UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

GUSTAVO ADOLFO MENEZES VIEIRA

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E TRANSCONSTITUCIONALISMO:
PERSPECTIVAS SISTÊMICAS

Salvador
2013

GUSTAVO ADOLFO MENEZES VIEIRA

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E TRANSCONSTITUCIONALISMO:

PERSPECTIVAS SISTÊMICAS

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto.

Salvador
2013

GUSTAVO ADOLFO MENEZES VIEIRA

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E TRANSCONSTITUCIONALISMO:

PERSPECTIVAS SISTÊMICAS

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia e aprovada pela seguinte banca examinadora:

_____

MANOEL JORGE E SILVA NETO
Doutor em Direito (PUC/SP)
Docente do PPGD UFBA

_____

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA
Doutor em Direito (PUC/SP)
Docente do PPGD UFBA

_____

SANDRA REGINA MARTINI VIAL
Pós-Doutora em Direito (Universidade de Salerno)
Docente da UNISINOS

Salvador, 16 de maio de 2013.

A meus pais, José Válmore e Araceles Menezes Vieira

AGRADECIMENTOS

De início, cumpre registrar o agradecimento ao Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto, exemplo de dedicação ao magistério e profissionalismo no trato do Direito, pela acolhida acadêmica e extraordinária possibilidade de descortinar novos horizontes profissionais. Agradeço ademais aos membros, professores e funcionários, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA, pela oportunidade ímpar de aprendizado nesse egrégio estabelecimento, minha *alma mater*, a que todos mantêm acesa a chama, no que faço referência ao Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia. Agradeço igualmente aos amigos e colegas que, tanto próximos quanto alhures, contribuíram à realização desse trabalho, dos quais por todos, cito a Marta de Oliveira Torres e Maria-Theresia Graßer. E por fim, agradeço especialmente a minha família pelo incondicional apoio e inestimável presença em minha vida.

"*müssen die Menschen selber sich ökumenische, die ganze Erde umspannende Ziele stellen.* [...] *Hierin liegt* die *ungeheure Aufgabe* der *großen Geister* des *nächsten Jahrhunderts*".
Menschliches, Allzumenschliches

"A humanidade deve se propor metas universais que abarquem todo o planeta [...] Nisso radica o incrível desafio a ser enfrentado pelos grandes espíritos do século vindouro".
Humano, demasiadamente humano.

Friedrich Nietzsche

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto analisar os novos desafios da interpretação constitucional em um contexto de cada vez maior (des) integração da sociedade mundial. O incremento hodierno de relações transfronteiras impinge uma abertura autopoiética da Constituição para além do Estado, haja vista que os problemas centrais que levaram a eclosão do constitucionalismo (limitação dos poderes e garantia de direitos) são comuns (quando não idênticos) a diversas ordens normativas no plano mundial. A questão que urge, desse modo, consiste em como dialogar as tensões imanentes entre a exceção solipsista soberana e as pressões de sentido normativo decorrentes de regimes jurídicos globais. Nesse quadro, o transconstitucionalismo surge como opção teórica de fundo sistêmico, situada em um ambiente no qual a interpretação constitucional encontra-se em crise, "estilhaçada" por diversas outras pretensões de juridicidade. A alternativa transconstitucional coloca então, a partir do conceito sistêmico de acomplamento estrutural, a Constituição como mecanismo promotor de racionalidade transversal entre sistema jurídico e político, capaz de transacionar múltiplas complexidades em um todo coerente. O transconstitucionalismo promove assim uma mudança paradigmática voltada a vetores de globalidade, de modo a estabelecer conversações jurídicas de natureza cooperativa e heterárquica, voltadas à máxima convergência congruente de expectativas sociais. O presente trabalho propõe, portanto, uma perspectiva holista de interpretação (trans) constitucional que possibilita *insights* criativos, mediante transigência mútua entre ordens normativas diversas no sistema global.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Teoria dos sistemas. Transconstitucionalismo.

ABSTRACT

The following dissertation aims at analyzing the new challenges of constitutional interpretation, in a context of increasing (des) integration of world society. The enhance of transterritorials relations nowadays foist an autopoietic opening of Constitution beyond the State, considering that the core problems that led to the outbreak of constitutionalism (limitation of powers and guarantee of rights) are common (if not identical) to various normative orders in world level. The question, thus, consists in how to dialogue the inherent tensions between the solipsistic sovereign exception and the normative pressures of meaning stirring from global legal regimes. The transconstitutionalism arises hence as a theoretical option of systemic background, placed in an environment in which constitutional interpretation is in crisis, "shattered" by several other claims of legality. The transconstitutional alternative then lays the Constitution as a promoting mechanism of transversal rationality between legal and political system, able to transact multiple complexities into a coherent whole. The transconstitutionalism promotes so a paradigm shift aimed at vectors of globality, in order to establish cooperative and heterarchal juridical conversations, focused to the greatest congruent convergence of social expectations. This study therefore proposes a holistic perspective of (trans) constitutional interpretation, that allows creative insights through a mutual compromise among various normative orders in global system.

Keywords: Constitutional interpretation. Theory of systems. Transconstitutionalism.

ABREVIATURAS

BVerfGE	*Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão)
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)
CEDH	Convenção Europeia de Direitos humanos
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
ICANN	*Internet Corporation of Assigned Names and Numbers*
STF	Supremo Tribunal Federal
TAS	Tribunal Arbitral do Esporte
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E (M) CRISE 14

2.1 ASCENSÃO E QUEDA DA ORDEM MODERNA 15

2.2 SOBRE INTERPRETAÇÃO E HERMENÊUTICA 20

2.2.1 Da(s) (pré) compreensão(ões) acerca do conceito de interpretação 20

2.2.2 Dos contributos da hermenêutica filosófica 24

2.2.3 Da evolução paradigmática da hermenêutica jurídica 28

2.2.4 Desafio kelseneano e pós-positivismo 36

2.3 SOBRE CONSTITUIÇÃO E SOBERANIA 44

2.3.1 Das(pré) compreensões acerca da Constituição 44

2.3.2 Do Estado soberano ao Estado constitucional 47

2.3.3 Da evolução paradigmática do constitucionalismo 56

2.3.4 Da globalização da soberania: réquiem ao Leviatã 62

2.4 HERMES E (M) WESTPHALIA 66

3 CONSTITUIÇÃO E (M) AUTOPOIESE 70

3.1 HORIZONTES TEÓRICOS 70

3.2 TEORIA DOS SISTEMAS EM PERSPECTIVA 75

3.2.1 Distinção e observação 75

3.2.2 O camelo do Kadi 80

3.2.3 Sistema e ambiente 84

3.2.4 A tentação de Iblis 89

3.3 O SISTEMA JURÍDICO EM EVOLUÇÃO 91

3.3.1 Autorreferência constitutiva 91

3.3.2 Procedimento e contingência 97

3.3.3 Dinâmica autopoética 103

3.3.4 Constituição e processo 109

3.4 HIERARQUIAS ENTRELAÇADAS 113

4 A ALTERNATIVA (TRANS) CONSTITUCIONAL 117

4.1 A SOCIEDADE MUNDIAL COMO *UNITAS MUTIPLEX* 117

4.2 DA INTERPRETAÇÃO TRANSCONSTITUCIONAL 120

4.2.1 Da arquitetura piramidal à heterarquia reticular 120

4.2.2 Conversações transconstitucionais e jogos cooperativos 123

4.2.3 Da alteridade sistêmica à argumentação jurídica 129

4.2.4 A Comissão de Veneza como espaço interativo 135

4.3 DA PRÁTICA TRANSCONSTITUCIONAL 139

4.3.1 Relações *inter* e *supra* nacionais 139

4.3.2 Relações *inter* e *extra* estatais 148

4.3.3 Relações transnacionais 151

4.3.4 Relações multiangulares 153

4.4 LIMITES E POSSIBILIDADE DO TRANSCONSTITUCIONALISMO 155

5 CONCLUSÃO 162

REFERÊNCIAS 165

1 INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2004, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), sediado em Estrasburgo, condenou o Estado alemão por violação do art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que versa sobre "direito ao respeito pela vida privada e familiar", em face da princesa Carolina de Mônaco. O caso *Von Hannoven x Deutschland* versara sobre um problema típico de colisão de eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, envolvendo, de um lado, a liberdade de imprensa, e, de outro, diretos da personalidade, tema este já bastante debatido pela jurisprudência tedesca, como bem ilustra o célebre precedente *Lebach*[1].

Em linhas gerais, a *quaestio iuris* do caso *Von Hannoven* envolvia a pretensão da princesa em evitar a publicação de fotos feitas por *paparazzi* sobre sua vida privada em tabloides alemães. A decisão da Corte Europeia confrontara-se com entendimentos reiteradamente esposados nas instâncias judiciais da Alemanha desde a Corte Regional (*Landgericht*) à Corte de Apelação (*Oberlandesgericht*) de Hamburgo, passando pelo Tribunal Federal de Apelação (*Bundesgerichtshof*) até alcançar a mais alta instância do Judiciário daquele país. Com efeito, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht - BVerfGE*) estabelecera um critério decisório escalonado, pautado pela máxima da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) que levava em consideração, entre outros fatores, os locais onde foram tiradas as fotos.

No particular, o Tribunal de Estrasburgo, apesar de reconhecer certa margem de manobra de seus homólogos estatais, considerou que, *in casu*, "as cortes alemãs não colimaram um justo equilíbrio entres os interesses em conflito[2]". O discrímen, adotado como *conditio sine qua non* de uma restrição legítima ao direito fundamental à intimidade, estaria

---

[1] *Cf. BVerfGE* 35/202 de 1973. Esse caso envolvia pedido de obrigação de não fazer consistente na vedação de emissão de documentário jornalístico sobre um delito de grande repercussão nacional, o assassinato de soldados alemães na localidade *Lebach*, na região de Sarre. O requerente, que houvera sido condenado na qualidade de cúmplice da atividade criminosa, reputara a veiculação do documentário, às vésperas da concessão de sua liberdade condicional, como especialmente lesiva aos propósitos de sua ressocialização (SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevidéu: Konrad Adenauer, 2005, p.486-488). No caso, a Corte de Karlsruhe, pautada pela ponderação de princípios (*Abwägung*), estabeleceu uma precedência geral do direito de informar, porém sujeita a uma cláusula *ceteris paribus* de atualidade da notícia. Não observado tal condicionante, a vinculação do noticiário implicaria em lesão ao direito de ressocialização de algum condenado, prestes a sair da prisão (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.103).

[2] Tradução livre do original: *The German courts did not strike a fair balance between the competing interests* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Von Hannover v. Germany*. *Application* no. 59320/00 - *Judgement*. Strasburg, abr. 2004, p.29).

relacionado a uma liberdade de imprensa vocacionada à tutela do "interesse público" que com "interesse do público" não se confunde. Nesse prisma, interesses puramente comerciais ou de curiosidade da população em geral não teriam o condão de afastar a esfera de intimidade de outrem. O *locus* de tomada de fotos, portanto, não arrefeceria os direitos da personalidade da princesa de Mônaco, quando a mesma encontrava-se indubitavelmente em situações privadas, e não em atos públicos ou compromissos oficiais.

Esse entrelaçamento de jurisdições diversas em temas envolvendo questões de direitos em comum configura uma problemática crescente no cenário mundial, cujo enfrentamento revela-se imperativo inescusável por parte da dogmática constitucional contemporânea. É a partir desse tipo de situação problema, ilustrada pelo caso supradelineado, que se desenvolve o questionamento do presente trabalho científico: como responder de maneira juridicamente apropriada (normativamente consistente e cognitivamente adequada) esse tensionamento de ordens jurídicas com pretensão de validades normativas análogas.

Para cumprir esse desiderato, trabalha-se aqui com a hipótese de que a alternativa transconstitucional constitui não apenas uma opção viável, mas um imperativo funcional de ordem sistêmica[3], possibilitador de diálogos construtivos e intercâmbios criativos entre racionalidades jurídicas diversas, no seio de uma sociedade mundial heterárquica em constante transformação[4].

---

[3] O transconstitucionalismo aqui trabalhado relaciona-se primariamente à proposta teórica esposada por Marcelo Neves em sua tese para o concurso de professor titular de direito constitucional do Largo de São Francisco, estando inserida no paradigma sistêmico autopoiético desenvolvido por Niklas Luhmann, marco epistemológico a ser perlustrado na presente dissertação.Nesse sentido, ao se falar de Teoria dos Sistemas na presente dissertação estar-se-á referindo à acepção empregada pela Escola de Biefeld (LUHMANN, Niklas. Le droit comme système social. *Droit et Societé*, Paris, n.11/12, p.53-67, 1989). No particular, Marcelo Neves (A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Plural*: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, n.11, p.121-133, 2004, p.130) coloca-se como um "discípulo heterodoxo" de Luhmann. Vale dizer que o paradigma "sistêmico" luhmanniano não se confunde com o referencial "sistemático" da tradicional doutrina jurídica. O primeiro encerra uma complementaridade recíproca entre fatores internos e externos ao direito, pautados pela indissociável dualidade sistema/ambiente. O segundo, não se refere a essa dualidade, antes a uma aspiração de completude do sistema jurídico como um todo. Se o primeiro tem uma noção de sistema que alberga a dicotomia fechado/aberto, o segundo trabalha com uma noção de sistema que se debruça sobre si mesmo. Para uma análise rica e diversificada acerca das diferentes construções jurídico-sistemáticas, de Heck a Kelsen, vide CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

[4] O transconstitucionalismo não se confunde com transjuridicismo medieval por ser estranho neste a discussão constitucionalista de garantia de direitos e de limitação do poder político. Tampouco se confunde com interconstitucionalismo, que inclui relações intersistêmicas apenas entre ordens jurídicas que satisfaçam exigências constitucionais. Como se verá mais adiante, Marcelo Neves considera abarcável no conceito de transconstitucionalismo até mesmo as relações entre ordem jurídica internacional e movimentos paraestatais terroristas.

Estabelecidas as balizas metodológicas que guiam esse trabalho, a saber, problemática de pesquisa, pergunta de partida, hipótese de trabalho e referencial teórico ora adotado, cumpre estabelecer seu *iter* expositivo:

Na primeira parte da dissertação, intitulada "Interpretação constitucional e (m) crise[5]" é delineado o ambiente de fragmentação epistêmica da atualidade e suas repercussões no âmbito tanto da Teoria da Constituição, como da conformação do Estado de Direito. Para esse mister, reputa-se necessário o desenvolvimento de uma genealogia compreensiva que vai além do marco jurídico-hermenêutico de uma filosofia da consciência (pós-Königsberg) e do marco jurídico-político da exceção solipsista soberana (pós-Westphalia). Objetiva-se, outrossim, evitar profilaticamente ver os novos desafios do (trans) constitucionalismo contemporâneo com os olhos de antanho.

Por sua vez, a segunda parte do trabalho, denominada "Teoria dos sistemas e (m) autopoiese", destina-se a exame instrumental analítico do pensamento sistêmico luhmanniano, de modo a familiarizar o leitor com seus principais elementos constitutivos. Uma adequada compreensão do transconstitucionalsimo não pode descurar de uma análise percuciente do referencial epistemológico que lhe é subjacente[6]. Desse modo, a Constituição é abordada a partir de conceitos como complexidade, estrutura, expectativa, sistema, ambiente, acoplamento estrutural, dentre outros. Assim pode-se compreender a interpretação constitucional como resultado de processos autopoiéticos de reprodução sistêmica, em torno de hierarquias entrelaçadas.

Por seu turno, na terceira parte da dissertação, nomeada de "A alternativa (trans) constitucional", adentra-se no paradigma transconstitucional propriamente dito. Ultrapassa-se nesse momento a própria noção sistêmica de Constituição como acoplamento estrutural, em prol de um modelo de entrelaçamento complexo entre racionalidades jurídicas transversais diversas (*supra*, *inter*, *trans*, *extra*, estatais), no seio de uma sociedade mundial de níveis múltiplos. Nesse quadro, o modelo normativo hierárquico kelseniano é afastado em prol de uma circularidade heterárquica reticular entre *locus* decisórios distintos no plano global.

---

[5] O título, como resta cediço, guarda certa correspondência com obra de Lênio Streck denominada "Hermenêutica jurídica e(m) crise"; contudo, a proximidade teórica com o aludido autor se resume à constatação, por todo evidente, de se vivenciar hordienamente uma transição paradigmática no campo da interpretação do direito.

[6] Não é despiciendo dizer que esta é, inclusive, uma prática utilizada pelo próprio Marcelo Neves, que reserva parte considerável de suas obras à apresentação de elementos curiais do pensamento. É o que ocorre, *vg*, nos livros de sua autoria: *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008; e *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007. Vale dizer que o subtítulo do presente trabalho encontra-se no plural por cotejar diferentes perspectivas teóricas sobre o tema.

2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E (M) CRISE

O processo Carolina de Mônaco é apenas um caso de uma série de problemáticas que exsurgem no fractal epistemológico derivado do tensionamento entre múltiplos centros de gravidade normativa em escala mundial. Nesse quadro, o *rompecabezas* constitucional, nos dizeres de Lorenzo Martín-Retortillo[7], passa a ilustrar contraexemplos problemáticos, constituindo, no mais das vezes, verdadeiras anomalias, no sentido que lhe dá Thomas Kuhn[8]. Isso decorre não de uma "*mala disposición mental de lós juristas sino en el agotiamntiento de um único y seguro horizonte de expectativa*[9]". Objetiva-se na primeira parte dessa dissertação, realizar breve genealogia teórica ou, nos termos do paradigma sistêmico, situar o "ambiente" de (pós[10]) modernidade, no qual se encontra inserida a discussão em torno da interpretação (trans) constitucional. Afinal, a extensão do significado de qualquer derivação por prefixação como (trans) constitucionalismo ou (pós) positivismo tem como requisito a correta compreensão de seu núcleo semântico. Desse modo, será analisado em que consiste o ideário constitucional positivista moderno e as condições de sua superação. Assim, podem ser mais bem compreendidos os impactos e desdobramentos da crise de modelos interpretativos da Constituição, bem como da concepção de Estado a esta subjacente.

Em que pese a delimitação de um corte epistemológico específico, incidente sobre o referencial teórico sistêmico do transconstitucionalismo, não se pretende aqui fazer transparecer que a alternativa ora esposada seja a única proposta normativa voltada a lidar com a problemática em tela. Ao contrário, está-se diante de mais uma leitura do campo jurídico, entre tantas outras possíveis no caleidoscópio epistêmico da Teoria da Constituição. Não se pode perder de vista que um debate está sendo travado, logo, a impressão de monólogo não deve ser feita. O que se evita nesse trabalho, visto que foge às pretensões de seu referencial teórico é a crítica pormenorizada de cada uma dessas (con) correntes teóricas. Cumprir tal desiderato exigiria um fôlego intelectual renovado, cuja *condito sine qua non* seria o domínio aprofundado de cada uma delas.

---

[7] MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo Martín; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.

[8] KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

[9] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009, p.146.

[10] A prefixação em parênteses tem como fim realçar o dissenso em torno da superação ou aprofundamento da modernidade, que se reflete na diversidade terminológica adotada, *vg*: "hipermodernidade" (LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Barueri: Manole, 2007); "modernidade tardia" (GIDDENS, Antony. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2005); "modernidade reflexiva" (BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: EDUSP. 1995); dentre outros.

Em outras palavras, a adoção do paradigma transconstitucional, portanto, deve ser avaliada mais pelas vantagens analíticas de sua consistência teórico-científica do que por eventuais insuficiências de outros modelos.

2.1 ASCENSÃO E QUEDA DA ORDEM MODERNA

Em uma aproximação preliminar, pode-se dizer que, originariamente, a modernidade traz ínsita uma ideia de ruptura, de instauração do novo, e está relacionada à superação da ordem tradicional medieval. As circunstâncias dessa cisão decorrem de um conjunto multifacetário de fatores pouco propícios a uma enumeração exaustiva[11]. Entrementes, pode-se elencar a descoberta do Novo Mundo, o Renascimento e a Reforma como os acontecimentos primordiais na gênese da moderna[12]. De acordo com Niklas Luhmann[13], a ruptura que esses acontecimentos representam pode ser entendida como reflexo do aumento de complexidade ambiente na sociedade europeia e as insuficiências daí decorrentes sobre um modelo de organização social monolítico, predominantemente religioso, característico da Idade Média. Sob esse crivo, pode-se dizer que, na conformação social medieval, havia uma desdiferenciação entre diferentes esferas comunicativas: as ordens jurídica, moral, familiar, política e religiosa confundiam-se, com proeminência desta última.

O advento da modernidade, contudo, exaure esse modelo, fazendo com que o aspecto ordenador da religião passe por um processo de secularização e imanentização de seus esquemas cognitivos transcendentes, permitindo a emergência de novas relações sociais. A título de exemplo, pode-se citar que, no âmbito econômico, os impedimentos religiosos contra a usura perdem sua força, permitindo o surgimento de um sistema bancário incipiente; ou que, no campo intelectual, a higidez da censura eclesiástica, consubstanciada pelo *Index*, esvanece, possibilitando maiores avanços científicos.

Dessa forma, a modernidade pode ser enxergada como um construto evolutivo da sociedade ocidental, resultado de um longo processo de diferenciação sistêmica funcional e complexificaçao social crescente.

---

[11]BITTAR, Eduardo. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.37-38. Elenca dezenas.

[12]HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. A esses eventos, Hannah Arendt acrescenta ainda as descobertas astrofísicas de Galileu (ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2007).

[13]LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

O impacto das duas grandes revoluções europeias, a francesa e a industrial, dupla face da consolidação da sociedade moderna, leva às últimas consequências essa dinâmica de dissolução da ordem tradicional: "Tudo que é sólido desmancha-se no ar[14]". Não obstante, a modernidade, ao romper com a ordem tradicional teocrático medieval, simultaneamente traz a necessidade da conformação de uma nova configuração social. O projeto moderno corresponde em grande parte a essa tentativa de "reencaixe do que fora desencaixado[15]", a partir de dois pilares essenciais: emancipação e regulação; racionalidade prática e instrumental[16]. O veículo possibilitador dessa transição foi a substituição da fé em Deus pela fé na razão redentora[17], credo do Iluminismo, que paradoxalmente tem seu embrião no "*omnibus dubitatum est* de Descartes[18]".

Para além da dúvida metódica cartesiana, porém, é a concepção da razão universal de Imannuel Kant[19] que configura o mais pleno exemplo do que fora o projeto moderno. A crítica prática kantiana está alicerçada em uma racionalidade moral que possa ser universalizável, ou seja, válida para todo ser natural. Recorre-se, portanto, a uma faculdade superior de desejar, apreendida a partir do postulado de liberdade transcendental. Para tanto, sua construção leva em consideração, precipuamente, a forma em detrimento do conteúdo, mediante um imperativo categórico apodítico derivado da razão pura.

O *cogito* cartesiano e a razão universal kantiana vão marcar o modelo de racionalidade moderna, centrado no sujeito e dissociado do objeto, o que reverberará no modelo interpretativo do direito até o século XX. A racionalidade moderna volta-se a si mesma;

---

[14]Tradução livre do original: "*All that is solid melts into air*" (MARX, Karl. *The communist manifesto*. [s.l.]: The Project Gutenberg EBook, 2005, p.4). O impacto da modernidade fora tamanho, no que tange à ordem tradicional, que a própria acepção de "Revolução" sofreu uma mudança denotativa assaz significativa. Até então revolução referia-se a um retorno ao início, a retomada de uma "velha era" e não instauração de uma nova. O conceito ligava-se, deveras, a um ideal de crítica ao contexto presente. O que se fulgurava como alternativa, porém, não era a criação de algo *ab ovo*, mas a tentativa de recondução a um momento histórico anterior no qual supostamente os problemas presentes não tinham espaço. Contudo, a queda do *Áncien regime* e consolidação do Estado burguês, impactaram tão profundamente a sociedade europeia, que logo ficou patente o advento de um *momentum* histórico que em nada se assemelhava com seus precedentes, modificando o próprio valor semântico da expressão "revolucionário". Para uma análise especificamente sobre as mudanças operadas em torno do conceito de liberdade dos antigos (participação política) e dos modernos (não intervenção privada), vide CONSTANT, Henri-Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, Porto Alegre, n.2, p.1-7, 1985.

[15]BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.45.

[16]SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica de la razón indolente:* contra el desperdício dela experiencia. Bilbao: RGM, 2003.

[17]MURICY, Marília. Breves notas sobre direito e pós-modernidade. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, v.1, n.1, p.150-156, 1996.

[18]ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.286.

[19]KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

afinal, liberto das amarras teocráticas, o homem "tornou-se tão completamente livre que não precisa de padrões exceto o seu próprio[20]". Essa potência da razão marca as pretensões omniabarcadoras da modernidade europeia e o advento da ciência como fórmula privilegiada de conhecimento. Ao opor-se ao dogmatismo autoritário medieval, a revolução científica opera a distinção entre ciência e senso comum, entre natureza e homem. Nessa seara, a suposta certeza matemática das ciências naturais passa a ocupar um *locus* privilegiado, tido como exemplo a ser seguido mesmo pelas humanidades, entre as quais o direito[21].

Nesse quadro, a razão coloca-se como capaz não apenas de compreender o mundo, mas de controlá-lo. A noção de cultura, concebida no século XVIII como *civilisation*, *Bildung* ou *réfinement*, contém justamente essa mensagem em sua origem: um projeto racional supra atribuidor de sentido[22]. Progresso, ordem, utopia, grandes narrativas, a burocratização do mundo, nos termos de Max Weber[23], incorporam-se ao vocabulário moderno. É nesse contexto que, para usar a metáfora de Zygmunt Bauman[24], ascende o ideário de "legislador", enquanto autoridade competente para deliberar sobre controvérsias, alicerçado em uma pretensão de conhecimento objetivo da comunidade política. Em sua acepção ampla, pode-se dizer que é "legislador" Francis Bacon[25], ao propor como seria a Nova Atlântica, Immanuel Kant[26], ao referendar o ideal de Paz Perpétua, ou Friedrich Hegel ao vaticinar o "fim da história", retomado recentemente por Francis Fukuyama[27]. Em sua acepção jurídica, é essa metáfora que subjaz ao modelo legislativo por detrás das grandes codificações oitocentistas.

Contudo, o desenvolvimento da racionalidade prática-intersubjetiva não se concretizara como sua homóloga técnico-estratégica, antes se sujeitando a ela, como bem capta a crítica da Escola de Frankfurt[28]. O projeto de emancipação da modernidade acaba por soçobrar diante de seu próprio impulso regulatório. Suas promessas reluzentes foram

---

[20]HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002, p.102.

[21]Ao que se depreende da "física social" de Comnte, no que se refere aos estudos sociológicos, e à concepção de interpretação do direito como "química jurídica" de Ihering (COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método*: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Brasília: UnB, 2008).

[22]BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

[23]WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. Campinas: Unicamp: 1973.

[24]BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

[25]BACON, Francis. *Novum Organum*: verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza & Nova Atlântida. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

[26]KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

[27]FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. New York: Mcmillan, 1992.

[28]HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002.

obscurecidas pela torniturante jornada em seu encalço[29]. O mundo revela-se muito mais complexo do que as pretensões de uma razão pretensamente universalizante e a natureza do homem, deveras, "revelou-se muito frágil"[30]. O *ethos* moderno paulatinamente passa a ser depauperado diante da complexidade das "diferenças socialmente condicionadas das mundividências[31]".

Por detrás das estruturas sociais e da higidez do método soçobram perspectivas incongruentes, efeitos não queridos. O próprio avanço do conhecimento científico traz elementos inesperados. Em sua obra, "O mal-estar da civilização", Sigmund Freud[32] aponta as consequências nefastas do processo civilizatório da modernidade. A razão universal já não aparenta, pois, ser tão "consciente" de si. O materialismo histórico de Marx[33] insere-se em um redimensionamento sociológico do projeto de racionalidade moderna, apontando-lhe inquisitoriamente a perspectiva ideológica como mecanismo de dominação de classes. A razão universal já não aparenta, tampouco, ser tão "neutra" assim. As próprias ciências naturais que por décadas serviram de modelo às humanidades sofrem a vertigem da complexidade que refoge aos ideais de segurança cognitiva. Nesse plano Boaventura de Sousa Santos[34] alude ao princípio de incerteza de Heisenberg[35], à teoria da relatividade de Einstein[36], e aos teoremas da incompletude de Göddel[37], para ilustrar como "o aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda".

As certezas feudais se perdem e a ciência falha em colocar outras em seu lugar. A sociedade moderna substituíra o estamento teocrático e a verdade revelada por padrões sempre inalcançáveis, o que ensejou um "deserto" de referências em constante movimento, uma "tirania de possibilidades", sentimentos de vazio e de incerteza[38]. Se o "'fundir a fim de solidificar' era o paradigma adequado para a compreensão da modernidade em seu estágio

---

[29]BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
[30]BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004, p.16.
[31]LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico. In: SANTOS, Manoel José (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005a, p.22.
[32]FREUD, Sigmund. *O mal-estar da civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
[33]MARX, Karl. *The communist manifesto*. [s.l.]: The Project Gutenberg EBook, 2005, 2005.
[34]SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2006, p.41.
[35]Refere-se à impossibilidade de identificação simultânea da posição e velocidade das partículas subatômicas.
[36]Refere-se ao redimensionamento da noção de universalidade do espaço-tempo relativizando-o de acordo com o observador.
[37]Refere-se à constatação que a consistência de um modelo lógico-matemático não pode ser demonstrado de *per se*.
[38]BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p.93.

anterior, a 'perpétua conversão em líquido' é o paradigma estabelecido para alcançar e compreender os tempos mais recentes[39]".

