudo, à palavra *risco* uma significação que dir-se-ia mais ampla do que o seu significado lexical. De qualquer modo, trata-se de uma *espécie* do gênero *sociedade* que deve ser conceituada pela sua *differentia specifica*, ou seja, pelas características que a fazem diferente de outros tipos de sociedades. Por outro viés, as diferenças entre as diversas concepções de sociedade também podem ser estudadas sob diversas perspectivas como, por exemplo, a econômica ou a política. Aqui, interessa apenas a diferença específica sob a perspectiva jusfilosófica, nesta incluídas as percepções iussociológicas, especificamente sob a teoria sistêmico-autopoiética.

Em busca dessa diferença específica, vão utilizar-se, principalmente, textos de Ulrich Beck, de Raffaele De Giorgi e de Niklas Luhmann.

1.4.1 A sociedade cosmopolita de risco

A diferenciação de uma *sociedade de risco* na sociedade pós-moderna é apresentada pelos estudiosos a partir de enfoques e fundamentos diversos que, no entanto, não são excludentes entre si, apenas refletindo explicações de relacionalidade complexa (ou de complexidade²⁴⁸) e demonstrando, ainda, a própria reflexividade observada em um sistema complexo.

Pode dizer-se, com Luc Ferry (2008, p. 47 ss.) que se distinguem “duas idades modernas”. A primeira, “ainda inacabada e dogmática”, caracteriza-se

²⁴⁸ “Por complexidade se entende o conjunto de todos os eventos (*Ereignisse, Events*) possíveis. Designa-se assim, portanto, o campo ilimitado dos ‘mundos possíveis’. Tomada desta forma, a complexidade alude, por um lado, a um mundo de possibilidades que não é um mundo real, visto que a igualdade radical de tais possibilidades, tanto quanto possível, não se rompe até que alguma forma de preferência permita a decantação de um desses mundos possíveis como mundo real; e, por outro lado, esse campo ilimitado de possibilidades que se denomina complexidade, é concebido conceitualmente como caos e ainda não como cosmos. Uma vez que se introduza alguma forma de ordem nessa ausência de contornos, ter-se-á assentado a base para a dita preferência, que permitirá a auto-afirmação de um dos mundos como real; com a complexidade reduzida, começa a existir sociedade.” (Garcia Amado, 2004, p. 301-302).

por quatro traços fundamentais e indissociáveis: (1) “a concepção ainda autoritária e dogmática da ciência”; (2) “a idéia de progresso, definida em termos de liberdade e de felicidade”; (3) o problema da distribuição das riquezas (o da igualdade ou da luta contra as desigualdades); (4) papéis sociais e familiares fixados “ou mesmo *naturalizados*”. A segunda modernidade rompe com a primeira: (1) pela revolução científica com seu espírito crítico que se questiona a si mesmo e recusa os argumentos de autoridade; (2) pela passagem do espírito crítico cartesiano e voltairiano “para a autocrítica e, desta última, para o ódio de si mesmo”, tornando-se “primeiramente auto-reflexão, o que é ótimo, e depois autodifamação, menos edificante”; (3) pela fraqueza do Estado e pela “atomização individualista da sociedade” que se manifesta pelo “declínio da lei, a favor de uma incrível proliferação dos direitos”²⁴⁹.

A “atomização individualista da sociedade” parece estar em declínio. Por um lado, a atomização está dando lugar à *agregação*, não por força dos ideais comuns que justificavam as nações, ou as “sociedades fechadas”, mas porque o “tratamento” político, e assim o jurídico desse “traduzido”, passou a enfatizar grupos ou estamentos sociais que, embora antes existentes, não eram focados. Note-se, por exemplo, que o Direito privado tratava (ainda trata) do proprietário, do locatário, do marido, do possuidor, do consumidor, do trabalhador... Esse posicionamento foi – e está sendo – complementado pelo “tratamento” dos *direitos da mulher*, dos *direitos dos sem-terra*, dos *direitos dos perseguidos políticos*, dos *direitos das minorias*, etc..

Estes “grupos” não estão definidos por pessoas naturais que mantenham entre si vínculos materiais: são “vínculos artificialmente qualitativos”, “vínculos atribuídos”, que lhes colocam a política, o direito, a economia, como (sub)sistemas sociais, por simples “situação”.

Para esses “agrupamentos” tem contribuído, sem dúvida, a concreção dos denominados *direitos humanos*.

²⁴⁹ O “declínio da lei” é assim dito por Barretto (2004, p. 292): “A observação empírica demonstra como a aplicação da ordem jurídica decantada de suas raízes tem como resultado a transformação do direito em antídoto do próprio direito, explicando-se a preocupante baixa efetividade das leis na sociedade contemporânea.”

O próprio emprego da expressão 'direitos humanos' reflete a idéia de direito cosmopolita da tradição iluminista, tendo sido utilizada com diferentes conotações políticas e jurídicas. A expressão pode referir-se a situações sociais, políticas e culturais que se diferenciam entre si, significando muitas vezes manifestações emotivas face à violência e à injustiça; na verdade, a multiplicidade dos usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em consequência, a sua prática. (Barretto, 2004, p. 288-289).

Direitos humanos que refletem a idéia de *direito cosmopolita*²⁵⁰ que reflete a idéia de *sociedade cosmopolita*...

Bem, neste estudo, ao referir sociedade cosmopolita impõe-se que se “ache” a diferenciação (o critério da diferença) que possa “isolar” essa sociedade para ser observada exatamente pela lupa dessa diferença. Na verdade, na medida em que “as sociedades nacionais se globalizam por dentro” (Beck, 2003, p. 191), é possível admitir “um modelo universal ou cosmopolita de organização político-social” (Barretto, 2007, p. 102) que irá repercutir, ou já repercute, no Direito.

Deve ressaltar-se que a qualificação “sociedade de risco” não é uma diferenciação que admita a existência de uma sociedade de risco paralela ou ao lado de um outro tipo de sociedade: é a própria sociedade vista pelo primado do risco. Do mesmo modo, a sociedade cosmopolita *não é uma sociedade à parte: é a mesma sociedade* agora vista pelo prisma do *multiculturalismo*.

O *multiculturalismo* – a que nos referimos porque o termo é polissêmico – é a designação dada à coexistência entre grupos étnicos, ou religiosos, culturalmente diferentes, em um espaço geográfico (mais ou menos) definido.

²⁵⁰ “A fundamentação dos direitos humanos deita suas raízes no pensamento iluminista e teve uma de suas primeiras formulações no conhecido texto de Kant (1790:107-108): ‘os povos da terra participam em vários graus de uma comunidade universal, que se desenvolveu ao ponto de que a violação do direito, cometida em um lugar do mundo, repercute em todos os demais. A idéia de um direito cosmopolita não é, portanto, fantástica ou exagerada; é um complemento necessário ao código não escrito do Direito político e internacional, transformando-o num direito universal da humanidade. Somente nessas condições podemos congratular-nos de estar continuamente avançando em direção a uma paz perpétua.’ (Barretto, 2004, p. 305).

Sendo, portanto, observável a existência de diversas (diferentes) culturas, a sociedade pode ser classificada como cosmopolita.

O que releva, agora, é precisamente, “acoplar” o risco e o multiculturalismo, para procurar saber se um está (pode estar) diretamente ligado ao outro, ou seja, melhor, se o multiculturalismo é fator de aumentos dos riscos por decisão.

A “mixofobia” é uma reação altamente previsível e generalizada à impressionante, desagradável e enervante variedade de tipos humanos e estilos de vida que se encontram e se esbarram nas ruas das cidades contemporâneas, não apenas nas áreas oficialmente declaradas ‘distritos turbulentos’ ou ‘ruas perigosas’ (e por isso evitadas), mas em suas áreas ‘comuns’ de residência (leia-se: sem a proteção dos ‘espaços interditados’). À medida que a polivocalidade e a variedade cultural do ambiente urbano na era da globalização se estabelecem, com a probabilidade de se intensificarem, e não se atenuarem, com o decorrer do tempo, as tensões nascidas da perturbadora/confusa/irritante estranheza do ambiente provavelmente continuarão estimulando impulsos segregacionistas.” (Bauman, 2007, p. 92).

O risco é inerente à decisão; a decisão é resultado de um operar sistêmico simultâneo de dois sistemas: o psíquico e o social. Essa “interpenetração” já pressupõe a historicidade/facticidade do psíquico que, em uma sociedade multicultural, pode encontrar e encontra uma historicidade/facticidade diferente, até antagônica. Por isso, os dois sistemas entram, muitas vezes, em conflito e, então, acontece a *des-interpenetração* sistêmica. Assim, uma dupla contingência – quer no psíquico, quer no social, admita-se – potencialmente sobrecarregada na decisão *que poderia ser outra que poderia outra*.

O risco vem, então, potencializado até porque os *parâmetros* (para usar mais um termo luhmanniano) da decisão que poderia ser outra são *outros* que poderiam ser outros (operação de seletividade), dada a diversidade cultural-histórico-fáctica *vigente* na sociedade. Há, conseqüentemente, dificuldade(s) sistêmica(s), seja no social, seja no jurídico, de *sedimentar condições hipotéticas*, ou seja, de construir normas (normas-meio, comunicações comportamentais). E a norma-fim virá igualmente carregada de contingência *arriscada*. Mas, se demos

sentido ao termo *multiculturalismo* limitando-o a um espaço geográfico determinado, no mundo “globalizado” de hoje, pode afirmar-se que o que foi dito, pensando esse espaço, pode ser estendido, validamente, a qualquer decisão em qualquer espaço, ou em *todo* o espaço, na medida em que essa decisão repercute para além de qualquer fronteira geográfica ou política.

Então, a sociedade cosmopolita continua sendo uma sociedade de risco.... e o Direito *na* sociedade cosmopolita *na* sociedade de risco é ainda um *Direito de risco*.

Sociedade de risco é, então, o sistema de comunicações multiculturais cujo enfoque de observação é o risco inerente a essas comunicações, sem que, de modo algum, seja possível “isolar” *uma* sociedade de risco de *uma outra* sociedade.

2 Dupla contingência, norma e risco

Aceito que o risco é inerente à decisão e aceito que se vive em uma sociedade cosmopolita de riscos, há que relacionar a dupla contingência sistêmica, a teleonomia normativa do sistema e os riscos que as próprias comunicações e as decisões contêm.

O elemento de ligação dessas “figuras” é a responsabilidade, já dita capacidade de ponderar (comparar) as comunicações e os atos próprios e os alheios com padrões que são comunicações hipotéticas sedimentadas, ou seja, normas.

O conceito de *dupla contingência*, em Luhmann – *alter* e *ego* com ou em seus entendimentos das comunicações -, não considera a “presença” da norma, ou de normas jurídicas, já que estas se mostram, na observação do nosso

respeitado Autor, como fatores de estabilidade *contra os fatos* em evidente contraposição à possível e admitida instabilidade (*contingência*) das comunicações na sua circulação. Em vez da “presença”, Luhmann olha as normas como fatos *finais*, como resultado de um operar contingencial²⁵¹.

Ora, o entorno social cria, cada vez mais, situações de complexidade crescente, assim como, em cada situação, cada vez mais, diversidade de comportamentos, ou diversidade de entendimentos, se verifica. Aceita essa diversidade, pode dizer-se que se verifica a crescente possibilidade de aumento de decepções, contrariamente às normas (existentes, vigentes) que, pretensamente, deveriam estabelecer perspectivas seguras (potenciais, hipotéticas). Mas, porque Luhmann considera as normas como fatos, e estes são conceptualmente mutáveis, também as normas são mutáveis, exatamente para se “adaptarem” (ou poderem adaptar) às novas situações (mais) complexas, às situações que sofreram alterações no meio social. Então, as normas são mutáveis, contingentes, para assegurar, no sistema, a sua estrutura reflexiva, ou seja, aquela norma-resultado passa a reintegrar o sistema na sua estrutura, modificando-a.

As estruturas que nascem a partir da situação problemática de dupla contingência não devem apenas possibilitar uma expectativa complementar, mas deverão tornar possível também a expectativa de expectativas. Se o ego estabelece as suas expectativas apenas por um determinado comportamento que está em conformidade ou que se desvia de alter, o horizonte de expectativa permanece concreto. Entretanto, o ego deve ser capaz de considerar a própria seletividade de possibilidades de comportamento de alter; portanto, ser capaz de se referir às próprias expectativas de alter. Integrar e assegurar esta estrutura reflexiva de expectativas constitui, para Luhmann, a função de normatividade e juridicidade. (Günther, 2004, p. 376).

Note-se, então, o sempre presente caráter paradoxal da estrutura dos sistemas sociais: a admissível “segurança” ou “estabilidade” que a norma

²⁵¹ “Contingente es aquello que no es ni necesario ni imposible; es decir, aquello que puede ser como es (fue, será), pero que también puede ser de otro modo. El concepto designa, por lo tanto, lo dado (experimentado, esperado, pensado, imaginado) a la luz de un posible estado diferente; designa objetos en un horizonte de cambios posibles.” (Luhmann, 1984, p. 115-116).

deveria possibilitar, faz com que ela mesma possa ser modificada (re-adaptada) *em nome do sistema*. Essa possibilidade de modificação, contudo, tem, desde logo, de conservar a sua validade como *marca* sistêmica que somente o sistema jurídico pode conceder através do código *jurídico/ajurídico*.

A constatação da *dupla contingência sistêmica* é a constatação dos *riscos* porque estes inerentes à compreensão/decisão, ou seja, às próprias comunicações que formam os sistemas, especialmente o jurídico.

O código *jurídico/ajurídico* não “filtra” os riscos que são próprios das decisões. Nem qualquer outro código. A norma-fim noeticamente construída com justificação, a decisão judicativa, tem ela mesma riscos. Afinal, o processo de seletividade do sistema psíquico que toma a decisão tem uma estrutura *igual* à do sistema social em que está inserido esse psíquico e o sistema jurídico: são operações seletivamente contingenciais, portanto, *arriscadas*.

2.1 Evitabilidade e responsabilidade

Como por definição ninguém pode calcular os riscos, e é impossível prever a mudança tecnológica, nenhum cenário plenamente convincente pode ser traçado.
(Giddens, 2001, p. 165).

Afirmou-se que os perigos têm sido diminuídos, minimizados e, até mesmo, alguns, eliminados. Esta afirmação faz inferir, portanto, que os perigos – pelos menos, alguns - podem ser evitados. Como a sociedade de risco opera a evitabilidade de (alguns) perigos, ou seja, a possibilidade de que certos perigos não venham a acontecer, ao mesmo tempo em que constata o aumento dos riscos?

O primeiro passo para a construção de uma resposta à pergunta acima exige esclarecimentos construídos sob a categoria da *previsibilidade*.

Já se afirmou que toda a atividade humana comporta riscos e, portanto, a ser verdadeira essa afirmação, daí se infere que os riscos estão sempre na previsão do agir. “Isto significa que é possível evitar um risco, mas somente nas condições de correr outro risco, sem saber qual.” (De Giorgi, 2006, p. 217). O problema, então, desloca-se para procurar saber de que *tipo* e de que *grandeza* é o risco assumido em determinada atividade frente a determinada decisão, o que é dito pela sabedoria popular pelo adágio de que “quem não arrisca, não petisca” (ou, “quem não arrisca, não ganha”). O risco é, pois, *certo*, mas é imprevisível nas suas “qualidades”, na sua dimensão, já que essas somente podem ser medidas ou ponderadas após a atividade *arriscada*. Após a atividade é que se toma consciência de que outra decisão poderia ter sido tomada, possível ou provavelmente com *menor* ou *diferente* risco, ou seja, com um *dano* menor ou diferente. Ao conceito de risco está ligado o de dano, pelo que o risco é, assim, imprevisível no seu conteúdo danoso.

Evitar um risco cria outro(s) risco(s), foi mencionado *supra*. Qualquer tomada de decisão implica saber que outra diferente decisão poderia ter sido tomada, não sem risco por sua vez.

Os riscos envolvidos em cada escolha podem ser produzidos por forças que transcendem a compreensão e a capacidade de ação do indivíduo, mas é destino e dever deste pagar o seu preço, pois não há receita endossada que, caso fossem adequadamente aprendidas e diligentemente seguidas, poderiam permitir que erros fossem evitados, ou que pudessem ser, em caso de fracasso, consideradas responsáveis. (Bauman, 2007, p. 10)

Já se disse que o risco envolve a constatação de que outra decisão poderia ter sido tomada, possível ou provavelmente com *menor* ou *diferente* risco. Na teoria dos sistemas, diz-se que “seleção é a ligação do sistema a um estado que também seria possível de outra forma”. (Luhmann apud Amado, 2004, p. 310).

... na sociedade complexa, o risco torna-se um elemento decisivo. O risco é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão. Na literatura tradicional, o risco vem acompanhado da reflexão sobre a 'segurança'. Nesta ótica, Luhmann prefere colocar o risco em oposição ao 'perigo', por entender que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes (poderiam ser de outra forma), que não permitem mais se falar de decisão segura. A sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo em que não cessa de produzi-las. Isto gera um 'paradoxo' na comunicação'. Nesta ordem de raciocínio, concordamos com Luhmann, no sentido de que a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade centrada no postulado de que o risco é uma das categorias fundamentais para a sua compreensão. (Rocha, 2005, p. 36).

Pode ainda tomar-se um outro diferencial entre risco e perigo ao ter este como a causa possível ou fonte de um dano, enquanto o risco é a exposição ao perigo pela tomada de decisão. Por seu lado, os perigos são previsíveis porque, até, antecipadamente imagináveis. Os riscos são imprevisíveis enquanto os perigos podem (e devem) ser previstos. Ora, da previsibilidade se passa à prevenção e à inevitabilidade.

Por prevención debe entenderse aquí, en general, una preparación contra daños futuros no seguros, buscando ya sea que la probabilidad de que tengan lugar disminuya, o que las dimensiones del daño se reduzcan. La prevención se puede practicar, entonces, tanto ante el peligro como ante el riesgo. (Luhmann, 1998, p.73)

Se todas as decisões comportam risco, o problema está, agora, na prevenção, ou seja, no cálculo dos (possíveis) riscos. O Direito absorveu, e absorve, esse cálculo pela regulação dos contratos de seguro, por exemplo, mas a grande regra que, no sistema jurídico, aparece relativamente aos (possíveis) riscos está na norma que se pode sintetizar: se a atividade comporta (algum tipo

de) vantagem, então o agente deve suportar os riscos que dessa atividade advenham. É a regra da *responsabilidade* denominada *objetiva* ou *do risco*.

Cabe, então ao agente de uma atividade vantajosa, a prevenção dos riscos, tentando minimizá-los. Qualquer risco *próprio* da atividade (das decisões tomadas) acarretará, assim, a sua responsabilização e conseqüente indenização ao lesado.

2.2 O julgamento pelas conseqüências

El derecho no tiene ningún poder obligatorio; se compone únicamente de comunicaciones y sedimentaciones estructurales de comunicación, las cuales desembocan en una interpretación normativa. (Luhmann, 2002, p. 87).²⁵²

Um dos problemas mais intrigantes que se coloca atualmente, no que se refere à decisão judicativa, é o que considera o julgamento influenciado pela previsão das conseqüências futuras, não diretamente ligadas às partes do processo, mas a grupos, ou estamentos sociais, ou seja, a prováveis *afetados* pelo teor sentencial. O juiz estaria *pré-ocupado*, ao ditar a sentença, em

atingir o abstrato generalizável e comum, como bem alerta Castanheira Neves. Ultrapassa-se a decisão de origem, para atingir todas as “situações semelhantes futuras.” (Streck, 2006, p. 140).

²⁵² “O poder, a força obrigatória do Direito, se manifesta no normativismo. Uma norma jurídica é dotada de poder, porque deve ter a capacidade de exigir o seu cumprimento, a partir do fato de que, se alguém não cumprir uma conduta prevista em uma dada norma jurídica, deverá sofrer, como conseqüência, uma sanção.” (Rocha, 2008, p. 173).

Há que repetir, para esclarecer, desde já, que uma decisão judicativa que é norma-fim não resolve casos concretos futuros (em contradição com o que pretendem as tais “súmulas vinculantes”), porque essa norma-fim será, frente a outro caso concreto (por mais *igual* que se pareça com o original), uma norma-meio sujeita sistemicamente, por *variedade* e/ou por *redundância*, na nova compreensão/interpretação/aplicação. O problema que se coloca é se a previsão – certa ou errada – de que a sentença judicativa vai trazer efeitos *notáveis* em um (determinado ou não determinado) grupo, influi essa decisão. Ainda: perante um *judicium* que o juiz antevê possa trazer conseqüências “globais” ou “indeterminadas” e perante um *judicium* que não passará das partes que integram a ação judicial julgada, o juiz *penderá* para o segundo?

É evidente que a resposta a esta questão sofre, de antemão, da impossibilidade de generalização, sofre pela inexistência de levantamento probabilístico e poderá apenas refletir uma atual *tendência* verificável empiricamente – mas servirá de argumento à fundamentação do *risco* no Direito.

É *voz corrente* – pesada toda a imprecisão advinda das características do boato – que certas decisões de improcedência de pedidos contra pessoas jurídicas de direito público interno, no Brasil (União, estados, municípios), teriam (apenas) como fundamentação (não confessada) os previsíveis efeitos prejudiciais que uma sentença de procedência acarretaria para essas pessoas jurídicas. Por exemplo: o pedido de devolução de determinado tributo feito em determinada ação, se procedente, acarretaria que milhares de pessoas iriam a juízo com o mesmo pedido – que, pelo “precedente” deveria também ser procedente – e, então, a União, aquele Estado ou aquele Município, estaria ou ficaria em risco de “inviabilidade” (esse termo de significação indefinida), além de que o Poder Judiciário – e isto é importante – ficaria abarrotado de processos em número para o qual não tem estrutura.

Ter-se-ia assim uma *decisão pelas conseqüências* (e não pelo “mérito” ou não somente pelo mérito).

Como já citado no primeiro capítulo:

...ya que la verdadera argumentación se fundamenta (empíricamente sin lugar a duda) a partir del juicio sobre las consecuencias de las decisiones jurídicas: juzgar las diferentes consecuencias que se habrían sucedido de haberse aceptado otras reglas. (Luhmann, 2002, p. 442).

Está “retratado”, nas palavras de Luhmann, supra, o momento *crítico* da decisão, do discurso de justificação/aplicação, na medida do significado de crise como *opção*, como *escolha*.

É, pois, nesse momento *crítico* da interpretação/compreensão/aplicação que surge o risco. A idéia que está inserida originalmente na palavra *risco* é a de *poder não ser*. Risco indica, então, a possibilidade de ser diferente daquilo que se possa prever, ou seja, algo que está para além de toda e qualquer previsão possível.

Mais uma vez chega-se a que o Direito comporta riscos: é imprevisível, é incerto. Apesar dessa assertiva, há, ainda, que verificar, se é possível “discernir” nessa *incerteza* um núcleo de certeza, ou, pelo menos, um núcleo de previsibilidade, já que a *incerteza* de que se fala não é um *caos*, é apenas *arriscada*.

Assim se passa a *o risco no Direito e o Direito do risco*.

3 O risco no Direito e o Direito do risco

Piénsese, por ejemplo, en la dificultad de dotar de forma jurídica a los problemas de riesgo o a los problemas ecológicos. (...) El análisis teórico de sistemas, comprendido de manera suficientemente amplia, es el único candidato que ha llegado a perfeccionarse. (Luhmann, 2002, p. 78-79)

O Direito não está isento de riscos, vale dizer, o sistema jurídico opera em “situações” de risco, já que o operar jurídico leva a decisões e, estas, sabe-se, comportam sempre um risco. Por outro lado, o operar jurídico é uma seleção de argumentos de justificação – a seletividade sistêmica – que, como visto – poderia ser outra. As comunicações sobre as inter-comunicações sistêmicas *podiriam ser outras*, insiste-se.

As comunicações jurídicas acontecem por um processo hermenêutico de interpretação/compreensão/aplicação expressas em um discurso contingente de convencimento

Neste momento do desenvolvimento, mostra-se necessária a chamada do teor do capítulo anterior a este, especialmente no que se refere ao aspecto *hermenêutico* do Direito em que se disse, e agora se repete, que a *Hermenêutica não obriga*. Coloca-se, então, a questão de procurar saber se a atribuição de sentido (intersubjetivo) que reflete a norma é (ou pode ser) influenciada pela (consciência da) sociedade de risco.

Quando se fala em *hermeneutica iuris* vem logo à mente a tríade interpretação/compreensão/aplicação²⁵³. Pretende-se elaborar, agora, um

²⁵³ “... é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito.” (Streck, 2006, p. 137-138).

preliminar discurso teórico sobre essa tríade, tendo como paisagem a conceptualização de sociedade de risco, para o que serve de exemplo a *história do décimo segundo camelo*.

Não se perca de vista, entretanto, que o discurso de fundamentação (normativa) é discurso de aplicação (normativa)²⁵⁴.

3.1 A metáfora do décimo-segundo camelo na sociedade de risco

A “história” é bem conhecida. No entanto, aqui vai citada pelas palavras de Luhmann (2004, p. 33-34):

Um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento a seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho, Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria com um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. Essa disposição [a princípio] parece [resultar] numa divisão desigual, arbitrária e injusta. [Porém,] ela corresponde mais exatamente ao valor proporcional dos filhos sob a perspectiva histórica de perpetuação do clã, e esta corresponde precisamente à alegria do pai com o nascimento de cada um deles: o segundo filho seria privilegiado somente no caso de o primeiro morrer sem deixar descendente varão etc. Daí a proporção de diminuição das partes.

Entretanto, e devido a imprevistos, o número [total] de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. [Assim], quando ele morreu, restavam apenas onze camelos. Como deveriam dividir? Achmed reivindicou, sob protesto, seu privilégio de filho mais velho, ou seja, seus seis [camelos]. Porém, isto seria mais que a metade. Os outros [por isso]

²⁵⁴ “A seguir se mostrará se e de que modo a aplicação de normas é possível como discurso. Esta questão deve ter um tom provocativo para qualquer um que reduza o problema da aplicação à faculdade de julgar. Inicialmente, a aparência de fato depõe contra qualquer possibilidade de relacionar argumentações discursivas com o problema da aplicação.” (Günther, 2004, p. 75).

“Tenho sustentado que é equivocado cindir/separar discursos de fundamentação/justificação de discursos de aplicação, como fazem, por exemplo, Habermas e Klaus Günther. Conseqüentemente, entendo inadequado pensar que fundamentação é legislação, e que aplicação é jurisdição.” (Streck, 2006, p. 144).

protestaram. O conflito foi levado ao juiz, o qual fez a seguinte oferta: eu ponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou simples. Achmed recebeu a metade, quer dizer, seis. Ali recebeu seu quarto, ou seja, três. Benjamin não foi prejudicado, recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim os onze camelos foram divididos, e o décimo segundo pôde ser devolvido.

Vários Autores²⁵⁵ se servem dessa “história” e dela servem o Direito. Para esses Autores, o simultaneamente existente e inexistente décimo segundo camelo, ou o necessário-ficcional décimo segundo camelo, explica paradoxos do sistema jurídico, explica o papel “parasitário” do sistema político em relação ao Direito, etc.

No entanto, não se encontra autor que tenha dado importância à *vontade expressa* do testador. Há que perguntar se efetivamente o testador queria ter deixado *todos* os camelos a seus filhos. Se eram doze camelos quando da elaboração do testamento, talvez fosse mais fácil ao testador ter declarado *seis*, *três* e *dois*, ou seja, onze dos doze camelos, do que ter dito *metade* (50%), *um quarto* (25%) e *um sexto* (16,666%). Se assim o fez, era, no mínimo, bom conhecedor da aritmética das frações (dos *quebrados*) e deveria saber que estava legando somente 11/12 (*onze doze avos ou 91,666%*) dos seus camelos. (Talvez, mera suposição, ele tivesse querido que *um doze avos ou 8,333%* fosse destinado

²⁵⁵ V., especialmente, Arnaud; Lopes Jr. (2004). Mas também: “Em uma entrevista, perguntaram a Heinz Förster o que era a realidade. Para responder, ele contou uma história: um sacerdote islâmico cavalgava sobre seu camelo no deserto e se deparou com uma briga de três beduínos. Ele os cumprimentou e perguntou por que brigavam. Um dos beduínos respondeu: ‘Antes de nosso pai morrer, ele nos mandou dividir, entre os três filhos herdeiros, 17 camelos. O mais velho deveria ter a metade, o segundo um terço e o último a nona parte. É impossível dividir os 17 camelos deste modo’. O sacerdote refletiu, reuniu seu próprio camelo aos dos herdeiros e realizou a divisão com dezoito camelos. O mais velho recebeu 9, o segundo 6 e o terceiro 2 camelos. A soma dos camelos repartidos totalizava somente 17. Dessa forma, o sacerdote retomou seu próprio camelo e continuou sua viagem. (...) Existe, no entanto, uma outra versão desta história. Entre os livros de crianças que circulavam no Brasil na primeira metade do século passado, existe uma coleção de narrativas chamada ‘O Homem que calculava’. Trata-se de narrativas orais que foram reunidas por um autor, cujo pseudônimo é Malba Tahan. Também aqui, existe um problema de partilha de herança. Desta vez, no entanto, existem 35 camelos, que devem ser partilhados por três filhos na mesma proporção presente na história de von Förster. (...) Mas, nesta situação, sobram não apenas um, mas dois.” (De Giorgi, 2006, p. 71-72). Note-se que a soma de metade, um terço e um nono resulta em dezessete/dezoito avos, ou seja, o pai (intriguista!) não queria dividir *todos* os camelos!

às custas processuais!). Se ele queria distribuir *todos* os camelos teria disposto metade (seis), um terço (quatro) e um sexto (dois).

Então, os observadores, sociólogos e juristas, ficam fascinados pela *existência e inexistência simultânea* do décimo segundo camelo – o devoluto – que permitiu a operacionalização do legado – “o sistema utiliza o camelo sem o possuir” –, mas o sistema jurídico-normativo não iria deixar de incluir a noética comunicação-norma da execução testamentária na sua operação recursiva fechada (autopoietica). Se desse, ainda e no entanto, a mesma resposta prática – o mesmo número de camelos para cada filho –, não se distinguiria “operação e resultado”, como diz Luhmann –, mas há que ver que o resultado tem de vir convincentemente fundamentado. A resposta prática, nua e crua, não é suficiente. A distinção (a diferenciação sistêmica interna que operacionaliza) está precisamente na fundamentação de caráter normativo.

Veja-se, ainda o que é dito por Luhmann (2004, p.34):

Neste sentido, o camelo não é símbolo algum, apenas executa por si mesmo uma operação simbólica. É como o símbolo da operação de sua própria possibilidade. Ele é, em outras palavras, a auto-referência localizada dos sistemas, na qual não se pode mais distinguir entre operação e resultado.

Aqui, o intuito de trazer o devoluto camelo é tentar demonstrar que a fundamentação é imprescindível para a compreensão do Direito e que ela, a fundamentação, se expressa por argumentos comunicativos de convencimento, sempre dinamicamente alteráveis, refundando comunicações discursivas.