A ruptura moderna enseja uma "*discontinuidad instituyente de un horizonte de nuevas opciones que configuran una aceleración de los intervalos de cambio"*[40]. A contemporaneidade, portanto, em seu sentido (pós) moderno, perde a substância e abre-se à contingência, à decepção de expectativas, lidando agora com a incredulidade os metarrelatos. Afinal, "quanto mais tentamos colonizar o futuro, maior a probabilidade de ele nos causar surpresas[41]". O futuro da sociedade moderna é tido então "*como riesgo, como innovación, como apertura, que puede acabar en el cielo o en el infierno*[42]". Nesse quadro, pode-se dizer que "crítica e crise se tornam o modelo para análise filosófica, pois a consciência moderna vê a si mesma confrontada com o desafio de resolver problemas que surgem de um horizonte cada vez mais amplo possível[43]". De certo modo, assiste razão a Bauman[44] quando assenta que "o *malin génie* de Descartes esteve sempre conosco, sob um disfarce ou outro".

Nesse contexto, a linearidade compartimentar do estilo analítico cartesiano de interpretação do direito e da Constituição cede lugar à complexidade e interdependência, a explicação causal pela compreensão sistêmica. A universalidade da razão kantiana, por seu turno, fragmenta-se em diferentes pretensões reticulares, múltiplas racionalidades jurídicas. Em suma, na contemporaneidade, pode-se dizer que o projeto emancipatório da modernidade entrou em crise. A certeza do conhecimento objetivo da realidade mediante o escrutínio da razão, a inevitabilidade do progresso da ciência enquanto veículo de libertação do ser humano, o domínio da racionalidade cognitivo-instrumental se mostrou falível. Em seu lugar surge um espaço de fluidez, incertezas e hipercomplexidade. O discurso da totalidade científica e as metanarrativas deram lugar a microdiscursos fragmentados e à proliferação de identidades coletivas parciais e truncadas.

É nesse ambiente de incertezas, que todo processo de legislação pretensamente onipotente, seja em seu sentido intelectual amplo, ou em sua acepção jurídica, encontra-se

---

[39]_____. *Legisladores e intérpretes*. [s.l.:s.n], 2010. p.13.

[40]BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Modernidad: contigencia y risco. Barcelona: Anthropos, 1996, p.10.

[41]GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-convencional. In: BECK: *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997, p.76.

[42]BERIAIN, Josetxo. *Op. cit*. p.16.

[43]Tradução livre do original: "*Critique and crisis becomes the model for philosophy's analyses because modern consciousness sees itself confronted with the challenge of solving problems that surge forth from an ever-widening horizon of possible*" (HABERMAS, Jürgen. *The Postnational Constallation*. Political Essays. Cambridge: MIT Presss, 2001, p.134).

[44]BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, 2010, p.175.

obsoleto. A estratégia pós-moderna de trabalho intelectual é aquela mais bem caracterizada pela metáfora do papel do "intérprete" aquele que não define uma suposta melhor ordem social como um todo, antes busca traduzir múltiplas racionalidades, facilitar a comunicação entre participantes do discurso e evitar distorções de sentido[45].

2.2 SOBRE INTERPRETAÇÃO E HERMENÊUTICA

2.2.1 Da(s) (pré) compreensão[46](ões) acerca do conceito de interpretação

O papel do intérprete, como analisado no tópico anterior, é o arquétipo intelectual da contemporaneidade. Em uma aproximação preliminar, pode-se dizer que seu labor, a interpretação é inerente à própria condição humana[47]. Em outras palavras, todo processo cognitivo consiste em interpretar a realidade. O ser humano não apenas reconhece existências às coisas, como lhe atribui sentidos. Interpretação, nessa alocução inicial, pode ser entendida como sinônimo de compreender. Destarte, pode-se dizer que o jurista, toda vez que trava contato com certa disposição constitucional, necessariamente a interpreta. Por consiguinte, "*la interpretación es soberana en cuanto su autodelimitación; es responsable de la totalidad del derecho y no sólo de aquellas partes fijas que son poco claras*[48]".

Entrementes, não se pode perder de vista o *quid specificum* estritamente prático da interpretação jurídica[49]. Ou seja, a circunstância de que a interpretação do direito objetiva

---

[45]BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes.* [s.l.:s.n], 2010. p.20.

[46]No sentido gadameriano de (*Vorverständnis*).

[47]Nesse mesmo sentido, Richard Palmer (*Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989, p.20), ao entender ser interpretação "ato essencial do pensamento humano"; Márcio Diniz (*Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p.197), ao aduzir que "todo processo de conhecimento é uma interpretação da realidade"; e Manoel Jorge e Silva Neto (*Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.92), ao asseverar que "interpretar é ato atávico do ser humano", "porque é homem quem extrata proposições acerca da realidade, quem pensa, interpreta" (O *princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional.* São Paulo: LTr, 1999, p.26).

[48]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.183. Do que se afasta aqui de qualquer espaço teórico à incidência da prôemia *in claris cessat interpretatis*, como queria a pandectistica alemã de Windsheid (ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.282) e grandes nomes da doutrina pátria de outrora. Em sentido contrário, porém, mantém a posição de que a interpretação só irrompe em situações compreensivas problemáticas, tanto Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997), como Riccardo Guastini (*Teoria e ideologia de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008).

[49]Nos termos de Dirley da Cunha Júnior (*Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p.200), deve-se interpretar as normas "com a finalidade de aplicá-las a situações concretas"; ou,

necessariamente concretizar proposições deontológicas à vista da faticidade de seu ambiente social, de modo que interpretação e aplicação implicam-se mutuamente. Não é outra a conclusão que chega Niklas Luhmann[50] ao afirmar que ambas as operações "não podem ser distinguidas em princípio, mesmo se o próprio sistema tenha institucionalizado a diferença".

Não obstante, a interpretação do direito reveste-se de uma dualidade fundamental. Se, de um lado, supõe-se que a autoridade que constitui o significado resida em outro lugar (no autor ou no texto), de outro, resta inegável o aporte do intérprete na atualização constitutiva do sentido normativo Trata-se, nos dizeres de Oscar Vilhena Vieira[51] da contraposição entre a "empreitada de Bethoven", referente ao engajamento construtivo de uma obra, e a "empreitada de Bernstein", relacionada aos limites de extração de sentido desta. Márcio Diniz[52] capta muito bem essa circunstância no que tange à interpretação constitucional no seguinte trecho "nem o intérprete pode agir arbitrariamente, pois tem na Constituição mesma o limite da sua atividade, nem muito menos se pode admitir tenha a Constituição um determinado sentido predeterminado, que não possa ser confrontado com a posição do intérprete".

Essa nuance bifronte encerra uma tensão acerca das possibilidades de sentido, objeto de célebre polêmica entre Umberto Eco e Richard Rorty, cujas discussões servirão fio condutor inicial acerca do conceito geral de interpretação nesse capítulo.

---

como preceitua Luís Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.269), ao asseverar que a interpretação jurídica volta-se ao "fim de solucionar problemas". Vale dizer que foi essa problemática peculiaridade que levou Schleiermacher (*Hermenêutica*: arte e técnica de interpretação. Petrópolis: Vozes, 2001) a afastar o direito de seu projeto de hermenêutica geral.

[50]Tradução livre do original: "[...] *cannot be distinguished in principle, even if the system itself has institutionalised this difference*" (LUHMANN, Niklas. *Closure and openess: on reality in the world of law*. San Domenico: European University. Institute, 1986). Em sentido contrário, diferenciando conquanto etapas distintas interpretação e aplicação, Emílio Betti (*Interpretação das leis e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007) considera uma antecedente lógico da outra, devendo guardar entre si correlação ideológica ou instrumental. Para Betti, na estrutura da declaração interpretativa distingue-se um momento lógico (*prius* de apreciação interpretativa do preceito dúbio) e um momento preceptivo (*posterius* de determinação vinculante *pro futuro*). Pode-se dizer que, sob essa acepção, no caso de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade em geral, haverá apenas interpretação do direito, mas não sua aplicação. No particular, Eros Roberto Grau (*Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002), desenvolvendo o pensamento kelseneano, distingue a elaboração de uma norma jurídica, atividade intelectual cognitiva, da consecução de uma norma de decisão, efetivamente aplicada no caso concreto, esta última de conteúdo volitivo.

[51]VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Bethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgilio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.218.

[52]DINIZ, Márcio. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p.231.

Nesse prisma, para Umberto Eco[53], a atividade interpretativa deve o estabelecer o sentido de certo objeto, sua *intentio operis*, irredutível tanto à *intentio auctoris* (seu autor empírico), quanto à *intentio lectoris* (vontade do intérprete). Eco, do local de fala de autor de romances, encontra-se particularmente preocupado com a hipertrofia do papel do leitor enquanto produtor sem limite de significados. Nesse cotejo, o princípio racionalista *post hoc, ergo propter hoc* (o que vem antes causa o que vem depois) soçobra perante a falácia hermética *post hoc ergo ante hoc* (o que vem depois causa o que vem antes). Sob essa perspectiva, pode-se dizer que o texto flutua no vácuo de um leque potencialmente infinito de "superinterpretações", compreensões despidas de vinculação com seu objeto. A vinculação de sentido passa a ser estigmatizada como uma falácia intencionalista; "o homem gnóstico torna-se um *Übermesch*[54]".

Por seu turno, Richard Rorty[55], antes de tentar estabelecer um limite à atividade interpretativa voltada a alguma natureza textual, como quer Eco, busca entendê-la como conversa contínua entre diversos vocabulários, usada para certos propósitos. De acordo com o pragmatismo rortyano, o texto não diz o que se pretende, antes oferece subsídios a convencer outrem sobre determinado ponto de vista. Saber mais sobre mecanismos estruturais ou identificar certas hierarquias metafísicas textuais não aproxima o intérprete do que acontece de fato em seu interior. Cada leitura não lhe diz nada sobre sua natureza, por mais convincente que seja. Desse modo, a linguagem encontra-se intrinsecamente incapaz de ancorar um significado único à realidade e todas suas tentativas nessa direção atuam como um "demiurgo desastrado", pois "um texto tem apenas a coerência que por acaso adquiriu durante a última volta da roda hermenêutica[56]".

Nessa disputa teórica acerca dos limites da atividade interpretativa, Eco aduz que se for possível entabular ao menos um caso de interpretação ruim ainda que por um argumento *ad absurdum* (como justificar Jack o estripador pelas Sagradas Escrituras), já seria suficiente, nos termos do paradigma de falseabilidade de Karl Popper[57], tornar a teorização de significados ilimitados em cheque. Entrementes, não parece ser adequada essa consideração.

---

[53]ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
[54]*Ibidem*, p.42.
[55]RORTY, Richard. A trajetória do pragmatista. In: ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
[56]RORTY, Richard. A trajetória do pragmatista. In: ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005., p.115.
[57]POPPER, Karl Raymon. *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

A alusão de Rorty ao famoso verso de Paul Valery Paul Valéry de que "não há verdadeiro sentido em um texto[58]", não quer dizer que possa haver qualquer sentido independente de qualquer circunstância externa. Se assim o fosse, a própria convivência social seria uma impossibilidade. O pragmatismo rortyano não implica em uma semiótica ilimitada, mas antes vincula o significado a um dado contexto, este sim ilimitado, do que resulta, a impossibilidade de restrição *ex ante* de desdobramentos interpretativos em potencial[59]. Ademais, o assombro da superinterpretação, antes de alguma "*déformation professionelle"*, pode proporcionar relevantes *insights* de sentido[60].

Desse modo, o pragmatismo não antagoniza com o entendimento de que um texto deve ser lido de acordo com a competência da linguagem dos leitores, as convenções linguístico-culturais vigentes, e a própria história de suas interpretações (*Erwartungshorizont*). Ao contrário, a perspectiva rortyana pressupõe esses elementos, pois toda contextualização do tema imprescinde de pontos de plausibilidade em comum. Resta necessário, deveras, distinguir entre similaridades relevantes e fortuitas, evitando-se a transitividade arbitrária de sentidos *in praesentia* e *in absentia*. Para evitar excessos, resta fundamental estabelecer isotopias semânticas relevantes, ou seja, uma análise contextual que leve em conta o tópico de se que fala, a quem se fala e em que ambiente. A *itentio operis*, nesse ínterim, pode até ser usada conquanto estratégia semiótica de limitação de possibilidades infinitas de sentido. Mas toda e qualquer limitação interpretativa não é dada, e sim construída mediante convenções estilísticas estabelecidas intersubjetivamente.

Essa discussão é essencial para compreensão do conceito sistêmico de interpretação, tendo em sua proximidade ao paradigma rortyano. Nesse sentido, em uma aproximação inicial, Niklas Luhmann[61] considera que só há texto "*en el contexto de interpretación*". Nessa luz, a própria iterabilidade textual traz insitamente uma abertura a múltiplas remissões de sentido por parte se seus intérpretes, ou seja, a possibilidade de sua "utilização", em termos rortyanos. Em outras palavras, "*la forma lingüística no garantiza en absoluto los límites de la osadía del intérprete, pero* sí garantiza *la unidad de contexto de un episodio comunicativo*[62]".

---

[58]Tradução livre do original: "*Il n'y a pas de vrais sens d'un text*".

[59]Desse modo se a expressão *non sense* "bububu" não tinha nenhum sentido aparente antes de Wittgenstein (*Philosophical Investigations*. Singapore: Blackwell Publishing, 2009, p.23) utilizá-la para se referir a uma "corrida". Após seu uso nesse contexto, passa a ser capaz de atribuir sentido.

[60]CULLER, Jonathan. Em defesa da superinterpretação. In: ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[61]LUHMANN, Niklas. *El derecho em la sociedad*, 2012, p.183.

[62]*Ibidem*, p.259.

Nesses termos, a interpretação é sempre um produzir novo de textos. À fixidez da escritura sucedem-se distinções, nuanças, matizes trazidos à tona pelos intérpretes. O resultado de uma interpretação é igualmente, por sua vez, interpretado, sendo objeto de ulteriores observações, distinções e controvérsias.

2.2.2 Dos contributos da hermenêutica filosófica

Perpassadas as considerações postremeiras, se faz necessário avalizar as contribuições da disciplina hermenêutica, mais precisamente de sua vertente filosófica, haja visto que uma compreensão mais aprofundada sobre o conceito de interpretação imprescinde de seus préstimos[63]. Em uma aproximação preliminar, hermenêutica pode ser entendida como o "estudo dos princípios metodológicos de interpretação e explicação[64]" ou a "teoria científica da arte de interpretar[65]". A "pré-história" da hermenêutica, portanto, relaciona-se à dimensão teológico-reformista. Com a Idade moderna, a hermenêutica desvencilha-se desse veio e volta-se à restauração histórica do contexto da vida dos documentos, sejam eles sagrados ou profanos.

Nesses termos, especificamente no que tange à concepção moderna da disciplina, esta remete aos trabalhos pioneiros Friedrich Schleiermacher, especialmente voltados à elaboração de uma teoria da interpretação universalmente válida, uma hermenêutica geral (*allgemeine Hermeneutik*), enquanto "arte da compreensão correta do discurso do outro[66]". Arte é entendida aqui em um sentido sistemático de compreensão originária de sentido; não uma unidade de conteúdo da tradição, mas a unidade de um procedimento. Schleiermacher parte do pressuposto de universalidade do mal entendido, o risco permanente do equívoco,

---

[63]Em alocução já consagrada na doutrina, que convém reproduzir no particular, a raiz etimológica do termo deriva do verbo grego *hermeneuen*, contida já no *Organon* aristotélico. Seu significado remete à função anunciadora do Deus Hermes, possuindo três acepções: dizer, explicar e traduzir. Richard Palmer (*Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989), em obra clássica, divide o estudo hermenêutico a partir de seis abordagens distintas, a saber: a hermenêutica bíblica, filológica, científica, compreensiva, existencial e cultural. Jean Grondin (*Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999), por seu turno, estabelece os seguintes marcos: hermenêutica romântica, histórica, existencial, universal e de conversação. Opta-se aqui por seguir proposta expositiva assentada pelo jusfilósofo francês, recorrendo sempre às obras originais dos principais autores citados.

[64]PALMER, Richard. *Op. cit.*, p.16.

[65]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.1.

[66]SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica*: arte e técnica de interpretação. Petrópolis: Vozes, 2001, p.15.

propugnando, portanto, uma prática mais austera de interpretação, voltada à reconstrução do discurso a partir do transcurso interno de sua composição criadora.

Para cumprir o desiderato interpretativo complementam-se, em seus escritos, dois métodos: o divinatório (intuitivo, relacionado à dimensão psicológica do autor) e comparativo (por contraste, vinculado ao aspecto gramatical do texto). Nesse quadro, a interpretação deve operar um encadeamento significativo progressivo, o retorno permanente do todo às partes, até ser alcançada a completude do entendimento.

Em um segundo momento da teoria hermenêutica, encontra-se o historicismo de Wilhelm Dilthey[67] que opera o deslocamento da hermenêutica à historiografia, ao situar a circularidade interpretativa de compreensão das partes pelo todo em uma perspectiva histórica. Se Schleiermacher estava preocupado com a fundamentação de uma hermenêutica geral, pode-se dizer que Dilthey, por seu turno, tinha como escopo a fundamentação das ciências humanas (*Geistewissenschaten*), alicerçada na concepção de entendimento (*Verstehen*), oposta ao conceito de explicação, característica das ciências naturais. Nesse cotejo, resiste-se à construção apriorísitica da história do mundo característica da Ilustração (*Aufklärung*). Nesse prisma, Dilthey enfatiza a temporalidade da compreensão, justapondo à interpretação gramatical e psicológica, a interpretação histórica. Em outras palavras, a interpretação e a própria fundamentação das ciências do espírito encontram-se aqui sujeitas à historicidade. Ou seja, a compreensão textual é um caso particular do nexo histórico que deve o intérprete desvelar, ativando seu sentido concreto em relação a sua experiência presente; em suma, "o ato de compreender é o do historiador[68]".

Com Martin Heidegger[69], a discussão hermenêutica avança definitivamente para o centro da reflexão filosófica. Segundo este autor, a compreensão humana se orienta a partir da pré-estrutura existencial em que se situa o "*Dasein*", o ser-aí humano, anterior a qualquer locução ou enunciado. A hermenêutica trata-se aqui, pois, de um "entender-se sobre algo", menos um saber e mais um poder, uma habilidade; trata-se de um "situar-se" (*sichauskennen*) no "mundo da vida" (*Lebenswelt*). Nesse prisma, a compreensão é inserida então em um todo relacional já (pré) interpretado. Nesse cotejo, a tarefa primordial da interpretação, para Heidegger, deve ser tornar transparente essa pré-estrutura. Não se deve buscar superar (como por alguma concepção totalizante de história), mas ingressar adequadamente no círculo

---

[67]DILTHEY, Wilhelm. *Hermeneutics and the study of history*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
[68]*Ibidem*, p.234. Tradução livre do original: "*The act of understanding is that of the historian*".
[69]HEIDEGGER, Martin. *O fim da filosofia e a tarefa do pensamento*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

hermenêutico. Heidegger propõe, portanto, estabelecer a estrutura da compreensão a partir da própria situação existencial humana, um dar-se conta do ser-aí. A tarefa compreensiva desenvolve-se então, como projeções de sentidos que devem ser confirmadas nas coisas. Hans-Georg Gadamer[70], à esteira de Heidegger, volta-se antes à problemática da verdade, entendida como aperfeiçoamento de um acontecimento situado em determinada presença histórica, que pela higidez de alguma categoria metodológica atemporal. Desse modo, critica o modelo interpretativo tanto de Schleiermacher como de Dilthey. Se por um lado, a interpretação "não é uma comunhão misteriosa de almas, mas uma participação num sentido comum[71]", por outro, tampouco "faz sentido falar-se de um conhecimento completo da história[72]". Em outras palavras, a experiência hermenêutica não se articula pela estranheza ou familiaridade e tampouco a distância do tempo é um abismo devorador a ser superado. Gadamer parte da finitude do humano, em oposição à aspiração de totalidade do racionalismo iluminista[73].

A hermenêutica gadameriana afasta-se inexoravelmente da "pura técnica" (*Auslegung*) em direção ao "dar sentido" (*Sinngebung*), condição de possibilidade de "acesso ao mundo" (*Weltzugang*), mediado pela "articulação linguística" (*Sptachlichkeit*)[74]. Para Gadamer, o interpretar se realiza a partir de uma "consciência histórico-efetual" (*Wirkungsgeschichte*), uma relação dialética, da pergunta e da resposta, uma autêntica conversação, conquanto processo de vida, entendimento mútuo proporcionado pela linguagem. O horizonte hermenêutico é, assim, um horizonte do perguntar, cuja coerência é o ouvir impertubável da tradição em face de nossas pré-compreensões. Compreender é, portanto um processo de "fusão desses horizontes" (*miteinander verschmelzen*), que não se reduz a alguma ingenuidade metodológica, pois "ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se[75]".

---

[70]GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1999.
[71]*Ibidem*, p.438.
[72]*Ibidem*, p.427.
[73]Em Gadamer, a pretensão de objetividade externa legada pelo cientificismo iluminista mostra-se como um discurso ingênuo e mistificado. As propostas de metaordenação moderna da Ilustração em torno de um modelo interpretativo totalizante, alicerçado em certezas dogmático-conceituais perde razão de ser à luz de um modelo interpretativo hermenêutico, que leva em consideração necessariamente um conceito de verdade adstrito à tradição cultural na qual o intérprete se encontra investido.
[74]Em termos emblemáticos, assevera Gadamer (*Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2005, p.312) que "o ser que se pode conhecer é linguagem" (*Sein, das verstanden kann, ist Sprache*).
[75]GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, 1999, p.451.

No plano jurídico, isso quer dizer que, antes sequer de iniciado o processo interpretativo, o operador do Direito já traz em si uma pré-compreensão normativa. À medida que avança na interpretação, sucedem-se projeções de sentido ao todo textual, permanentemente revisitado pelo sujeito cognoscente.

É comum referir na doutrina que o debate entre Gadamer e Emilio Betti marca uma das dimensões que distinguem o que se convencionou chamar de "nova" e "velha hermenêutica". A contraposição parece mais simbólica, vez que Betti não se propõe a enveredar pelas raízes filosóficas últimas da atividade interpretativa, antes articulando o repertório hermenêutico clássico para fazer frente às tradicionais problemáticas jurídicas[76], tarefa que realiza, aliás, com coerência ímpar. A interpretação jurídica para Emilio Betti[77] "é uma atividade voltada a reconhecer e reconstituir o significado a ser atribuído, na órbita de uma ordem jurídica, a formas representativas [normativas]".

Essa tarefa, contudo, não se limita a uma atividade meramente recognitiva, mas integrativa. A *ratio iuris* imanente à norma deve ser concatenada ao amadurecimento social ulterior a sua formação. O direito não é algo nem pronto e acabado tampouco um organismo que se desenvolve por si, "mas se faz, em concordância com o ambiente social historicamente condicionado, justamente por obra assídua da interpretação[78]". O texto literal funciona como uma espécie de "ossatura", que "se reanima em contato com a vida da sociedade nacional[79]".

Nesse contexto, busca, o autor italiano auferira objetividade à interpretação do direito[80] mediante quatro cânones hermenêuticos fundamentais: (1) autonomia – busca do sentido imanente do texto; (2) totalidade – coerência do conjunto textual; (3) atualidade – reconstrução de vivência; e (4) congenialideade – correspondência harmoniosa entre a atualidade vivencial e o objeto interpretativo. É justamente essa busca (legítima, diga-se de passagem) de orientações metodológicas, alvo das críticas gadamerianas que a reputam, em

---

[76]Como a função heteropática da decisão judicial, o processo de qualificação jurídica, os âmbitos de discricionariedade do intérprete (soberana-legislativa, pura-administrativa, técnica e supletivo-jurisdicional), os limites da interpretação autentica, a (ir) retroatividade das leis e assim sucessivamente.

[77]BETTI, Emilio. *Interpretação das leis e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.5.

[78]BETTI, Emilio. *Interpretação das leis e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.45. Portanto, não parece adequada a crítica que lhe é atribuída por Lenio Streck (*Op. cit*, 2007, p.107), que aduz que a "interpretação em Betti busca averiguar unicamente o que o autor quis dizer sobre algo".

[79]*Ibidem*., 2007, p.33.

[80]Betti é manifestamente contrário ao entendimento kelseniano de que a interpretação seja um ato de vontade de orientação política dentro de certa moldura normativa, algo que reputa ser um "equívoco intelectualista" limitador da atividade do intérprete a alguma sorte de formalismo subsuntivo.

última instância, ser uma tarefa de Sísifo. Nessa linha, particularmente, para Jean Grondin[81], os cânones parecem "soluções meramente verbais"; "a historicidade não cessa, pelo fato de se postular, de modo cientificista, a sua retirada". Ou seja, a empreitada bettiana é considerada como um objetivismo *naif* que fenece diante das pretensões das novas considerações aportadas pela hermenêutica filosófica.

Por seu turno, Jürgen Habermas[82] reage à reabilitação da tradição operada por Gadamer, enfocando em seu lugar os limites de toda razão comunicativamente exercitada. A autoridade da tradição empreendida pela perspectiva gadameriana é aqui considerada conservadora, um afeto unilateral que reivindica uma perigosa pretensão de superioridade. Para Habermas, associar autoridade e conhecimento corresponde não a um correto entendimento hermenêutico, mas a sua absolutização. A proposta habermesiana coloca em segundo plano a universalidade da tradição proposta por Gadamer, assentando em seu lugar, a reflexão crítica. Para Habermas, é justamente através dessa atividade reflexiva que se pode constatar os lindes da atividade interpretativa em torno das relações de dominação (assentados pela crítica à ideologia) e distorções comunicativas (enfatizados pela psicanálise freudiana) que ocorrem na prática vital. Na perspectiva habermasiana[83], "o contexto da tradição (*Überlieferungszusammenhang*) como o lugar da verdade possível e do fático estar-de-acordo (*Verständigstseins*)" só é possível se for concebido igualmente como lugar possível da "da inverdade fática e da violência duradoura (*fortdauernder Gewalt*)". Em outras palavras, a interpretação se sujeita permanentemente a pseudocomunicações ainda que no seio da das convicções vigentes de acordos prévios concretos.

2.2.3 Da evolução paradigmática da hermenêutica jurídica

Superados tanto a problemática propedêutico-conceitual de interpretação como os contributos da hermenêutica filosófica sobre o tema, no presente tópico será perlustrado o desenvolvimento histórico-dogmático das principais correntes da hermenêutica propriamente jurídica. Desse modo, permite-se balizar as origens contextuais dos artifícios utilizados comumente na prática interpretativa da Constituição. A interpretação constitucional, nesse sentir, insere-se uma profusa dinâmica histórica a qual não pode escusar-se, sob pena de

---

[81]GRONDIM, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p.213.
[82]HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987, p.19.
[83]*Ibidem*, p.63.

assimilação acrítica de elementos hermenêuticos incompatíveis com sua singularidade normativa. A hermenêutica jurídica atual tem suas origens na tradição moderna. Como visto anteriormente, a modernidade, enquanto projeto metaordenador de sentido, impõe uma ruptura com a tradição, redimensionando a matriz consuetudinária do transjuridicismo medieval.

Em seu lugar, há a centralização do poder político em dado espaço territorial, se fazendo necessária adoção de estratégias jurídicas de fomento à unidade em detrimento da heterogeneidade normativa então vigente. A modernidade opera, nesse cotejo, um deslocamento jurídico-regulatório, a partir do *jus romanum*, em direção a um ideário de razão transcendental, enquanto *more geometrico*[84]. É a égide do jusnaturalismo, assentado na possibilidade de apreensão de valores naturalmente corretos, posto que racionalmente necessários. A interpretação jurídica é então balizada por um ideário de direito natural, mediante o recurso a uma ética superior.

No âmbito do Iluminismo, o jusnaturalismo torna-se combustível das revoluções liberais. Ao ocaso do *Ancien Régime*, a ideologia revolucionária soergue-se doravante como institucionalização conservadora, cujo grande marco fora a codificação francesa. Os excursos do direito natural são então positivados e a figura do legislador surge como seu legítimo porta-voz. A Escola da Exegese francesa, , simbolizara toda a pretensiosidade do racionalismo jurídico clássico e significou seu mais retumbante fracasso[85]. Essa corrente de pensamento, a que são geralmente reservados pelos cultores contemporâneos do direito as mais cáusticas críticas, fora eternizada em ditos célebres como o de Montesquieu ao aduzir que o juiz nada mais é senão "a boca que pronuncia a letra da lei; seres inanimados que não podem moderar nem sua força ou rigor[86]", ou do professor Bugnet que asseverava "não conheço o direito civil, não ensino senão o código de Napoleão[87]".