O décimo-segundo camelo apenas permite e *jus-tifica* uma operação aritmética, *não jus-tifica* a repartição do legado. Esta somente é *jus-tificada* convincentemente pela observância correta da “última vontade” do beduíno rico que, em uma interpretação literal, apenas legou onze doze avos ou 91,666% da cáfila, não dispondo sobre os 8,333% restantes. Ao distribuir *todos* os camelos, não se cumpriu a última vontade do testador, apenas se solucionou um problema aritmético. Assim, no sistema jurídico há que *distinguir operação e*

resultado. O camelo emprestado possibilita a operação (aritmética), mas o seu resultado (jurídico) não está conforme as últimas disposições *objetivas* do testador.

A operação sistêmica desenvolve-se em discursos argumentativos de convencimento através da *seletividade* do sistema (discursos alteráveis, portanto), e o resultado (contingente) dessa operação - que é norma individual com a *jus-tificação* que torna essa norma jurídica - está sujeito à *crítica*, tendo esta como uma *opção* entre várias possibilidades, o que volta (circularmente) à contingência da decisão.

Há, ainda, que ressaltar, com este exemplo, que o Direito - o sistema - tem, validamente, mais do que uma resposta para o mesmo problema²⁵⁶ e que cada uma das respostas validamente possíveis - porque é uma *decisão* - encerra um *risco* que somente pode ser avaliado se outra resposta vier a ser construída, resposta esta com um novo ou diferente *risco*.

3.2 O camelo da inflação corrigida

A história do décimo segundo camelo é uma metáfora perfeita para entender a *Grundnorm* de Kelsen, a tal norma fundamental que existe e não existe, como o próprio Kelsen escreveu e repetiu. Aqui também, a norma fundamental mostra a “operacionalização” do pensamento dedutivo, mas não mostra o resultado já que este, na pirâmide (ou no tronco de pirâmide, sem a *Grundnorm*) é uma hierarquização não-sistêmica.

O camelo devoluto permite, no entanto, ainda outras “inferências”.

²⁵⁶ “Como se sabe, Dworkin, desde sua controvertida tese da resposta correta, conclui pela completude do Direito. Para Dworkin, ‘as lacunas do Direito são raras; existe quase sempre uma resposta exata a uma questão jurídica’. Para MacCormick, Dworkin subestima os aspectos institucionais do Direito”. (Rocha, 2003, p. 103).

Pense-se, por exemplo, na tomada de decisão de alguém que esteja disposto a aplicar uma certa quantia em dinheiro a fim de obter, a partir dessa aplicação, alguns ganhos (lucros, juros). Está-se perante um exemplo que, na vida real, é acoimado consensualmente de *aplicação de risco*, ou seja, tanto se pode ganhar, como se pode perder, embora a expectativa seja a de ganhar ou de ter rendimentos pelo capital aplicado.

Bem, o dinheiro circulante, a moeda, é garantido pelo Estado que lhe outorga *poder liberatório*. E outorga *poder estabilizante*? O dinheiro conserva-se, ao longo do tempo, com o mesmo poder de compra?

O sistema social (no Brasil, especialmente) dirá, de imediato, que não, e nem cogitará de uma outra posição; a inflação justifica, a inflação é aceita – em todo o mundo – desde que contida e controlada, o tempo corrói (mais ou menos, aqui ou ali) o poder aquisitivo da moeda.

E o Direito? Bem, o Direito disse, no tempo brasileiro da inflação galopante, que o dinheiro tinha que ser corrigido de modo a restabelecer o seu poder aquisitivo, isto é, a manter o seu poder de compra (e de pagar dívidas em dinheiro) e, para tal, “inventou” a correção monetária. Essa idéia de correção monetária depressa transbordou do sistema jurídico (onde constituía uma *convicção*) para o entorno social (onde constituía uma *ação*). Ou seja, o Estado-Juiz decidiu que deve ser garantida uma (*certa*) estabilidade ao dinheiro. Ou, ainda, criava-se um décimo segundo camelo que existia para operar o poder aquisitivo do dinheiro, mas que, ao mesmo tempo, não existia porque aquele *plus* (o Poder Judiciário dizia que não era um *plus*) somente permitia adquirir o que o dinheiro “original” adquiria antes!

O que o Direito operacionalizou, neste caso? O Direito avocou o código “*demne/indemne*”²⁵⁷ – que reduz internamente a complexidade sistêmica – e

²⁵⁷ A “ousadia”, mas também a possibilidade, de *criar* um segundo código binário operativo do sistema jurídico é justificada: “Igualmente problemático es codificar de manera jurídica las posibilidades, expectativas e decepciones de la vida cotidiana, en especial en sistemas de interacción densificados, hechos para la reproducción..” (Luhmann, 1998a, p. 304). Acrescente-se: “El concepto [de la *inseguridad del valor de enlace de los acontecimientos*] se refiere, más bien, a la reproducción del sistema y implica que los códigos y los programas vigentes no pueden fijar con exactitud lo que ocurre.” (Luhmann, op. cit., p. 333).

Ainda: “En las sociedades desarrolladas, el esquema legal/ilegal se amplía más aún gracias a una segunda codificación: permitido/prohibido” (Luhmann, op. cit., p. 338).

responsabilizou o Estado²⁵⁸ pelas perdas que a inflação degenerativa provocava no dinheiro “privado” (especialmente no dinheiro para pagar tributos), com o *sentido teleonômico* de minorar, senão de extinguir, o dano causado ao dinheiro “no tempo”. Não somente o Estado foi onerado (o que é “esquecido” no sistema social), mas também “onerou” as relações sócio-jurídicas com a possibilidade de exigência (legítima) da correção monetária.

O que faz a Política – o (sub)sistema social político – é substituir riscos por outros riscos (diga-se, passando até a “ilusão” de que aqueles riscos desapareceram sem mostrar que outros estão presentes) em que os danos “primitivos” são substituídos por outros danos “posteriores” (futuros, portanto e em geral, de mais difícil percepção) e isso em um *continuum* permanente que acaba por afetar o Direito como sistema. Então, a preservação sistêmica do Direito, nas suas operações auto-referenciais, por *acoplamento estrutural*²⁵⁹, “obriga-o” a conseguir soluções coerentes e coerentemente justificadas para operar estruturalmente os “estímulos” ou “irritações” de outro (sub)sistema.

¿Pero qué pasa con los riesgos? La mayoría de las veces son entregados al sistema de derecho y con frecuencia pasados por éste a manos del sistema económico. (Luhmann, 1998b, p. 214-215).

Note-se que “as situações de risco não são situações de problemas genuinamente normativas” (Luhmann, 1998b, p. 217), ou, “o direito, todavia, não pode proibir o risco (De Giorgi, 2006, p.235). E o direito tem de dar respostas *na* sociedade de risco.

Ora, o Direito é pressionado pela Política, como diz Luhmann. Nesta “história” da institucionalizada correção monetária, de repente, o sistema

²⁵⁸ “Por razones estructurales y semánticas, el sistema político hoy en día está empujado a politizar los riesgos, vengán de donde vengán.” (Luhmann, 1998b, p. 209).

²⁵⁹ “...debemos dejar de lado la idea de que existe una relación de dominación entre política y derecho en el sentido de una autoridad jerárquica, de un poder político superior. Esta idea, por cierto, se había desarrollado en la cuasi unidad entre el *imperium* (*potestas*) y la *iurisdictio* de la Edad Media, en la fase de maduración del Estado territorial (Suárez, Hobbes, Pufendorf) se impuso, sobre todo, en la teoría de las fuentes del derecho del siglo XIX, a pesar de todos los recursos al derecho natural. Empíricamente, sin embargo, esta idea es insostenible, ya que para esto el sistema político, como también el sistema de derecho, están demasiado determinados por su propia complejidad. Por eso, la sustituimos por el concepto de acoplamiento estructural.” (Luhmann, 1998b, p. 216).

político decide proibi-la, faz uma radical reforma na moeda, faz desaparecer o camelo virtual - *que não existia* -, e o Direito não pode mais operar com a mesma seletividade de argumentos. Note-se, no entanto, que apesar da proibição política da correção ou atualização monetária, o *núcleo duro* do sistema jurídico - o Poder Judiciário - continuou e continua a decidir pela aplicação de índices de correção a dívidas não pagas pontualmente.

De qualquer modo, houve uma (re)adaptação das operações sistêmico-jurídicas, e o discurso de justificação passou a ser outro, exatamente para poder manter-se jurídico.

Pode buscar-se ainda outro exemplo nesta matéria de correção monetária.

Na antiga lei das concordatas, os créditos concordatários não mereciam a incidência de correção (ou atualização) monetária. Acontecia, então, que o concordatário pagava (regra geral) quarenta por cento de seus débitos no primeiro ano e sessenta por cento no segundo ano, sem qualquer incidência de índices corretivos do poder aquisitivo da moeda (pagava apenas os juros legais). Desse modo, o comerciante devedor beneficiava-se não só da *dilatação de prazo* para pagamento de seus débitos, mas também de enorme (e injusto) *rebate ou desconto* (benefício sobre benefício). Bem, o subsistema judiciário (núcleo do sistema jurídico) não conseguia *jus-tificar* que fosse aplicada aos créditos a correção monetária porque não havia lei que expressamente os contemplasse com tal incidência, embora a chamada *lei da correção monetária* permitisse interpretação nesse sentido. Por outras palavras: o argumento *forte* (convicente) derivava da inexistência de dispositivo legal que fizesse a estrutura sistêmica operar de modo diferente. No entanto, *de repente*²⁶⁰, uma determinada Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tornou *fortes* outros argumentos que colmatavam a “falta” de fonte legal, e que passaram a convencer, a *jus-tificar* (a tornar justa) a incidência da correção monetária sobre os débitos concordatários. Somente mais tarde, já depois de se

²⁶⁰ Cerca de cinco anos após a deflagração de inumeráveis concordatas (altamente vantajosas para os devedores), em época que se referia a “indústria das concordatas”.

tornar pacífica a jurisprudência sobre a correção, é que o Poder Político Legislativo trouxe à sociedade o texto legal que a passou a prever.

O que se quer demonstrar, com estes exemplos, é que o sistema jurídico opera com comunicações coerentemente *jus-tificadas*, convincentes, retóricas, *hic et nunc*. E, portanto, mutáveis, ou contingentes: o camelo tanto pode estar lá como não estar. As justificações normativas *podem ser essas ou poderiam ser outras*.

3.3 A “virtualidade” do camelo

O camelo emprestado pelo velho beduíno para permitir uma operação aritmética cujo resultado, afinal, não correspondia à vontade do testador, é um *fato*. O camelo estava lá! Lá, onde? No ambiente, no entorno do sistema jurídico, porque neste não entrou: a “porta” do Direito é o buraco de uma agulha onde não passam “camelos”, mas, sim, a “fala” sobre o camelo!

O camelo visto no meio social é um camelo *diferente* do camelo visto no e pelo sistema jurídico. O sistema, para admiti-lo, passa-o pelo código *Recht/Unrecht*, e, essa passagem, somente é possível com argumentos justificativos, isto é, que tornem jurídica a *idéia* “camelo”. Os argumentos sociais (as comunicações do ambiente) são diferentes dos argumentos jurídicos. O Direito, que os *ouve* na sociedade, *fala-os* já juridicizados, ou seja, já com uma carga normativa ou, pelo menos, com uma carga justificadora do *decisum* que lhes empresta um verniz jurídico-normativo. O Direito é, pois, um resultado de comunicações: das inter-comunicações sociais que formam o sistema sociedade que, por sua vez, estimulam as inter-comunicações jurídicas que à sociedade vão dar uma resposta (esta, então, será sociabilizada ao ser absorvida pela sociedade). “O Direito não fala a mesma língua que fala a política e vice-versa. É preciso uma tradução”. (Rocha, 2006, p. 191)

O direito deve ser falado. Deve ser encontrado e falado. Aquele que fala o direito, exercita um poder sobre o mundo: o poder de efetuar uma distinção. No princípio, não existia o ilícito. O direito substitui a indistinção originária da palavra, do pensamento e da realidade, pela distinção entre o direito e o ilícito. Falar o direito significa reconstruir continuamente a distinção direito/ilícito. (De Giorgi, 2006, p. 175).

O que aquele mundo *fala* e o que o Direito *ouve*, ou o que a Sociedade *diz* e o que o Direito *escuta* são dois aspectos diferentes, porque o que o Direito ouve “é um acontecer interno” ao Direito que ouve com a sua estrutura, através da sua estrutura. O que vem de fora – da sociedade – entra no jurídico por transformação hermenêutica. Essa, não somente é *meio de autodefesa* do sistema jurídico, como é também algum tipo de ação que detona transformações estruturais do jurídico. As transformações são, apenas, novas configurações das inter-relações dos elementos constitutivos do sistema, ou seja, das comunicações jurídicas. Disse-se que é um meio de defesa do organismo no caminho do seu desenvolvimento pré-determinado. Acrescentou-se, pois, ao determinismo estrutural um *determinismo teleonômico*, capaz de conservar o jurídico mesmo com qualquer alteração normativa-judicante.

O camelo *traduzido* somente existe como argumento e *não existe como fato* no mundo jurídico.

Agora, a tradução – “palavra que eu gosto” (Rocha, op. loc. cit.) – como qualquer tradução literária, como qualquer “tradução” de uma comunicação, comporta o risco de *poder ser outra (traduttore traditore)* no sistema jurídico: a compreensão/justificação/aplicação é seletiva, é contingente, portanto, *arriscada*.

3.4 O Direito do risco

O risco coloca a importância de uma nova *racionalidade* para a tomada das decisões nas sociedades complexas, redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídicas, numa teoria da sociedade mais realista, pragmático-sistêmica. (Rocha, 2003, p. 113).

Porque o risco, o perigo, a insegurança estão para além da norma (e estão também *antes* na norma, na justificação normativa), não há, nem haverá, norma para os “excessos” e a sociedade contemporânea é a sociedade dos excessos: o risco é já um excesso, há excesso de riscos, excesso de perigos, insegurança excessiva.

Aceitar a “impotência” do Direito é, no entanto, negar a sua capacidade de adaptação, negar a sua potencialidade de responder *no* seu ambiente; é aceitar a impossibilidade da sociedade responder, seja através do Direito, seja através da Política, e mesmo através da Economia, como sistemas parciais *na* sociedade.

A pergunta é: é possível regular os excessos? A primeira e rápida resposta diria que foi isso que o Direito sempre fez, quer proibindo os excessos, quer limitando-os. Pense-se no “exercício regular do direito” que, não respeitado, leva ao reprovado “abuso de direito”. Não se esqueça, porém, que o abuso de direito nasce, no mundo jurídico, no início do século XX – o Direito vivia, até ali, sem que o abuso pudesse ser punido juridicamente, mas, por certo, o era socialmente. De novo, veja-se a noção de lesão que Shakespeare traz em *O Mercador de Veneza*. (e note-se quanto tempo depois essa noção é incorporada aos ordenamentos legais, tendo presente que as *Ordenações Afonsinas* já falavam em lesão).

A segunda diferença importante – a substituição da regulamentação normativa pelos poderes sedutores do excesso – se relaciona de perto com a transformação das estratégias de dominação e o advento da coordenação sem integração. (Bauman, 2003, p. 117).

Tentativa exemplar de regular os “excessos” encontra-se na conhecida *Lei da Boa-Razão*, de 18 de agosto de 1769 (reinado de D. José). Regulou? Limitou? Baniu os “excessos” interpretativos, “as interpretações abusivas que ofendem a majestade das leis”? Não, de modo algum. Os “excessos” resistem a ser espartilhados em normas.

E o risco é um *excesso* que invadiu as comunicações sociais. O risco é precisamente o fator que põe em risco o mundo com sentido ou o sentido do mundo, já que, por “una evolución epigenética, un mundo con sentido que a sua vez hace posible una comunicación cada vez más improbable. (Luhmann, 1998a, p. 149).

Agora, o Direito não pode simplesmente ignorar essa “realidade” do seu entorno social e tem de fazer com que as comunicações jurídicas sejam cada vez mais prováveis (conquanto uma certa dose de *idealismo*).