---

[84]COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método*: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UnB, Brasília, 2008. p.25.

[85]Sendo premonitória a famosa exclamação atribuída a Bonaparte: "*Mon Code est perdu*"; ao tomar conhecimento das primeiras interpretações jurisdicionais da codificação francesa.

[86]Tradução livre do original: "*la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*" (MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Genève: Barillot, 1748).

[87]Tradução livre do original: "*Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le code Napoléon*".

O fetiche legal exegeta servira à neutralização política do judiciário em prol do poder deliberativo da classe social ascendente: a burguesia[88]. Buscava-se domar a atividade do intérprete mediante um "burocrático decimonomico *ita Lex*[89]".

Nesse quadro, o exercício jurisdicional deve ser nulo e invisível, o magistrado, um autômato diante da omnisciência da lei. Essa hermenêutica imperativista é marcada, quando muito, pela reconstrução do pensamento autor[90], da busca da *mens legislatoris* normativa (ou *mens actoris*, nos dizeres de Eco). Nesse plano, o direito passa a ser regido pela assepsia do cânone textual e por um modelo interpretativo formal-mecanicista. Considerado como "obra *per secula seculorum*[91]", o *Codex* é tido como "astro solar" que ocupa o "centro da nebulosa normativa", de maneira "instanteísta" e "sincopada[92]"; ou seja, renega a montante as forças instituintes que lhe precedem. Em termos weberianos, pode-se dizer que a codificação marca de maneira radical a transição do modelo de dominação carismático e tradicional para o racional-burocrático.

Entrementes, pela conjuntura política de sua unificação tardia, o modelo de codificação francês não prosperou de imediato na Alemanha. Essa circunstância possibilitou um acalorado debate acadêmico entre Friedrich Thibault e Wilhelm von Savigny acerca das vicissitudes e potencialidades do modelo normativo implantado além Reno, o primeiro a favor e o segundo, contra. A dita Escola Histórica fundada por Savigny critica a positivação do direito por concebê-lo como um constante devir histórico[93], manifestação do "espírito do povo" (*Volksgeist*). A melhor maneira de se compreender esse paradigma hermenêutico é corresponder o fenômeno jurídico à dinâmica linguística. Cada idioma possui suas idiossincrasias e, mais importante, uma gramática construída histórico-coletivamente, mas nem por isso caótica. A atividade do jurista, assim como o gramático, não consiste em uma atividade criadora, mas sistemático-descritiva desse construto social.

---

[88]Algo reforçado em França pela desconfiança liberal diante da magistratura, tida como "*longa manus*" do absolutismo monárquico. O próprio Montesquieu fora juiz no Tribunal provincial de Bordeaux por assunção de título nobiliárquico hereditário.

[89]ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil:* ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2009. p.149. Talvez o modelo literário mais bem acabado desse modelo jurídico hermenêutico seja o que subjaz à perseguição implacável promovida pelo Inspetor Javert e Jean Valjean no célebre romance de Victor Hugo, *Les Misérables*.

[90]Percebe-se, pois, certa similaridade dessa atividade interpretativa e o modelo propugnado por Schleiermacher; sem olvidar-se, contudo, que a interpretação jurídica, devido a sua irrefragável dimensão prática, não é objeto das considerações teóricas do citado autor.

[91]BITTAR, Eduardo. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.74.

[92]OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: EDUSC, 2005, p.270-275.

[93]O que guarda notória correspondência, no particular, ao pensamento de Wilhelm Dilthey.

Em outras palavras, a interpretação do direito não deve ser pautada pela vontade reificada do legislador ou por princípios tidos como imutáveis, mas observar a dinâmica peculiar dos institutos da cultura jurídica de dado povo[94].

O historicismo opõe-se, portanto, às perspectivas dedutivistas do jusracionalismo iluminista, trilhando caminho oposto de matriz indutivo, embora mantenha igualmente as pretensões de, a partir de um estudo metódico, sistematizar conceitualmente o direito. Nos termos de Karl Larenz[95], sua originalidade decorre da síntese entre a natureza histórico-cultural do fenômeno jurídico e sua necessária articulação a um adequado sistema de exposição enquanto "Ciência do Direito" (*Rechtwissenschaft*). Nesse diapasão, Savigny articula enquanto elementos hermenêuticos uma tecnologia interpretativa de impactos significativos na interpretação do direito até os dias de hoje[96]: (a) Elemento gramatical, voltado em sua acepção clássica à literalidade da lei (*verbis legis*); (b) Elemento lógico, relacionado ao aspecto silogístico-dedutivo de subsunção normativa; (c) elemento sistemático, vocacionado à integração dos textos normativos em uma perspectiva unitária; (d) Elemento histórico, direcionado ao sentido da norma quando a mesma foi elaborada (*occasio legis*), possuindo, portanto, veio conservador-retroativo; (e) Interpretação teleológica, dirigida a aspectos finalísticos, enquanto vetores interpretativos adaptativo-prospectivos.

De acordo com lição de Tércio Sampaio Ferraz[97], o esforço sistemático empreendido por Savigny contribuiu à formulação de um novo paradigma jurídico-hermenêutico, a pandectística (*Pandektenwissenschaft*) ou Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurispruden*). O avanço do estudo sistemático e atualizado do direito romano, o *usus modernus pandectarum*, impeliu o labor do jurista à decomposição analítica de seu objeto de estudo até encontrar seus elementos fundamentais[98]. Esse esforço sistemático engendrou uma refinada dogmática jurídica alicerçada construtos conceituais que serviram de base à elaboração do

---

[94]A melhor maneira de realizar esse mister, contudo, não é recorrer ao senso comum ou à praxe popular. É a partir de seus grandes cultores que o direito e a linguagem podem refletir seu máximo potencial. Daí decorre a proeminência da doutrina na Escola Histórica, o que faz ser-lhe atribuída a alcunha de "direito dos professores" (*Juristenrecht*).

[95]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

[96]É lugar comum nos manuais de direito constitucional contemporâneos abrir-se um tópico específico sobre método interpretativo clássico em que se reproduzem, em maior ou menor medida, as lições do mestre alemão. Por todos, Gomes Canotilho (*Direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993) elenca os seguintes elementos hermenêuticos sob esta rubrica: filológico, histórico, teleológico e genético.

[97]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007.

[98]Algo muito próximo ao reducionismo cartesiano contido nas regras de direção do espírito. É, aliás, sintomático que o paradigma modelo da Ciência do Direito à época seja justamente a química, conforme já citado.

Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Essa "segunda codificação" ensejou a consolidação do formalismo positivista, "grande lastro metodológico do século XX[99]".

Nesse orbe, "*el cientifismo y el estatalismo moldearon el derecho de forma que ló convirtieron em uma utopía automática de regulación social, uma utopia isomórfica*[100]"; na qual a dimensão de emancipação da modernidade é sacrificada pela regulação. Em que pese a fundamental importância de coerência conceitual que legou à Ciência do Direito e à prórpia Teoria da Constituição, o pandectismo, duas críticas lhe são usualmente atribuídas. Primeiramente, o distanciamento que seu aparato teórico acabou por encerrar diante da realidade fática e, em segundo lugar, a adoção de um processo interpretativo que privilegiava argumentos sincrônicos, mas não diacrônicos. Nessa senda, pode-se dizer que o modelo normativo das codificações, esse "paleopositivismo jurídico[101]", cumpriu muito precariamente suas pretensões de regulação social em face de um ambiente de complexidade crescente.

O desencontro entre aspirações sociais e legislação oitocentista ensejou uma espécie "guerra dos fatos contra o direito[102]". A crise de legitimidade do discurso normativo ensejou o descrédito do modelo legal-conceitual positivista e a ascensão de paradigmas jurídicos de ênfase sociológica como o "direito vivo" de Ehrlich e mesmo "sentimentais" como a jurisprudência do "*bon juge*" de Château-Thierry, Paul Magnaud[103]. Essa mudança de enfoque teve amplas repercussões no campo da interpretação jurídica, dando-se maior ênfase ao papel criativo do intérprete e a argumentos teleológicos. Contudo, seus esforços por vezes acabaram por descambar em processos interpretativos demasiado fluídos, dando margem a um processo decisório sem peias, a partir de duvidosos parâmetros de justiça material, nos quais o discurso racional era preterido por pretensões de equidade.

Nesse prisma, a Escola de Livre Investigação Científica (*Libre Recherche Scientifique*) de François Gény acusa veementemente tanto o fetichismo da lei quanto o decisionismo do magistrado[104]. De acordo com essa corrente de pensamento, quando da eventual insuficiência de uma solução normativa subsumível ao caso concreto, abre-se,

---

[99]CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição Portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.XV.

[100]SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdício dela experiencia*. Bilbao: RGM, 2003, p.162.

[101]FERRAJIOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales*. Ciudad de Mexico, n.15, p.113-136, jul-dez, 2006.

[102]COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método*: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UnB, Brasília, 2008, p.98.

[103]*Ibidem*, p.268.

[104]*Ibidem*, p.273.

deveras, espaço para a inventividade do jurista. Todavia, isso, não implica em arbítrio, posto que essa margem de apreciação deve ser ao máximo apoiada em elementos passíveis de aferição objetiva, critérios científicos, e não pura equidade ou sentimentos.

Os contributos desse paradigma hermenêutico parecem ser assaz significativos tanto por antecipar a formulação do espaço discricionário interpretativo previsto em Kelsen e Hart, como por tentar estabelecer, ainda que de maneira embrionária, elementos que garantissem uma racionalidade discursiva. Em suma, para Gény, não se deve insistir na ficção de haver respostas claras, mas reconhecer as insuficiências de um modelo estritamente subsuntivo e buscar eventualmente fundamentos ainda que externos ao sistema jurídico[105].

Emergindo dessa celeuma, a Jurisprudência dos Interesses (*Interessenjurisprudenz*) de Philipp Heck propõe uma síntese conciliatória integrada entre as exigências de segurança do paleopositivismo e os postulados sociológicos de justiça[106]. Essa síntese passa a entender as normas jurídicas não apenas em sua dimensão formal, mas como resposta social a conflitos de interesse que grassam a sociedade. A intenção do legislador, nesse prisma, não corresponde a algum mito fundador, mas a certos interesses típicos da comunidade. Desse modo, o processo interpretativo não deve ser pautado exclusivamente pela reconstrução histórica de sentido, mas realizar em concreto o equilíbrio de interesses que a norma visa garantir[107].

Assim, a "solução de uma demanda deve ser encarada como a diagonal de um paralelogramo de forças cujos lados são os interesses em jogo e em disputa[108]". Nos termos de Karl Larenz[109], sua relevância reside na substituição do critério de subsunção lógico-formal por uma perspectiva de ponderação (*Abwägung*) complexa de situações de fato a partir dos interesses em jogo pautados normativamente. Entrementes, essa ponderação leva em consideração interesses em uma perspectiva estritamente legislativa, ou seja, mantendo-se nos limites do normativismo positivista. Tudo quanto extravasasse os juízos do legislador era rejeitado ou esquecido.

---

[105]Ou seja, a Escola da Livre Investigação Científica propõe um legalismo moderado e eclético. Nesse prisma, parece que as duras críticas dirigidas a essa escola são sobrevalorizadas, provavelmente por alguma analogia por proximidade ao voluntarismo ametódico patrocinado pelo Movimento de Direito Livre (*Freesrecht*).

[106]COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit*.

[107]Percebe-se claramente a influência desse referencial teórico nos trabalhos tanto de Emilio Betti (*Interpretação das leis e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007), como Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999).

[108]MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.212.

[109]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Ainda nesse ambiente de transição paradigmática, na qual o modelo de Estado liberal encontra-se terminalmente enfermo e o Estado social desajeitadamente dá seus primeiros passos, os trabalhos de Hans Kelsen[110] vão marcar profundamente a interpretação jurídica em todo século XX.

Costuma-se dizer que, depois da edição da Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), a doutrina jurídica poderia ser dividida entre aqueles que sufragavam o paradigma neopositivista por ele esboçado, e os que se lhe opuseram. Deveras, guardadas as devidas proporções, tal como Kant despertara do sono dogmático por Hume, Kelsen incomodado com a profusão de argumentos pseudocientíficos que grassavam a prática jurídica, propõe-se ao desafio de elaborar uma teoria científica do Direito que merecesse, de fato, esse epíteto.

Kelsen se preocupa, outrossim, em descrever o que o direito, enquanto ciência, efetivamente é, e não o que ele pretende ser, de acordo com parâmetros ideológicos[111]. Sob esse modelo, afasta-se a racionalidade material empírica da jurisprudência interesses, em prol da racionalidade formal de um direito autônomo. No exercício de seu "agnosticismo axiológico" o mestre da Escola de Viena, em uma reelaboração positivante do kantismo[112], procede a uma depuração científica de segunda ordem, de modo a afastar tanto a complexidade da experiência como o inefável da metafísica.

Kelsen considera que apenas critérios formais são passíveis de submissão a um raciocínio científico, restringindo sua análise ao plano lógico-hierárquico de fundamentações prescritivas intrassistêmicas, no qual os sujeitos são entendidos tão somente como pontos de imputação[113]. Desse modo, Kelsen concebe um modelo normativo escalonado[114] (*Der*

---

[110]KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[111]Embora alguns autores considerem que esse empenho teórico de depuração epistemológica decorra paradoxalmente de parâmetros ideológicos cientificistas.

[112]MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo (Org.). *Hermenêutica plural.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. Embora pertinente, a referência à influência kantiana em Kelsen (e em todos os grandes jusfilósofos desde a publicação das Três Críticas, diga-se de passagem), a mesma deve ser vista com ressalvas. Embora neokantiano, Kelsen considera uma impossibilidade lógica a correlação elaborada por Kant entre razão pura e razão prática por considerar ser irredutível "ser" e "dever ser"; para ele, racionalidade e justiça não cofluem entre si. É por essa razão que no estudo do neoconstitucionalismo pós-positivista faz-se menção à virada kantiana (*kantische Wende*); não como retorno da influência de Kant (esta sempre esteve presente), mas especificamente no que tange à reaproximação entre ética e direito, afastada por Kelsen.

[113]Não se pode compreender adequadamente a Teoria Pura e seus impactos na interpretação jurídica, sem fazer referência aos contributos da filosofia da linguagem e do círculo de Viena, especialmente a obra do primeiro Wittigenstein (*Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Edusp, 1961). Kelsen concebe a partir da virada linguística, a norma jurídica como esquema de interpretação do mundo,

Stufenbau der Rechtsordnung), em que uma norma hierárquica superior fundamenta a inferior e assim por diante, em séries de derivações lógicas sucessivas.

Nesse cotejo, a interpretação pode ser considerada como "uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir[115]", de um escalão a outro do ordenamento jurídico. Não obstante, o âmbito de incidência da norma do escalão superior não comporta todas as possibilidades de sentido do ato de produção normativa dele derivado. Há apenas a conformação de um quadro ou moldura a ser ulteriormente preenchida, o que proporciona necessariamente uma "livre margem de apreciação", um espaço de "transições fluídas" no qual "os órgãos de aplicação do Direito funcionam como geradores de aleatoriedade[116]". O Direito, portanto, não pode prescindir da influência de uma decisão pessoal, um ato criativo de vontade. O jurista concomitantemente aplica e cria o direito no exercício de sua atividade interpretativa. Isso decorre da própria concepção normativo-hierárquica do modelo kelseniano. Com efeito, a legislação em relação à Constituição é aplicação do direito; em relação as espécies normativas a ela subordinadas é criadora; bem como o decreto em relação à sentença e assim sucessivamente.

O positivismo normativista enfatiza não haver qualquer critério com base no qual uma das possibilidades circunscritas na moldura normativa possa ser definida como mais acertada que outra. Nesse prisma, aludir a uma única resposta correta corresponde mais a uma vontade de poder de dado intérprete que, ao travestir seu argumento em *idealiter*, pretende fazer prevalecer uma posição subjetiva: a sua. Teses desse quilate configurariam, portanto, "uma autoilusão contraditória, pois [vão] contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação[117]". Trata-se antes de uma ficção de que se serve tão somente à "Jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica[118]". As vantagens políticas dessa

---

pautado por uma lógica de imputação sintático-prescritiva, sujeita a critérios de validade. A Ciência do Direito atua assim como metalinguagem, tendo como linguagem-objeto a norma.

[114]Esta é a descrição da tão citada "pirâmide kelseneana", metáfora geométrica que, aliás, não é de sua autoria, como costuma se propalar (não há nenhuma menção dela em sua Teoria Pura), mas inferida por Adolf Merkl, seu discípulo (DOMINGO, Rafael. *La pirámide del derecho global*. *Persona y Derecho*. Pamplona, n.60, p.29-61, 2009).

[115]KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.256.

[116]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.413-415.

[117]KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.249. Embora partindo de pressupostos distintos, é a conclusão que vai chegar Niklas Luhmann (*El derecho de la sociedad*, 2012) e Marcelo Neves (*Transconstitucionalismo*, 2009). A conclusão parece irretocável e é perfilhada neste trabalho, no que vai a sentido contrário à proposta teórica de uma única resposta correta carreada por Richard Dworkin (*Law's Empire*, 2008) e Lênio Streck (*Hermenêutica jurídica e (m) crise*, 2007). Esse tema será retomado em momentos ulteriores dessa dissertação.

[118]KELSEN, Hans. *Op. cit*., p.251.

ilusão, contudo, não tem o condão de atribuir-lhe cientificidade. Nesse cotejo, "a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica[119]", na qual concorrem um ato interpretativo cognoscitivo (*Sinnverständnis*) e um ato volitivo decisório (*Sinngebung*). Em suma, Kelsen afasta peremptoriamente a existência de algum critério último auferidor de correição interpretativa.

A interpretação jurídica situa-se diante de múltiplas possibilidades de sentido inseridas em dada moldura legal. Sua determinação depende da decisão de um intérprete autêntico, devidamente autorizado pelo sistema a levar a cabo essa operação. Embora Kelsen desenvolva um modelo estrutural bastante refinado e que se disseminou amplamente pelo "senso comum teórico dos juristas", para aludir a expressão consagrada por Warat[120], no plano da interpretação jurídica, de certo modo houve uma "rendição disfarçada" ao subjetivismo que criticara. Trata-se do "desafio kelseneano" a que alude Tércio Sampaio Ferraz[121], o qual as diversas teorias pós-positivistas da interpretação jurídica buscam superar, como será visto a seguir.

2.2.4 Desafio kelseneano e pós-positivismo

O normativismo, como visto no tópico anterior, rompe com a noção de verdade semântica, afinal, os legisladores não são como "deuses" de um "paraíso formalista" que pudessem prever toda combinação possível de fatos[122]. Todavia, ao realizar esse desiderato, acaba por abrir margem a um incômodo espaço de discricionariedade do intérprete, apesar dos esforços de clareza conceitual da jurisprudência analítica. Nesse prisma, para essa corrente jurídica, embora o poder de escolha do intérprete esteja limitado por um perímetro mínimo de interpretação do qual não pode se afastar[123], nos chamados casos difíceis (*hard cases*), no mais das vezes o jurista terá de procurar em "outras latitudes as bases de sua decisão[124]".

---

[119]*Ibidem*, p.250.

[120]WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*. Florianopólis, n. 5, p.48-57, jun. 1982, p.51.

[121]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007.

[122]HART, Herbert. *O conceito de direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007, p.152.

[123]Hart, no particular, faz alusão às constrições a que está submetido o exercício disciplinar de um árbitro durante um jogo de críquete.

[124]CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição Portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.XXIII.

Diante desse "espaço de penumbra", o realismo de Alf Ross[125] muda radicalmente o enfoque da interpretação jurídica. Se as normas não guiam *per se* a interpretação, o realismo debruça-se sobre os elementos que orientam a adesão introspectiva pelo jurista, a certos parâmetros decisórios, como interesses, personalidade, pertenças, constelações de poder; em suma, as motivações pessoais e sociais do intérprete. Desse modo, Ross redireciona o plano de validade jurídica à prática efetiva dos juízes[126], passando a Ciência do Direito a ter como objeto privilegiado de análise a construção de discursos estratégicos, legitimadores *a posteriori* de decisões.

Contudo, o neopositivismo, seja em sua vertente normativista ou realista, realiza uma "vitória de Pirro" sobre as concepções exegéticas que lhe antecederam, na medida em que rende a interpretação jurídica à vontade do sujeito insulado em seu espaço de discricionariedade. Objetivando superar esse *vacuii*, uma miríade de proposições teóricas pós-positivistas exsurgem na Ciência do Direito[127], com o objetivo de dotar seu processo interpretativo de alguma sorte de controle racional, para além da indeterminação aplicativa de uma "textura aberta do direito[128]".

Nesse contexto, a jurisprudência problemática de Theodor Viehweg[129] abre mão de um controle sistemático da interpretação em prol de um controle estritamente argumentativo. O direito, sob esse prisma, passa a ser entendido como uma *techne* interpretativa orientada a problemas. Esse modelo toma como ponto de partida *topoi* argumentativos alicerçados no

---

[125]ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2007.

[126]Se Hart utiliza o críquete, Ross utiliza como metáfora o xadrez para enfatizar como fator constitutivo de normatividade a interação participativa (*fellowship*) dos jogadores (juristas), na medida em que estes se sentem socialmente obrigadas a seguir determinadas regras do jogo (direito vigente).

[127]O pós-positivismo encerra um extenso rol de desenhos teóricos cuja composição e categorização não encontram consenso na doutrina. A título de exemplo, Ricardo Maurício Freire (*Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2007), em livro específico sobre o tema, elenca uma dúzia de correntes: culturalismo, raciovitalismo, tópica, nova retórica, semiótica, neocontratualismo, principiologia, procedimentalismo discursivo, procedimentalismo funcionalista, direito alternativo e neoconstitucionalismo. Já Wálber Carneiro (*Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*. Uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011) agrega essas variadas vertentes em dois eixos: substancialista e procedimentalista, (esta última subdividida em tópico-retórico e dialógico-procedimental). Por seu turno, Luhmann (*Op. cit*., 2012), de maneira mais sintética, referenda a discussão contemporânea sobre o direito entre o paradigma sistêmico, o normativismo, o caminho da ética e a análise econômica do direito. Igualmente conciso, Dworkin (*Op. cit*., 1986) contrapõe a seu paradigma de direito como integridade, de um lado, o convencionalismo positivista e, de outro, o pragmatismo economicista. O presente tópico seguirá *iter* expositivo próprio sem a pretensão, em absoluto, de esgotar o tema sob comento.

[128]HART, Herbert. HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007, p.137.

[129]VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*: Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

senso comum (*sensus communis*) e voltados à construção de discursos verossímeis (*verisimilia*). O pensamento sistemático aplicado ao direito para Viehweg atua como um "corpo estranho" que, no momento decisivo, tem de conformar-se em ficar no segundo plano e é, "apesar de toda sua beleza científica, praticamente inutilizável[130]".

Em que pese a pertinência na prática jurídica, a tópica enfrenta fortes censuras doutrinárias, algumas das quais a consideram suscetível de um "casuísmo sem limites[131]", ou mesmo lhe atribuem a pecha de "armadilha de subsunção", na qual o *topos* atuaria como premissa superior[132]. Particularmente, Wilhelm Canaris[133] considera especialmente inadmissível, do ponto de vista científico, conceber a interpretação jurídica não como "busca da verdade", mas meramente como "sucesso retórico". Para Canaris, o direito objetivo não é suscetível de uma "'legitimação' por via do 'parceiro na conversa', (qual?!) [*sic*], nem disso carece"; "uma lei 'vale' ainda quando não se apoie 'em todos, na maioria, ou nos mais sábios'[134]".

Não obstante as críticas, a abertura tópica da interpretação jurídica operada por Viehweg descortina um novo cabedal de possibilidades de compreensão do direito, entre as quais se desenvolve a nova retórica de Chaïm Perelman[135]. Perelman realiza um importante giro pragmático-contextual na interpretação, partindo da premissa de insuficiência manifesta do pensamento sistemático-dedutivo e da necessidade da interpretação jurídica de recorrer a bosquejos argumentativos e ficções legais[136]. Para Perelman, se a fixação de premissas interpretativas é irracional como quer Kelsen ou tópica como quer Viehweg, não quer isso dizer que esse processo seja arbitrário, antes se encontrando sujeito à probabilidade de sua aceitação. O recurso à retórica decorre assim da própria impossibilidade de metaorganização hierárquica de técnicas interpretativas em sua dimensão tecnológico-decisória. A

---

[130]*Ibidem*, p.91.

[131]CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993, p.214.

[132]STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e (m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.264.

[133]CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.254.

[134]CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.261.

[135]PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[136]Nesse sentido cita, como a comimação de pena capital a roubos de haveres maiores que 40 xilins (*grand larceny*) levou aos tribunais britânicos da Inglaterra vitoriana a reputar o valor fictício de 39 xilins a delitos ainda que se alcançasse soma de muitas libras. Em outra senda, faz referência ao exercício do poder legislativo pelo rei belga no Havre durante a II Guerra. A constitucionalidade dos atos em questão não fora deduzida do ponto de vista sintático-formal, mas delineada mediante procedimento retórico-argumentativo político-social.

determinação dessa técnica não deriva de considerações de ordem geral, mas antes do fato desta "permitir, no caso considerado, chegar a uma solução equitativa, mais aceitável[137]". Busca-se, outrossim, persuadir por meio do discurso, levar à adesão de um "auditório universal" suscetível a apelos racionais[138], o que não corresponde necessariamente a uma dimensão de verdade mas a acordos sobre objetos de controvérsia.

Nesse contexto, a análise econômica do direito desenvolvida por Richard Posner[139] insere-se na discussão, conquanto objetive estabelecer parâmetros racionais para se chegar a um acordo argumentativo. A análise econômica parte de duas premissas. A primeira delas é reconhecer que tanto o direito como a economia trabalham sobre pressupostos comuns: a distribuição de recursos finitos em meio a infinitas pretensões humanas. Nesse prisma, a interpretação jurídica deve levar necessariamente em consideração inexoráveis *trade-offs* normativos. A segunda premissa refere-se à possibilidade da afetação de determinado direito ter seu "valor" mensurado economicamente. Esse *quantum*, longe de ser algo abstrato, pode, muitas vezes, ser encontrado no repertório de "preços" de um ambiente mercadológico. Desse modo, à luz da análise econômica, a interpretação jurídica deve ser pautada por uma lógica de "maximização de riqueza" (*increase of wealth*) que potencialize os benefícios de dada decisão em detrimento de seus custos sociais.

Apesar dos contributos à parametrização decisória, a análise econômica sofre severas críticas. No particular, Gunther Teuber[140] considera que essa corrente teórica, ao direcionar o direito pela economia, incide em uma "hipostatização normativa" (*normative hipostatization*). Já Ronald Dworkin, na célebre polêmica que travou com Posner a esse respeito na *Cornell-Chicago Conference*, chega às testilhas de afirmar que "uma teoria que faz o valor moral da escravidão depender de custos transacionais é grotesca[141] [*sic*]". Para Dworkin, esse entendimento não leva os direitos a sério[142]. Essa resistência ferrenha a alguma tentativa de metrização pragmática de direitos em Dworkin resulta de sua concepção de direito como integridade fortemente vinculada a uma tradição liberal-democrática ocidental. Nesse sentido,

---

[137]PERELMAN, Chaïm. *Op. cit*., p.131.

[138]Vale dizer que a alusão a um "auditório universal" que destaca a "nova" retórica de sua homóloga clássica, esta última destinada ao convencimento de uma multidão não especializada, suscetível das mais variadas formas de argumentação.

[139]POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

[140]TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres*: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare Law. Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p.27.

[141]Tradução livre do original: "*A theory that makes the moral value of slavery depend on transaction costs is grotesque*" (DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*. Chicago, v.9, n.2, p.191-226, mar. 1980, p.21).

[142]Tradução livre do original: "*does not take the legal righst seriously*" (DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p.410).

Dworkin[143] busca situar a interpretação jurídica, opondo-se tanto aos "relatos fatuais retrospectivos" (*backward-looking factual reports*) do convencionalismo normativista, como aos "programas instrumentais prospectivos" (*forward looking instrumetal programs*) do pragmatismo economicista.

A perspectiva dworkiana valoriza assim a coerência diacrônica do direito, censurando tanto o desinteresse pelo passado como a hipertrofia do futuro. Segundo Dworkin[144], o processo jurídico-interpretativo opera tal qual a redação de um "romance em cadeia" (*chain nove*l), uma "narrativa desveladora" (*unfolding narrative*) de significados normativos. Esse "empreendimento literário" (*literary enteprise*) encontra-se permanentemente tensionado pela tripla exigência de harmonização pretérita, atualização presente e abertura ao futuro, com vistas à consecução de uma "melhor possível" (*the best it can be*) *performance* comunicativa[145].

Dworkin não se atém a algum repertório de *topoi* ou a retórica, mas busca antes de tudo, situar o processo interpretativo na totalidade orgânica de uma tradição institucional legitimada pela moral comunitária, cuja filiação possibilita o aferimento de critérios de legitimidade decisória. Desse modo, de maneira gadamaeriana, enfatiza a relevância da pré-compreensão do fenômeno jurídico, no sentido de serem de observados *standard features* que exercem "força gravitacional" sobre o processo interpretativo, não se reduzindo de modo algum a alguma "teia inconsútil[146]". A tradição vincula a interpretação tal qual uma sombra que se projeta sobre a atividade do intérprete, o qual em relação a esta, não se desvencilha, mas deve albergar-lhe o sentido de maneira criativa (*creative*) e não inventiva[147] (*inventive*). Dworkin[148] propugna, portanto, um modelo de "interpretação construtiva" (*constructive interpretation*) e não conversacional (*conversational interpretation*).

Interpretar aqui não corresponde a redescobrir a vontade do autor, mas remodelar dada tradição em uma dialética transtemporal. Trata-se de uma atividade nem totalmente livre nem totalmente vinculada em que se busca o passado tão somente na medida em que o presente dele o necessita. O intérprete é tanto autor como crítico do Direito. Nesse quadro, para

---

[143]*Ibidem*, p.183.
[144]*Ibidem*, p.22.
[145]DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p.229.
[146]_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.180.
[147]É importante anotar que Dworkin distingue uma interpretação inventiva, que guarda certa correspondência com a *ars inveniendi* de Viehweg e que reputa artificiosa, de uma atividade criativa, alicerçada na reconstrução da tradição em que o interpretar encontra-se inserido.
[148]DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1986, p.45.

Dworkin[149], resta de importância fundamental a incidência de uma "moralidade de fundo" (*background morality*), não no sentido "popular" (*popular morality*), mas "jurídico-comunitário" (*commnunity Law*).

Os "diretos morais[150]" (*moral rights*) daí derivados funcionam como espécie de trunfo (*trump*) que, na tradição liberal, enseja uma precedência, no plano da interpretação jurídica, à tutela de direitos individuais (argumentos de princípio) em detrimento de objetivos sociais coletivos[151] (argumentos de política). Os princípios, conquanto espécie normativa de fundo moral, não se sujeitam ao "*pedigree"* de alguma "regra de reconhecimento[152]", atrelando-se a um teste interpretativo frente à história institucional da tradição jurídica a que pertencem.

Nesse prisma holístico e vinculado a uma tradição concreta (democrático-ocidental) pode-se entender a resistência substancialista de Dworkin à existência de qualquer espaço de discricionariedade do juiz. Na atividade jurídico-interpretativa, não cabe falar sequer em estreitamento deliberativo de espaços intersticiais de atuação do magistrado. Tal entendimento seria em última instância antidemocrática e injusta por desconsiderar um modelo coerente de justiça e probidade inerente à tradição que traz em si, *in fieri*, uma única resposta correta. Essa resposta, contudo, é bom que se diga, não corresponde a algum "algoritmo para o tribunal" (*algotithm for the courtroom)*, mas uma ideia mediadora; afinal, "o império do direito é definido por atitude, não por território, poder ou processo[153]".

---

[149]*Ibidem*, p.97.

[150]Como bem anota Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 2004, p.7-9), a dicotomia anglo-saxã entre *moral rights* e *legal rights* parece ser intraduzível à tradição romano-germânica vez que nesta, moral e direito são acentuadamente diferenciados. Deve-se, contudo, frisar que a cisão insular não é uma questão de origem como a dicotomia continental entre direito positivo e natural, mas de fundamento. Dworkin contrapõe-se à tendência da jurisprudência analítica que considera o fenômeno jurídico como puramente fático (*plain-fact*), apondo em seu lugar a existência de direitos que emergem da tradição democrático-liberal.

[151]No particular, o modelo dworkiano guarda notável simetria com os entendimentos de John Rawls (*A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p.3), segundo o qual "cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça, que nem mesmo o bem-estar da sociedade pode sobrepujar" (*each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override*). Rawls parte do modelo hipotético de "posição originária" (*original position*), segundo a qual membros da comunidade estariam "encobertos pelo véu da ignorância" (*behind of a veil of ignorance*), ou seja, os cidadãos em potencial não saberiam qual condição ocupariam na sociedade. Nessa senda, constroem-se racionalmente dois princípios de justiça: (a) igual distribuição de liberdade, direitos e deveres básicos; e (b) que as desigualdades econômicas só se justificam se converterem-se em benefícios, especialmente para os menos favorecidos.

[152]HART, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

[153]Tradução livre do original: "*Law's empire is defined by attitude, not territory or power or process*". DWORKIN, Ronald. *Op. cit*, p.412-413.

Para alcançá-lo, Dworkin recorre à figura do juiz Hércules[154], aquele capaz de levar em consideração, com a máxima coerência, as tradições morais da comunidade mediante uma criteriosa e metódica atividade interpretativa, realizada em círculos concêntricos.

Para Jürgen Habermas[155], todavia, o juiz Hércules acaba tornando-se "muito heroico" (*too much heroic*). Seu solitário *métier* na busca de uma única resposta correta parece restringir a atividade do jurista a uma postura monológica. Habermas enfatiza que a definição de algum critério de correição interpretativa do direito relaciona-se a processos significativos situados em um contexto intersubjetivo, reflexo de estruturas de trabalho e interação. Deve-se, portanto, "libertar Hércules da solidão[156]", fazer com que dialogue e partilhe seu fardo em um quadro mais amplo de arranjos comunicativos, legitimidade última do direito[157].

O paradigma habermasiano busca traçar as condições ideais do discurso racional mediante uma ética discursiva, pautada por pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual como: máxima inclusão, distribuição equitativa de direitos comunicação, caráter não coativo e sinceridade proferimentos. Essas condições atuam como diretivas da atividade interpretativa, agindo conquanto mecanismo de coerção transcendental fraca. Privilegia-se, outrossim, uma razão dialógica e processual, validada em um processo argumentativo. A interpretação jurídica sob o lume habermasiano, portanto, atua mais como garante das regras do jogo democrático. Habermas afasta-se, por conseguinte do substancialismo de moldes dworkianos, a favor do fortalecimento de uma esfera pública deliberativa e pluralista.

---

[154]Ao juiz Hércules, contrapõe ironicamente Dworkin, o juiz Herbert [*sic*]. Trata-se de alusão clara a Herbert Hart (2007), com quem travara uma das mais célebres polêmicas jurídicas contemporâneas e a quem sucedeu na cátedra de Teoria Geral do Direito em Oxford. Para Dworkin, o juiz Herbert, situado em seu espaço de discricionariedade, teria pouca propensão a justificar suas decisões senão pela temerária opinião das maiorias, e não como jurista aferroado a princípios de uma tradição jurídica que lhe antecede e constrange.

[155]HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.278.

[156]HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.277.

[157]A preocupação de se evitar alguma sorte de monólogo hermenêutico representado pelo Hércules dworkiano pode ser encontrada igualmente nos trabalhos de Peter Häberle. Häberle (*Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.12-13) propõe deslocar o processo interpretativo de uma "sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta (*Von der geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsintepreten zur Verfassungsinterpertation durch und für die offene Gesellschaft*)". Sob esse crivo, em uma ordem democrática enquanto domínio do cidadão (*Herrschaft des Bürgers*), todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete. Destarte, a interpretação constitucional deve necessariamente levar em consideração as forças ativas que permeiam o desenvolvimento da sociedade, não se devendo renunciar à criatividade de intérpretes não corporativos (*nicht-zünftiger Interpreten*).

Nessa quadra, de especial relevância para a hermenêutica jurídica pós-positivista são os trabalhos de Robert Alexy[158] que desenvolve o conceito dworkiano de princípios, identificando-o como espécie normativa qualitativamente distinta das regras. Segundo sua concepção, princípios são mandados de otimização dentro de possibilidades fático-jurídicas existentes, ao passo que regras são determinações de âmbito fático-jurídico possível.

Um conflito entre regras, nesse diapasão, apenas pode ser resolvido mediante adoção de uma exceção ou se uma delas for considerada inválida, como através do critério de especialidade ou temporalidade. Essa lógica, entretanto, não se aplica aos princípios, que são regidos por uma relação de precedência. Em eventual colisão principiológica a dimensão do peso que deve ser levada em consideração. Nesse contexto denota-se que princípios encerram mandamentos/razões *prima facie*, ao passo que as regras encerram mandamentos/razões definitivas.

A interpretação jurídica em Alexy é problematizada em torno da ponderação entre princípios, cuja passagem de um "dever ser ideal" ao "dever ser real" envolve necessariamente tensões, conflitos e colisões. Para fazer frente a essa dificuldade Alexy propõe a adoção de uma lei de colisão que estabelece relações de precedência condicionada entre valores colidentes. Desse modo, "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro[159]". Esta lei pode ser ilustrada mediante curvas de indiferença, correspondentes a uma taxa marginal decrescente de distribuição, permeada pela noção de proporcionalidade.

Para Alexy, da ponderação, contudo, não é possível deduzir um único resultado interpretativo em cada caso concreto, sendo a interpretação jurídica sujeita a valorações não dedutíveis do material normativo preexistente. Entre o discursivamente impossível e o discursivamente necessário, há espaço para o discursivamente crível. Nesse ponto, uma associação entre teoria moral com teoria do direito é possível no âmbito de um modelo procedimental, cujo ponto de partida é uma teoria da argumentação jurídica, caso especial do discurso prático em geral, sujeito às condições restritivas de vinculação à lei, aos precedentes e à dogmática.

A tecnologia decisória de Alexy tornou-se um dos paradigmas interpretativos mais influentes na prática jurídica da atualidade. Não obstante, desperta tanto adesões calorosas

---

[158]ALEXY. Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
[159]ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.167.

como severas (e por vezes contraditórias) críticas[160]. O objeto central das discussões, como não poderia deixar de ser, é a preocupação central do pensamento pós-positivista: como a interpretação jurídica deve lidar com a problemática de discricionariedade legado pelo desafio kelseneano. A Teoria dos Sistemas surge nesse diapasão como um proposta teoria próprio voltado proporcionanmdo ao jurista um sofisticado aparato conceitual possibilitador de uma descrição pormenorizada da complexidade do direito, como será visto com mais vagar no terceiro capítulo dessa dissertação.

2.3 SOBRE CONSTITUIÇÃO E SOBERANIA

2.3.1 Das (pré) compreensões[161] acerca da Constituição

Ao se falar de interpretação constitucional e transconstitucionalismo, resta imprescindível estabelecer a delimitação semântica do termo Constituição, de modo a imunizá-lo contra "falácias da ambiguidade" ou "jogos de linguagem" estranhos a sua respectiva "forma da vida[162]". Signo polissêmico, o termo remete a diversas concepções concorrentes, dentre as quais as mais comumente citadas na doutrina são *mui* brevemente discorridas a seguir.

Dentro de um veio histórico-universal, Constituição corresponde à estrutura peculiar de conformação (limitação) do poder de dada comunidade política[163]. Nessa linha comparístico-temporal, pode-se compreender o *consuetudo* dos *mores* romanos, bem como a *eunomia*[164] da *politeia* grega como antecedentes remotos das constituições atuais. Na Idade

---

[160]Assim, se de um lado Habermas entende que a ponderação disfarça uma espécie de genoma jurídico demolidor do muro protetor dos direitos fundamentais, por outro, autores como Böckenförde considera que a mesma impossibilita a formação de espaços para transições interpretativas (ALEXY, Robert. *Op. cit*., p.575-627). Algumas censuras, contudo, não parecem ser pertinentes, como reduzir o pensamento de Alexy ao "cavalo de troia interpretativo" de uma "racionalidade estratégica weberiana" (CARNEIRO, Walber de Araújo. CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva:* uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.224-227) ou de que "na verdade, Alexy confunde texto e norma" (STRECK, Lênio. STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e (m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.117).

[161]No sentido gadameriano de (*Vorverständnis*).

[162]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.3.

[163]Nessa perspectiva, a própria circunscrição das prerrogativas dos monarcas hebreus pela lei de Deus, remete ao telos constitucional, como assevera Karl Lowenstein (*Teoria de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1964).

[164]Entendida como ordenação das diversas funções de governo de uma cidade, destinada à composição de interesses sociais, fórmula política de boa ordem (TRINDADE, Otávio Cançado. A constitucionalização do direito internacional – mito ou realidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.45, n.178, p.271-284, abr-jun/2008.2008).

Média, sob esse critério, o termo remete à própria estruturação de equilíbrio plural entre as diversas capacidades normativas fragmentadas características do transjuridicismo medieval.

Por seu turno, enfatizando a dimensão sociológica do termo, a concepção fático-social de Ferdinand Lassalle[165] reduz o texto constitucional a uma mera folha de papel (*ein stück Papier*), aduzindo ser a essência da Constituição (*Über das Verfassungswesen*), a soma dos fatores reais de poder que regem a sociedade. Esses fatores, que ilustram bem a conjuntura da sociedade prussiana à época, estariam relacionados, em sua teoria: à dimensão econômica (representada pela elite industrial), social (representada pela classe latifundiária), intelectual (representada pela cultura dominante) e militar (representada pelo Exército).

Já a clássica concepção voluntarista esposada por Carl Schmitt[166] privilegia a dimensão política da Constituição, ao considerar como aspecto curial ser esta o resultado de uma decisão política fundamental. Essa decisão corresponde, de um lado, à organização da estrutura jurídico-política do Estado e, de outro, ao estabelecimento de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos[167]. Esse conteúdo corresponde ao conceito de Constituição em sentido material que não se confunde com outras disposições eventualmente contidas no texto fundamental, consideradas meras leis constitucionais.

Por seu turno, a concepção jurídica de Hans Kelsen[168] considera ser o *quid specificum* da Constituição, sua dimensão normativa. Do ponto de vista jurídico-positivo, o termo refere-se ao conjunto de normas de hierarquia mais elevada de dado ordenamento jurídico, servindo-lhe como fundamento de validade. Sob o prisma lógico-jurídico, designa o postulado teórico de observância obrigatória de seu conteúdo pelo recurso a uma norma hipotética fundamental (*grundnorm*), fundamento último do direito positivo.

Nos termos de Manuel Jorge e Silva Neto[169], em uma perspectiva total, sufragadora das principais acepções doutrinárias (política, sociológica e jurídica), poder-se ia dizer que a Constituição: reflete relações de poder extranormativas (Lassalle); deriva de uma decisão política fundamental (Schmitt); e, desdobra-se no plano: (a) lógico-jurídico, enquanto preceito

---

[165]LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1987.
[166]SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000.
[167]A rigor, Schmitt alude a quatro conceitos de constituição (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional.* [s.l.:s.n.], 2010): (a) absoluto, constituição entendida como um todo unitário; (b) relativo, constituição entendida como um plexo de leis particulares; (c) ideal, constituição como correspondência entre seu conteúdo e aspirações sociais dominantes; e (d) positivo, este último, referente à conceituação delineada acima.
[168]KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
[169]SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op. cit*., 2010.

de obediência incondicionada e (b) jurídico-positivo, enquanto fundamento de validade normativa (Kelsen).

Apesar da pertinência de cada um dos conceitos supradelineados, em razão de coerência epistemológica em face do objeto de estudo deste trabalho, resta necessário filiar-se ao paradigma sistêmico adotado pelo pensamento transconstitucional. Nesse prisma, a concepção de Constituição refere-se à estruturação de uma ordem diferenciada de comunicação imunizadora do sistema jurídico em face do sistema político, proporcionando, simultaneamente um espaço privilegiado de interação entre ambos. Nessa senda, o conceito sistêmico de constituição remete aos limites organizativos do poder do Estado (tripartição funcional[170]) e a emergência de direitos e garantias fundamentais em um ambiente de heterogeneidade social.

Constata-se, pois, que há certa concordância acerca do conteúdo material da constituição entre essa e outras concepções do termo[171]. A distinção encontra-se em torno de seus pressupostos teóricos. Nesses termos, do ponto de vista sistêmico, a constituição refere-se a uma conquista evolutiva específica da sociedade moderna, na qual à imposição da sujeição política dos súditos, é oposto o exercício da cidadania jurídica mediante um uso linguístico inovador. Em outras palavras, o sentido moderno de Constituição deriva da pressão semântica do direito, enquanto ordem comunicativa autônoma, sobre o poder político do Estado, controlando-o. Essa semântica constitucionalista, através dos movimentos revolucionários burgueses, reverberou no plano estrutural com o surgimento da ordem constitucional. Esse *ethos* constitutivo remete à clássica formulação insculpida no art. XVI da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que apregoa que "toda sociedade na qual a garantia de direitos não está assegurada, nem a separação de Poderes determinada, não há Constituição[172]".

---

[170]A rigor, a tripartição funcional é identificada desde Aristóteles. A nota distintiva da modernidade, a partir da obra pioneira de Montesquieu, é a necessidade da divisão orgânica acompanhar essa repartição funcional (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional.* [s.l.:s.n.], 2010).

[171]Como a própria noção de Constituição em sentido material de Carl Schmitt (*The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000). Ademais, não colide com este conceito conceber a ordem constitucional é o estatuto jurídico da comunidade política como faz Gomes Canotilho (*Direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993), ou que seu telos ordacional (*Ordungsfunktion*) envolve necessariamente o controle do poder político por seus destinatários como aduz Karl Lowenstein (*Teoria de la constitución*. Barcelona. Ariel, 1964).

[172]Tradução livre do original: "*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*".

O constitucionalismo sucede o particularismo dos Pactos de Poder característicos da transição da Idade Média à modernidade[173], podendo ser estes entendidos mais como meros contratos de domínio (*Herrschaftsverträge*), reflexos dos próprios costumes medievais como a prática da *diffidatio*[174]. Esses pactos caracterizam-se pela linguagem particularista e excludente (semântica restrita), estrutura fática (meramente modificadora de poder), por tratarem de temas pontuais e por serem pautadas pelo direito natural. A constituição moderna envolve, por seu turno, configuração diversa: linguagem universalista e includente (semântica ampliada), estrutura normativa, (constituinte e vinculante do poder), alinhamento a temas abrangentes e fundamentação por direito positivo. Em outras palavras, na perspectiva sistêmica, aqueles pactos correspondem antes a concessões recíprocas entre os estratos políticos dominantes do que à autonomia funcional do sistema jurídico como garante de direitos. Em suma, é esta concepção sistêmica de Constituição que servirá de pré-compreensão para os ulteriores desdobramentos teóricos desta dissertação.

2.3.2 Do Estado soberano ao Estado constitucional

Assentado um conceito preliminar de constituição, para melhor compreender os dilemas atuais da interpretação (trans) constitucional, mister se faz necessário analisar as origens históricas que balizam sua estrutura jurídica-normativa, especialmente a conformação soberana do Estado moderno como limite territorial do exercício da atividade jurisdicional. Conforme antevisto, o conceito sistêmico de constituição remete à limitação do poder pelo caráter imunizador do direito, enquanto ordem comunicativa diferenciadamente autônoma. Mais precisamente, o constitucionalismo moderno contrapõe-se à incontratabilidade absolutista do poder político do Estado soberano. Pode-se dizer que constitucionalismo e absolutismo, constituição e soberania, possuem "histórias paralelas[175]".

O Estado soberano, "maior obra de engenharia política de todos os tempos[176]", é um reflexo das pretensões racionais metaordenadoras da modernidade. Sua estruturação não é uma regularidade, senão uma singularidade histórica. O *imperium* romano, a *polis* helena, o

---

[173]Como a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679); a *Bill of Rights* (1689); dentre outros (DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. Da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010).

[174]MARSHALL, James. *Espadas e símbolos*: a técnica da soberania. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.16.

[175]DALLARI, Dalmo de Abreu. DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*: da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p.64.

[176]BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001, p.21.

foedus medievo são exemplos de organizações outras da comunidade política no correr da história do Ocidente. O Estado soberano contrapõe-se ao transjuridicismo medieval, caracterizado este último, pela desdiferenciação funcional no qual as diversas esferas de comunicação social (arte, saber, direito, economia) encontravam-se em larga medida subordinadas à religião.

Nesse modelo, em termos de integração social, prevalece o padrão estamental de pertinência a dada camada social em termos de *status* atribuído e uma organização de hierarquias jurídico-políticas sobrepostas, por vezes contraditórias, e em permanente disputa. Esse arranjo disperso de poderes pode ser ilustrado, por exemplo, com as pretensões normativas concorrentes de feudos, corporações de ofício, ordens religiosas, cidades-livres e, especialmente, as relações de força entre o *Sacrum Imperium* germânico e a *Sancta Sedes* romana. Na descrição de Paulo Bonavides[177] "a cúria e o Império lutam entre si pela supremacia do poder político. Dois gládios se defrontam, duas ordens se hostilizam: a ordem temporal e a ordem espiritual, a coroa e o sacerdócio, Cristo e César".

Sob uma leitura sistêmica, as exigências funcionais decorrentes do aumento de complexidade social incidente na Alta Idade Média, contudo, fazem com que esse modelo fragmentário de organização política paulatinamente torne-se a anacrônico. Novas problemáticas descortinam-se no horizonte social gerando pressões de sentido que tornam obsoletas as respostas até então elaboradas. Esse ambiente de transição enseja então diferenciações comunicativas funcionalmente diferenciadas.

A unificação jurídico-política torna-se um imperativo sistêmico da autonomização da esfera econômica, conquanto garantidor da liberdade negocial e livre acumulação de riquezas, pressupostos elementares da dinâmica capitalista então incipiente. A centralização política refratária a pretensões de autoridade externas transnacionais ou internas, pautadas por lealdades feudais, abrange o monopólio do uso da força em determinado espaço territorial bem definido: a fronteira estatal. Como consequência, o Estado passa a ser o *locus* privilegiado de articulação institucional da comunidade política sob um matiz "territorialista e monologante[178]".

Em um primeiro momento, o modelo de organização política centrado na figura do monarca, recorre à ficção dos "Dois corpos do Rei[179]", na qual se transpõe ao soberano a

---

[177]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.234.
[178]TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *A teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.119.
[179]OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005, p.242.

dualidade simbólica do corpo de Cristo: de um lado, o corpo físico mortal e falível; de outro, sua dimensão mística, perene e incontrastável. Desse modo, garante-se simbolicamente a continuidade política do Estado, independente de crises dinástico-sucessórias. Nesse contexto, figura-se de fundamental importância o papel dos juristas (*légistes*), construtores da legitimidade jurídica do poder político, tendo sido usados tanto para limitar, como para reforçar o poder real[180].

A centralização da ordem política consubstanciada pelo Estado soberano passa a ocupar em termos de autoridade (*auctoritas*), o *locus* da tradição e da religião. A relação súdito-soberano torna-se sem intermediários, a partir da noção de apossamento, concentração dos poderes de *dominium*. O poder absolutista "via a sociedade como uma terra devoluta a ser colonizada, legislada, urdida num padrão selecionado[181]". Vige a máxima *princeps legibus solutus est* e o *jus imperium* torna-se praticamente sem limites.

Essa conjuntura enseja a imutabilidade estrutural do direito a partir da inquestionabilidade do *establishment* político. Esvanece-se, portanto, a força coativa dos dispersos poderes intermediários (*pouvoir intermédiaires*) então até então vigentes na sociedade medieval, especialmente as pretensões hegemônicas do código comunicativo religioso. Pode-se dizer que o ente estatal passa "a ocupar o posto de Deus em fuga[182]".

Essa dessacralização da esfera política é captada e reproduzida por Niccolò Machiavelli. Com o autor de *Il Principe* a política passa a ser descrita enquanto dado estritamente fático-secular e não reflexo de certa ordem divina. A perícia da política torna-se a arte do possível; a *virtu* do príncipe não reside mais em alguma ética cristã, mas no equilíbrio entre astúcia e força teleologicamente voltado a ser bem-sucedido no jogo político. A atribuição conotativa negativa atribuída a expressão "maquiavélico" deriva justamente dessa dissociação comunicativa entre política e moral realizada pelo pensador florentino que aduz ser ao príncipe, necessário que "aprenda a ser mau e que se valha ou deixe de valer-se disso segundo a necessidade[183]".

Se Deus se despedira da política e da história, o poder tornara-se "ilimitável[184]"; "uma força verdadeiramente fabulosa[185]". É nesse contexto que pode ser compreendido o conceito

---

[180]FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

[181]BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.49.

[182]ORTEGA Y GASSET, José. *O homem e a gente*. Rio de Janeiro: Ibero-Americano, 1960, p.69.

[183]Tradução livre do original: "*imparare a potere essere non buono, et usarlo e non usare secondo la necessità*" (MACHIAVELLI, Niccolò. *Il principe*. Torino: Einaudi, 1961, p.58).

[184]Dessa circunstância que decorre a tese da irresponsabilidade absoluta do monarca ilustrada no adágio *The King can do no wrong* (O Rei não pode fazer nada de errado). Sob a égide do

clássico de soberania entendido como "poder absoluto e perpétuo investido em uma República[186]" (*Majestas est summa in cives ac subditos legibus quae soluta potestas*), cristalizado na relação de comando e obediência. É a "laicização da *plenitudo potestatis*[187]" que marca o absolutismo do Estado soberano em sua origem. Essa laicização, contudo, não se deu sem conflito. Desse modo, o preceito *cuius regio, eius religio*, instituído pela Paz de Augsburgo (1555), que reconhece a existência dos Estados protestantes no seio do Sacro Império Romano Germânico, só foi estabelecido ao final e ao cabo de guerras religiosas. Igualmente, a diretriz *Rex In Regno Suo Est Imperator* instaurada pelo Tratado de Westphalia (1648) fora resultado direto da Guerra dos Trinta anos[188].

À celebração deste instrumento é comumente atribuída a derrocada das pretensões de autoridade supraestatal tanto da Igreja quanto do Império marcando de maneira indelével, a ascensão do Estado soberano como protagonista político no cenário internacional. Por sua relevância e dimensão[189], Westphalia é considerado o marco central de consolidação da soberania estatal consubstanciada pelo brocardo *potesta superiorem non recognoscens*[190].

---

absolutismo, a razão do Estado restava inquestionável, como bem ilustra a pena capital dos crimes de lesa-majestade (FOUCAULT, Michel. *Nascimento de la biopolítica: curso en el Collége de France 1978-1979*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007).

[185]BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.49.

[186]Tradução livre do original: "*absolute and perpetual power vested in a commonwealth*" (BODIN, Jean. *Six books of the commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell, 2012). Importante destacar que a *opus magum* de Bodin (2012), "*Les Six Livres de la République*", fora escrito apenas alguns anos após a Noite de São Bartolomeu encontrando-se a França mergulhada na guerra civil que levaria Henrique de Navarra ao poder, de onde se denota sua preocupação em assentar um modelo de Estado que se sobreponha às dilacerantes disputas religiosas de seu tempo (BADIE, Bertrand. *O diplomata e o intruso*: a entrada das sociedades na arena internacional. Salvador: Edufba, 2009).

[187]BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001, p.117.

[188]A Guerra dos Trinta anos trata-se de conflito bélico iniciado precipuamente com a investida do Sacro-Império destinada a esmagar o crescimento protestante na Boêmia. Esse movimento acabou por contrapor uma Áustria monárquica e católica aos principados alemães protestantes, logo se espraiando por toda a Europa seja por motivos políticos como religiosos. De um lado os Habsburgo (o Rei de Espanha e o Imperador) alinhados ao Papa e potentados católicos e, de outro, principados germânicos, a Suécia e a França de Richelieu que, apesar de Católica, buscava contrabalançar as pretensões hegemônicas dos Habsburgo.

[189]Para se ter uma noção, nas conferencias Conferências preparatórias de Münster (*Instrumentum Pacis Monasteriense*) entre potências protestantes e Osnabrück (*Instrumentum Pacis Osnabrugense*) entre potências católicas, reuniram-se mais de 145 delegações diplomáticas, fato sem precedentes na história política o que revela, e que pese o criticismo contemporâneo, a importância de Westphalia na conformação internacional das relações entre Estados soberanos.

[190]TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *A teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.71.

Esse entendimento, porém é atualmente questionado por autores internacionalistas, construtivistas como Andreas Osiander[191], que reputam ser Westphalia longe de uma pedra angular (*cornerstone*) de construção do modelo de estado soberano moderno, um evento que servira mais a confirmar as peculiaridades do arranjo político descentralizado do transjuridicismo medieval. Nesse sentido, cita como exemplo que o preceito *Dux cliav est papa in territoris suius* de Augsburgo, considerado então uma das razões da Guerra dos Trinta Anos, fora "congelado" em Westphalia. Ou seja, em última instância, antes de referendar a soberania do (s) príncipe (s), os tratados de 1648 os impediram doravante de mudar o *status* que gozavam na dieta imperial (*Reichstag*), a qual permaneciam vinculados.

Sob essa perspectiva, o modelo de Estado soberano é entendido como uma construção gradual cujo ponto culminante fora, no campo político-institucional, a Revolução Francesa e, no plano econômico, o advento do capitalismo industrial. Segundo Osiander, uma das razões da ênfase dada a Westphalia decorre de um equívoco de tradução da expressão utilizada no tratado "*landeshoheit*", como soberania. Em realidade, segundo o autor, seu significado correto corresponde ao exercício jurisdicional dos principados germânicos (*reichsstände*), algo inerente ao do modelo des-hieraquizado da própria organização política do Império. A menção a Westphalia serviria, em verdade, para legitimar retroativamente o novo modelo instaurado de fato pela *prise de la Bastille*.