No obstante no es posible prever cómo reaccionarán estos sistemas ante las consecuencias sociales de un comportamiento cargado de riesgo. (Luhmann, 2002, p. 200)

Apesar dessa advertência de Luhmann, o “exercício” sistêmico porque não é revolucionário permite algumas projeções – contingentes como todas as comunicações – na *topologia interna* limitada pela linha contínua que o próprio Direito traça. Para essas projeções, retoma-se o fundamento *responsabilidade*, como diferencial que permita a “observação” do futuro no presente.

3.4.1 O sistema visto através da responsabilidade

En este momento se multiplican los signos de inseguridad que poseen fuentes muy distintas.
(Luhmann, 2002, p. 612).

Definiu-se risco como inerente à decisão que tem natureza contingente. O problema que ora se coloca, dialeticamente, a partir dessa primeira assertiva, diz com a responsabilidade.

Esta, a responsabilidade, já foi contraposta ao perigo, pela fórmula própria da teoria subjetiva dos atos ilícitos: “se há culpa, há responsabilidade; se a não há, há perigo.” (Justo, 2006, p. 164). Poder-se-á parafrasear: se há risco, há responsabilidade; se o não há, há perigo. Assim, há que distinguir *responsabilidade* e *risco*.

Todavía, o modelo jurídico da responsabilização (responsabilidades civil e penal) é sustentado, salvo exceções, no binômio fato-dano, portanto, no passado. Ao passo que as situações concretas exigem cada vez mais a consideração dos fatores risco e futuro. (Barreto, 2006, p. 271).

Embora, em matéria de sociedade de risco na qual vige o sistema jurídico, se possa observar a aplicação generalizada do código “*Recht/Unrecht*” (*Direito/não-Direito*), como código “filtrante” que dá sentido e seletividade às operações jurídicas, o segundo *instrumentarium* ou *medium* que é o sentido do sistema jurídico na sociedade de risco opera sob o código “*demne/indemne*” (*dano/não-dano*) (presença/ausência de dano) fundamentadamente na idéia intrínseca aos sistemas sociais de que a *pessoa* é responsável, é capaz de responder, de ponderar, sobre um padrão (norma) e que, portanto, todos os desvios desse padrão devem ser, de alguma forma, reparados.

Note-se, parenteticamente, que mesmo nos casos de crimes, as comunicações da Sociedade são no sentido de que os criminosos devem “reparar” (“pagar”) o que fizeram, vendo-se nas penas de privação de liberdade (reclusão) o “pagamento” certo, a “indenização” à sociedade ofendida pelo crime²⁶¹.

O código *demne/indemne* não exclui quaisquer comunicações de sentido do sistema jurídico, veja-se bem, apenas reduz internamente a complexidade. O que é jurídico é submetido a esse novo “filtro”, funcionando de tal modo que o que é juridicamente *demne* deve tornar-se (aparentemente) *indemne*, isto é, ser indenizado ou reparado. Na teoria do Direito, dir-se-ia que a primeira operação é saber se o *fato* é lícito²⁶² ou ilícito²⁶³; se é ilícito (sem fator de ineficácia), a consequência é a reparação do dano, ou seja, a *responsabilidade*. Veja-se, então, que a tradução do código *Recht/Unrecht* não pode ser (ou não deve ser) a de *lícito/ilícito*, porque estes são conceitos já dentro do sistema, já depois do primeiro filtro e requerendo a seleção de estruturas mais específicas. Esse código *demne/indemne* (artificial como *Recht/Unrecht*) é exclusivo do sistema jurídico, pois somente o Direito pode dizer que algo é (foi, será) danoso ou não danoso na medida da sua ilicitude – *não autorizado* pelo Direito – e somente por ele. O sistema político pode operar com o código *legal/ilegal* que para o sistema jurídico é topologicamente *externo*, mas o sistema jurídico opera com um código diferente que poderia ser dito, com certa redundância ou pleonismo, mas com clareza, *jurídico/ajurídico* (e não o ambíguo *antijurídico* tão ao gosto dos

²⁶¹ “Neste sentido é que a punição reveste-se de um duplo aspecto. (...) Mas, por outro lado, a punição tem a função de passar um julgamento sobre determinado comportamento e mostrar quais os valores que a sociedade considera como relevantes para que sejam preservados. (...) O criminoso ao ser condenado é responsabilizado, e o processo deve mostrar toda a sua deformidade moral, e como isto repercute na consciência do infrator e da sociedade.” (Barretto, 2008, P. 250).

²⁶² Acrescente-se que há fatos lícitos – como o contrato que origina o direito real de servidão – que geram responsabilidade.

²⁶³ A palavra “lícito” significa etimologicamente “permitido”, “autorizado”. Aqui é empregada com forte conotação de “sem dano ou prejuízo”; “ilícito” é o que vem acompanhado de prejuízo (de qualquer natureza). Note-se, entretanto: “Reproduzam-se, aqui, as anotações de Luhmann sobre os paradoxos constitutivos do direito: (i) aquilo que sempre constitui o direito (lícito) se distingue das outras coisas; (ii) por isso, enfaticamente, ‘direito (lícito) é direito (lícito)’: uma tautologia; (iii) a introdução de uma negação transforma a tautologia em paradoxo: ‘o direito (lícito) de uma parte é o não-direito (ilícito) de outra’; (iv) instaura-se uma correlação inevitável – o direito (lícito) contém o não-direito (ilícito) e vice-versa – e, com a introdução de outra negação, essa forma de dois lados conduz a um antagonismo: ‘o direito (lícito) de um não é o não-direito (ilícito) do outro’; tanto quem está em seu direito, quanto quem não está, aspiram contar com esse estatuto social; (...)”. (De Giorgi, 2006, p. 21).

penalistas). E um *segundo código* que representa a *responsabilidade* – capacidade de responder - imanente de todo o Direito.

Agora, afirmou-se e repetiu-se que toda a decisão está imbuída de risco. E, note-se: o *risco/não risco* não é código porque toda a comunicação inclui *um* risco. O risco é *marca* das comunicações; o risco é próprio do operar sistêmico, na medida em que o operar é contingencial – pode ser esta resposta, mas também poderia ser outra – desde a seletividade até o resultado de *alter ou* de *ego*, de *alter e* de *ego*.

Há bem pouco tempo, o poder judiciário brasileiro recusava que o dano moral fosse reparado (indenizado, em sentido lato). Qual a razão dessa recusa? O sistema jurídico brasileiro *na* sociedade brasileira tinha (e ainda tem) um forte componente estrutural que é a *norma legal*, ou seja, a interpretação literal da lei entra no sistema jurídico de tal modo que, não havendo uma previsão expressa em texto legal, o sistema judiciário (núcleo central) não é capaz de construir uma solução coerentemente *jus-tificada* para colocar, em breve prazo, no sistema aquilo que a lei (do subsistema político) não contemplou. A mudança estrutural, por irritação vinda do entorno, é operação do próprio sistema e requer longo prazo, como já se referiu.

3.4.2 A responsabilidade *difusa*

El sentido de una descripción guiada por la teoría de sistemas se encuentra, sobre todo, en el establecimiento de una relación entre teoría del derecho y teoría de la sociedad, esto es, una reflexión teórico-social del derecho.
(Luhmann, 2002, p. 78).

Lembre-se, exemplificativamente, a recente (segundo semestre de 2008) crise financeira “do mundo”, originada aparentemente nos Estados Unidos da América do Norte, pelo crédito imobiliário desmedido e “altamente arriscado”.

Com a “ameaça” de falências e insolvências em diversos ramos da atividade econômica (e não só financeira), com medo também de uma tenebrosa possível “corrida aos bancos” (o “estouro”), diversos governos passaram a sacrificar seus Estados e seus “tesouros” - a Sociedade em geral -, desviando recursos financeiros de outros programas para *acudir* ao sistema financeiro e, logo, ao sistema produtivo-industrial, sem qualquer preocupação imediata de *descobrir* as pessoas (naturais ou jurídicas) cujas ações (e muitas omissões) causaram diretamente esses danos ao sistema financeiro. O nexos causal que determinaria o sujeito de deveres que a responsabilidade encerra foi substituído simplesmente pelo “esquecimento” da causa, para olhar, pelo código “*demne/indemne*” que (alguma) reparação do dano deveria ser efetuada *coletivamente*.

A confiança dos juristas ambientais na capacidade de a arquitetura causal suportar cargas desaparece a olhos vistos. Em vez disso, eles procuram empregar uma série de construções auxiliares que, apesar de teoricamente baseadas na estrutura causal, na prática não confiam mais na imputação individual de causalidade. Indício disso é, por exemplo, a ênfase cada vez mais forte em um conceito jurídico específico da causalidade, na prova *prima facie*, *enhanced res ipsa loquitur*, na inversão do ônus da prova, na prova de causalidade probabilística, na extensão da responsabilidade solidária em casos de multicausalidade, na *market share liability* e na responsabilidade de *superfunds*. Todas estas são novas formas de “responsabilidade por risco”, que enfraquecem ou eliminam completamente a conexão causal entre ação e dano. A nova responsabilidade por risco destrói a base fundamental das conexões causais e constrói, em lugar disso, uma “cúpula” abrangente da responsabilidade coletiva. (Teubner, 2005, p. 192).

Vale a pena, neste momento, ler Luhmann (1998b, p. 237) que, antes dessa crise, escreveu:

Las innovaciones financiero-técnicas de las que hablamos son tan novedosas que no se puede hacer una crítica final. Su desarrollo está lejos de haberse terminado (si acaso un día

terminara) y todavía falta la prueba de verificación en las crisis económicas graves. Con mayor razón, hay motivos para considerar como peligrosa la tendencia a descargar todos los riesgos finalmente en la economía y dejarlos desaparecer detrás del velo del dinero cuando existe abundantemente. Los riesgos ecológicos en los que se involucra el sistema social tienen el carácter de una acumulación de efectos imprevisibles, de la trasgresión de umbrales, de irreversibilidades que se dan de repente y de catástrofes que ya no se pueden controlar. Se supone que precisamente lo mismo vale también para los riesgos económicos. Pero éstos, en caso de urgencia, repercuten de una manera más inmediata y más rápida en la vida social.

Eis, pública e notoriamente, a prova de verificação que faltava. A comparação entre os riscos econômicos e os riscos financeiros é perfeita: de repente, desmorona um “pedaço” localizado do sistema financeiro, em um ponto do planeta, e, por aquele efeito conhecido como “dominó” (efeitos sucessivos que são causas de outros efeitos sucessivos) , a “avalanche”, tipo “bola de neve”, vai se estendendo pelo mundo com efeitos econômicos *imediatos na vida social*.

Essa crise, de que se tomou consciência em setembro de 2008 e que está sendo objeto de uma tentativa *coletiva* de reparação, é comparável ao exemplo dado por Luhmann (1998b, p. 70):

Hay otro caso que resulta altamente significativo. Precisamente cuando se trata de daños relacionados con la ecología, pasar más allá de cierto umbral, una modificación irreversible del equilibrio ecológico o la presencia de una catástrofe, no son en absoluto atribuibles a decisiones individuales. Los observadores podrán discutir sobre las proporciones por ejemplo en el problema de si la emisión de gas del escape de los autos es responsable de la muerte de los bosques. Pero inclusive en este caso el encendido del motor de un automóvil no podría clasificarse como una decisión riesgosa. Tendríamos que inventar, por así decirlo, decisiones susceptibles de ser objeto de una atribución, por ejemplo la decisión de no prohibir la circulación de automóviles.

Retomado o exemplo da (efetiva) crise financeira, agora comparado ao exemplo de Luhmann, pode dizer-se que, se *uma* decisão relativa à concessão de crédito imobiliário não pode ser tida como arriscada – além dos próprios riscos

normais das operações de crédito –, o somatório geométrico dessas *pequenas descargas* creditícias foi o responsável pela *morte* do sistema hipotecário (norte americano, pelo menos). Ao invés de o *remédio* (social, político, administrativo) ser dado à causa primária dessa *morte*, a decisão suscetível de ser objeto de uma atribuição mirou na omissão das entidades fiscalizadoras e/ou na falta delas.

Assim, a responsabilidade deixou de ser aplicada causalmente, ou seja, o nexo de causalidade entre a ação (ou a omissão) que ocasiona diretamente o dano foi “esquecido”, para se ir buscar uma *causa indireta* (negativa, omissiva, passiva). Esta nova atribuição está sendo denominada *responsabilidade por risco*. Teubner (2006) cunha também a expressão *responsabilidade vicária*²⁶⁴ já que esta nova responsabilidade *representa* a responsabilidade dogmática (sem a ser, claro). Poderia também ser denominada *responsabilidade fluida*, pois são os fluidos que, sem forma por si mesmos, tomam a forma do seu continente, tal e qual esse tipo de responsabilidade que, sem forma de início, toma a forma pelos limites que o sistema social – ou, especificamente, o sistema político, ou, ainda, o sistema jurídico – lhe der.

A situação é diferente se o novo direito da responsabilidade por risco simplesmente responsabilizar financeiramente mercados de produtos ou responsabilizar as denominadas *bubbles* de poluidores do ar, ou ainda regiões cujo ambiente está contaminado. Aqui se abandona definitivamente a perspectiva de agentes, uma vez que nem se buscam mais agentes coletivos, concentrando-se na comunicação do risco como tal. (Teubner, 2005, p. 199).

E Teubner (op.loc.cit.) enfatiza:

A diferença decisiva da nova responsabilidade por risco em relação às formas conhecidas de responsabilidade organizacional consiste, portanto, no fato de que o direito de responsabilidade não se refere mais a arranjos corporativos existentes, mas define ele mesmo modernas redes de risco. Ele

²⁶⁴ O sistema jurídico autopoietico tem uma estrutura vicariante, como se teve ocasião de mencionar *supra*. A expressão “responsabilidade vicária” e o seu conceito mostram exatamente esse poder vicariante do Direito.

não busca apenas influenciar a percepção do risco de agentes coletivos existentes, que já estão no mundo social como resultado de decisões organizacionais, mas procura, em vez disso, influenciar a comunicação descoordenada de risco em um campo social difuso, atribuindo a esse campo um nível crítico de risco.

Note-se, então, que a pessoa, natural ou jurídica, “entra” no grupo²⁶⁵ visado, não por manifestação ou declaração de vontade, não por sua própria autonomia de sujeito, nem por relação causal de sua ação (ou omissão) com o dano, mas por ter sido ou ser considerado membro (“forçado”) de um *pool* de risco, “em virtude de uma ordem autoritária de direito público”, como diz o Autor mencionado.

3.4.3 Extensão da função social aos deveres

O novo deve ser olhado com os olhos do novo.
(Streck, 2006, p. 140)

A dogmática jurídica enfatiza a correlação entre o direito subjetivo de alguém com o dever jurídico de outrem, ou seja, a um direito subjetivo sempre corresponde um dever jurídico. Essa correlação, com referência a um objeto, é denominada *relação jurídica*. Desse modo, o direito subjetivo aparece conceituado como a faculdade de exigir um determinado comportamento de

²⁶⁵ “A *summa divisio* entre interesse privado e interesse público afigura-se irreparavelmente superada pela realidade social da época contemporânea, infinitamente mais complexa, mais articulada, mais sofisticada, impossível de ser emoldurada dentro daquela clássica dicotomia. A nossa era põe em cena novos *interesses*, novos direitos e deveres que, sem serem públicos, no sentido tradicional do vocábulo, são, no entanto, *coletivos*: ‘destes ninguém é titular, ao mesmo tempo que todos, ou todos os membros de um determinado grupo, classe, ou categoria, são seus titulares.’” (Cruz e Tucci, 1990, p. 3). A citação é de Cappelletti, já em 1975, onde releva exatamente notar a “titularidade” do grupo e as “titularidades” individuais.

todos - direitos absolutos, como os reais e os personalíssimos -, ou de pessoa(s) determinada(s) - direitos relativos, como os obrigacionais e os pessoais. No campo da responsabilidade, a dogmática faz corresponder ao dever de indenizar (*lato sensu*) o direito subjetivo de ser reparado pelo dano causado.