Nesse contexto, outro utensílio de legitimidade política fora o advento da nacionalidade, como mecanismo de integração simbólica com fins solidarísticos. A nação vem, então, ocupar o lugar das filiações descentralizadas da Idade Média, não de modo naturalístico, senão por um esforço político concentrado.

O nacionalismo então origina-se "da desesperada esperança de que a clareza e segurança das existências possam ser reconstruídas num nível mais elevado e supralocal da organização social[192]". Essa reconstrução identitária tem na Revolução Francesa um exemplo assaz ilustrativo. Uma das mudanças operadas pela assembleia constituinte fora a mudança da titulação do monarca de rei de França para rei dos franceses[193], justamente para enfatizar o critério legitimador de nacionalidade. Em outras palavras, "*la revolución francesa hace*

---

[191]OSIANDER, Andreas. Sovereignity, international relations, and the westphalian myth. International Organization. *Cambridge*, v.55, n.2, p.251-287, 2001.
[192]BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.238.
[193]DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. Da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

necesario el concepto de nación para reemplazar al monarca sin perder la unidad[194]". A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão é sintomática ao consagrar, em seu art. 3º que: "o princípio de toda soberania reside essencialmente, na nação[195]".

Independente de seu marco simbólico, ao ser gradativamente despido de seu fundamento teocrático, a *suprema potestas* estatal recai no paradoxo funcional de fundamentar a si mesma. Para se desparadoxar, faz-se necessário que o poder político recorra a um elemento externo a sua própria estrutura. Para tanto, são concebidas as justificações jusracionalistas do poder do Estado, como demonstram as célebres teses contratualistas da Ilustração.

Nesses termos, Thomas Hobbes concebe o estado de natureza humano como uma situação de "guerra de todos contra todos[196]", no qual o homem é o lobo do homem (*homo homini lupus*) e vige a ansiedade permanente da calamidade como Prometeu, permanentemente sujeito á águia devoradora de suas entranhas[197]. Nesse contexto, os indivíduos, em busca de maior segurança em suas relações, cedem sua liberdade em prol de uma fonte de poder político incontrastável: o Leviatã. Para o filósofo de Malmesbury, contudo, ao contrário do que comumente se consigna, esse Leviatã não representa pura e simplesmente a opressão estatal, senão o *primum bonum* de civilidade humana, posto que sua finalidade última é garantir a segurança e bem-estar (*salus populis*) da população sob a qual exerce a soberania.

Por sua vez, Jean Jaques Rousseau não entende que o estado de natureza seja caracterizado pelo conflito (certo ou eventual). Ao contrário, este é o espaço do *bon sauvage*, o qual a sociedade civil corrompe. O Estado surge como mecanismo mitigador dessa corrupção, através da garantia de participação política em igualdade de condições. Rousseau mantém a perspectiva de contrato social e a incontrastabilidade soberana, mas retira sua

---

[194]RODRÍGUEZ, Darío. Los limites del Estado en la sociedad mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito:* novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010, p.26.

[195]Tradução livre do original: "*Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation*".

[196]Tradução livre do original: "*War of every man against every man*" (HOBBES, Thomas. *Leviathan or the matter, form, & power of a commonwealth ecclesiasticall and civill.* London: McMaster University, 1651, p.77).

[197]Hobbes vivencia os momentos mais conturbados da história política da Inglaterra emergente da guerra civil de Cromwell, a qual dedica, já octogenário, outra obra com alusão a um demônio bíblico: Beomoth ou o longo parlamento. Seu próprio nascimento ocorrera quando do confronto entre a marinha britânica e a Armada espanhola na célebre batalha de Trafalgar. Não é mera coincidência que Hobbes chama a si mesmo de "filho do medo e amante da paz" (SOUKI, Nadia. *Behemoth contra Leviatã*. Guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes. São Paulo: Loyola, 2008, p.28).

titularidade do todo-poderoso Leviatã e a põe no povo. A autoridade estatal não deriva de algum "terror prometeico" como em Hobbes, "não sendo a soberania outra coisa que não o exercício da vontade geral[198]".

Por seu turno, John Locke, entende que a guerra de todos contra todos hobbesiana não é uma constante do estado da natureza, mas um acontecimento circunstancial. O Estado surge para evitar que esta situação ocorra, não sob uma perspectiva incontrastável, senão pelo reconhecimento de uma autoridade superior (*standing rule*) que estabelece instituições públicas e um governo civil garantidor dos direitos naturais: a propriedade, a vida e a liberdade. Locke, já as vistas dos excessos cometidos no processo revolucionário, volta-se às limitações do poder soberano sob um veio liberal, cuja característica precípua é que a "comunidade perpetuamente detém um poder supremo de salvaguarda em face de assaltos e desígnios de quem quer que seja, inclusive seu legislador[199]".

Em suma, nos dizeres de Friedrich Müller[200], se em Hobbes, a soberania do príncipe encontra-se desenvolvida até as ultimas consequências, Rousseau lhe contrapõe a soberania popular radicalmente democrática; entre ambos, em posição intermediária, encontra-se o modelo liberal de tutela de direitos como fonte jurídica suprema do Estado de Locke. Se anteriormente às teorias contratualistas, sem recorrer a elementos outros senão sua própria faticidade, o poder do Estado soberano engendrara uma tendência à absolutização, "durante o 'Século das Luzes', resplandeceu, com intensa luminosidade, notadamente na França, o fenômeno da *racionalization du pouvoir*[201]". Através desse fenômeno, "o direito de soberania transforma-se também num direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão[202]".

Em termos sistêmicos, se a primeira fase de formação do Estado caracterizou-se pelo processo de diferenciação funcional da política em face de outras formas de emanação de autoridade como a religião, sua segunda etapa corresponde à autonomização do direito em face da política. A vontade de potência do soberano passa então a restringir-se diante da

---

[198]Tradução livre do original: "*la Souveraineté, n'étant que l'exercice de la Volonté Générale*" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Amsterdam: Marc Michel, 1762, p.20)

[199]Tradução livre do original: "*community perpetually retains a supreme power of saving themselves from the attempts and designs of anybody, even of their legislators*" (LOCKE, John. *Two treaties of government*. London: McMaster University, 1823, p.169).

[200]MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[201]SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional.* [s.l.:s.n.], 2010, p.48.

[202]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007, p.180.

ordem emanada do sistema jurídico, no qual o poder apenas deve ser exercido *Sit rationabile obsequium vestrum*[203]. Em outras palavras, pode-se dizer que o poder supremo do Estado é depauperado pela juridicidade de um constitucionalismo ascendente.

O Estado de força (*Machstaat*) passa paulatinamente a ser Estado de direito (*Rechtsstaat*), o poder de fato dá lugar ao poder da lei, o súdito dá lugar ao cidadão. Os direitos não são mais concebidos como outorgados (*octoyées*) pelo soberano, espécie de "timoneiro" ou *gobernator*[204]. A *civitas* passa a anteceder a *potestas*, e a relação política deixa de ter uma referência *ex parte principis* em prol da dimensão *ex parte civium*[205]. Essa nova estrutura garante remédios contra o abuso de poder (*tyrannus quoad exercitium*) destituído de legitimidade (*tyrannus absque titulo*) mediante, *vg* a constitucionalização da oposição e a investidura popular e temporária dos governantes[206]. Ou seja, não se trata mais de *rex facit legem*, mas *Lex facit regem*[207].

Nos termos de Wiston Nagan[208], a ideia de soberania sofre um deslocamento (*shift*) de uma acepção absoluta, à dimensão democrática consubstanciada na fórmula "nós, o povo" (*We the people*), o qual "saiu de seu mutismo e assume doravante o tempo contínuo de uma democracia do dia a dia[209]". Essa democracia realiza-se em "*un juego complejo entre derechos fundamentales e independencia de los gobernados*[210]", por meio dos quais "*los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder*[211]".

Se o "Estado feudal mais antigo e ainda o Estado absolutista fundamentavam a sua legitimidade no supramundano (*Überwelt*), o Estado Constitucional burguês funda-o na legalidade e com isso por um lado na imanência (*Diesseits*)[212]".

A Constituição passa então a definir "limites e regras para o exercício do poder político passou a ser referida como garantia contra o absolutismo[213]". Mesmo com o

---

[203]TEIXEIRA, Antônio. *Op. cit*., 2011, p.11.
[204]BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004, p.93-94.
[205]*Ibidem*, p.107.
[206]BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* São Paulo: Campus, 2004, p.135-137.
[207]ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúcti:*. ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2009, p.21.
[208]NAGAN, Wiston. *The emerging restrictions on sovereign immunity: peremptory norms of international law.* Disponível em: <http://works.bepress.com/winston_nagan>. Acesso em: 11 jul. 2011.
[209]OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005, p.248.
[210]FOUCAULT, Michel. Nascimento de la biopolítica*:* curso en el Collége de France - 1978-1979. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007, p.64.
[211]LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona. Ariel, 1964, p.149.
[212]MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.105.
[213]DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. Da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p.101.

desenvolvimento do Estado moderno, a pretensa incontratabilidade externa do conceito de soberania permaneceu imune aos postulados de limitação de poder característicos do constitucionalismo. Tal característica ainda mais acentuada no entreguerras, com a não observância da doutrina wilsoniana e o fracasso da Liga das Nações, culminando no célebre caso *Lotus*[214], julgado pela Corte Internacional de Justiça (1926), no qual se estabeleceu que restrições sobre a soberania devem ser interpretadas restritivamente.

Desse modo, autores como Umberto Campagnolo, cujo trabalho mereceu uma atenta crítica de Hans Kelsen[215], vieram a apresentá-la como uma qualidade científico-objetiva, imediatamente cognoscível do Estado. Kelsen, em objeção a esse entendimento, acertadamente pondera que, na realidade, a definição de Estado reflete certa posição ideológica, da qual se deduz características tidas como essenciais para albergar-lhe a suposta "naturalidade" de sua existência.

Não obstante a crítica kelseneana e sua defesa em prol do monismo jurídico internacionalista[216], consagrou-se, na prática jurídica, a submissão da soberania à ordem jurídica no plano interno, mas a assunção de uma natureza anárquica, no plano externo Essa dúplice feição da soberania, horizontalidade externa e verticalidade interna, "não ingerência" e "icomensurabilidade[217]"; "*particularista hacia afuera y universalista hacia dentro*[218]",

---

[214] O caso *Lotus* refere-se a um acidente marítimo em águas internacionais envolvendo uma embarcação de bandeira francesa (*Lotus*) e outra, turca (Boz-Kourt), vindo a pique esta última. Resgatados os sobreviventes, a nau francesa dirigiu-se a Istambul para encaminhar os náufragos daquele país, local onde restou fundeada para realização de reparos. Inobstante a Convenção de Bruxelas de 1910 e o *consuetudo* em termos de direito marítimo ser o de que o julgamento de sinistros no mar deve ser realizado pela jurisdição da nave responsável pelo acidente, as autoridades turcas apreenderamo o *Lotus* e custodiaram os oficiais franceses nele embarcados a fim de julgá-los pelo acidente ocorrido. Inconformada, a França ingressou com demanda na Corte Internacional de Justiça em Haia alegando que, nos termos do Tratado de Lausenne, a Turquia deveria respeitar disposições de direito internacional. Contudo, o aludido Tribunal, em deferência ao ideário soberano, considerou que, em não havendo vedação explícita, haveria permissão implícita ao Estado turco proceder a instrução criminal no caso em exame. COUR INTERNATIONAL DE JUSTICE. *Recuil des arrêts. Affaire du 'Lotus'.* Series A, n. 10. Set. 1927.

[215] KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[216] Não parece ser contraditória a posição de Hans Kelsen como acusa Umberto Campagnolo (KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002). De um lado, do ponto de vista da Ciência do Direito, decerto, resta indiferente se a fundamentação última do ordenamento jurídico, a *grundnorm*, assenta-se na conjuntura do Estado nacional ou da comunidade internacional. Essa posição, contudo, não ilide a posição pessoal de Kelsen em considerar que a segunda alternativa resta mais adequada para a consecução dos fins últimos do direito.

[217] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil:* ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2009, p.10.

[218] RODRÍGUEZ, Darío. Los limites del Estado en la sociedad mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.27.

constituem grandes óbices ao raciocínio transconstitucional contemporâneo. Seu desenvolvimento e superação encontra-se indissociável da dimensão histórica do constitucionalismo, como será visto a seguir.

2.3.3 Da evolução paradigmática do constitucionalismo

Em sua configuração clássica, o constitucionalismo surge no esteio de limitação do poder soberano por meio de documentos escritos, tendo como marco fundamental[219] tanto a Constituição francesa (1791) como a americana (1787). Sua estrutura é pautada pela vedação do arbítrio estatal mediante a instituição de um modelo legal (cível), com a definição de direitos (de defesa) do cidadão. O constitucionalismo clássico figura como reflexo do ideário liberal absenteísta, consubstanciado na conhecida expressão *laisser faire, laissez passer que le monde va de lui-même.* Ao Estado cabe apenas intervir para resolução de conflitos pontuais no corpo social; é a égide do modelo de estado policial (*polizeistaat*), *gendarme* ou *night watchman*.

Nesse contexto, a Constituição, em que pese sua relevância simbólica, resume-se a mero instrumento de governo, regulamentando as funções de organização e de processo da decisão política. Esse modelo assenta-se em uma separação estrita entre Estado e sociedade, algo refletido no resgate à distinção romanística entre direito público e privado, que reforça o "dogmatismo individualista que centra no homem atomizado o eixo das relações de poder da sociedade[220]". De caráter instrumental, o constitucionalismo clássico passa em larga medida à margem da regulação social em seus primórdios, oportunizando espaço privilegiado para as codificações oitocentistas. Não é por outra razão que "a teoria jurídica foi, no início, e por muitas décadas, apenas teoria civilista[221]".

Não obstante, logo o padrão absenteísta do constitucionalismo clássico demonstrou-se insuficiente para lidar com a crescente complexidade das relações sociais e a conflituosidade objetiva daí derivada. Notadamente vale referendar as repercussões da doutrina marxista especialmente após a publicação do Manifesto do Partido Comunista em 1848, o modelo de

---

[219]Do que não se olvida que cada uma dessas cartas irá engendrar um modelo de controle de constitucionalidade radicalmente distinto, um pautado pela lógica estanque de *séparation du pouvoir* e o outro pelo equilíbrio dinâmico de *checks and balances*. O constitucionalismo consuetudinário britânico, em que pese a relevância histórica, não será aqui objeto de análise.

[220]CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.16.

[221]DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. Da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p.102.

previdência social implantado pioneiramente por Bismarck na Alemanha em 1883, além da própria encíclica papal *Rerum Novarum* do papa Leão XII em 1891. Nesses termos, no início do século XX, duas Cartas marcam o advento o advento de um novo modelo de constitucionalismo, as Constituições sociais do México (1917) e de Weimar (1919), ambas proporcionando a transição para uma nova concepção de Estado constitucional, não mais limitada à função de *gendarme*, mas investido de características promocionais.

De acordo com preleção de Manoel Jorge e Silva Neto[222] esse advento tem como alicerces diversos aspectos. Primeiramente, do ponto de vista social, seu fundamento encontra-se em movimentos contestatórios ao *establishment*, através de uma atuação reivindicatória de direitos. Essas reivindicações engendram pressão normativa, de modo que, para garantir uma maior estabilidade, são concedidas melhorias às condições materiais dos trabalhadores. Em segundo lugar, no orbe político, o constitucionalismo social deriva de uma decisão política fundamental consubstanciada na atuação do poder constituinte originário, ao consagrar-se no estatuto fundamental da comunidade política, a consecução de direitos fundamentais prestacionais (como em áreas de saúde, família, educação, previdência). No que tange ao fundamento jurídico, o mesmo encontra-se inserido na disciplina normativa inerente ao Estado democrático, sendo manifestado de duas formas: imediatamente através da vedação ao retrocesso social e, mediatamente, no bojo diretivo de atuação legislativa.

A transição de modelos constitucionais é emblematicamente refletida pelo debate de Weimar[223], no qual o conceito clássico de constituição, de matiz instrumental-liberal é posto em cheque pelas demandas impostas pelo novel regime político-social. Ou seja, trata-se de se levar em consideração, ou não, opções políticas substanciais na metodologia de compreensão constitucional, cuja programaticidade ameaça dissolver o modelo de juridicidade liberal[224]. A instrumentalidade governamental da Carta Magna, característica do constitucionalismo clássico (e que fora o objeto da crítica por parte de Ferdinad Lassalle), cede lugar a novas concepções sobre sua estrutura, natureza e finalidade. A acepção jurídica kelseneana e política schmittiana disputam aqui primazia[225].

---

[222]SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional.* [s.l.:s.n.], 2010, p.53.

[223]BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política.São Paulo, n.61, p.5-24, 2004.

[224]OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005.

[225]No particular, parece mais adequado situar a concepção científico-espiritual da Constituição esgrimida por Rudolf Smend no debate sobre Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*) então vigente em Weimar do que como método próprio de interpretação neoconstitucional. No particular, a preocupação de Smend em firmar um entendimento de Constituição conquanto ordem integradora de valores materiais (*Integrationslehre*) parece ser mais compreensível como tentativa de estabelecer

Outra discussão central ao constitucionalismo contemporâneo também ocorre nos estertores da jovem República alemã. Passando a Constituição a ocupar cada vez mais o centro normativo irradiador da comunidade política, figura-se premente definir quem seria seu guardião (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*[226]). Em outras palavras, quem deve ser o intérprete último do texto constitucional[227].

Carl Schmitt busca capitalizar a concepção de *pouvoir neutre*[228] de Henri-Benjamin Constant, de modo a hipertrofiar o papel de unidade atribuído pela própria Constituição ao Executivo do *Reich*, em detrimento das supostas convulsões derivadas do pluralismo representativo do *Reichstag*. De certo modo a perspectiva schmittiana garantira o substrato teórico para a formulação do *Führerprinzip* e as consequências daí derivadas. Hans Kelsen, por seu turno, aponta o total desvirtuamento do pensamento de Constant, asseverando que o poder neutro tem como pressuposto a cisão entre funções de governo e chefia de Estado, sendo absolutamente incompatível com um Executivo forte. Sua opção de guarda da Constituição se opunha à alternativa de Schmitt, privilegiando a criação de um Tribunal Constitucional, o que marcou o modelo austríaco de controle de constitucionalidade.

O debate de Weimar lança as bases para a conformação de um novo paradigma de interpretação constitucional no pós-guerra, o neoconstitucionalismo[229]. Dentre suas principais características, nos termos assaz iluminadores de Konrad Hesse[230], destaca-se a consagração

---

um *tertium genus* às concepções de constituição jurídica e política então em disputa na Alemanha. É inclusive sistemático que sua *opus magum* "Constituição e Direito Constitucional" (*Verfassung undVerfassungsrecht*) tenha sido publicada justamente à época de grande atividade criativa de Schmitt e Kelsen, os quais lhe dedicam considerável atenção (FELLET, André Luiz Fernandes. Rudolf Smend e os direitos fundamentais como "ordem objetiva de valores". *Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, a.1, n.11, p.6605-6634, 2012). Assim, Smend parece estar mais próximo de seus contemporâneos do que de outra geração de juristas tedescos, como Friedrich Müller e Konrad Hesse, que se firmaram não em Weimar, mas em Bonn.

[226]KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.239-298.

[227]Ou quem cabe "errar por último" na espirituososa dicção de Ruy Barbosa, relembrada por Celso de Melo no julgamento da Ação Penal 470.

[228]O mesmo que serviu de base teórica à instauração da quadripartição funcional da Constituição de 1824, com a adoção do Poder moderador como mecanismo de harmonização interpoderes.

[229]Ou neoconstitucionalismo(s), assim, no plural, haja a vista a plêiade de teóricos das mais variadas matizes que cerram fileiras nesse paradigma: "há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas" (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*: teoria da constituição. Salvador: JusPodivm, 2009, p.1). Vale dizer que, embora o marco normativo do neoconstitucionalismo seja a Lei Fundamental de Bonn (1949), praticamente apenas após a Constituição de 1988 que esse modelo passa a ser predominante no Brasil. O "neo", como se vê, não é tão novo assim.

[230]HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p.24-25.

da força normativa da constituição (*Die normative Kraft der verfassung*), segundo a qual, a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optlimaler Verwirklichung der Norm*), dentro dos limites da na natureza singular do presente (*individueille Beschaffenheit der Gegenwart*).

Se no constitucionalismo clássico havia de certo modo o tratamento jusprivatístico das Constituições, no neoconstitucionalismo passa a haver o tratamento juspublicístico das codificações. Ou seja, passa a haver uma eficácia expansiva das normas constitucionais de direitos fundamentais, sua irradiação horizontal ou ubiquidade (*Drittwirkung*).

A Constituição passa a ser enxergada, portanto, como ordem jurídica fundamental da comunidade política, superando em definitivo a distinção regulativa clássica entre Estado e Sociedade. Igualmente, proporciona-se a reaproximação entre o direito e a moral, no que se convencionou chamar de virada kantiana (*kantische Wende*), em prol de valores vocacionados à tutela da dignidade da pessoa humana. A interpretação da Constituição, limitada no constitucionalismo clássico ao formalismo subsuntivo, passa a privilegiar argumentações pós-positivistas. Aliás, na esteira de Ronald Dworkin e Robert Alexy, a elevação de princípios ao *status* normativo é considerada por muitos como fator decisivo da hermenêutica constitucional contemporânea, sendo comumente dedicado na doutrina espaço privilegiado a sua discussão[231]. Além da teoria dos princípios, costuma fazer referência a doutrina[232] aos seguintes métodos de interpretação (neo) constitucional: clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador e normativo-estruturante; sobre os quais se passa a fazer breves considerações[233].

---

[231]Apenas a título exemplificativo, Manoel Jorge e Silva Neto (*Curso de direito constitucional.* [s.l.:s.n.], 2010, p.124-136) elenca os seguintes princípios de interpretação constitucional: unidade, concordância prática, efeito integrador, correição funcional, interpretação conforme, coloquialidade máxima efetividade e proporcionalidade; já Dirley da Cunha Júnior (*Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p.226-237) cita os princípios da: unidade, efeito integrador, máxima efetividade, justeza ou conformidade funcional, concordância pratica ou harmonização, força normativa, proporcionalidade ou razoabilidade, presunção de constitucionalidade das leis e interpretação conforme a constituição; e, por seu turno, Luís Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.298-305) enumera a: supremacia da constituição, presunção de constitucionalidade das leis a atos normativos, interpretação conforme, unidade da constituição, razoabilidade/proporcionalidade e efetividade.

[232]Abordou-se, no particular, da concepção científico-espiritual da Constituição no seio do Debate de Weimar pelas razões já expostas. Quanto ao método possibilista de Peter Häberle, tendo em vista sua comunicabilidade com o paradigma sistêmico, optou-se por tratá-lo em momento posterior.

[233]Não se problematiza aqui a aludida relação apesar considerar pertinente crítica esgrimida por Virgílio Afonso da Silva (*Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.2005) que reputa ser esse rol uma importação indevida de categorização idiossincrática de Hesse e Böckenförde, traduzida ao vernáculo por Canotilho e reproduzida pela doutrina brasileira.

A importância do método clássico à interpretação constitucional, mais precisamente aos elementos hermenêuticos desenvolvidos por Savigny, reside em sua função estabilizadora diante do risco de o risco de dissolução (*Auflösung*) da Constituição diante das múltiplas alternativas significativas que passam a transitar por seu horizonte normativo. Já o método tópico-problemático, que remete ao pensamento de Viehweg, concebe a interpretação da Constituição conquanto uma atividade inventiva, na qual as normas constitucionais atuam como *topoi* argumentativos.

O método hermenêutico-concretizador desenvolvido por Konrad Hesse[234] reveste-se de notável influência gadameriana, tendo em vista a relevância com que trata a dimensão pré-compreensiva da interpretação da Constituição. Hesse desenvolve um pensamento não axiomático, problematicamente orientado, mas não em sua acepção tópico-casuística, pois o primado interpretativo aqui reside no texto constitucional, seu limite ineliminável. O processo interpretativo é resultado do papel criativo do intérprete que, partindo de sua pré-compreensão, media pressupostos (con)textuais em face da situação concreta em que a norma constitucional se aplica.

Por sua vez, a metódica estruturante (*strukturierende Methodik*) de Friedrich Müller[235] desenvolve uma diferenciada concepção da norma jurídica. Por esse método, o processo interpretativo constitucional para além do texto normativo (*Verfassungtextgebund*) e o programa (*Normprogramm*) que este encerra, deve levar em consideração o chamado âmbito da norma (*Normbereich-Sachbereich*), que corresponde à constelação de elementos materiais recortados pela incidência da norma constitucional. Desse modo, a interpretação resulta da concretização (*Konkretisierung*) do programa normativo (possibilidade de sentido textual) em seu âmbito material (parcela da realidade social).

Parelho ao neoconstitucionalismo, igualmente no pós-guerra[236], exsurge um novo modelo de Estado constitucional: o Estado-Providência (*État providence*). Esse modelo consigna "certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência

---

[234]HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

[235]MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[236]No particular, François Ost (*O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005, p.318) faz referência, como marco central à consubstanciação do Estado Providência, ainda no bojo da II Grande Guerra, a edição do célebre relatório Beveridge de 1942 sobre segurança social das tropas aliadas (*Social Insurance and Allied Services*).

digna[237]". Nesses termos, para além dos direitos fundamentais de primeira geração, essencialmente negativos, no sentido de proteção do cidadão frente ao Leviatã, surgem os direitos chamados de segunda (econômicos e sociais) e de terceira geração (inspirados nos valores da solidariedade).

Contudo, nos termos de Gunther Teubner[238], esse novo ideário estatal direciona um processo de "juridificação" (*Verrechlichug*) da esfera social, através de uma "poluição legal" (*legal pollution*) no plano legislativo e uma "burocratização do mundo" (*bureaucratization of the world*) no orbe executivo.

Nesse quadro, o Judiciário torna-se então o "terceiro gigante", voltado ao controle do "legislador mastodonte" e do "administrador Leviatã"; "a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso, num sistema democrático de '*checks and balances'* à paralela expansão dos 'ramos políticos' do estado moderno[239]". Em outras palavras, em uma sociedade funcionalmente diferenciada, "tanto em face do *Big Business* quanto do *Big Governement*, apenas um *Big Judiciary* pode se erigir como guardião adequado e contrapeso eficaz[240]". Afinal, "*entre más legislación surge también simultáneamente más competencia judicial*[241]. A mudança protagonizada pela ascensão do Estado social não deve ser entendida em uma perspectiva meramente quantitativa, mas sob um prisma qualitativo, no sentido da emergência de novas estruturas dogmáticas decisionais. O ativismo judicial, nesse diapasão, decorre não de uma "torrente de normas" (*flood of norms*), mas da própria ascensão de um modelo de "Estado intervencionista" (*intervencionist state*), para usar expressões de Teubner.

A interpretação constitucional sofre o refluxo da incorporação de conteúdos normativos não mais meramente condicionais, mas finalísticos, verdadeiras "pretensões a conformação do futuro" (*Zukunftgestaltung*), espaço de deliberação tradicionalmente político[242]. Essa circunstância opera uma transmutação que incorpora ao discurso jurídico-argumentativo certo arcabouço político-moral que "afrouxa" a deferência do Judiciário para com o Legislador e, consequentemente, dá margem a uma "ampliação do espaço de decisão

---

[237]SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, p.1-46, 2001, p.4.

[238]TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres*: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare Law. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.

[239]CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*? Porto Alegre: Fabris, 1999, p.19.

[240]CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*? Porto Alegre: Fabris, 1999, p.61.

[241]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.217.

[242]MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, p.1-13, jan. 2002.

judicial[243]". Descortinam-se, então, novas áreas de atuação à atividade judicante. A juridificação da esfera social, essa "colonização" do mundo da vida pelo direito, queda um fenômeno sistêmico-estrutural que não pode ser simplesmente negado pelos movimentos de "deslegalização" (*delegalization*); "a 'torrente de normas' não pode ser contida por diques e barragens; no máximo ela pode se canalizada[244]".

A "orgia legislativa" do *welfare state*, apesar de bem intencionada, terminou "por se revelar causa de perversões econômicas com custos enormes e socialmente perniciosos[245]". A democratização dos direitos prestacionais incrementou as responsabilidades do Estado de bem estar social (*welfare state*), levando à necessidade de um aumento de arrecadação que permitisse que a receita acompanhasse os crescentes gastos, através, prioritariamente, da elevação da carga tributária sobre o capital.

Durante os "trinta gloriosos anos[246]" da "era ouro do capitalismo[247]", o sistema manteve-se de certo modo estabilizado no norte geopolítico. Contudo, a crise fiscal do Estado social coloca no banco dos réus a "célebre política do déficit *spending*: endividamento do Estado, com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo a despesa social[248]". Vítima de seu próprio sucesso, o "flagelo do bem-estar" engendra a bancarrota do Estado dirigente. A prodigalidade das promessas prestacionais paulatinamente cede lugar a uma perversa sensação de frustração constitucional e desfuncionalidade normativa. O ente estatal alicerçara expectativas que não possuía condições a adimplir. Outros desafios o aguardam na virada desse novo milênio.

2.3.4 Da globalização da soberania: réquiem ao Leviatã

---

[243]HABERMAS, Jürgen. *Op. cit*., p.306.

[244]Tradução livre do original: "*The 'flood of laws' cannot be stemmed by dykes and dams; at best it can be channeled*" (TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres*: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare Law. Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p.12).

[245]CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, p.45.

[246]HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

[247]HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos*. O breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

[248]CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.253.

Como bem salienta Gunther Teubner[249], a questão constitucional de hoje é radicalmente diferente da dos séculos passados, mas não por isso menos importante. Se o modelo de Estado liberal do constitucionalismo clássico perpassou uma crise de legitimidade e o modelo de Estado providência do constitucionalismo social, uma crise de efetividade, o Estado neoconstitucional contemporâneo defronta-se com uma crise de alteridade sistêmica intensificada pelos processos de globalização. Vive-se hoje afinal, para além de "*l'età dei diritti*[250]", a "era do globalismo[251]". A globalização ou "globalizações", seja pela polissemia inerente ao signo, seja pela leitura multifacetada e concorrente entre diversas escolas teóricas, é um conceito plurívoco. Em uma aproximação extremamente genérica e preliminar, poder-se-ia correspondê-la aos "processos que estão intensificando as relações e a interdependência globais[252]".

Esses processos caracterizam-se por fatores como a emergência de novos atores internacionais, o desenvolvimento de modelos econômicos pós-tayloristas e o advento de novas tecnologias de informação e comunicação[253].

Embora haja certo consenso acerca dessas características, divergem os doutrinadores quanto às consequências contemporâneas do fenômeno. No particular, Boaventura de Sousa Santos[254] considera que a globalização é constituída por uma dupla face que envolve, de um lado, o que denomina de "localismo globalizado" e, de outro, o que chama de "globalismo localizado". A primeira expressão corresponde à dimensão positiva da globalização, à disseminação com sucesso, no plano global, de determinada prática ou ideário local. Já a segunda, remete à dimensão negativa correspondente, o impacto desestruturador que a hegemonização da estraneidade engendra em culturas periféricas, que perdem, outrossim, seus próprios vínculos indentitários.

Em outra abordagem, David Held[255] identificadas três correntes sobre a compreensão do conceito de globalização: os céticos, os hiperglobalizadores e os transformacionalistas. Os primeiros, os céticos, minimizam os impactos mundiais do fenômeno, seja por considerarem

---

[249]TEUBNER, Gunther. *Constitutionalising Polycontexturality. Social and Legal Studies*. London, n.19, p.1-25, 2010.
[250]BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* São Paulo: Campus, 2004.
[251]IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996
[252]GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2005, p.61.
[253]DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global*: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação. São Paulo: Unesp, 2005.
[254]SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.244.
[255]HELD, David. *Global Transformations*. Oxford: Polity, 1999, p.10.

as atuais cifras do comércio internacional inferiores às da segunda colonização, seja por frisarem a tendência de formação de blocos regionais. Por seu turno, os hiperglobalizadores maximizam esses impactos, concebendo a globalização atual como criadora de uma nova era, com o ocaso dos governos nacionais e a formação de identidades transnacionais híbridas. Por sua vez, os transformacionalistas reconhecem o espectro de mudança, mas enfatizam que este é pautado por processos múltiplos e contraditórios de integração e fragmentação[256].

Não obstante, independente da corrente adotada, é certo que à medida que a globalização progride, "estruturas e modelos políticos existentes revelam-se despreparados para gerenciar um mundo cheio de riscos, desigualdades e desafios que transcendem fronteiras nacionais[257]". Sua rigidez de outrora cede lugar à fluidez de "limites brandos[258]" (*soft boundaries*).

Nos termos de Dieter Grim, pode-se dizer que há uma "erosão da estatalidade[259]" (*erosion of statehood*), uma espécie de "*capis diminutio* do Estado nacional[260]". Seus fundamentos filosóficos deixam de ser "adequados ao gradiente de possibilidades da sociedade mundial – tonam-se autoritários ou ineficazes[261]", uma "limitação obsoleta[262]". Nesse contexto, "*debemos despredermo-nos de antigua concepto de soberania del estado[263]*".

A acepção clássica do termo, como já preconizava Hans Kelsen[264] deve passar por uma revolução da consciência cultural. Aquela "metáfora antropomórfica de cunho absolutista[265]", soçobra diante não só do pluralismo político-social interno, mas perante a institucionalização de centros de juridicidade além do Estado e a atribuição de direitos a indivíduos no plano jurisdicional internacional. Em suma, a soberania é "ultrapassada peal

---

[256]Adota-se aqui uma concepção transformacionalista de globalização, que "rima com integração e como homegenização da mesma forma que com diferenciação e fragmentação [...]. As mesmas forças que promovem a integração suscitam o antagonismo" (IANNI, Octavio. *A era do globalismo.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p.36).

[257]GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2005, p.78.

[258]BIERSTEKER, Thomas. State, sovereignty and territory. In: CARLSNAES, Walter (Org.). *Handbook of International Relations*. Londres: SAGE, 2001, p.165.

[259]GRIM, Dieter. *The Twilight of Constitutionalism*? Oxford: Oxford University Press, 2010, p.12.

[260]CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p.138.

[261]GONÇALVES, Guilherme leite. Limites do projeto iluminista: problemas operativos do Estado nacional na sociedade mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010, p.60.

[262]CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.7.

[263]HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.10.

[264]KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[265]FERRAJIOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.2.

irrupção de novas questões e de problemas inéditos[266]"; aquela *summa potestas* que lhe caracterizava "ficou perdida em um passado remoto [...] na contemporânea era global, o seu poder está sendo silenciosamente esmagado[267]".

Assim, "é melhor pensar o significado de soberania em termos de uma contínua contestação de práticas[268]" em que atua como "fator de resistência ou de travagem e não mais como elemento central do jogo[269]". O máximo que pode ser-lhe atribuído "é uma superioridade local limitada, que não é mais estática, mas está constantemente em evolução[270]". Pode-se dizer que esse redimensionamento do conceito de Estado soberano, que Gustavo Zagrebelsky[271] faz referência como "*oración funebre del jus publicum europeu*", corresponde a um verdadeiro réquiem ao Leviatã. Essa transição paradigmática e consequente abertura do constitucionalismo a outras paragens não se realiza, contudo sem deixar vestígios. O Leviatã deixa viúvas; "carpideiras".

Essa recalcitrância deriva, em larga medida, de uma concepção da Constituição que mescla elementos rousseaunianos e criptomonarquicos, ou seja, junge o povo ao *locus* simbólico do monarca, mantendo a incontratabilidade do poder soberano conquanto soberania popular. Dessa forma, toda restrição à soberania é redirecionada "por procuração, em nome da nação e da democracia[272]". Esse "constitucionalismo jacobino", contudo, vê-se perplexo e impotente ao "perder o seu direito romano" diante de germinações regulatórias transfronteiras que fazem com que a gramática soberanista perca seu uso tradicional[273].

É nesse contexto que Gomes Canotilho[274] retrocede de seu modelo de Constituição dirigente, tendo em vista que a força normativa desta cede "perante novos fenótipos políticos-organizatórios e adequa-se, no plano político, e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas 'associações abertas' de estados nacionais". Nos termos iluninadores de Konrad Hesse, na contemporaneidade, o modelo de Estado sofre um profundo câmbio "*desde su*

---

[266]BADIE, Bertrand. *Um mundo sem soberania*. Os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa: Piaget, 1999, p.175.
[267]TEIXEIRA, Antônio. *Op. cit*., 2011, p.130.
[268]Tradução livre do original: "It's best to think the meaning of sovereignty in terms of a continual contestation of practices" (BIERSTEKER, Thomas. State, sovereignty and territory. In: CARLSNAES, Walter (Org.). Handbook of International Relations. Londres: SAGE, 2001. p.163).
[269]BADIE, Bertrand. *Op. cit*., 1999, p.212.
[270]MARSHALL, James. *Espadas e símbolos:* a técnica da soberania. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.18.
[271]ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil:* ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2009, p.12.
[272]BADIE, Bertrand. *Um mundo sem soberania*. Os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa: Piaget, 1999, p.28.
[273]*Ibidem*, p.202-205.
[274]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993, p.1217.

concepción tradicional como soberano, nacional, relativamente hermético hacia el estado actual internacionalmente imbricado", o que engendra a perda de supremacia e importância *"que hasta muy recientemente había tenido su constitución*[275]" . Assim, a interpretação constitucional deve necessariamente albergar em seu seio "ordens e problemas jurídicos que ultrapassam as fronteiras do Estado[276]".[277].

2.4 HERMES E (M) WESTPHALIA

François Ost[278] estabelece uma prolífica alegoria mitológica que será tomada aqui de empréstimo para perlustrar os (des) caminhos paradigmáticos da interpretação constitucional contemporânea. Nos termos do professor belga, a interpretação do direito pode ser compreendida a partir de três arquétipos de juiz: Júpiter, Hércules e Hermes.

O paradigma hermenêutico jupteriano concebe o processo interpretativo constitucional a partir de uma estrutura hierárquico-piramidal, sempre proferido de cima, de algum lugar sagrado como o Monte Sinai, assentando-se na dimensão mítica de um legislador, tal qual um Sólon ou um Licurgo. Esse paradigma, que encontra no normativismo kelseneano sua mais sofisticada elaboração, estabelece um movimento interpretativo dedutivo-linear e unidirecional. O juiz Júpiter, portanto, rege-se por um ideário monista e soberano, que acaba por fazer tábula rasa das tradições e conforma o direito mediante espaços de discricionariedade.

Por outro lado, o modelo hermenêutico do juiz Hércules[279], tem a estrutura hermenêutica alinhavada por uma arquitetura piramidal invertida, espécie de funil, centrado

---

[275]HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. In: BENDA *et al*. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p.14.

[276]NEVES, Marcelo. *Transnacionalidade do direito:* novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010, p.11.

[277]HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.60.

[278]OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.14, p.169-194, 1993.

[279]A concepção esgrimida por Ost acerca do juiz Hércules é objeto de severas críticas por parte de Lênio Streck (O (pós) positivismo e os propalados modelos de juiz (hércules, júpiter e hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p.15-45, jan-jun, 2010a). A preocupação de Streck parece procedente na medida em que a construção do modelo interpretativo herculiano em Ost perpassa duas fases. Na primeira, corresponde Hércules aos modelos de decidibilidade do sociologismo e realismo jurídico para, apenas em um segundo momento, incorporar o construto teórico homônimo de Dworkin. Não obstante a dilação da conceituação de Hércules em Ost, sua divisão tripartite de parâmetros interpretativos do direito parece ser coerente e não fadada ao fracasso como inquire Streck que, no particular, lhe aponta uma dezena de supostos erros teóricos. Em última instância, para Streck, o juiz Hermes de Ost

na figura do magistrado, tido como "*semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar e acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos*[280]". Hércules busca superar os desafios inerentes a um constitucionalismo clássico descrente do absenteísmo e procura suprir sua impotência mediante excurso a uma capacidade olímpica de domínio da sapiência jurídica. Desse modo, pode o filho de Zeus tomar posse do "pomo de ouro" da interpretação: a introjeção de uma única resposta correta.

Todavia, entre Júpiter e Hércules, Ost considera ser mais pertinente ao "desafio kelseneano" do constitucionalismo contemporâneo, a adoção de um *tertium genus* hermenêutico: o juiz Hermes[281]. Se Júpiter interliga-se com a constituição liberal e Hércules com a constituição social, Hermes defronta-se com uma Constituição pressionada por uma hipercomplexidade social transfronteiras. Para fazer frente a esse novo desafio, não basta ser um "homem de lei" como Júpiter ou assumir as funções de um "engenheiro social" tal como Hércules[282]. Nesse quadro, a questão é "'promover' as estruturas estáveis de uma ordem diferenciada de comunicações, conectando transversalmente fragmentos", e relacionando identidade à alteridade, mediante engenhos de "tecelagem[283]". Hermes assume, nesse orbe de (pós) modernidade, o *métier* de um *bricoleur*. O esforço interpretativo, nesse diapasão, assemelha-se a um trabalho não totalizante, devido à própria "natureza do campo [...] de substituições infinitas no fechamento de um conjunto finito [de linguagem][284]". A metáfora do conhecimento translada-se "do edifício à rede[285]".

---

corresponde ao juiz Hércules de Dworkin. Esta, contudo, não parece ser uma ilação apropriada, tendo em vista o escopo distinto de ambos os arquétipos, especialmente a abertura reticular em Ost à alteridade intersistêmica, situada além de alguma comunidade de tradição. O ensaio de Ost *sub examen* aproxima-se, em verdade, muito mais do matriz luhmaniano, paradigma do transconstitucionalismo, razão pela qual é utilizado como fio condutor do presente tópico.

[280]OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.14, p.169-194, 1993, p.170.

[281]O qual não se confunde, em absoluto, com seu homônimo dworkiano. Em Ronald Dworkin (*Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p.317 e *ss*.), o juiz Hermes representa aquele que interpreta a lei se fazendo passar como porta voz do legislador. Hermes aí é tributário exclusivo da *mens legislatoris*. Tampouco o modelo de Hermes em Ost se confunde com o juiz Hermes esposado por Wálber Carneiro (*Op. cit*., 2011, p.267 e *ss*.); tratando-se mais, este último, de um desdobramento do paradigma dworkiano-gadameriano, no sentido de integração da interpretação à tradição.

[282]OST, François. *Op. cit*., p.177.

[283]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.289.

[284]DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. São Paulo: Perspectiva, 1967, p.244.

[285]CAPRA, Frijot. *A teia da vida*: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2007, p.48.

O texto jurídico a ser interpretado pode ser mais bem ilustrado a luz desse paradigma conquanto "palimpsesto[286]", objeto "de uma ruminação argumentativa permanente, incessantemente revisado, desviado, redescoberto, reduzido, expandido, transposto por gerações de autores[287]". A metáfora do palimpsesto enfatiza a maleabilidade potencial da interpretação jurídica, permanentemente reconstruída e auto-obliterada e onde *l'ipséité,* a diferença separa o nós do outro, torna-se inconclusiva, volátil[288]. Portanto, para além da majestade de Júpiter e das pretensões de Hércules, Hermes privilegia a comunicação jurídica, situando a Constituição em uma organização argumentativa sistêmico-reticular que opera pelo "ajustamento hábil às sinuosidades da pressão[289]" ambiente.

Em suma, Hermes se trata de um grande comunicador, que não conhece outra lei senão dos discursos que se manifestam na forma de um banco de dados e traduzem infinitas possibilidades de sentido. A multiplicidade de alternativas interpretativas daí derivadas não significa anomia tampouco anarquia. A ordem jurídica se nutre da desordem periférica, em uma autonomia que é ao mesmo tempo heteronomia; um "*proceso coactivo, ininterrumpido y multidireccional de circulación del logos juridico[290]*".

A interpretação constitucional em Hermes opera mediante essa circulação incessante, não viciosa, mas recursiva e fecunda, na qual não há monopólio de produção do direito e este não se submete *sic et simpliciter* à definição de fronteiras. Em outras palavras, os limites da interpretação em Hermes não se restringem ao fetichismo de algum constitucionalismo jacobino, não se refugia no artifício da hierarquia ou da tradição, mas entrelaça-se no emaranhado de racionalidades desterritorializadas, essa "*nueva nebulosa en el firmamento de los fenómenos jurídicos[291]*". A articulação clássica da soberania e do controlo apaga-se diante do "efeito irredutível das interdependências crescentes[292]" no plano mundial.

---

[286]Para um conceito de palimpsesto como método literário típico do pós-modernidade vocacionado à confluência de elementos sobrepostos e possibilidades comunicativas, vide Christine Brooke-Rose (História Palimpsesta. In: ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005).

[287]OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005, p.97.

[288]BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

[289]BADIE, Bertrand. *Um mundo sem soberania*. Os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa: Piaget, 1999, p.214.

[290]OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, n.14, p.169-194, 1993, p.182.

[291]OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, n.14, p.169-194, 1993, p.185.

[292]BADIE, Bertrand. *Um mundo sem soberania*. Os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa: Piaget, 1999, p.205.

O transconstitucionalismo busca oportunizar o diálogo entre múltiplas ordens normativas, de modo a dar uma resposta adequada a problemas "hidraconstitucionais[293]". Nesses termos, resta necessário ultrapassar a figura de Júpiter ou Hércules e estabelecer um diálogo "entre Têmis e Leviatã[294]". Tal relevância é ainda mais acentuada em um sistema (pós) westphaliano em estupenda transformação. Afinal, "o aprofundamento do intercâmbio entre sistemas jurídicos é uma realidade do nosso tempo. Antes restrita aos limites do território dos Estados soberanos, as operações do mundo do Direito assumem cada vez mais caráter transnacional[295]".

Em outras palavras, a figura antropomórfica do *princeps*, *legibus solutus*, cede espaço em prol de uma integração da comunidade internacional enquanto *totus orbis*. Deve-se, pois, parafraseando Jürgen Habermas[296] "urbanizar a província" westphaliana, tirá-la de seu isolamento, reconfigurá-la em torno de um modelo de racionalidade sistêmica e transversal, que pautam a alternativa interpretativa (trans) constitucional.

---

[293]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.122.

[294]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

[295]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pronunciamento do Ministro Cezar peluso na abertura da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2013a, p.1.

[296]HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987.

3 CONSTITUIÇÃO E (M) AUTOPOIESE

3.1 HORIZONTES TEÓRICOS

A perspectiva transconstitucional, como já houve oportunidade de asseverar, abebera-se do paradigma sistêmico luhmanniano. O presente Capítulo tem como fulcro estabelecer o instrumental analítico da Teoria dos Sistemas, algo imprescindível para ulteriores considerações acerca do transconstitucionalismo. Parafraseando Gomes Canotilho[297], trata-se de apresentar as "palavras viajantes" do paradigma, seus "conceitos centrais" (*core terms*) de modo a confrontá-los com os discursos e arquétipos da Teoria do Direito. Desse modo, pode-se firmar posição mais consistente em torno da racionalidade sistêmica, pavimentando-se concomitantemente os caminhos para sua superação em prol de um modelo de racionalidade transversal[298], proposta pelo raciocínio transconstitucional.

O que impende destacar, *ab initio*, é a configuração de dois momentos teóricos da perspectiva luhmanniana[299]. Nesses termos, se o "primeiro Luhmann" sofre influência do estrutural-funcionalismo de Talcott Parsons[300], apontando os caminhos de sua superação, o "segundo Luhmann", por seu turno, abre-se a uma plêiade teórica[301] que alberga

---

[297]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993, p.17.

[298]WELSCH, Wolfgang. Reason and transition: on the concept of transversal reason. *Ethik und Sozialwissenschaften - Streitforum für Erwägungskultur*, Stutgart, v. 1, n.11, p.79-91, 2000.

[299] Não se descura no presente trabalho de que não há, a toda evidência, solução de continuidade no construto teórico luhmanniano, como fazia questão de asseverar o próprio autor. A alusão a um "primeiro" e a um "segundo" Luhmann servem a um escorço estritamente didático e que, no particular, tomados de empréstimo de Pierre Guibentiff. GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (Org.). O pensamento de Niklas Luhmann. Covilhã: LusoSofia, 2005.

[300]Talcott Parsons (*The social system. London: Free Press of Glencoe*, 1964) constrói um sofisticado aparato teórico a partir da premissa de que a sociedade age como um conjunto de elementos interdependentes e em interação cuja máxima é "ação é sistema" (*action is system*). Por essa metáfora organicista, a estrutura social processa *inputs* externos gerando *feedbacks* que condicionam *outputs* colaterais. Em seu célebre modelo de diagramas cruzados, (que não cabe aqui ser destrinchado por exigir um esforço particular de exposição analítica), Parsons considera ser possível compreender a totalidade de das ações humanas a partir de quatro níveis plausíveis de variáveis, contidos na abreviatura *AGIL*: (1) *Adapation* (adaptação), (2) *Goal Attaiment* (obtenção de fins), (3) *Maintenance* (manutenção) e (4) *Integration* (integração).

[301]O rol é meramente ilustrativo e reflete as principais fontes consultadas no que tange à matéria em estudo, não tendo a pretensão de esgotar a miríade de outros contatos teóricos do paradigma luhmanniano. Marcelo Neves (A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Plural*: Revista de Sociologia da USP. São Paulo, n.11, p.121-133, 2004, p.125), por exemplo, faz menção ainda ao cálculo de George-Spencer-Brown, à física de Ilya Priggogine, à fenomenologia de Husserl além da teoria social de Durkheim, Weber e, obviamente, Parsons. A rigor, pode-se dizer que a grande contribuição de Luhmann é a versatilidade ímpar com que consegue dialogar de maneira criativa e

contribuições, *vg*, do construtivismo de Heinz von Foerster[302], da cibernética de Ludwig Von Bertalanffy[303], e do conceito de autopoiese desenvolvido por Humberto Maturana[304].

Em sua primeira fase, Luhmann[305] critica o modelo parsoniano por considerar que seu desenho teórico, ao privilegiar a estrutura social em detrimento da função, paulatinamente foi tornando-se um "beco sem saída". Essa prevalência da estrutura deixaria em aberto questões de autoimplicação cognitiva, fundando-se na (equivocada) convicção de se tratar de um realismo analítico, o que enseja críticas no que tange às possibilidades de mudança social. Luhmann inverte esse binômio, enfatizando a função como condição de compreensibilidade do sistema, pré-selecionando as relações estruturais em termos intercambiáveis com seu desígnio funcional. Aqui, função não depende das estruturas, mas antes as condiciona.

Já em sua segunda fase, conforme antedito, Luhmann[306] incorpora novos vetores teóricos. Em primeiro lugar, vincula-se às teorias lógicas com as quais se opõe à racionalidade tradicional dominante linear-causal, enfatizando em seu lugar as circularidades paradoxais do conhecimento. Em segundo lugar, liga-se às teorias cibernéticas, que propugnam que todo acontecimento resulta de determinado quadro de referência centrado na observação, opondo-se, portanto, a qualquer concepção ontológico-substancial. Em terceiro lugar, vincula-se às teorias biológicas, que compreendem os sistemas sociais como mecanismos capazes de reproduzir-se de maneira autônoma, mas não autárquica com o meio.

Essa mudança, como soa parecer, repercute no entendimento do citado autor sobre o direito. Destarte, no primeiro momento de seu trabalho (*Rechtssoziologie*), Luhmann[307] enfatiza o fenômeno jurídico precipuamente como estrutura social, voltada funcionalmente à generalização congruente de expectativas. Em sua segunda fase (*Recht der Gesellschaft*),

---

consistente com as mais variadas correntes do pensamento, trazendo às Ciências Sociais no geral, e ao Direito no particular, novos horizontes epistemológicos. Sua obra parece refletir sua própria metodologia de trabalho, ilustrada pela minúcia com que elaborava sua conhecida "caixa de fichas" (*Zettelkasten*) sobre os mais variados assuntos.

[302]FOERSTER, Heinz Von. Perception of the future and the future of perception. In: ANNUAL CONFERENCE ON WORLD AFFAIRS, 24., 1971, Boulder. *Anais Eletrônicos*. Boulder: University of Colorado, 1971. Disponível em <http://ada.evergreen.edu/~arunc/texts/cybernetics/heinz/perception.pdf>. Acesso em 12 ago 2012.

[303]BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Petrópolis: Vozes, 2008.

[304]MATURANA, Humberto. *Autopoiesis and cognition*: the realization of the living. Dordecht: Reidel, 1980.

[305]LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: LusoSofia, 2005b.

[306]_____. Le droit comme système social. *Droit et Societé*. Paris, n.11/12, p.53-67, 1989.

[307]LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

porém, Luhmann[308] passa a caracterizar o direito não como mera estrutura, mas subsistema social autônomo, cuja nota essencial passa a ser seu código autorreferente. Luhmann concebe a positividade como fator determinante do fenômeno jurídico, dimensionando sua autonomia em um processo de efetuação operacional contínua.

Em linhas gerais, em ambos os momentos teóricos citados, pode-se dizer que Luhmann centra sua análise nos sistemas sociais enquanto mecanismos orientados à manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação em face da complexidade[309] ambiente. Nesse cotejo, o fio condutor de seu pensamento afasta-se das pretensões oniabarcadoras do que alcunharacomo "velho pensamento europeu[310]" (*alteuropäisches Denken*), tendo como objetivo encetar a "clarificação das Luzes", obter os limites da Ilustração (*Aufklärung*). A Teoria dos Sistemas considera haver um descompasso nas pretensões do racionalismo iluminista moderno em estabelecer um telos normativo da sociedade, vez que entende ser a complexidade da realidade inabarcável por qualquer tipo de pretensão racional totalizadora. Nessa perspectiva, mesmo os modelos de solidariedade em Durkheim e os tipos ideais de autoridade de Weber, parecem mais a esquivar-se da complexidade social, ocultando-a por seus construtos teóricos, do que efetivamente enfrentá-la.

Para Luhmann, a pretensão de ordem da modernidade mostrou-se pouco próspera em um ambiente de complexidade social crescente. O Iluminismo flerta permanentemente com o futuro, mas o futuro, esse "fantasma" (*phantom*), nunca vem[311]. Sob o paradigma sistêmico, tais aspirações são protoutopias que apenas encerram novas decepções, ainda que despido de suas bases substancialistas, como no procedimentalismo discursivo de Jürgen Habermas. Essa é a essência da controvérsia entre ambos e que marcou o debate sociológico alemão no correr da década de 1970[312]. Em última instância, tal empreendimento prescritivo reflete uma

---

[308] _____. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012.

[309] Complexidade é entendida como surgimento permanente de alternativas "cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido" (LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 1983, p. 12).

[310] LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico. In: SANTOS, Manoel José (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005a.

[311] _____. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology*, London, v. 1, n. 1, p.67-80, mar. 1997.

[312] Muitos são os pontos conflitantes entre ambos os autores cuja discussão chegou a resultar em um livro *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie* (Teoria da sociedade ou tecnologia social), ainda sem tradução ao português. Em linhas gerais Habermas não renega as pretensões da modernidade como o faz Luhmann. Para o teórico de Frankfurt, o projeto moderno não se encontra extinto, apenas inacabado. Enquanto Luhmann enfatiza o dissenso conteudístico de racionalidades sistêmicas em uma sociedade hipercomplexa, Habermas busca os meios de se construir

tendência à segurança que, por vezes, mascara mecanismos de dominação. "Não é já a libertação da razão para uma comunicação não coagida que clarifica, mas apenas uma intensificação efetiva do potencial humano para a apreensão e a redução da complexidade[313]".

O problema a que se debruça a Teoria dos Sistemas passa, portanto, da advertência normativa para à captação de funcionalidade estrutural de ordens comunicativas. Em outras palavras, ao invés de tentar dirigir a sociedade, ou captar-lhe alguma essência metafísica, a teoria social deve antes poder descrever sua contingência[314]. Nesse horizonte, a fidelidade à observação é a gávea. Sob o referencial luhmanniano deve-se evitar, portanto, tergiversações ontológicas, essa busca inefável pela "coisa mesma" (*Sache selbst*); em seu lugar, a proposta sistêmica busca delinear "o que acontece" (*was der Fall ist*), como os sistemas sociais operacionalizam *au jour le jour* a redução de complexidade ambiente[315].

Se de um lado o referencial sistêmico erige-se sobre a lógica da "limitacionalidade" sobre questões ontológicas, de outro, reveste-se com a pretensão metateórica de um *"narrrower frame*" descritivo[316].

---

procedimentalmente consensos argumentativos alicerçados na ética comunicativa. O primeiro, de matriz kantiana, enfatiza a busca da ética por um entender comum; o segundo, de matriz hegeliano, considera a sociedade em uma perspectiva de produção dialética de diferença. Habermas acusa Luhmann de conservador por descurar elementos emancipatórios racionais e contentar-se com uma versão descritiva dos sistemas sociais, insulados em uma tecnocracia cibernética. Já Luhmann aduz que é a primazia do consenso em Habermas, em detrimento do pluralismo democrático caracterizado pelo dissenso estrutural, que pode ser tachado de conservador. Nesse diapasão, não se pode deixar de notar a sub-reptícia ideologia que marca a discussão: ambos os autores preocupam-se em não serem tachados de "conservadores". Deduz-se daí, uma valoração intrínseca ao "progresso", no que parece um traço essencialmente iluminista em comum. Parece, porém que Habermas e Luhmann debruçam-se sobre dois lados da mesma moeda, uma dupla-face *Gestalt*, tal como do vaso de Rubin. A rigor, parece que a busca procedimental de consenso não consiste em anátema absoluto ao dissenso estrutural imperante na sociedade, antes o pressupõe. Igualmente o dissenso estrutural, apesar de inerente ao corpo social, deve constantemente buscar meios de, ainda que contigencialmente, ser circunscrito. Na leitura de Marcelo Neves (*Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.124), podem-se compatibilizar ambas as teorias ao entender-se que a modernidade "implica a exigência funcional e normativa da absorção do dissenso conteudístico através do consenso procedimental".

[313] LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico. In: SANTOS, Manoel José (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005a, p.45.

[314]Por contingência entende-se o fato de que "as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferente das esperadas" (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.45); em outras palavras, "*contigente és todo lo que no és necessário ni és impossible*" (LUHMANN, Niklas. La contingencia como atributo de la sociedad moderna. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad: contigencia y risco*. Barcelona: Anthropos, 1996, p.175).