No início do século XX, desenvolveu-se a idéia da *função social*²⁶⁶ da propriedade, idéia essa tão bem sintetizada na célebre frase da conhecida Constituição de Weimar: “a propriedade obriga”.

Ora, essa nova idéia de *função social*, em complemento ou, até, em oposição à *função pessoal* da propriedade, mostrava-se em desacordo com os conceitos vigentes de direito subjetivo, especialmente, o direito subjetivo absoluto de propriedade. Mostrava-se em desacordo porque essa idéia colocava, no próprio *conteúdo* do direito subjetivo, um conjunto de deveres - para com a sociedade. Ora, não somente a sociedade não era *pessoa*, no sentido jurídico, a quem pudesse corresponder o direito que daquela obrigação ou dever (*lato sensu*) nascia, mas também parecia um absurdo ou uma contradição que um direito tivesse, na sua própria constituição ou estrutura, deveres. Como a propriedade - um direito - poderia obrigar?

A inflexibilidade dogmática em volta da noção de relação jurídica não permitia que a noção de *função social* dos direitos subjetivos pudesse ser construída e desenvolvida. É notória a resistência - e o sistema jurídico brasileiro é exemplo válido - que doutrinadores opuseram à idéia, com argumentos de vacuidade da expressão, com argumentos de *contraditio in terminis* na expressão, com argumentos de falta de legislação infraconstitucional que lhe desse conteúdo e limites, enfim, com os mais diversos argumentos que,

²⁶⁶ Referindo a diferenciação entre os sistemas jurídico e político, Rocha (2006, p. 191) escreve: Um outro exemplo dessa dificuldade pode ser vista no Código Civil brasileiro, onde a partir do momento em que se contempla em seu texto como uma de suas obrigações, a *função social*, os juristas acreditam que se resolve naturalmente um problema político.” (...) “Se os sistema não encontrar esses elementos [elementos que permitam a passagem do sistema político para o jurídico] e forçar o contato, seria uma situação de corrupção ou perversão dos códigos. Contudo, para a realização do acoplamento, uma das possibilidades é a utilização dos mecanismos simbólicos disponíveis: nesse caso, realmente por meio da *função social*.”.

aliás, ainda hoje se lêem, apesar da Constituição brasileira, de 1988²⁶⁷, ter exarado essa expressão nos seus artigos 5º. e 170.

Não repugna, no entanto, nem à teoria nem à Filosofia do Direito, admitir que todo o Direito tem uma função social, já que é impensável Direito na ilha de *Robinson Crusoe*, antes de *Friday* aparecer. O Direito é, antes de mais e funcionalmente, comunicação social diferenciada que somente existe *na* sociedade *para* a sociedade e, portanto, impregnado por uma *função* social. Que os direitos subjetivos servem à pessoa é inconteste; mas, simultaneamente, têm, em seu núcleo constitutivo, um conjunto de deveres que o titular desse direito deve cumprir para ser, efetivamente, titular de um direito pleno²⁶⁸. Ora, dogmaticamente, quem é o titular do direito correlato a esses deveres? A pergunta pode ser transmudada: é absolutamente necessário que haja correlação direito/dever?

Esta multiplicidade pode ser exemplificada pelo direito de propriedade e sua função social. Aquele refere um interesse individual, enquanto pensado na sua pureza; esta, adjetivando-o impõe a sua transcendência como interesse transindividual de natureza difusa, pois a quem pertence a função social da propriedade parafraseando Cappeletti. (Bolzan de Moraes, 1996, p. 151-152).

A resposta possível pareceria ficar mais próxima se se admitisse que o dever jurídico é também constituído por um núcleo de direitos subjetivos que pertencem ao titular desse dever pela simples razão dele ser o titular – e aí se salva o conceito de relação jurídica. Mas, de qualquer modo, fica a pergunta se há correlação entre os deveres do titular de direito com os direitos do titular de dever. E, de antemão, a resposta é negativa porque os deveres do titular de direito subjetivo constituem a função social desses direitos e, portanto, dirigem-

²⁶⁷ “No caso específico da propriedade, uma perspectiva de minimização dos seus efeitos perversos se apresenta com a incorporação do conceito de função social, quando esta precisa, para se legitimar, cumprir uma determinada finalidade difusa. Todavia, o conteúdo próprio a este direito – real – permanece inalterado e sua porção individual – propriedade – parece prosperar por sobre seu aspecto difuso – função social -, malgrado sua normatização constitucional.” (Bolzan de Moraes, 1996, p. 225).

²⁶⁸ Usa-se a expressão “direito pleno” referindo o direito subjetivo que está composto por todas as suas *faculdades* (também chamadas *sub-direitos*). Como exemplo, refere-se o direito subjetivo de propriedade do locador que, tendo transmitido as faculdades de uso e gozo da coisa, tem um direito de propriedade não pleno.

se à sociedade – que não é pessoa – e não a pessoa ou pessoas determinadas ou a todas as pessoas (como na obrigação passiva universal).

Note-se, então, que, embora os deveres constitutivos de um direito subjetivo sejam dirigidos à sociedade, ou à coletividade, em geral, esta não teria, pela dogmática dominante, a faculdade de exigir o seu cumprimento – tanto que foi preciso *personalizar* essa sociedade no Ministério Público e/ou determinadas “organizações” que ganharam *status de pessoa* para estar no processo. O pólo (de direito) oposto na correlação dos deveres constitutivos da função social tem um caráter absolutamente *difuso*²⁶⁹. O mesmo se diga dos deveres que também contêm uma função social: o pólo (de dever) oposto na correlação dos direitos constitutivos da função social tem um caráter absolutamente difuso. Basta pensar nos deveres *atuais* para com as gerações futuras! *Esses deveres não são os dogmaticamente conceituados: são deveres que estão em cada núcleo de cada direito subjetivo.*

Verifica-se, então, que não há necessidade teórica de que exista uma correspondência biunívoca entre titulares de direito que têm deveres e titulares de dever que têm os direitos correlatos, no que tange à função social que está em cada uma dessas titularidades. A contraposição do sujeito de direito que tem de cumprir a função social é um “sujeito” de dever *difuso* ou *fluido* (e vice-versa).

Aceitar essa posição é, todavia, um processo de difícil e lento desenvolvimento sistêmico. A tendência estrutural ainda é colocar o primado

²⁶⁹ “A ordem jurídica contemporânea, para além dos tradicionais interesses individuais, vem composta com os *interesses transindividuais*, dentre os quais aparecem, em primeiro lugar, os chamados interesses coletivos que, estando titularizados por um conjunto de pessoas, permanecem adstritos a uma determinada classe ou categoria, ou seja, são interesses que são comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente. Para a caracterização destes pressupõe-se a delimitação do número de interessados com a existência de um vínculo jurídico que una os membros desta comunidade para que, assim, a titularidade possa ser coletivamente definida. (...) Ou seja, o interesse será coletivo quando titularizado pelos elementos pertencentes a um grupo perfeitamente delimitado subjetivamente, pois juridicamente unidos. (...) Estes [os interesses difusos], apesar de estarem relacionados à coletividade de indivíduos, distinguem-se dos coletivos por não estarem alicerçados em qualquer vínculo jurídico estrito de base e, com isso, não terem uma delimitação quantitativa. Há um vínculo, sim, mas de natureza constitucional.”. (Bolzan de Moraes, 2008, p. 69).

da relação jurídica clássica em que a todo o direito corresponde um dever com titularidades definidas²⁷⁰.

Quando se começa a admitir a teubneriana *responsabilidade por risco*²⁷¹, acima referida, em que a causalidade dogmática entre a ação (ou a omissão) e o dano é “esquecida” por não poderem ser relacionados o agente devedor e o paciente a ser indenizado, porque ambos ou um deles é demasiado numeroso e inidentificável, o dano tende a ser tornado *indemne* pelo próprio paciente – a sociedade, ou um grupo, um estamento, uma *cúpula*, esta conforme a denominação de Teubner²⁷².

Está, assim, sendo construída uma *responsabilidade difusa*. Nesta, como na função social, não há que fazer relações de causalidade formal ou de aplicações da teoria clássica do Direito²⁷³.

O direito, então, não consegue imunizar-se do risco do direito. Fragilizam-se figuras dogmáticas estabilizadas. Surgem novas figuras dogmáticas que impõem, aos autores particulares do direito, controle do risco ou que sancionam comportamentos lícitos se, em virtude do exercício do direito, são produzidos

²⁷⁰ Diversos doutrinadores não admitem que, no caso das relações jurídicas absolutas, como as que dão origem aos direitos reais, a oponibilidade *erga omnes* – seja aqui um “sujeito” indefinido de dever (obrigação passiva universal), considerando somente a relação jurídica existente quando, por lesão ao direito, se determina o sujeito de dever.

²⁷¹ “Esse já é o caso quando a prova de causalidade plena é enfraquecida a ponto de transformar-se em mera prova de probabilidade. Exatamente na medida em que a prova plena se distingue da prova de probabilidade, eles são onerados com um risco adicional de responsabilidade. Na medida dessa diferença eles devem responsabilizar-se por ações de outros, sobre os quais não têm qualquer controle. Esse risco adicional da responsabilidade coletiva aumenta na medida em que nos aproximamos do âmbito da inversão do ônus da prova ou da presunção. Se o réu não conseguir, fática ou juridicamente, comprovar que suas ações não causaram o dano, ele deve ser responsabilizado por ações de terceiros. Nestes casos, vemo-nos diante de uma responsabilidade coletiva assimétrica, um tipo de responsabilidade vicária horizontal por ações alheias.” (Teubner, 2005, p. 195).

²⁷² “Naturalmente, para o direito ela não é nem uma coisa nem outra, nem mera ficção nem dura realidade. A cúpula é uma construção de arquitetura jurídica, que deve sua existência à única finalidade de já poder responsabilizar indivíduos penalmente, assim que se consegue, juridicamente, provar serem eles membros dessa quase-organização. Quem é membro da cúpula torna-se co-autor do delito mafioso, sem necessidade de comprovação de uma participação concreta no ato criminoso. De fato, a cúpula é uma construção ousada. Mas haveria outro jeito de combater a ‘macrocriminalidade’? A construção jurídica da cúpula auxilia na crise da imputação de causalidade. Ela liberta os juristas da dificuldade quase insuperável da prova individual de causalidade, substituindo imputação causal por imputação coletiva. Sob o teto da cúpula, a responsabilidade individual transforma-se em responsabilidade coletiva. (Teubner, 2005, p. 191).

²⁷³ Por extensão da idéia de responsabilidade difusa, não é difícil aceitar, cum grano salis, a difusibilidade das “súmulas vinculantes” que atingem a pessoa simplesmente por ter um pedido igual ao de muitas outras pessoas, sendo-lhe, então, vedada a apreciação judicial dos seus próprios argumentos ou fundamentos jurídicos – que podem ser absolutamente diferentes dos demais pedidos. As súmulas vinculantes levam às sentenças-carimbo, mencionadas *supra*.

danos que se queiram evitar. Surgem novos problemas de determinação causal de efeitos produzidos a distância no tempo e implicam uma imprevisível quantidade de fatores causais concomitantes. Multiplicam-se as tentativas de alcançar determinações causais aceitáveis por meio de contínuos deslocamentos e incalculáveis inversões do ônus da prova. Estendem-se as previsões de justicialidade de interesses não claramente definíveis e constelações de riscos não precisamente determináveis. (De Georgi, 2006, p. 235-236).

Assim, a responsabilidade²⁷⁴ que é efeito de fato jurídico (ou seja, no plano da eficácia de fatos jurídicos *lato sensu*) é um dever jurídico *lato sensu* – ou um conjunto de deveres, por vezes – que, à semelhança dos direitos difusos, pode também apresentar difusibilidade ou fluidez.

Estes novos interesses [os interesses difusos], apesar de estarem relacionados à coletividade de indivíduos, distinguem-se sobremaneira dos anteriormente referidos [os interesses coletivos] por *não estarem alicerçados em qualquer vínculo jurídico de base*. (Bolzan de Moraes, 1996, p. 137).

A generalização dos exemplos dados – o da poluição de automóveis e o da recente crise financeira, e, ainda, de outros exemplos que poderiam ser trazidos, principalmente ligados ao Direito Ambiental, e que são bastante conhecidos²⁷⁵, leva a constatar a nítida tendência da operacionalização de uma responsabilidade *difusa*.

²⁷⁴ “A concepção formal-jurídica de responsabilidade refere que cada um é responsável pelo que faz. No entanto, esse não é um princípio da ação moral, somente da responsabilização moral posterior pelo fato. Já a concepção material-ética da responsabilidade implica uma obrigação de agir, pelo fato de ser responsável por algo que está no âmbito do próprio poder, ou seja, dependente da própria ação.” (Barreto, 2006, p. 271).

²⁷⁵ “Os sintomas da crise do direito de responsabilidade advêm de tensões entre a moderna estrutura de risco na ecologia e os conceitos básicos do direito de responsabilidade: 1. como devem ser determinados um ‘causador de danos’ individual, uma ‘ação’ individual ou um ‘dano’ passível de limitação nos casos de danos a longo prazo, nos quais várias correntes causais se unem?; 2. como se deve isolar uma conexão causal entre ação e dano quando houver causalidades múltiplas ou circulares?; 3. como podem ser razoavelmente delimitadas ações potencialmente perigosas, admitindo-se que toda ação social contém risco?; 4. como se podem identificar vítimas de danos se estas são apenas uma massa amorfa (danos ambientais, gerações futuras)?” (Teubner, 2005, p. 198).

3.4.4 Responsabilidade *difusa*, *homem discursivo* e sociedade *pós-humana*

...prenuncia-se um comportamento inovador do ser humano em relação ao mundo, cuja interpretação coloca a filosofia diante de novas tarefas. (Luhmann apud Günther, 2004, p. 285, n. 277)

A responsabilidade difusa “ignora” o indivíduo para recair em um grupo, um estamento, uma “organização”, já que a pessoa natural é ou vai ser indireta e posteriormente responsabilizada pelo simples fato de pertencer a determinado grupo.

O mero fato de ser membro de um grupo de titulares de risco já acarreta a responsabilização por ações individuais alheias. Naturalmente, isso também poderá ser denominado “responsabilidade por risco”, ou seja, responsabilidade por cada contribuição individual ao risco, de forma a realçar o elemento individual. (...) Mesmo se o risco for individualmente imputável, o elemento relevante, o dano ocorrido, só pode ser imputado coletivamente. Quem é membro paga. Não é a ação por si, mas a qualidade de membro que leva à responsabilização pelo dano. (Teubner, 2005, p. 196).

Há, então, o primado do “grupo de titulares de risco”, com a secundarização do indivíduo. Mas, note-se o paradoxo: quanto mais opera a responsabilidade difusa com o primado do grupo, mais pessoas naturais, mais indivíduos, são enredados pela simples *qualidade de membro*. A individualidade ou a identidade pessoal essa é que é posta em segundo plano²⁷⁶ ou, até, esquecida.

²⁷⁶ V., a propósito: Stuart Hall (2001), especialmente o primeiro capítulo: “Nascimento e morte do sujeito moderno; Descentrando o sujeito”.

Bem, a teoria luhmanniana coloca as comunicações sociais de sentido²⁷⁷ antes do homem – antes do sujeito²⁷⁸, antes do indivíduo²⁷⁹ –, na sua observação sociológica, porque é a diferenciação dos sentidos (comunicacionais) que permite observar distintamente os vários subsistemas. Aliás, Luhmann foi acusado de que a sua teoria ignorava o *homem*, o que não corresponde totalmente à verdade²⁸⁰. A observação luhmanniana coloca o indivíduo social em segundo plano em relação às comunicações que estão no primeiro plano (o da distinção) da observação: há sociedade, não porque haja *homens*, ou *sujeitos*, mas por que há comunicações de sentido e são estas que definem o sistema social e os (sub)sistemas sociais²⁸¹. Também aqui a individualidade ou a identidade é posta em segundo plano.