[315]SANTOS, José Manuel. *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: LusoSofia, 2005, p.9

[316]LUHMANN, Niklas. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology*. London, v. 1, n. 1, p.67-80, mar. 1997, p.69. Essa pretensão é refletida por uma anedota atribuída a seu ingresso na Universidade de Bielefeld. Na ocasião, quando questionado acerca de suas pesquisas acadêmicas teria respondido: Objeto: Teoria da sociedade.

Ciente da dimensão de sua empreitada, confidencia em outro momento que "talvez isso seja 'meta'-física[317]", mas não no sentido ontológico, que renega. Esse desiderato vai abertamente de encontro à advertência geral de que o estudo sociológico deve limitar-se a "*midle range theories*[318]". Lançar-se a esse desafio, portanto, tem seu preço. Luhmann está ciente do grau de abstração de sua teoria, e é essa a razão que rege sua cautela quanto à aplicabilidade empírica de seu anteparo teórico[319].

Nesses termos, em um primeiro momento, apesar do criticismo em relação as possibilidades de Ilustração, percebe-se no desenvolvimento teórico luhmanniano certo otimismo em relação à análise sistêmica, até mesmo atribuindo ao processo de diferenciação funcional a noção de progresso evolutivo. Em um segundo momento, porém, essa postura é substituída por um maior ceticismo no que tange às possibilidades de uma utilização teórica para além da análise eminentemente descritiva que já se propunha. Entrementes, em sua *magnum opus* sobre o fenômeno jurídico, já no final de sua carreira acadêmica, assenta uma síntese elucidadora acerca das potencialidades de sua teoria ao afirmar que "o compromisso da auto-observação e da autodescrição do objeto é condição de possibilidade de uma descrição razoável realista e inclusive, me atreveria a dizer, empiricamente adequada[320]".

Percebe-se, pois, que a natureza descritiva da Teoria dos Sistemas torna-a uma "teoria externa" sobre o direito nos termos que lhe dá Richard Dworkin[321], com as vantagens e desvantagens inerentes a esse modelo teórico. O transconstitucionalismo de Marcelo Neves[322] opera, no particular, uma transição fundamental. A partir de um referencial eminentemente zetético-descritivo, que se coloca antes de tudo como uma Sociologia do Direito, Neves apreende *insights* dogmáticos, "internalizando" o paradigma sistêmico. O transconstitucionalismo, ao propor um modelo interpretativo conciliatório entre ordens normativas diversas no plano mundial, parte do referencial sistêmico, operando o translado de uma teoria externa a uma teoria interna do direito.

Duração: 30 anos. Custos: nenhum (NEVES, Marcelo. A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Plural*: Revista de Sociologia da USP. São Paulo, n.11, p.121-133, 2004, p.125).

[317]Tradução livre do original: "*perhaps this is 'meta'-phisics"*" (LUHMANN, Niklas. *Closure and openess:* on reality in the world of law. San Domenico: European University Institute, 1986, p.25).

[318]GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2005, p.528.

[319]Esse ceticismo é visível em entrevista concedida à Revista *Archimedes und Wir* na qual afirma que "não entendo que exista conhecimento científico que possa ser diretamente aplicado à prática" (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2000a, p.29).

[320]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.9.

[321]DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

[322]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009

O matiz descritivo atua aqui conquanto direcionador de um comportamento prescritivo em termos de interpretação constitucional. Não se há de perder de vista que a Teoria dos Sistemas, devido a sua própria arquitetura teórica reflexiva e holística, torna-se ponto de partida para diferentes observações e diálogos transdisciplinares sem precedentes[323]. As páginas que se seguem buscam delinear os intrincados[324] aspectos centrais do paradigma sistêmico utilizado pelo transconstitucionalismo, especialmente a compreensão da dinâmica autopoiética da interpretação constitucional.

3.2 TEORIA DOS SISTEMAS EM PERSPECTIVA

3.2.1 Distinção e observação

Pode-se dizer que a Teoria dos Sistemas leva às últimas consequências a virada linguística[325] (*linguistic turn*), superando, de forma resoluta, os contributos da filosofia da consciência que, ao operar uma cisão epistemológica entre sujeito e objeto, almeja alcançar a universabilidade a partir de seu próprio *intus*[326]. Essa dicotomia, contudo, implica em abandonar o mundo a uma "ilusão de sobrevoo[327]", ensejando distorções no que tange à alteridade. No mais das vezes reifica-se não só o mundo, mas o outro, enquanto recurso a ser explorado.

---

[323]Para uma leitura particularmente engenhosa da dimensão metateórica do paradigma incidente sobre o marxismo, vide João Paulo Bachur (*Distanciamento e crítica*: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann. São Paulo: USP, 2009).

[324]Deveras, a abordagem topológica do pensamento luhmanniano torna difícil sua sistematização didática, pois seus conceitos-chave partem sempre de pressuposições mútuas. Há uma dificuldade de sequencialização linear da teorização sistêmica (ROCHA, Leonel Severo. *A verdade sobre autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009), o que lhe torna uma teoria "muito complexa" (NEVES, Marcelo. *A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann*. *Plural*: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, n.11, p.121-133, 20042004, p.131).

[325]Nos termos de Richard Rorty (*Wittgenstein e a virada linguística*. Disponível em: <http://ghiraldelli.files.wordpress.com/2008/07/rorty_virada.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013) a virada linguística rompe amplamente tanto com o empirismo como com o representacionismo. Seu marco pode ser considerado os trabalhos do "primeiro Wittgenstein" quando da elaboração do "*Tractatus Logico-Philosophicus*", tendo larga influência no pensamento kelseneano e no Círculo de Viena. Entrementes é na obra da maturidade do "segundo Wittgenstein", "Investigações Filosóficas", menos voltado ao rigor lógico e mais à dimensão pragmática da linguagem, que se filia o pensamento sistêmico luhmanniano.

[326]Esse modelo é visível em autores como Ortega y Gasset (*O homem e a gente*. Rio de Janeiro: Ibero-Americano, 1960) que diante da perplexidade da condição de ser no mundo, enfatiza sua capacidade de ensimesmar-se, voltar-se a *soi-même*, Para Ortegra e Gasset, o homem realiza uma solitária torção atencional, afastando-se de toda exterioridade e, desse modo, elabora um plano de ação, objetivando não mais ser dominado pelo derredor, mas governá-lo no campo da prática.

[327]MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

Na Teoria da Constituição isso dá margem a entendimentos semânticos solipsistas, poucos propensos à abertura dialógica que requer a interpretação constitucional em um Estado de Democrático de Direito[328]. A proposta sistêmica segue em outra seara, propondo um modelo interpretativo linguístico-pragmático, voltado aos processos comunicativos que ocorrem no tecido social. Nesse prisma, a relação sujeito-objeto é concebida como interação coconstitutiva Ilustrada pela correlação peculiar na língua francesa entre os signos *sujet – objet*. O critério interpretativo não se atém a uma cisão entre intérprete e texto, mas à "congruência das formas": como a sociedade (ou o direito) reproduz-se funcionalmente.

Para lançar-se a este desafio, resta necessária uma desconstrução do *cogito* cartesiano. Deveras, Renée Descartes[329] concebe os objetos factíveis de serem fracionados em uma perspectiva racional, ao ponto que seus constituintes elementares possam ser apreendidos intuitivamente e suas relações recíprocas sucessivamente deduzidas. Ao invés do elemento, à luz do paradigma sistêmico, descortina-se a circularidade comunicativo-funcional em toda sua contingência e complexidade. O objeto analítico é reconfigurado em torno da noção de um todo processual. Uma visão sistêmica do Direito relaciona-se inexoravelmente a uma abertura ao mundo, sua polifonia e plasticidade[330]**.** Entrementes, de um lado, se o objetivismo representacional não permite adequada apreensão da dinamicidade estrutural do mundo, de outro, não se deve recair em um solipsismo relativista. Luhmann refuta a fragmentação pós-moderna, pois mantém posição em termos da plena operatividade sistêmica.

---

[328]A título de ilustração, colacionam-se três escorços jurisprudenciais de lavra do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a que faz referência Lênio Streck (*O passado, o presente e o futuro do STF em três atos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>. Acesso em: 18 dez. 2012b.): (a) "Não estamos aqui para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento [a comunidade jurídica] nos seguirá; não o contrário" (Rcl 4.335/STF); (b) "o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, enfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa" (ADI 3.937/SP — STF); (c) "o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é [...] que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são"(AI nos EREsp 644.736/PE).

[329]DESCARTES, René. *Discurso do método*: para bem dirigir a própria razão e buscar a verdade nas ciências & regras para a direção do espírito. São Paulo: Martin Claret, 2001.

[330]Essa dinâmica, que não se sujeita a parâmetros de linearidade, parece ser mais adequadamente descrita pelas flutuações de Prigogine, segundo as quais pequenas alterações podem gerar grandes reverberações sistêmicas (LUHMANN, Niklas. *La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. Droit et Société*. Paris, n.47, p.15-73, 2001, p.44). Embora com fundamentos diversos, também utilizam o modelo de Prigogine para descrição da dinâmica social Zygmunt Bauman (*O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.169), Fritjof Capra (*A teia da vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2007, p.70) e Boaventura de Souza Santos (*Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2006, p.65).

Nesse campo, consentâneo com as consequências da virada linguística, o ponto de partida da descrição sistêmica reside nos processos comunicativos, cerne da interação social, componente basal da sociedade. Em outras palavras, "a fórmula de operação que reproduz o sistema das sociedades é a comunicação plena de sentido[331]". A ordem comunicativa trata-se, em sua gênese, de uma operação de observação que seleciona (diferencia) dado campo do real, a qual descreve. Nos termos luhmannianos, pode-se dizer que "uma comunicação [*mitteilen*] não comunica o mundo, ele o divide [*einteilen*]. Como qualquer operação de viver ou pensar, comunicação produz uma cisão[332]". Toda observação alicerça-se, outrossim, na identificação de certa diferença.

Nessa linha, o ponto de partida de todo e qualquer processo cognitivo encontra-se na atuação distintiva do ser humano, no "desenhar de uma distinção[333]" (*draw a distinction*) ou de uma "fronteira[334]" (*boundary-drawing*). Trata-se de estabelecer uma "*différance*[335]", que ao mesmo tempo "diferencia" e "difere" significados, cada conceito guardando em si o "traço" do outro[336]. Essa "forma" primordial corresponde a uma "ordem construtiva" (*command to construct*), da realidade social, operacionalizada mediante cânones (estruturas deônticas, mais fracas), convites para cadeia de implicações[337]. Trata-se de um "construtivismo radical[338]" (*radical construtivism*), no qual o problema é "definir uma diferença e assinalar um espaço no qual possamos observar a emergência de ordem e desordem[339]".

O paradigma sistêmico destaca que o ser humano vive em domínios de autodescrições permanentemente em alteração, no qual não há outro elemento constante em sua

---

[331]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.22.

[332]Tradução livre do original: "*A communication does not communicate the world, it divides it. Like any operation of living or thinking, communication produces a caesura*" (LUHMANN, Niklas. Speaking and silence. *New German Critique - Special Issue on Niklas Luhmann*. New York, n.61, p.25-37, 1994, p.25).

[333]SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. Leipzig: Bohmeier, 2008, p.12.

[334]LUHMANN, Niklas. *Globalization or world society: how to conceive of modern society?. International Review of Sociology*. London, v. 1, n. 1, p.67-80, mar. 1997, p.72.

[335]DELEUZE, Gilles. *Logique du sens*. Paris: Éditions de Minuit, 1969.

[336]DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. São Paulo: Perspectiva, 1967.

[337]GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

[338]TEUBNER, Gunther. How the law thinks: toward a construtivist epistemology of law. *Law & Society Review*, v.23, n.5, p.727-258, 1989b, p.737.

[339]Tradução livre do original: "*is to define a difference and to mark off a space in which we can observe the emergence of order and disorder*" (LUHMANN, Niklas. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology,* London, v. 1, n. 1, p.67-80, mar. 1997, p.71).

transformação histórica senão sua estrutura autorreferencial. Isso quer dizer que o mundo consiste em um "quadro de referências" (*frame of references*) em constante mutação, continuamente criado e transformado por si mesmo. É nesse quadro (*framework*) que se desenha (constrói) sentido(s) o qual: "não tem jamais princípio ou origem [...] não está a ser descoberto, a restaurar ou a reempregar, ele está a ser produzido por novas maquinarias[340]".

Um posicionamento jurídico, por mais amplo que seja seu consenso historicamente situado, não consubstancia uma presença, mas configura uma representação passível de múltiplas versões. O labor interpretativo confronta-se permanentemente com o desafio de enfrentar essa "serpente que devora a própria cauda[341]", nos moldes das "*Drawing hands*" de Escher[342]. Resta necessário, para tanto, proceder com um cauteloso processo de observação que opere "uma dissolução da visualização de si e uma visualização da dissolução da visualização[343]".

Nesse contexto, o observar alicerça-se na identificação de uma diferença, (des) construída comunicativamente. O paradigma sistêmico é um *medium* teórico que lida com a complexidade e contingência ambiente pela observação de processos de diferenciação comunicativa nos quais os sistemas sociais (como o Direito) definem-se a si mesmo. Nesse quadro, a pergunta central da Teoria dos Sistemas (e da Teoria da Constituição) converte-se em como se dá o *modus operandi* dessa autodescrição. Parte-se da premissa de autorreferencialidade de toda observação, a qual, nos termos de Jeam Clam[344] se tece ao mesmo tempo e opera em si mesma (*indem wir in ihm operierem – o idem*). Não se afasta da

---

[340]Tradução livre do original : "*N'est jamais principe ou origine*, [...] *il n'est pas à découvrir, à restaurer ni à re-employer, il est à produire par de nouvelles machineries*" (DELEUZE, Gilles. *Logique du sens*. Paris: Éditions de Minuit, 1969, p.91).

[341]BEHNCKE, Rolf. Ao pé da árvore. In: Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*. As bases biológicas do entendimento humano. Campinas: Psy: 1995, p.15. A alegoria serve de interessante interrelação entre as teorias hermenêuticas e o paradigma sistêmico, afinal não se olvide que a serpente é o símbolo de Hermes. É possível ressaltar esse caráter paradoxal pela própria dimensão mitológica em que Hermes, além de ser o deus olímpico da comunicação, é "também deus dos ladrões – *juvenis* e *senex* ao mesmo tempo", como lembra Umberto Eco (*Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.34). O mesmo radical de hermenêutica é utilizado em hermético, de onde se pode apreender que a comunicação elucida, ao mesmo tempo obscurece; em suma, em termos sistêmicos, estabelece "distinções".

[342]HOFSTADER, Douglas. *Gödel, Escher, Bach*: um entrelaçamento de gênios brilhantes. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p.757.

[343]LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. *Themis*, Fortaleza, v. 3, n. 1, p.153-161, 2000b, p.160.

[344]CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.114.

constatação de que "tudo que é dito é dito por um observador[345]". Contudo, não se pode olvidar que o jurista, ao observar o sistema jurídico, opera uma observação de segunda ordem[346] (*second order observation*); ou seja, deve levar necessariamente em consideração a observação primária oportunizada pelo próprio sistema jurídico.

Sob essa perspectiva, os magistrados não criam s*ic et simpliciter* o direito, mas o direito que atribui vigência às decisões, pois o jurista atua reflexivamente sobre o material normativo[347]. A teoria jurídica (*Rechstheorie*) situa-se então como observação da observação do direito, "interpretação empirista da normatividade[348]". O observar resulta de uma operação de "reentrada na forma" (*re-entry into the form*), o oscilar entre o espaço ou lado marcado (*marked state*) e o espaço ou lado não marcado (*umarked state*), o lado interno e externo da forma[349]. Esse reingresso pode ser realizado indefinidamente, espécie de excursão ao infinito no contexto de "descrições de descrições", característico do processo reflexão enquanto reduplicação de si mesmo.

Esse *iter* reflexivo permite dilucidar a existência de um "ponto cego" (*blind spot*) de toda observação[350], como ilustra, na teoria biológica, os experimentos de Marriot[351]. Tanto o sujeito do conhecimento de *per se* considerado, como a própria interação intersubjetiva em busca do consenso, para Luhmann, descura desse aspecto fundamental. Ao invés de um agir comunicativo voltado ao entendimento que busque um paralelismo de observações como faz Habermas, Luhmann propõe uma cibernética de segundo grau, observar as observações, como

---

[345]Tradução livre do original: "*Anything said is said by an observer"* (MATURANA, Humberto. *Autopoiesis and cognition*: the realization of the living. Dordecht: Reidel, 1980, p.6).

[346]"Paralelo sistêmico-teórico da decomposição desconstrutivista do direito, de sua dissolução em uma pluralidade em si contraditória de significações" (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 261).

[347]Não é por outra razão que Luhmann refere-se à argumentação como consolidação de redundância de informações previamente disponibilizadas pelo sistema jurídico.

[348]MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo (Org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.113.

[349]SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. Leipzig: Bohmeier, 2008, p.13.

[350]FOERSTER, Heinz Von. Perception of the future and the future of perception. In: ANNUAL CONFERENCE ON WORLD AFFAIRS, 24., 1971, Boulder. *Anais Eletrônicos…* Boulder: University of Colorado, 1971. Disponível em: <http://ada.evergreen.edu/~arunc/texts/cybernetics/heinz/perception.pdf>. Acesso em 12 ago 2012, p.1.

[351]MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*. As bases biológicas do entendimento humano. São Paulo: Palas Athena, 2001, p.22. O local de saída do nervo ótico não é fotossensível; desse modo, ao obstruir-se um dos olhos, determinado objeto situado na cofluência deste nervo desaparece do campo de visão do observador. Atribui-se a Edme Marriot, clérigo e cientista da Corte em Versailles no século XVII, a demonstração dessa experiência ao rei francês. Apondo como objeto o polegar, Marriot teria utilizado essa experiência para que o monarca imaginasse como ficariam seus súditos, caso ordenasse decapitá-los.

elas operam. Desse modo, busca aplicar a lição de Foerster que vaticina: "Se não vejo que estou cego, estou cego; mas se vejo que estou cego, eu vejo[352]". É sob esse "observar de quem observa os observadores" (*Vom Beobachten des Beobachters der beobachter*), a que alude Raffaele de Giorgi[353], que se pode constatar a "cegueira" (*blindness*) do processo cognitivo[354]. É sobre esse referencial epistemológico que se pode compreender a provocadora afirmação de Luhmann à Escola de Frankfurt "eu vejo o que vocês não veem" (*Ich sehe was, was Du nicht siehst*), citada por João Paulo Bachur[355].

Para não ficar petrificado diante desse ponto cego, deve-se "matar a Medusa com a famosa técnica do espelho de Perseu[356]". Nesse "mundo de espelhos", o processo interpretativo, tal qual a trajetória de Alice na obra homônima de Lewis Carroll, para além de buscar o sentido "em profundidade" (adentrar a toca do coelho), deve dar lugar a movimentos de "deslizamento lateral" (como cartas de baralho) à superfície frágil do acontecimento comunicativo[357].

3.2.2 O camelo do Kadi

O paradigma sistêmico do transconstitucionalismo enfatiza a dificuldade central do conhecimento humano: sua inexorável circularidade cognoscitiva e os paradoxos de sentido[358]

---

[352]Tradução livre do original: "*If I don't see I am blind, I am blind; but if I see I am blind, I see*" (FOERSTER, Heinz Von. Perception of the future and the future of perception. In: ANNUAL CONFERENCE ON WORLD AFFAIRS, 24., 1971, Boulder. *Anais Eletrônicos…* Boulder: University of Colorado, 1971. Disponível em: <http://ada.evergreen.edu/~arunc/texts/cybernetics/heinz/perception.pdf>. Acesso em 12 ago 2012, p.2).

[353]GIORGI, Raffaele de. Sobre o direito, Kafka, Dürremat e a ideia de Luhmann sobre o camelo. *Veredas do direito*. Belo Horizonte: v.4, n.7, p.29-73, jan-jun 2007, p.41.

[354]TEUBNER, Gunther. Alienating justice: on the surplus value of the twelfth camel. In: NELKEN, David (Org.). *Law's new boundaries:* consequeneces of legal autopoiesis. Aldershot: Asghate, 2001, p.25.

[355]BACHUR, João Paulo. *Distanciamento e crítica*: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann. 2009. 376 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, p.333. No mesmo sentido, Willys Guerra Filho (Potência crítica da ideia de direito como sistema social autopoiético na sociedade mundial contemporânea. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.67) e Marcelo Neves (A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Plural: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, n.11, p.121-133, 2004).

[356]LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. *Themis*, Fortaleza, v. 3, n. 1, p.153-161, 2000b, p.158.

[357]DELEUZE, Gilles. *Logique du sens*. Paris: Éditions de Minuit, 1969, 1969.

[358]No particular Gilles Deleuze (*Ibidem*, p. 40-46), cita quatro paradoxos inerentes à própria "lógica do sentido" (*logique du sens*). O primeiro deles, denominado "paradoxo de Frege" refere-se à possibilidade de regressão infinita de pressupostos comunicativos, cada qual fazendo referência a

daí derivados, no que Hans Albert alcunhara de trilema Münchhausen[359]: regresso infinito, ruptura abrupta e círculo vicioso. Essa circularidade, apontada pela Teoria dos Sistemas, problematiza a própria exatidão do raciocínio matemático, descortinando a tensão inerente a seu campo epistêmico[360]. Como é cediço, a tentativa mais tradicional de unificação deste âmbito cognitivo utiliza como critério a adoção do método axiomático, enquanto encadeamento silogístico de enunciados. Ou seja, o formalismo lógico, enquanto uma sintaxe de dedução, pretende unificar o campo. Seu *modus operandi* é analítico-sintético; ou seja, de um lado, opera-se um processo de abstração distintiva crescente, de outro, o raciocínio volta-se ao problema concreto, integrando-o ao repertório analítico engendrado.

Essa estrutura de pensamento é igualmente usada no seio da interpretação jurídica, seja pela redução conceitual do fenômeno jurídico, (possibilitadora de sua reutilização dogmática), seja polo enriquecimento posterior de sentido quando de sua aplicação a uma variedade de situações concretas. Entrementes, o raciocínio axiomático não se encontra imune a contrassensos decorrentes de sua própria circularidade. Formulações matemáticas podem ensejar proposições irracionais ou números imaginários, inabarcáveis à dinâmica do cálculo. A assunção do caráter paradoxal do conhecimento limita a crença na possibilidade de axiomatização oniabrangente do campo epistêmico[361]. Nessa senda, nuanças paradoxais que

---

uma expressão anterior e assim sucessivamente; a determinação de sentido(s) leva, paradoxalmente, a uma proliferação indefinida dos mesmos. O segundo seria o "paradoxo da reiteração seca"; para se evitar a pluralidade do paradoxo anterior, adota-se uma postura estéril; ou seja, para atribuir-se sentido(s), paradoxalmente, deve-se negá-los. Ambos os paradoxos descortinam-se, portanto, como alternativas excludentes, culminando em um terceiro Paradoxo: o "paradoxo da Neutralidade" ou do "terceiro estado da essência". Entre o disseminar-se indefinidamente por um lado, e o estancar estéril de outro, o sentido é indiferente, de onde decorre sua circularidade. O quarto, chamado de "paradoxo de Meinong" ou "do absurdo" trata da dificuldade de designação de objetos irreais ou impossíveis.

[359]TEUBNER, Gunther. The two faces of Janus: rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Review*, New York, n.13, p.119-140, 1992. O barão Carl Friedrich von Münchhausen fora um nobre alemão contador de estórias que notabilizou-se no século XVII pela narrativa de suas supostas façanhas. Em uma de suas aventuras, tendo submergido em areia movediça e, não havendo alguém por perto que pudesse auxiliá-lo, retira-se daquela situação desesperadora puxando a si mesmo pelos cabelos. O absurdo da situação é utilizado por Albert para ilustrar os paradoxos da linguagem.

[360]GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

[361]Nessa linha, perfilam-se os célebres teoremas de Gödel, cujas assertivas da incompletude (*unvollständigkeitssätze*) aduzem que: (1) todo cálculo livre de contradições pode ensejar expressões ou fórmulas indecidíveis (*unentscheidbare*); e (2) a falta de contradição (*widerspruchsfreiheitsbeweis*) não pode ser demonstrada por formalismos lógicos. Resta necessário, portanto, recorrer à utilização de artifícios extrassistêmicos, a reconstrução de fundamentos da estrutura lógica (HOFSTADER, Douglas. *Gödel, Escher, Bach*: um entrelaçamento de gênios brilhantes. São Paulo: Imprensa oficial do estado, 2001). A matemática perde, outrossim, seus suposto status epistemológico privilegiado imersa nas brumas de um "Paraíso perdido" da certeza (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001). Essa

impactam a (aparente) linearidade do pensamento não devem ser evitadas por meio de um expediente *ad hoc* como um "*Fiat* divino[362]" ou o *deus ex machina* euripidiano[363], como soa parecer a Luhmann a *grundnorm* kelseneana. Paradoxos, ao contrário do entendimento corrente, não se tratam de "anomalias", mas decorrência de um domínio autônomo do discurso, a própria condição de mutabilidade das estabilizações sistêmicas[364].

O paradoxo de autorreferência (*Selbstreferenz*) do direito (e do conhecimento em geral) é ilustrado por Luhmann[365] pela conhecida parábola acerca do décimo-segundo camelo (*des zwölften Kamels*).

Em sua versão luhmanniana[366], trata-se de um problema de sucessão testatamentária de um sheik cujos herdeiros não chegam a conclusão acerca da divisão do espólio. A celeuma

---

constatação é fundamental para que a Teoria da Constituição também não se perca na névoa de sua in(al)cansável jornada em busca de objetividade às decisões jurídicas.

[362]MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*: as bases biológicas do entendimento humano. São Paulo: Palas Athena, 2001.

[363]NIETZSCHE, Friedrich. *A origem da tragédia*. São Paulo: Centauro, 2004.

[364]Luhmann (O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. *Themis*, Fortaleza, v. 3, n. 1, p.153-161, 2000b) aponta que a própria fundamentação dos direitos humanos e fundamentais envolve tentativas de "domesticar" paradoxos. O primeiro deles relaciona-se ao enfoque contratualista dos direitos humanos: questiona-se se são os sujeitos que fundamentam o contrato social ou se esse contrato que constitui os sujeitos. A solução encontrada para afastar esse paradoxo situa os direitos humanos em um plexo normativo que transita entre o Estado da natureza (dos indivíduos em si considerados) ao Estado civil (instituído pelo contrato social). Porém, ainda aqui, o paradoxo permanece sob o enlace temporal, pois a pretensão fundante dos direitos humanos está continuamente submetida ao influxo de novas relações sociais. O segundo paradoxo apontado por Luhmann envolve a questão de validade jurídica dos direitos fundamentais: se esta decorre de fatores pré-positivos ou adstritos a sua positivação. Busca-se solucionar esse impasse recorrendo à textualização expressa do matriz pré-positivo; menciona-se o conteúdo ético de direitos humanos em textos normativos, não enquanto modalidades deôntica, mas sob *status* ontológico, afirmativo de sua existência. O paradoxo permanece, todavia, em vistas do extenso repertório de pretensões normativas pré-positivas de direitos humanos, continuamente sujeitas a seleção procedimental constitucional. O terceiro paradoxo envolve a globalização dos direitos humanos. Ao mesmo tempo em que são consagrados, esses direitos são ostensivamente violados no âmbito mundial (mesmo por sociedades e Estados ditos democráticos). Nesse quadro, para Luhmann, sua validade decorre paradoxalmente de violações tão extremas, que prescindiriam de bases outras para sua proteção. A dificuldade que se coloca é como definir os contornos materiais do que seriam violações desse teor no ambiente de pluralidade cultural da sociedade mundial. Observa-se, portanto, que tentativas de solução de paradoxos ensejam a emergência de contrassensos por outros meios; como diria Niklas Luhmann (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.172): "*Trovata la legge trovato el engano*", vez que a unidade só se faz na diferença.

[365]LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. *Droit et Société*, Paris, n.47, p.15-73, 2001.

[366]Embora Luhmann faça referência a uma conferência de Jean-Pierre Dupuy, a rigor, a origem da estória advém do capítulo III do popular romance que narra as proezas de um matemático persa chamado Beremiz Samir. Curiosamente o autor desse livro, cujo pseudônimo é Malba Tahan (*O homem que calculava*. Rio de Janeiro: Record, 1999), fora um professor de matemática brasileiro, Júlio Cesar de Mello. A obra de Mello inspirou outras versões da estória como a atribuída a Heinz Von Foerster (GIORGI, Raffaele de. Sobre o direito, Kafka, Dürremat e a ideia de Luhmann sobre o

decorre da própria manifestação da vontade do *de cujus* que, conforme a tradição árabe, estipula de maneira diferenciada a quantidade de camelos que cabe a cada um de seus três filhos. Desse modo, seguindo o costume, determinara o sheik que o primogênito deveria receber a metade dos animais; o segundo receberia um quarto e o terceiro um sexto. Entrementes ao tempo da partilha, a cáfila contava apenas com onze desses animais, de modo que não havia como cumprir a regra na íntegra, posto que o resultado da divisão implicaria números fracionados. Não havendo acerto entre as partes, a questão foi levada ao Kadi[367] que, diante do dilema, lhe oferece seu próprio jamal, como o décimo segundo camelo, para que se resolvesse a disputa. A solução é deveras habilidosa. Totalizando doze animais, pode-se efetuar a divisão de maneira exata, cada um dos herdeiros recebendo mais do que lhe seria possível em termos fracionários e, ao final e ao cabo, sendo possível retornar o camelo ao Kadi.