²⁷⁷ Tenha-se presente: “Si el contexto social de la vivencia y la acción – que deberían ser considerados como dadores de sentido – producen la experiencia de la falta de sentido (o al menos la posibilitan), entonces estamos, obviamente, ante otro concepto de sentido. Por consiguiente, sera necesario aclarar el sentido en el contexto de lo carente de sentido, para obligar a la reflexión acerca del sentido de aquello que carece de sentido.” (Luhmann, 1998a, p.88-89).

²⁷⁸ “La teoría de sistemas rompe con este punto de partida, de aquí que ya no necesite usar el concepto de sujeto. Lo substituye por el concepto de sistema autorreferencial.” (Luhmann, 1998a, p. 51). Ainda: “De esta manera, la afirmación de que las personas pertenecen al entorno de los sistemas sociales no contiene ninguna afirmación valorativa con respecto a lo que la persona es para sí misma o para algo distinto; sólo perfila la valoración excesiva dada al concepto de sujeto, es decir, la tesis de la subjetividad de la conciencia.” (idem, p. 173).

²⁷⁹ “Por outro lado, é importante assinalar a necessidade de romper a lógica individualista, privatista, patrimonialista e racionalista do direito e construir outra, pluralista, transindividual, personalista, flexível e transdisciplinar, capaz de harmonizar os novos dilemas jurídicos oriundos das novas biotecnologias com os velhos desafios socioeconômicos presentes na sociedade brasileira. “ (Barreto, 2006, p. 272). “Mas, de fato, o erro é também estratégico e implica a própria determinação das tarefas de uma filosofia possível. Porque, se se trata hoje (com o que concordo absolutamente) de restituir seus direitos a um pensamento autêntico da intersubjetividade ou da comunicação, o comportamento mais em conformidade com tal objetivo consiste, sem dúvida, não em tentar fugir, mais uma vez e talvez uma vez a mais, do paradigma do sujeito, mas de recompô-lo de maneira crítica (isto é, levando em conta as ilusões que ele pode gerar), particularmente contra suas dissoluções individualistas.” (Renaut, 1998, p. 101-102).

²⁸⁰ “O ponto cego da teoria luhmanniana dos sistemas não está, como se presume frequentemente, onde outros vêem o sujeito (indivíduo, homem) e criticam os sistemas sem sujeitos, anti-humanistas etc. (...) O ponto cego dessa teoria encontra-se, portanto, não na falta de um sujeito, mas exatamente na diferenciação entre dois ‘sujeitos’, na distinção comunicação/consciência, sociedade/indivíduo, externo/interno, sistema de sentido/sistema de sentido.” (Teubner, 2005, p. 69). Antes, Teubner (1989, p.741) tinha escrito: “It is plainly wrong to argue, as some critics do, that autopoiesis de-humanizes society (Grünberger, 1987), has no place for actors and intentions (Schimank, 1985:734; Mayntz, 1986; Ost, 1988:87ff; Rottleuthner, 1988:122) does not account for the individual as epistemic subject (Podak, 1984: 734; Frankenberg, 1987:206), and represents a ‘deshumanisation totale du droit’ (Grzegorzcyk, 1989:12)”. Traduz-se (retirando a menção ao nome dos críticos): É completamente errado arguir, como alguns críticos fazem, que a autopoiese desumaniza a sociedade (...), que não dá lugar aos atores e às intenções (...), que não leva em conta o indivíduo como sujeito epistémico (...), e que representa a desumanização total do direito.”.

²⁸¹ “Con el concepto de comunicación que utilizamos, estas posiciones quedan, por lo pronto atrás. Por eso no retomamos ni una posición básica de la teoría del sujeto (teoría de la acción), ni una de la teoría del signo (lingüístico, estructuralista), sino que tendremos que revisar, en todo caso, cuáles de las ideas generadas desde estas perspectivas teóricas pueden retomarse.” (Luhmann, 1998a, p. 147).

Não há *pecado* nesses posicionamentos porque há *precedente*. Afinal, conquanto valiosas opiniões discordantes, os direitos absolutos são oponíveis *erga omnes*, ou seja, *contra todos*. Esse *contra todos* – reificado em uma *obrigação passiva universal* – é um sujeito de dever absolutamente indeterminado, na relação jurídica nascida de fato jurídico eficaz, passando a ter um sujeito determinado de dever quando há lesão a esse direito.

Não há *pecado* nesses posicionamentos. O homem – o indivíduo, o sujeito²⁸², o *sistema psíquico*²⁸³ – passou a ser o *homem discursivo*²⁸⁴ e, então, o (tipo de) discurso – a comunicação de sentido – passou a ser o fator diferenciador do(s) sistema(s) a que o homem *múltiplo, fracionado e mutante* pertence simultaneamente.

Não há *pecado* nesses posicionamentos. São eles o desenvolvimento sistêmico da idéia de sujeito, sim, mas retirada (para outro plano) que lhe é a identidade (ou a individualidade) para lhe sobrepor a linguagem – o discurso –, por exemplo, como em Saussure, em que a língua é um sistema social e não um sistema individual de que o sujeito seja “autor”.

Não há *pecado* nesses posicionamentos. A interpretação luhmanniana da *história do décimo segundo camelo* coloca o sujeito, a pessoa e a sua vontade, em plano secundário em relação à solução aritmética do legado que está em primeiro lugar, fazendo aparecer e, depois, desaparecer o camelo devoluto. O que interessa primariamente é que o grupo (de filhos) e o acervo tenham uma

²⁸² “Los seres humanos resultarán de este modo, descritos como parte del entorno de la sociedad; no cabe, por tanto, decir que la sociedad esté compuesta de seres humanos (como pretendían los clásicos) ni de acciones o funciones (según la tradición que va de Weber a Parsons), ya que la realidad está, efectivamente, compuesta de comunicaciones. Con todo, no se trata de que el hombre, el ser humano, pierda relevancia en su teoría [de Luhmann] ni que se diluya como ambiente o entorno de un sistema, sino que lo que cambia en la teoría sistémica es la situación jerárquica en que resulta ubicado, por comparación con las teorías tradicionales. Estas lo trataban como sujeto sin hacerse cargo de que proveían una categoría ambigua y nebulosa, exenta de referencias empíricas, a las que el hombre de carne y hueso era difícilmente reductible.” (Cárcova, 1998, p. 170).

²⁸³ “Llamaremos *personas* a aquellos sistemas psíquicos que son observados por otros sistemas psíquicos o sociales.” (Luhmann, 1984, p. 147). “En última instancia, la multiplicidad y la variedad, em especial de la conducta humana, ya no se pueden contrarrestar mediante el simple enaltecimiento de la cosa – hombre com características especiales, como la razón, el libre albedrío, la sensibilidad o, finalmente, incluso con la fórmula vacía de la indeterminación interior. En el fondo, ello impide afirmar que la sociedad consiste de hombres, que se trata de un conjunto de hombres, un grupo, un pueblo.” (idem, p. 287).

²⁸⁴ “O foco principal deste capítulo é conceitual, centrando-se em concepções mutantes do sujeito humano, visto como uma figura discursiva, cuja forma unificada e identidade racional eram pressupostas tanto pelos discursos do pensamento moderno quanto pelos processos que moldaram a modernidade, sendo-lhes essenciais.” (Hall, 2001, p. 23).

solução: o testador, que somente *quis* destinar uma parte do que tinha, ficou decepcionado lá no “assento etéreo onde subiu”!

Não há *pecado* nesses posicionamentos. O “poder disciplinar”, observado por Michel Foucault, é causado pelas pós-modernas instituições *coletivas* que, assim aparecem em primeiro lugar para, depois, elas mesmas individualizarem as pessoas, inclusive através de registros organizacionais das pessoas para descrever esses grupos.

Não há *pecado* nesses posicionamentos que apenas dão primazia à, ou favorecem a, dependência intersubjetiva²⁸⁵, suprimindo, sem suprimir, a *anterior* individualidade ou identidade, o *self*, que é ou pode ser centro em outras distinções, em outros *lugares*, em outros tempos.

Não há *pecado* nesses posicionamentos. Afinal, a sociedade tardo-moderna, o sistema social autopoietico, politizou *temas* que (quase) não faziam parte das informações e das comunicações sociais, tais como o *feminismo*, nos anos sessenta, ou a emergência dos movimentos *gays*. Essa politização – com influência *estimulante* do Direito – não teve o indivíduo, homem/mulher, pai/mãe, como centro, mas o *grupo*.

Não há, ainda, *pecado* nesses posicionamentos, quando se dá atenção ao ditame que coloca as *gerações futuras*²⁸⁶ como a “razão” de deveres jurídicos atuais cuja titularidade é também nitidamente difusa, qual seja, a *coletividade*, ou quando, se dá atenção a que o magistrado, ao julgar, atenderá aos fins sociais e às exigências do *bem comum*²⁸⁷.

Então, a sociedade da subjetividade (iluminista, ainda) deu lugar a uma sociedade *pós-humana* e, intrínseca e reciprocamente, à responsabilidade *difusa* porque o indivíduo não é mais o centro, mas o grupo e/ou sua *cúpula*, ou seja, não é a individualidade o principal, pois esta se torna acessória – *vem a seguir* –

²⁸⁵ “Tudo isso implica, como sugerido ao início, a construção de uma nova cultura jurídico-política que não fique presa aos esquemas tradicionais do pensamento jurídico liberal-individualista.” (Bolzan de Moraes, 2008, p. 77).

²⁸⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

²⁸⁷ Decreto-Lei n. 4.657, de 04.09.1942 (Lei de Introdução do Código Civil brasileiro), art.5º.

e, portanto “se alça a intersubjetividade ao lugar de condição de possibilidade” (Streck, 2006, p. 141) de o Direito dizer o que é Direito para que o Direito saiba dizer o que é Direito.

O “aparecimento” social desses grupos não significa que se possa ver neles *solidariedade*, em qualquer dos sentidos que esta palavra tem. Não é a solidariedade o elemento agregante do grupo, nem há qualquer elemento de coesão. O único elo entre os indivíduos é que pertencem, naquelas circunstâncias, àquele grupo, como logo a seguir, por circunstâncias diversas, indivíduos daquele grupo pertencem simultaneamente a outro estamento. Nem se veja, repita-se, em qualquer grupo oriundo da responsabilização difusa, outro elemento de interligação ou coesão grupal, tal como a confiança ou o consenso. O que determina o grupo é uma diferenciação (social), ou seja, um critério determinado (geralmente político, traduzido pelo Direito) que “separa” um número de sujeitos em um grupo, número esse indeterminado.

Neste campo, tome-se a liberdade e o privilégio de ler Luc Ferry (2008, p. 226-227):

Ora, como vemos todos os dias, a solidariedade já não existe, exceto na família ou, então, mas isso num nível abstrato e desencarnado, quando os mecanismos do Estado-providência, tais como os seguros contra a doença e o desemprego, por exemplo, vêm em nosso auxílio. Quanto ao resto, é o reino absoluto dos corporativismos e dos *lobbies* de todo tipo. Lembro-me de um dia em que o líder do governo ao qual eu pertencia anunciou, sem ter avisado seus ministros, que três bilhões de euros seriam liberados para os proprietários de restaurantes. Estava na época às voltas com uma greve de pesquisadores que pediam – com razão, nem é preciso dizer – algumas dezenas de milhões de euros para voltar a seus laboratórios. No momento mesmo em que a notícia se espalhou feito rastilho de pólvora, eu estava num anfiteatro, no meio de quinhentos ou seiscentos deles, em plena negociação. É dizer pouco afirmar que não senti o vento da solidariedade com os bistrôs soprar sobre a assembléia que me rodeava.

O que está, atualmente, no centro do sistema são *grupos*, mais ou menos indefinidos *a posteriori*. Não se esqueçam, por exemplo, as *class actions*, do direito norte-americano, inseridas no Direito brasileiro,

3.5 O Direito (im)previsível

Lo venidero no se deja observar.
(Luhmann, 1998b, p. 117)

O Direito é um sistema cognitivamente aberto e operativamente fechado, como se tem dito. Na feliz frase de Luhmann (1998b, p. 122), “el futuro de los sistemas cerrados está abierto, y los riesgos que deben correr, son por principio incalculables”, já se antevê que um *prognóstico* sobre o Direito, conquanto o diagnóstico acertado, é *contingente sujeito a riscos* (passe por ênfase o que de redundância lexical possa conter a expressão).

No entanto, um juízo de *certeza* pode ser desde já feito porque se constatou e se constata que o Direito, como sistema, no *presente*, já é *incerto*, já é *imprevisível*. O sistema jurídico cerrado está sempre aberto, seja quando considera um “elemento” topologicamente externo situado no “passado” que, “traduzido” e tornado presente, adentra o sistema, seja, do mesmo modo, de um elemento que vai aparecer futuramente no entorno do Direito. O *certo* é que a estrutura sistêmico-jurídica não dá resposta(s) imediata(s) – precisa de um tempo de elaboração noético-decisional – e que não pode(m) ser prevista(s) essa(s) resposta(s) exatamente pela complexidade própria e pela dupla contingência que as operações contêm em si mesmas e, ainda, pela contingência *crítica* da resposta – que poderia ser outra.

Verifica-se, assim, e mais uma vez, o caráter paradoxal de todo o operar sistêmico-jurídico, na medida em que, quanto mais certeza se atribua (mesmo

abstrata e artificialmente) a uma operação do sistema, de mais incerteza ela se reveste até pela consideração de tal “elemento”. Por outras palavras: o tráfego das comunicações teria de ter um caráter de certeza entre *ego* e *alter* que, a rigor, não possuem por si mesmas. A única *certeza* dessas comunicações, por construção conceptual e, portanto, diferencial, é o *sentido* jurídico sem o qual não são comunicação do sistema de Direito.

Então, apenas se pode formular: qual *pode* ser o sentido do sentido jurídico?

O sentido – o *branqueamento da caixa preta* – que se vislumbra possa vir a ser dado ao Direito deve ser um *continuum* com o(s) sentido(s) (e significados) de agora. O sentido jurídico – *Recht/Unrecht* – determina os próprios limites do Direito exatamente quando o Direito autodita o que é Direito. A *certeza* é que os limites são mutáveis à medida que o Direito vai *tocando*, feito Midas, o que (ainda) não é Direito. Portanto, é válido que a pergunta seja feita, agora, no sentido de quais são (podem ser) as comunicações sociais que virão (podem vir) a ter sentido jurídico.

Notou-se que o sistema jurídico mostra uma tendência estrutural a considerar primeiramente a *intersubjetividade*, como, por exemplo, nos casos (já observados) do Direito Ambiental e, também, nas áreas do Biodireito. Quer dizer, passa a intersubjetividade a ser condição de possibilidade do operar jurídico. Essa consideração leva (já levou) à inclusão sistêmica dos *interesses difusos* tornados *direitos difusos*. O próximo passo “lógico” é a admissibilidade sistêmica – e a sua primazia – de *deveres difusos*. Ora, à semelhança (mas não em correlação) dos direitos difusos, os deveres recaem (recairão) sobre grupos de número indeterminado de pessoas (naturais ou jurídicas) que, então, serão *responsabilizadas* pelos danos causados por determinada atividade do entorno social, erigindo *uma responsabilidade difusa ou fluida* como resposta justificadamente aceita (também aceitável, plausível) que *poderia ser outra*.

CONCLUSÃO

Al final de nuestras investigaciones no nos
es posible escribir otro libro dentro del
libro.
(Luhmann, 1998a, p. 433)

I

A exposição que ora se conclui, elaborada recursiva e circularmente pelo pensamento sistêmico que a orientou e pela observação secundária da doutrina e da dogmática existentes no sistema sócio-jurídico, é essencialmente um discurso *crítico-normativo* do Direito que foca o discurso *normativo* do Direito.

O Direito é uma *realidade* existente no meio social. É o meio social a sua condição de possibilidade. O Direito *expressa-se* por um discurso, ou seja, *dá-se a conhecer* por (uma série de) comunicações sociais com um sentido específico determinado. Quando se diz que o elo de ligação dessas comunicações é um sentido específico está-se dizendo que necessário é um determinado critério para *abstrair* (“separar” cognitivamente sem retirar) essas comunicações de todas as demais comunicações sociais de sentidos outros, e, também, um determinado método que possa observar o Direito como tal realidade (*abstraída*).

O critério que permite determinar se esta ou aquela comunicação social é especificamente *do e no* sistema jurídico é um código binário do tipo presença/ausência: é o código *Direito/não-Direito (Recht/Unrecht)*.

O método (*modus*) de pensamento que permite observar o Direito no meio social é um misto de *pensar antes* e de *teoria*. *Pensar antes* porque é necessário um método de abordagem a essa realidade que, *a priori*, coloque um caminhar crítico-reflexivo sobre o que vai ser visto ou observado; *teoria*, que quer conhecer o seu próprio objeto, a realidade, e esta se mostra, desde logo, e se mostrará, altamente complexa e, então, somente se deixará observar se reduzida a uma *hipótese universal explicativa*. A redução a essa *hipótese*, por sua vez, pode ser feita pelo sociólogo ou pelo jurista. Para aquele, o sociólogo, a hipótese é essencialmente *descritiva*, centrada na *imanência constitutiva da realização do Direito*, enquanto, para o jurista, não dispensando a observação sociológica, a hipótese é essencialmente *normativa*, centrada na validade da gênese e do desenvolvimento das normas jurídicas como comunicações específicas do Direito, conquanto este não seja constituído somente por normas. Então, o discurso conclusivo do sociólogo é descritivo; o discurso conclusivo do jurista é normativo, não se querendo significar, com este último adjetivo, que esse discurso seja exclusivamente *prescritivo*, ou que o Direito se expresse exclusivamente por discursos prescritivos, mas significando apenas que o jurista dá primado à (observação da) norma jurídica.

O método, colocado *antes* e que esteve sempre presente na construção do discurso normativo ora apresentado é o *método dialético*. Isso permitiu que se colocassem em confronto (nem sempre direto) *teses* e *antíteses*, não como negação umas das outras, mas como diferentes posicionamentos, partindo de diferentes *lugares*, para *ver* o objeto.

A teoria (etimologicamente *visão, modo de ver*) que serve de pano de fundo a todo o desenvolvimento, é a *teoria dos sistemas*, tendo como principal referencial os *fundamentos* das obras de Niklas Luhmann.

Observar, sob um método e sob uma teoria, implica ainda *distinguir* e *designar*. Por isso, no primeiro capítulo, procurou-se colocar alguns conceitos

que pudessem servir de base a um necessário *consenso semântico* como condição de compreensão do (con)texto. Nele, se faz uma digressão por diversos conceitos, fixando aqueles que vão, então, servir ao desenvolvimento, não sem que se tenha apresentado, com caráter preliminar, o conceito de sistema jurídico: *é uma instância da racionalidade teórico-explicativa como espaço de (re)construção noética do sistema social autopoiético formado por comunicações de sentido sob o código direito/não direito.*

Com isso se disse que o Direito é uma realidade social sistêmica: o Direito *existe e se comporta* como um sistema no ambiente da Sociedade, mas somente pode ser observado (estudado) como tal se abordado por um pensamento teórico-explicativo que comporte a *idéia* de sistema.

Além disso, é requerido um *fundamento* que alicerce o Direito como realidade na realidade social. Esse fundamento é a *responsabilidade*, como capacidade ou aptidão do ser humano de ponderar os seus atos e os dos outros, ou seja, de compará-los a regras mais ou menos genéricas, a *standards* ou a normas sedimentadas.

Nesse caminhar, o segundo capítulo tratou especialmente das normas jurídicas, transitando pelas informações cognitivas que são denominadas, na Teoria do Direito, como *fontes do Direito*. A problemática das fontes, tida como uma metáfora equivocada e ambígua, leva a considerar essas informações como *externas* ao sistema jurídico, não compondo as suas operações autorreferenciais, mas, apenas, tendo-lhe servido de *irritações* ou de *estímulos* que o sistema jurídico coerentizou (operacionalizou) ou que coerentiza, alterando a(s) sua(s) estrutura(s), mas mantendo a sua *teleonomia* sistêmica (mantendo-se Direito) para autoproduzir Direito. Aí, a lei, tida como fonte *formal* (que dá *forma* ao Direito) é vista apenas como um texto passível de interpretação – como qualquer texto –, mas *topologicamente fora* do Direito, já que pertence, indubitavelmente ao (sub)sistema político. Resolvem-se, assim, alguns problemas da posta teoria jurídica, entre os quais o dos *limites da juridicidade*: os limites do sistema jurídico são *autoditados* pelo sistema por sua própria *função*

normativa. É o Direito, como sistema, que autodita os seus limites, fixando-os e modificando-os com as suas operações recursivo-teleonômicas.

A exposição conduz, então, a concluir que o Direito é um sistema (social) autopoietico, mas é também *nomopoiético* - *autonomopoiético*. O seu determinismo teleonômico faz com que o sistema autodesenvolva normas jurídicas, em um coerente processo dinâmico equilibrado (homeostático), normas essas que são mutáveis, que são *atos* (sociológicos) *contrafáticos* que, no entanto, confirmam o fundamento da *responsabilidade* que faz *aparecer* e que faz *viver* o Direito na Sociedade.

Com isso, chega-se ao terceiro capítulo que insere o desenvolvimento anterior em uma *sociedade de risco*, tal como é vista, atualmente, por diversos sociólogos, especialmente por Niklas Luhmann. Então, se procura caracterizar a sociedade de risco, vista ainda como sistema e, nela, visto o Direito como sistema *autonomopoiético*. Vai-se buscar, novamente, o fundamento *responsabilidade* e, com ele, a tentativa teórica da (re)construção estrutural do sistema ao deparar-se com uma *responsabilidade por risco*, ou com uma *responsabilidade fluida*, capaz de “esquecer” o nexos de causalidade agente/dano para “distribuir” esse dano por quem não tenha sido diretamente o agente dele.

II

Dado que se trata do resultado de *uma observação das observações* por ter sido o resultado de uma pesquisa bibliográfica (que não exclui os conhecimentos empíricos sempre presentes), coloca-se - pode colocar-se - o problema da *interpretação* que o observador de segundo grau faz dos textos dos observadores, muitos dos quais também são já observadores de segundo grau, houve que incursionar pela *Hermenêutica* e o seu “papel”, ou seu possível papel, na *Teoria dos Sistemas Sociais*, mais precisamente na estrutura clausurada do

Direito que, recursiva e reflexivamente, se autocria, se autodesenvolve e se autolimita.

Os sistemas sociais, quaisquer que sejam, são formados por comunicações e seu entorno, do qual se diferenciam. A circulação das comunicações, *orientadas e diferenciadas por sentido*, porque são comunicações, *somente* podem circular através de processos hermenêuticos.

Comunicar significa, originariamente, *tornar comum*. Ora, o significado e sentido que Luhmann dá ao termo “comunicação” não descarta esse significado “primitivo”. As comunicações sociais visam tornar *algo* comum. Pode, ainda, dizer-se que o discurso é o meio pelo qual *algo* se torna *comum* a vários sujeitos. Isso significa que esse algo comum é o sentido da(s) comunicação(ões). Isso permite diferenciar o sistema jurídico dos demais sistemas, mas permite também observar comunicações que são “mais comuns”, comunicações que se sedimentaram nas comunicações jurídicas.

Colocaram-se as comunicações de sentido como *discursos*. Ora, o discurso, em seu mais simples conceito, é uma fala *de sentido* (coerente e convincente); por seu lado, o sistema é uma estrutura *de sentido*, e o sentido somente pode ser dado pela Hermenêutica. Mas qual ou que hermenêutica?

A Hermenêutica que explica a hermenêutica tem base heideggeriana, a Hermenêutica Filosófica. Afinal, trata-se de interpretar comunicações/discursos e, assim, o objeto observado não é uma coisa (em sentido estrito), mas um *sujeito*. A observação é de sujeito a sujeito (sujeito-sujeito).

A hermenêutica serve à compreensão (aceitação e/ou convencimento) comunicativa do Direito, no (macro)sistema social e no (sub)sistema jurídico. Serve, portanto, à operacionalização do sistema, mas não impõe *um* resultado ou *uma* resposta. A hermenêutica não *obriga*. O resultado vem do operar *teleonômico* que conserva o sistema, em sua autodefesa ou autossobrevivência autônoma, em um operar com a estrutura já existente – dir-se-ia o *momento histórico-cultural* -, em autoprodução de sentido normativo-decisório – dir-se-ia o *momento problemático*.

III

Outro problema com que se deparou diz com as *fontes do Direito*. Esse problema estaria, desde logo, ligado ao problema de colocar a(s) teoria(s) do Direito na Teoria dos Sistemas Sociais. Se as fontes constituíssem, por si só, estruturas do sistema jurídico, então seria possível, mediante um código de diferenciação, separá-las (sem as retirar) noeticamente, ou seja, haveria que verificar se as fontes poderiam constituir *um sentido*. Para isso, fez-se uma *revisão bibliográfica - arriscando*, como qualquer revisão, a incompletude, a lacuna, o esquecimento de alguma obra.

As *fontes do Direito* mostraram-se, não somente como uma expressão ambígua, indefinida, (quase *inconceituável*), mas também como *fontes* de dissenso (quase *irreconciliável*) entre os doutrinadores consultados. Essa metáfora “flumines” mostrou-se imprestável... mas existente na(s) teoria(s) e, portanto, nas comunicações sociais, faltando determinar se, estando na sociedade, poderiam estar também no Direito sistêmico.

Ora, o sistema jurídico não acolhe simplesmente as informações/comunicações de seu entorno social e as introduz na sua estrutura. O que a sociedade *fala* precisa ser *traduzido* (Rocha, 2006,p.191) pelo Direito. Assim, a lei-texto, a jurisprudência-texto, a doutrina-texto, os adágios populares, as citações bíblicas, os aforismos gregos ou romanos, tão avocados pelos juristas, são exatamente *avocados* (hermeneuticamente *chamados a si*) pelo Direito para o Direito os falar na sua linguagem própria, ou seja, já “filtrados” pelo código e inseridos na sua estrutura sistêmica, (re)adaptados, coerentizados, traduzidos pelo e já com sentido jurídico sem o qual não são Direito.

As (clássicas) *fontes do Direito*, da Teoria (e da Dogmática) do Direito, não formam um sistema pela impossibilidade de lhes dar um sentido comum, pela impossibilidade de observar, nessas variadas fontes - pontos de partida, *protasis* -, uma unidade de sentido e de coerência. Elas são, portanto, *topologicamente*

externas ao sistema jurídico, servindo ao Direito quando este, *seletivamente*, avoca uma ou mais fontes que, coerentizadas estruturalmente, servem à justificação normativo-jurídica, servem à norma. *Avocar as fontes* designa precisamente o *medium* hermenêutico de *chamar a si*, ou seja, de atribuir sentido (e significado próprio) à comunicação sobre o *objectum*, o que está à frente e sobre o qual é *pro-jectado* todo o horizonte de conhecimentos do observador-intérprete.

IV

Ao Direito cabe, na Sociedade, o estabelecimento de “categorias suficientemente abstratas, capazes de estabelecer sentidos a longo prazo” (Luhmann, 1985, p.123), o que se pode também colocar, sob o prisma das comunicações normativas, ao Direito cabe o estabelecimento de normas.

Não se tratou aqui de uma teoria do discurso (jurídico) ou de uma teoria da argumentação. Tratou-se de inserir a tradicional *Teoria do Direito* na *Teoria dos Sistemas*, dando àquela uma linguagem ou uma terminologia que permitisse o enlace pela similitude de conceitos ou por simples homotetia.

O Direito é um espaço de dialogicidade, “e não um mero espaço de afirmação de monólogos cruzados que se manifestem como factos sociológicos” (Bronze, 1994, p. 341). É um espaço normativamente orientado (fenomenologicamente com sentido) e, como tal, por seu sentido, exige o convincente e fundamentado discurso *diketrópico*. A sua estrutura é formada por comunicações sociais, sem dúvida, mas não quaisquer comunicações (arbitrárias). O código luhmanniano (*Recht/Unrecht*) serve à redução da complexidade do (macro)sistema da sociedade e dá sentido ao discurso de

convencimento pelo qual o Direito se dá a conhecer, se expressa, ou seja, pelo qual, é possível distinguir (e designar) essas comunicações das demais comunicações sociais.

Esse discurso somente é entendido pelos operadores do Direito: é um discurso *topologicamente interno*. À Sociedade, ao sistema social, ou aos diversos outros (sub)sistemas sociais, não se exige convencimento. Nem, sociologicamente, esse convencimento se observa, bastando a aceitação, ou seja, que essa informação vinda do Direito (para a Sociedade, o discurso topologicamente externo) passe a integrar as operações possíveis dos sistemas sociais, a mais das vezes “adaptadas” ou conformadas aos códigos respectivos.

O sistema jurídico na sociedade é um sistema *autopoiético*, tanto que se reproduz por si mesmo na sua clausura operativa, mas é também um sistema *nomopoiético*, tanto que o seu operar resulta em normas (jurídicas). Os elementos constituintes do sistema jurídico são comunicações, sim, mas específicas, de sentido específico: têm um sentido normativo. No termo *norma* inclui-se a justificação da norma, que é comunicação de convencimento.

A justificação – o tornar *ius* - normativa diz o que é *Direito* (ou o que é *não-Direito*), ou seja, a justificação é a operacionalização do código luhmanniano *Recht/Unrecht*.

A justificação é um discurso visto este como um conjunto de *comunicações de sentido internas do sistema jurídico* dirigido a uma aplicação no *presente*. O presente serve apenas como momento de separação entre o passado e o futuro, pelo que o presente é *mutável*. Assim o é, então, a justificação (e a norma) porque o *presente* impregna (até estruturalmente) o discurso e impregna, portanto, (a compreensão e) o convencimento, mostrando o caráter contingente destes.

Então, o sistema autopoiético do Direito é distinguível, aparece ou expressa-se – no (macro)sistema social e por tal pode ser diferenciado – por um *discurso de convencimento* que, obviamente, inclui o não-convencimento, como a persuasão inclui a dissuasão, discurso esse que, visto pelo sociólogo, somente requer aceitação/recusa, como já se disse.

Se a norma, no sistema social visto pelo sociólogo, não requer justificção até por sua aceitação/recusa pelos afetados, no sistema jurídico uma comunicação (ou comunicações) se torna, pela *redundância sedimentar* das operações jurídicas, *norma jurídica* justificada *hic et nunc*, conquanto a justificção seja mutável, contingente, como é mutável e contingente o entendimento, o convencimento, a convicção, a persuasão, no *sistema psíquico* tão idêntico aos sistemas sociais como Luhmann refere.

O que faz ser *Direito/não-Direito* é a *justificção normativa* que é, simultaneamente, *justificção de fundamentação* e *justificção de aplicação*: a justificção normativa é o toque de Midas que distingue ou diferencia (mas não separa) o jurídico do social.

V

A contextura labiríntica do Direito tem várias “saídas” como resultados válidos da operacionalização “*Recht/Unrecht*”. A existência (artificial) deste código para dizer (ou ver) o que é Direito *na* Sociedade, e o que não é Direito, não elimina a possibilidade de que outro(s) código(s) se ramifique(m) quando o operar do sistema admite que *é* Direito. Pode, até, e é admitido por Luhmann, que um outro (*sub*)código, ainda jurídico, permita a diferenciação de um sistema *no* sistema jurídico. Isso é feito, por exemplo, com o sistema judiciário que forma um sistema dentro do sistema jurídico como se fosse um *núcleo duro*. A visualização dos diversos sistemas está precisamente nos critérios de diferenciação objetivados por códigos específicos próprios, exclusivamente característicos de cada sistema ou de cada subsistema diferenciado.

O tratamento teórico aqui dado não considerou essa diferenciação possível de sistema dentro do sistema jurídico, já que não se separou *um* Direito *na* sociedade de *um* Direito vindo do núcleo jurisdicional oficial. O operar sistêmico-clausurado leva a resultados normativos justificados, não se

distinguindo a gênese (original) das fontes que, no sistema social ou entorno do Direito, podem ser – às vezes são – estruturas de sentido.

De modo análogo, lança-se mão do código “*demne/indemne*” (dano/não dano) que opera (o sentido da) responsabilização *dentro* do sistema jurídico. Seria possível, obedecendo mesmo o marco teórico luhmanniano, diferenciar, por esse código, o sistema de responsabilidade *no* sistema jurídico. Não se fez isso – na visão do jurista – porque o resultado operacional será formado, sempre e ainda, por *programações condicionais contingentes* de caráter jurídico.

É, portanto, sob este último código, *Demne/Indemne*, que se deve procurar possíveis respostas do Direito *na e para* a sociedade de risco.

A contextura com que Luhmann trabalha é a do código “*Recht/Unrecht*” que estabelece, então, a diferença específica com os demais sistemas, visando as diferenciações. Do sistema social – da sociedade – e no sistema social, Luhmann diferencia diversos sistemas diferenciados por seu próprio código e sua própria programação. Restariam, contudo, todos os outros aspectos que, então, se diriam semelhantes entre todos os (sub)sistemas, ou seja, todos os demais sistemas teriam as mesmas características todas redutíveis a comunicações.

O observar, contudo, requer (imprescindivelmente) distinguir e designar, o que, desde logo, implica que observar depende da distinção que se usa. Com o código *demne/indemne* necessário é, então, visualizar a responsabilidade e o seu comportamento *atual* (passado trazido para o agora) no sistema de modo a projetar o *potencial* (o futuro “trazido” para o agora). Trata-se, pois, de “requisitar” as comunicações existentes, as sedimentadas e as não-ainda-sedimentadas, para, com elas, se *tentar pré-ver* as (potenciais) sedimentações das comunicações-decisões contingentes.

Esse *tentar pré-ver* é um exercício de risco decorrente exatamente da “qualidade” da (dupla) contingência que impregna todas as operações do sistema jurídico. Se, *no presente*, o Direito é imprevisível na construção normativo-justificativo-decisória, na “dimensão temporal daquilo que pode ser outro” (De Giorgi, 2006, p. 228), o futuro, o Direito é *mais imprevisível*. As probabilidades de que “possa ser outro” aumentam exponencialmente, tanto

mais que o comportamento sistêmico (social e jurídico) sempre oscila entre a *redundância* e a *variedade*, ora trazendo o passado sedimentado, ora (re)construindo um presente “esquecido” do passado. De qualquer modo, trazendo um passado que “poderia ser outro” ou (re)construindo um presente que poderia ser outro.

No entanto, sabendo-se que o sistema jurídico não é revolucionário, mas evolucionário com a sua historicidade/facticidade, pode *arriscar-se* um *continuum* contingencial que “podendo ser outro”, ainda assim seria traço do *continuum* certo de que somente o Direito pode dizer o que é Direito.

Nesse *continuum*, se projeta a *responsabilidade fluida*, de deveres fluidos.

VI

O que se procurou responder, paralelamente à questão central, é se o sistema social visto como sociedade de risco operacionaliza este “novo” elemento comunicacional, e como o faz, de modo a que o sistema jurídico possa dar (ou vir a dar) respostas satisfatórias de prevenção dos riscos e megarriscos que assolam o mundo.

A observação/compreensão/interpretação que se faz do sistema de Direito na sociedade, como (sub)sistema social que é (ênfatize-se), leva a antever – porque se vem observando, há tempos, sinais significativos – a generalização *normativa* da *responsabilidade por risco*.

Isso significa uma transformação dogmática que “esquece” – cada vez mais “esquece” – o dogmático *nexo de causalidade* entre determinada ação (ou omissão) e o dano, para poder, assim, determinar (macro)autores, uma “cúpula abrangente da responsabilidade coletiva”. O *nexo de causalidade* entre a ação e o dano é substituído por uma “causalidade probabilística” que gera uma

responsabilidade “impessoal” porque coletiva, de classe, de ramo profissional, de mercado.

O Direito, assim, na clausura da sua operacionalização normativa, “estimulado” pelo sistema político (parasitário), responde – e vai responder ainda mais – com diretrizes de “despersonalização” ou de “despessoalização” como se o *iuris* fosse a *lex* que trata todos igualmente. O Direito passa a sofrer, então, uma tal *pressão* ambiental que passa a raciocinar (e, portanto, argumentar e decidir sob uma *mudança* estrutural) sob a idéia generalizada de que a política (ou a economia, ou a ciência, ou a religião) é mais *culpada* (ou *causadora*) do que o indivíduo criminoso ou o autor direto de danos. A negação do dogmático nexos causal é meio de proteção do sistema: é proteção contra a rigidez dos padrões habituais que perderam vigência no entorno (Luhmann, 1998a, p. 336).

Nesse caminho, o sistema jurídico parece querer “amedrontar” (ou avisar, ou prevenir) as *cúpulas* no sentido de que *toda* a responsabilização por riscos irá recair sobre elas e não sobre os (verdadeiros) agentes individuais da ação ou da omissão arriscada e danosa. O sistema jurídico operacionaliza, assim, o seu “papel” de prevenção - reconstruindo a memória de seu passado para projetar o futuro -, mas, primordialmente, preserva, em autodefesa, a sua própria existência autônoma e sua própria coerência de sentido: o dano *deve ser* reparado. Ao sistema *despessoalizado* não importa *por quem* - esse é o “sentido a longo prazo” -, mas, sim que haja reparação de tal modo que a substituição de um risco por outro apareça como a resposta certa, única, benéfica para a *sociedade cosmopolita de risco*.

Como a *certeza* que se tem é a da *incerteza* do Direito, a conclusão formulada tem um *risco* (pela imprevisibilidade do sistema) que somente no tempo é possível saber que *outra* conclusão poderia ter sido formulada, de qualquer modo também com o risco de *não convencer*. Mas o não-convencer é também convencer de outra forma.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre Filosofía del Derecho*. México: Fontamara, 1995. 115 p.

ALCHOOORRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1993. 277 p.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. 355 p.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPS JR., Dalmir. *Niklas Luhmann : Do sistema social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 301-344.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. *Niklas Luhmann: Do sistema social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. 389 p.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 456 p.

AURÉLIO, Diogo Pires. *A vontade de sistema: estudos sobre filosofia e política*. Lisboa: Cosmos, 1998.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Por que punir? In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos [Mestrado e doutorado, anuário 2007, n. 4]*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2008. p. 255-276.

----- . Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel. In: BALDI, César Augusto (org.) *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 651 p.

BARRETTO, Vicente de Paulo; SCHIOCCET, Taysa. Bioética: dimensões biopolíticas e perspectivas normativas. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos* [Mestrado e doutorado, anuário 2005, n. 2]. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006. p. 255-276.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 239 p.
----- *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. 119 p.
----- *Comunidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. 141 p.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. 304 p.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. 3.ed. Petrópolis: Vizes, 2008. 360 p.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: ed. 70, 1992. 383 p.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1991. 278 p.
----- *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Polis, 1989. 184 p.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luís. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 247 p.

----- *Do estado social das "carências" ao estado social dos "riscos". Ou: de como a questão ambiental especula por uma "nova cultura" jurídico-política*. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos* [Mestrado e doutorado, anuário 2007, n. 4]. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2008. p. 65-77.

BOMBASSARO, Luiz Carlos. *As fronteiras da epistemologia: como se produz o conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 1992. 144 p.

BORNHEIM, Gerd. Crise da idéia de crise. In: Bignotto, Newton et alie. *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 47-66.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 481 p.

BRONZE, Fernando José. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença: (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*. Coimbra: Coimbra, 1994. 619 p.

CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2002, 161 p.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2002. 296 p.

------. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1997. 256 p.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del Derecho*. Madrid: Trotta, 1998. 190 p.

CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil: a teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Centelha, 1981. 101 p.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito hoje e com que sentido?: O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, s. d. 75 p.

------. *Quadro das principais perspectivas actuais de compreensão da juridicidade, na sua projecção metodológica: notas introdutórias*. Coimbra: Coimbra, 1995. 51 p.

------. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993. 306 p.

CASTORIADIS, Cornelius. *Figuras do pensável: as encruzilhadas do labirinto*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. 290 p.

CLAM, Jean. A autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 87-155.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 602 p.

CONTENÇAS, Paula. *A eficácia da metáfora na produção da ciência: o caso da genética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. 176 p.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. 191 p.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *"Class action" e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990. 92 p.

DAMÁSIO António R. *O erro de Descartes: Emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. 330 p.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 256 p.

------. *Direito, democracia e risco: Vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. 263 p.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. 643 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 33, jan-mar.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 39-65.

ECHEVERRÍA, Javier. *Introdução à metodologia da ciência: a filosofia da ciência no se´culo XX*. Coimbra: Almedina, 2003.339 p.

ECO, Humberto. *Obra abierta*. Buenos Aires : Planeta Argentina, 1992. 351 p.

EWALD, François. Le droit du droit. In : *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique]. Paris : Sirey, 1986, p. 245-259.

FERRAZ JR. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1993. 199 p.

------. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 181 p.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 307 p.

GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate, 1992. 214 p.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 301-344.

GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 441 p.

GRÁCIO, Rui Alexandre. *Racionalidade argumentativa*. Porto: Asa, 1993.158 p.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.226 p.

GUIBENTIF, Pierre. A comunicação jurídica no quotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. *Niklas Luhmann : Do sistema social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 175-217.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo, Landy, 2004. 423 p.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. 102 p.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1995, v. 1.
----- . *Que é uma coisa?* Lisboa: ed. 70, 1992. 242 p.

JUSTO, A. Santos. *A locatio-conductio rei* (Direito Romano). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz. *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2006. p.155-179.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 680 p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994. 427 p.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. 534 p.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 406 p.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma "recepção"*. Lisboa: Fragmentos, 1990. 325 p.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Madrid: Edersa, 1978. 872 p.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 613 p.

LOZANO, Jorge; PEÑA-MARIN, Cristina; ABRIL, Gonzalo. *Análise do discurso: por uma semiótica da interação textual*. São Paulo: Littera Mundi, 2002. 316 p.

LUHMANN, Niklas. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito*. ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107.

----- . *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. 675 p.

----- . *Sistemas sociales: Lineamentos para una teoria general*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998a. 445 p.

----- . *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana; Triana, 1998b. 285 p.

----- . *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996. 179 p.

------. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995. 267 p.

------. *Teoria política en el estado de bienestar*. Madrid : Alianza, 1993. 170 p.

------. L'unité du système juridique. In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique]. Paris : Sirey, 1986, p.

------. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.

------. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 212 p.

------. *Sistema giuridico e dogmática giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978. 161 p.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 5. ed. Milano: FrancoAngeli, 1993. 400 p.

MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1994. 388 p.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-157.

MATA MACHADO, Edgar da. *Elementos de Teoria Geral do Direito: Introdução do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995. 408 p.

MATEIRO, Mário Martins. Pensar o Direito: fragmentos de um ensaio de autopoiesis jurídica. In: *Justiça do Direito*, v. 11. Passo Fundo: Editora da UPF, 1997. p. 11-20.

------. Un abordaje autopoético de la responsabilidad. In: ALTERINI, Atílio Aníbel; CABANA, Roberto M. Lopez. *La responsabilidad: homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*. Buenos Aires, Abelçedo-Perrot, 1995. p. 63-71.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 426 p.

MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil: Parte Geral*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995. 851 p.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 103-125.

NEVES, Marcelo. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: ARNAUD, André-Jean; LOPS JR., Dalmir. *Niklas Luhmann : Do sistema social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 145-173.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994. 263 p.

OLIVÉ, Leon. *Racionalidad epistémica*. Madrid: Trotta, 1995. 278 p.

ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998. 135 p.

OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, s.d. 442 p.

----- . Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autoipoiétique appliqué au droit. In : *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique]. Paris : Sirey, 1986, p. 133-162.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: ed. 70, 1989. 380 p.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 168 p.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS- TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 653 p.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 359 p.

RANSANZ, Ana Rosa Pérez. Racionalidad y desarrollo científico. In: OLIVÉ, Leon. *Racionalidad epistémica*. Madrid: Trotta, 1995. p. 171-201.

RENAUT, Alain. *O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. Rio de Janeiro: Difel, 1998. 112 p.

RICOUER, Paul. *A metáfora viva*. São Paulo: Loyola, 2000. 500 p.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos [Mestrado e doutorado, anuário 2007, n. 4]*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2008. p. 167-182.

----- . Sistema do Direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a autopoiese. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:*

programa de pós-graduação em direito da Unisinos [Mestrado e doutorado, anuário 2005, n. 2]. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006. p. 181-193.

----- . *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. 204 p.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria dos sistemas autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 163 p.

ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jéferson Luiz Della Valle. Notas introdutórias à concepção sistêmica de contrato. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 283-309.

RODHEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2002.

ROMESÍN, Humabero Maturana; GARCÍA, Francisco J. Varela. *De máquinas e seres vivos : Autopoiese - a organização do vivo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2002. 138 p.

ROSS, Alf. *Hacia una ciencia realista del derecho: critica del dualismo en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. 333 p.

RUSSO, Eduardo Ángel. *Teoría general del Derecho: en la modernidad y en la posmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. 373 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. 415 p.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia : la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999. 130 p.

SÈVE, René. Introduction. In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 34 [Le système juridique]. Paris : Sirey, 1986, p. 1-10.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 405 p.

STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí, RS: Editora Unijuí, 2002. 196 p.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermenauta. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* n. 5 [A filosofia no

Direito e a filosofia *do* Direito]. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007, p. 125-144.

----- . Constitucionalismo e concretização de direitos no Estado Democrático de Direito. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 111-142.

----- . Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em direito da Unisinos [Mestrado e doutorado, anuário 2005, n. 2]. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006. p.137-180.

----- . *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 239. 342 p.

----- . Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais constitucionais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, n. 2 [(Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições], 2004b. p. 243-284.

----- . Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*, 2003. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003, p. 239-240.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: Ibej. 2001. 48 p.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba, SP; Unimep, 2005. 300 p.

----- . *O Direito como sistema autopoietic o*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. 357 p.

----- . How the Law thinks: toward a constructivist epistemology of Law. In: *Law & society Review* [v. 23, number 5]. 1989a. p. 727-757.

----- . "Et Dieu rit...": Indétermination, autoréférence et paradoxe en droit. In: *Archives de Philosophie du Droit* [tome 34 - Le sujet de droit]. Paris: Sirey, 1989b. p. 260-293.

TROPER, Michel. *Système juridique et État*. In: *Archives de Philosophie du Droit* [tome 31 - Le système juridique]. Paris: Sirey, 1986. p. 29-44.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do Direito : Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.292 p.

VERNENGO, Le droit est-il un système ? In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 36 [Droit et science]. Paris : Sirey, 1991, p. 253-264.

WARAT, Luis Alberto [com a colaboração de Leonel Severo Rocha]. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. 120 p.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Edusp, 2001. 294 p.

ZILLES, Urbano. *Teoria do conhecimento*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1995. 168 p.