A alegoria realça a paradoxal autorreferência do direito, o artifício da distinção originária de (i) licitude, o tornar possível a decisão. Em outras palavras pode-se dizer que o décimo-segundo camelo consiste na "mentira originária (*Ur-betrug*)" que se invisibiliza na prática jurídica afinal, "já que todos participam do engano, o engano se converte, dessa maneira, em ordem universal[368]".

Nesse quadro, "o direito em si permanece no limbo legal […]. O Direito como ciência não pode determinar se a Ciência do Direito é legal. Esse enigma [...] é o paradoxo fundamental[369]"; o círculo comunicativo se fecha e qualquer esforço em apontar-lhe uma

---

camelo. *Veredas do direito*, Belo Horizonte: v.4, n.7, p.29-73, jan-jun 2007), além da Luhmann, reproduzida por Teubner. Todas, contudo, não afetam a essência da narração, apenas realizando alterações pontuais como quanto ao tipo de personagens envolvidos e ao número de camelos citados (35 em Tahan, 17 em Foerster e 11 em Luhmann e Teubner). Particularmente, parece mais engenhoso o resultado proposto pelo autor original, pois o resultado da operação de qual trata enfatiza ainda mais o paradoxo do cálculo, ao não apenas resolver o problema que foi colocado, como incidir em efeitos colaterais mais ampliados que as versões posteriores.

[367]Na versão de Malba Tahan o problema é resolvido por Beremiz Samir que se encontra casualmente com um grupo de beduínos em um antigo caravançará. Ao alterar a versão nesses termos, parece Luhmann querer enfatizar a figura do Estado. A alusão a um juiz árabe, ou um Kadi, nos termos de Teubner, deve ser considerada algo meramente circunstancial e não parece remeter à formulação weberiana de *Khadi-Justiz*, no sentido que se popularizou de arbitrariedade, encontrando-se mais próximo de um juízo de equidade não procedimental. Para um estudo do conceito no plano do direito internacional, vide Jan Klabbers (Kadi justice at the Security Council? *International Organizations Law Review*, Leiden, v.m p.1-12, 2007).

[368]GIORGI, Raffaele de. Sobre o direito, Kafka, Dürremat e a ideia de Luhmann sobre o camelo. *Veredas do direito.* Belo Horizonte: v.4, n.7, p.29-73, jan-jun 2007, p.42.

[369]Tradução livre do original: "*Law itself remains in legal limbo* [...] *Law as a science cannot determine whether the science of law is legal. This conundrum* […] *is the foundational paradox*" (RASCH, William. Justice, amnesty and the strange lessons of 1945. *Ethics & Global Politics*, Uppsala, v.3, n.3, p.239-254, 2010, p.240).

saída torna-se um tonel das Danaides. O ponto central da juridicidade é, portanto, uma "*probatio diabolica*[370]", posto paradoxalmente, não ser "fundado[371]", o que, aliás, parece refletir a acepção dupla que tem o signo alemão *Gewalt* que significa ao mesmo tempo poder legítimo e violência.

Em suma, nos termos de Gunther Teubner, "na ofuscante luz do deserto – no mesmo lugar onde Derrida observa a violência da auto-fundamentação do direito, onde Kelsen vira a *Grundnorm* e Hart a regra básica de reconhecimento[372], [Luhmann] vê o décimo-segundo camelo do Kadi[373]". A parábola celebra a virtude primária do direito como construto artificial (*legal proprium*) que imuniza o conflito original e viabiliza simbolicamente a operacionalidade do sistema jurídico. Desse modo o "arbítrio [é] castrado e esvaziado da brutalidade da força, um exercício de controle que deve confundir com obediência e conformidades com as leis[374]". O direito torna abstratos conflitos sociais, domesticando-os por uma interação linguística simbólica despsicologizada em que a *vis compulsiva* das *vendettas* e ordálias não têm mais espaço para solução do litígio. O camelo do Kadi com o do Sheik, afinal, não se confunde.

3.2.3 Sistema e ambiente

Assentadas essas considerações epistemológicas postremeiras, pode-se debruçar de maneira mais incisiva sobre o desenho teórico sistêmico luhmanniano. Destarte, pode-se dizer que a Teoria dos Sistemas tem como ponto de partida a análise do mundo[375] (*weil*) enquanto "unidade da diferença" da dualidade "sistema – ambiente", na qual cada sistema integra o ambiente dos demais.

---

[370]OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005, p.67.

[371]MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.15. No mesmo sentido: DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.9.

[372]TEUBNER, Gunther. Alienating justice: on the surplus value of the twelfth camel. In: NELKEN, David (Org.). *Law's new boundaries:* consequeneces of legal autopoiesis. Aldershot: Asghate, 2001, p.21.

[373]Tradução livre do original: "*in the dazzling light of the desert – at the same site, where Derrida observes the violence of law's self-foundation, where Kelsen had seen the Grundnorm, and Hart the basic rule of recognition* [Luhmann] *see the khadi's twelfth camel*".

[374]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007, p.329.

[375]O mundo pode ser entendido aqui como horizonte irredutível de hipercomplexidade, "canto morto" (*der blinde Fleck*) de toda distinção (CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.109).

A formação de um sistema está relacionada à diferenciação funcional de dado padrão linguístico-comunicativo atribuidor de sentido[376]. Cada sistema gera, portanto, "um mundo próprio (*Eigenwelt*) que não pode ser concebido isomorfo a nenhum outro[377]". O ambiente é o entorno que subjaz a cada sistema, que se encontra fora de suas interações peculiares. Cada sistema busca traduzir funcionalmente o ambiente que o cerca, reduzindo a complexidade externa às conexões de sentido de sua unidade de referência.

No paradigma luhmanniano, a sociedade (*die Gesellschaft*) emerge como sistema atribuidor de sentido mais abrangente, horizonte de todas as distinções decorrentes de interações discursivas (informação, mensagem e compreensão), ao se afastarem de sua infraestrutura orgânica e psíquica[378]. Sua unidade evolutiva não é a simples reunião de indivíduos (emergência de baixo), mas elementos comunicativos e expectativas estruturais (emergência de cima). Não é que Luhmann negue ou reduza o sujeito a suas interações comunicativas[379]. O que frisa é que não se pode ter acesso direto a consciência do outrem senão através de interações linguísticas. Sem a "mediação de um mundo comum[380]", a produção "pontos de referência[381]", é impossível comunicação de sentido, embora haja consciências. Em outras palavras, a sociedade compõe-se de comunicações e não de interioridades, logo não há convívio social sem comunicação[382]. Por óbvio, essas interações comunicativas têm como "condição material de possibilidade, consciências minimamente atentas[383]", porém "é através da linguagem que o mundo se constitui[384]". Em suma, "sociedade e homem são interdependentes, mas se diferenciam um do outro[385]".

---

[376]Luhmann concebe três grandes tipos de sistema pareados: biológicos (vida), psicológicos (consciência) e comunicacionais (sociedade). A presente análise restringe-se aos sistemas sociais, afastando-se sistemas não atribuidores de significado, como o orgânico e o fisiológico, trabalhados com maestria por Humberto Maturana (*Autopoiesis and cognition:* the realization of the living. Dordecht: Reidel, 1980).

[377]CLAM, Jean. *Op. Cit.*, p.111.

[378]Percebe-se a simetricidade com o conceito parsoniano que conceitua sociedade como "o tipo de sistema social caracterizado pelo nível mais elevado de autossuficiência com relação a seu ambiente" (PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974**,** p.19).

[379]Embora, deveras, a consideração do homem concreto como artefato semântico lhe renda fortes críticas de anti-humanismo. Por todas, sob um veio habermesiano, vide Adela Cortina (*Ética sem moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2010).

[380]LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.57.

[381]LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.99.

[382]É o caso de Robinson antes da chegada de Sexta-feira na obra clássica de Daniel DeFoe.

[383]GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: LusoSofia, 2005, p.174.

[384]LUHMANN, Niklas. *Op, cit*., 1983, p.210. O que guarda notável semelhança, com a já citada perspectiva gadameriana de que *Sein, das verstanden kann, ist Sprache* (GADAMER, Hans-Georg.

Nesse campo, a sociedade efetua reduções básicas de contingências físicas, orgânicas e psíquicas, "domesticando" minimamente a complexidade ambiente, reduzindo sua aleatoriedade em algo "determinável" a seus subsistemas. Em outros termos, pode-se dizer que a sociedade possibilita" (*possibilizes*) a comunicação significativa[386]. Os subsistemas sociais, entre os quais o direito, surgem de diferenciações comunicativo-funcionais no seio da sociedade. Logo, para Luhmann[387], não há que se falar, portanto, em Direito "e" Sociedade, mas Direito "da" Sociedade (*Das Recht der Gesellschaft*), no qual toda operação jurídica é uma efetuação desta (*Vollzug Von Gesellschaft*). Os subsistemas sociais, por possuírem todos eles a comunicação como unidade elementar, diferenciaram-se uns dos outros pela construção de esquemas binários, códigos-diferença. Esse *standard* comunicativo é regido por regras próprias de autorreprodução, a partir de uma dada unidade de referência, uma racionalidade específica atribuidora de sentido. Esse mecanismo de autorreferência regula fluxos de informação do ambiente, sua organização reflete um tipo peculiar de relação e sua estrutura, certo tipo de interação. Essa para-realidade disjuntiva compõe-se de um elemento positivo-designativo e outro negativo-contigene, seu oposto.

A simetrização do código (*Codierung*) cria o "produto de inversão exata (*exaktes Umkehverhältnis*), uma complementarização rigorosa entre valores[388]". É esse "destrincamento" que possibilita a operatividade recursiva de dado sistema. Como exemplos de códigos-dierença de subsistemas sociais, tem-se: poder superior/poder inferior (política); ter/não ter (economia); consideração/desprezo (moral); verdadeiro/falso (ciência); transcendente/imanente (religião); e assim sucessivamente. Nesse cotejo, Luhmann condiciona a positividade do sistema jurídico à autodeterminidade (*selbstimmtheit*) do código binário (i) lícito[389], (*recht/unrecht*), sua "diferença-guia". A pluralidade de disjunções

---

Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2005, p.312).

[385]NEVES, Marcelo. A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Plural: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, n.11, p.121-133, 2004, p.126.

[386]LUHMANN, Niklas. Speaking and silence. *New German Critique - Special Issue on Niklas Luhmann*. New York, n.61, p.25-37, 1994, p.33.

[387]_____. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.22-23.

[388]CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.139.

[389] A expressão é, deveras, é de difícil adaptação ao vernáculo e está diretamente vinculada a acepção de comunicação sistêmica conforme ou não conforme o direito, de modo que a tradução em termos de (i) licitude deve ser feita de modo aproximado e mediante ressalvas. No particular vale consultar as observações reaçizadas por Marcelo Neves a esse respeito.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tendo em vista essa dificuldade tradutiva, dentre outras ocasionadas pela especificidade do aparato conceitual

comunicativas impossibilita o estabelecimento de algum espaço privilegiado de reflexão sobre o todo social. Em outras palavras, "não há lugar a um arquissistema integrador como a *koinonia politikê* aristotélica[390]". Nesse contexto, não há fundamento científico que permita a primazia de algum metacódigo de leitura da sociedade, como a política (Lyotard), a economia (Marx), ou mesmo a ética[391] (Habermas).

Em suma, o sistema jurídico se comunica com os demais subsistemas sociais, mas com eles não se confunde, muito menos se reduz àqueloutros. Em suas obras, Luhmann encontra-se particularmente preocupado com o que considera avanços indevidos de racionalidades diversas sobre o direito, corrompendo-o. Nesse contexto, Luhmann afasta a interpretação jurídica tanto do caminho da ética (que reputa não ter contornos bem definidos) como da análise econômica (que avalia como reducionismo da sociedade). Ou seja, o autor desconsidera a relevância intrínseca de preceitos éticos ou maximização da riqueza em prol de um enfoque propriamente jurídico. Para ele, cada conteúdo desses encerra um unilateralismo jurídico-epistemológico insuficiente a abarcar as crescentes contradições entre perspectivas de uma sociedade mundial cada vez mais fragmentária[392].

Segundo Luhmann, por exemplo, a análise econômica defendida por Richard Posner corre o risco de descurar do elemento gregário, reduzindo o corpo social a mero repertório de transações de mercado, sendo que a tutela de direitos em uma ordem democrática não pode se realizar sem levar em consideração a tutela de interesses jurídicos contramajoritários. De certo modo, a observação de Luhmann remete às observações de Guido Calabresi que, embora reconheça a eficiência econômica como parâmetro prático-jurídico (um suplemento possível para preenchimento do código binário jurídico, em linguagem sistêmica), seu conceito não é intercambiável à noção de direito ou justiça. Ainda segundo Calabresi[393], a análise econômica atua mais conquanto "sinais indicativos" da direção a seguir em uma estrada (*Road signs*), do

---

luhmanniano, João Paulo Bachur estabelece um elucidativo glossário na parte inicial de sua Tese de Doutorado BACHUR, João Paulo. Distanciamento e crítica: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann. 2009. 376 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo.

[390]SANTOS, José Manuel. *O pensamento de Niklas Luhmann.* Covilhã: LusoSofia, 2005, p.10.

[391]Nesse prisma, apesar de afastada a adoção de um supercódigo, a Teoria dos Sistemas não nega o importante papel da moral na manutenção de autonomia intersistêmica, por seu código (consideração/desprezo) reprovar interferência de alguma racionalidade comunicativa sobre outra (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008).

[392]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012.

[393]CALABRESI, Guido. *An exchange about Law and Economics. A letter to Ronald Dworkin. Hofstra Law School Review*. New York, v.8, p.553-562, 1980, p.560.

que à determinação de seu destino final (*end point*). A riqueza ou a própria eficiência consiste, portanto, em valor meramente instrumental, como aduz igualmente Ronald Dworkin[394], embora partindo de referencial radicalmente distinto.

Embora trate das relações *Law & Economics*, a preocupação maior de Luhmann, provavelmente devido a sua longa disputa teórica com Habermas e à própria dimensão da Jurisprudência dos valores na Alemanha, é com a "tirania conviccional da filosofia ética[395]". A teoria dos Sistemas afasta-se, por conseguinte, de qualquer pretensão teórica moral-universalista, mesmo que "mínima", como o agir voltado ao entendimento habermasiano. Para Luhmann, pretensões vocacionadas ao consenso intersubjetivo mascaram o fato de que "nunca se pode estar certo do consenso na vivência e na ação com outros homens[396]". De igual modo, resiste Luhmann à teoria do caso especial de Alexy que, sob o veio sistêmico, reduz indevidamente o direito a um adendo do discurso prático em geral. Aquilo que para Alexy é um caso particular, para Luhmann é um domínio autônomo de conhecimento, regido por uma racionalidade própria irredutível à razão prática.

Em síntese, nem sempre o que é lícito será ético, como, aliás, captara muito bem a proêmia romana do Digesto *Non omne quod licet honestum est*[397]. A integridade do direito não se dá no plano moral, mas especificamente jurídico. Nos dizeres de Montaigne: "As leis se mantém em crédito não porque são justas, mas porque são leis[398]". A tecnologia sistêmica permite superar as teses de redução desdiferenciadora do direito em relação à tradição ou à ética, o que por vezes parece ocorrer na hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, como ilustram bem as posições de Lênio Streck[399] e Walber Araujo[400]. Esse primado reverbera

---

[394]Conforme já visto na seção 2.2.4.

[395]CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.96.

[396]LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico. In: SANTOS, Manoel José (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005a, p.35-36.

[397]_____. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.58.

[398]Tradução livre do original: "*Les lois se maintiennent en crédit non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois*" (SANTOS NETO, Arnaldo bastos. Derrida, Luhmann e a questão da justiça. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.75). No mesmo sentido, cita o trecho do poeta francês, DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.21.

[399]No particular, afirma Lênio Streck (*Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.245) que "não se pode, em ultima instância, é controlar o discurso jurídico desde o (próprio) discurso jurídico senão desde estruturas fundantes da formação social-histórica".

mesmo em construções pós-modernas como em Bauman[401] que, à luz de Lévinas, estabelece a precedência da cena primordial da ética como "*spritus movens* do Estado de direito", subordinando indelevelmente o fenômeno jurídico a seus preceitos.

3.2.4 A tentação de Iblis

Nesse cotejo, o que impende salientar é a inexistência de um ponto privilegiado capaz de integrar o todo social. Parafraseando Ernildo Stein[402], pode-se dizer que há "a impossibilidade de um ponto arquimédico para fundar a reflexão". Se toda racionalidade é sistêmica, toda perspectiva é parcial.

Tendo em vista a diversidade e interdependência de ações possíveis, a sociedade moderna caracteriza-se por ser supercomplexa, provocando sobrecarga seletiva de pressões comunicativas ambientais. Essa circunstância enseja maiores diferenciações funcionais de sistemas parciais operacionalmente autônomos, fragmentando ainda mais o tecido social. Nesse contexto "estilhaçado", confrontam-se diferentes pretensões de autonomia sistêmica, decorrendo daí o caráter policontextural e multicêntrico da modernidade. Nesse ambiente, o sistema jurídico, como os demais subsistemas sociais, volta-se à redução de complexidade, através da absorção de contingência de seu entorno mediante seu esquematismo diádico especifico. Em uma perspectiva funcional, o direito destina-se à imunização da aleatoriedade derivada de conflitos entre membros da sociedade, minimizar os riscos de uma interação social randomizada, através da estruturação de procedimentos interpretativos.

Em outras palavras, o direito volta-se à estabilização de expectativas normativas contrafáticas[403]. É a esse papel que se presta, por exemplo, a norma jurídica, que atua de modo a aliviar os sujeitos da multidirecionada contingência social. Nos dizeres de

---

[400]Por seu turno, referenda categoricamente Walber Carneiro (*Hermenêutica jurídica heterorreflexiva:* uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.232) que "o direito que está dentro da moral e deste modo a contamina em todos seus aspectos".

[401]BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.68.

[402]STEIN, Ernildo. Dialética hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987, p.130.

[403]Luhmann estabelece duas categorias de expectativas: as cognitivas, que se modificam caso haja sua frustração empírica; e as normativas, que se mantém, independente de seu desapontamento. O direito insere-se na segunda opção, possuindo apenas meios de adaptação "apócrifos", como a evolução jurisprudencial (SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.79).

Luhmann[404], o conceito de norma se refere a "uma forma específica de expectativa fática a qual pode ser observada psiquicamente ou mediante o sentido que se volta compreensivelmente à comunicação". A norma jurídica pode ser entendida como "estados de coalescência[405]" de condensações operacionais propriamente jurídicas. Essas abstrações fazem uso de estruturas sociais, especialmente o papel exercido na sociedade pelo juiz e programas baseados na lógica condicional se-então.

Desse modo a positivação pode ser entendida como instrumento imprescindível de regulação normativa em um ambiente social em contínua mudança, espécie de "legalização do câmbio do direito[406]", ocasionando a perda de sua valia intrínseca. "A variabilidade temporal, [...] alarga até ao incomensurável o domínio da regulamentação possível do comportamento[407]". Na modernidade, o direito entendido até então enquanto *jus*, vinculado à prática e à virtude da *prudentia*, passa a ser reduzido progressivamente a sua dimensão de *Lex*, ao trabalho do legislador; o homem enquanto animal político (*political zoon*) cede lugar aquele que trabalha (*homo faber*), instrumentalizando o significado das coisas[408]. A positivação permite uma manipulação de múltiplos conteúdos e estruturas contraditórias, sem ilidir sua função normativa; sua congruência interna dissocia-se de referenciais outros, proporcionando capacidade para indiferença. Logo, há um "despojo referencial total" em prol da "fatualidade definitiva da socialidade[409]". Nesse prisma, para Luhmann, a racionalidade se desenvolve apenas topicamente, consensos são apenas possíveis de maneira heterárquica, a partir de hierarquias definidas localmente devido à heteromorfia dos jogos de linguagem. Qualquer tipo de metanarrativa é afastado. Logo, assim como não há metacódigo da descrição da realidade social, no direito, não há um ponto de partida absoluto, mas múltiplos pontos de vista e consciências correlativas que comunicam suas potências perceptivas em um campo criador de sentidos normativos.

O fenômeno jurídico, portanto, não pode ficar constrito à reificação objetiva, mas deve situar o processo interpretativo sistematicamente em um *continuum* evolutivo. A autorreflexão

---

[404]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.20.

[405]CLAM, Jeam. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.118.

[406]LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.209.

[407]_____. Iluminismo sociológico. In: SANTOS, Manoel José (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005a, p.56.

[408]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007, p.24-25.

[409]CLAM, Jeam. *Op cit*., p.117.

da Constituição consiste, nessa seara, em atividade permanente de interações sistêmicas, contrárias a um modelo prévio de certeza derivado de um *animus domini* que entifica o mundo em uma espécie de quadro representativo (*bild).* O esquema diádico (i) lícito constrói a realidade propriamente jurídica. Sua tecnização implica que a prevalência do valor positivo corresponde apenas a uma maior "habilidade de conexão" (*ability to conect*) e não alguma precedência metafísica, "não o sinal de alguma coisa a mais[410]". O *a priori* kantiano é substituído então pela recursividade sistêmica[411]. A própria binariedade do código, portanto, impede terceiro valor como elemento fundante ontológico, algum artifício de Iblis[412]. Dessa forma, o transconstitucionalismo consubstancia plexo teórico alicerçado em imperativos sistêmicos propriamente jurídicos, não se confundindo com referenciais outros que privilegiam algum metacódigo. Sempre, de acordo com a racionalidade específica de dado sistema os demais serão periféricos e vice-versa. Essa paridade comunicativa não implica, contudo, em insulamento, senão possibilidade de intercâmbios recíprocos. O desafio que se coloca é justamente dialogar coerentemente múltiplas pretensões sistêmicas entre si.

3.3 O SISTEMA JURÍDICO EM EVOLUÇÃO

3.3.1 Autorreferência constitutiva

Para o paradigma sistêmico, o que se destaca é a ausência de um entendimento apropriado da interpretação jurídica como uma unidade que se produz a si mesma. Nesse quadro, a "redução dos campos de investigação a uns quantos conceitos fundamentais e axiomas simples, bloqueiam o problema da complexidade, em vez de o levantar[413]".

---

[410]Tradução livre do original: "*Not a sign for something else*" (LUHMANN, Niklas. *Speaking and silence*: New German Critique - Special Issue on Niklas Luhmann. New York, n.61, p.25-37, 1994, p.33).

[411]LUHMANN, Niklas. *Closure and openess:* on reality in the world of law. San Domenico: European University. Institute, 1986.

[412]*Ibidem*. A figura de Iblis corresponde, no Alcorão, de certo modo ao papel desempenhado por Lucífer na Bíblia. A alusão é uma crítica à pretensão de se estabelecer um ponto de vista privilegiado capaz de observar a realidade social ou o direito. No caso teológico, essa posição corresponderia ao arcanjo que não resistira à tentação de observar Deus. A metáfora é originária de Luhmann que, no particular, que recomenda com fina ironia que "*dejemos esta tentación a la teologia, que sale airosa com al mistério da Trinidad*" (LUHMANN, Niklas. La contingencia como atributo de la sociedad moderna . In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad:* Modernidad - contigencia y risco. Barcelona: Anthropos, 1996, p.186).

[413]LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico. In: SANTOS, Manoel José (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005a, p.69.

Essas diferenciações não constituem o direito, mas são por eles constituídos. Os sistemas operam restringindo-se a critérios discursivos que lhe são peculiares. Logo, não há de se falar na verdade de um objeto, mas no sentido de um discurso, de dada racionalidade. No caso do direito o critério discursivo pautado no código (i) lícito refere-se à normatividade de certas condutas. Seu critério de verdade deve ser redimensionado em torno da noção de validade e não à correlação a algum valor exterior a sua própria operacionalidade. O conceito de validade corresponde a algo que vale "para" e "em relação a" alguma coisa, donde se encontra intrínseca sua relatividade[414]. No direito, esse caráter relacional sempre irá ter de se ter referência outra norma.

Em outras palavras, para a teoria dos sistemas, a validade no Direito atua como o dinheiro na Economia: um "'símbolo circundante' que assegura a reprodução do sistema e a colocação de resultados recursivos de toda operação em relação às demais[415]". Como bem salienta Gunther Teubner[416], fatores externos são computados em seus cálculos, mas não como "instruções compulsórias" (*binding instructions*). Ou seja, "*el sistema jurídico puede tomar en consideración hechos externos, pero sólo como información que ha sido generada internamente: sólo como "difference that makes a difference*"[417]". O direito, logo, não se constitui em alguma realidade que lhe é exterior, mas exclusivamente em sua dinâmica operacional autorreferente, a dizer, propriamente jurídica.

Nos termos de Luhmann, "fora do direito não se pode fazer nada com o direito[418] (*Ausserhalb des Rechts kann man mit Recht nichts anfangen*)". Essa leitura sistêmica pode ser carreada a um caso célebre e polêmico de controle de constitucionalidade enfrentado pelo *BVerfGE*: o julgamento dos atiradores do Muro de Berlin *(Mauerschützen-Prozesse*) no pós-guerra fria. Trata-se de processo judicial referente à responsabilização de membros da Guarda de Fronteira (*Grenztruppen*) e do governo da República Democrática Alemã, acusados de homicídio doloso de cerca de duzentos cidadãos tedescos ao tentarem transpor o muro de Berlin. A ordem de atirar (*Schießbefehl*) fora considerada inconstitucional pela Corte de

---

[414]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007.

[415]CLAM, Jeam. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.119.

[416]TEUBNER, Gunther. How the law thinks: toward a construtivist epistemology of law. *Law & Society Review*, v.23, n.5, p.727-258, 1989b, p.28.

[417]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.140.

[418]Tradução livre do original: "En dehors du droit on ne peut rien faire avec le droit" (LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. *Droit et Société*, Paris, n.47, p.15-73, 2001, p.36).

Karlsruhe que, a despeito das teses de irretroatividade penal e imunidade de agentes de Estado, possibilitou a responsabilização criminal dos envolvidos. A decisão em tela costuma ser considerada uma aplicação da fórmula de Radbruch[419] ou, na esteira de Alexy, o resultado de uma ponderação de valores fundamentais, cujo resultado fora uma restrição de um direito fundamental garantido sem reservas.

O que impende salientar, contudo, do ponto de vista da teoria dos sistemas, é a ocorrência de processos autorreflexivos nos quais o direito regula sua própria regulação a partir de pontos de vista que lhes são peculiares, como a própria ideia de justiça[420]. Ou seja, o fundamental a se destacar é que esta justiça é algo contingente, que transaciona influxos externos à luz de sua própria autorreferência constitutiva, de onde deriva, *in casu*, a preocupação do *BVerfGE* em assentar suas premissas no direito alemão vigente, especialmente seus próprios precedentes, além de tratativas internacionais, e não postulados metafísicos ou exclusivamente morais, políticos ou econômicos. Em que pese arriscado, a autorreferência do sistema jurídico pode ser analisada, inclusive, em um caso limite como os julgamentos de Nuremberg. Como bem pontua Tércio Sampaio Ferraz, naquela quadra histórica, os juristas encontravam-se no dilema de se evitar a impunidade dos que perpetraram as atrocidades do holocausto, e ao mesmo tempo evitar que eventuais sanções colimadas tornassem-se puro arbítrio dos vencedores[421].

Do ponto de vista sistêmico, a solução propugnada de instalação de um tribunal *ad hoc* opera uma ruptura do padrão estrutural consubstanciado no brocardo *nullum crimen sine praevia legen*, pelo critério de legitimidade axiológica, voltado à tutela de "princípios gerais

---

[419]A fórmula de Radbruch contrapõe injustiça legal e direito supralegal (*Injustice légale et droit supralégal*). Em linhas gerais, assenta a primazia *prima facie* do direito posto (*durch Satzung*), desde que seu conteúdo valorativo não incida em contradição tamanha com a justiça que se converta em um "direito não justo" (*unrichtiges Recht*), derrogando-se sua validade. RADBRUCH, Gustav. Injustice légale et droit supralégal. *Association française de philosophie du droit – Pensée allemande moderne et contemporaine*, Paris, t. 39, p.305-318, 1994.

[420]LUHMANN, Niklas. Le droit comme système social. *Droit et Societé*, Paris, n.11/12, p.53-67, 1989.

[421]Em que pese às críticas, parece exagerado afirmar que Nuremberg tenha se tratado de um julgamento "expúrio" [*sic*] como acusa Anderson Vichinkeski Teixeira (*A teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.301). Não parece que fosse mais adequado que os líderes nazistas fossem pura e simplesmente executados por uma deliberação do alto comando militar aliado, o que talvez deixasse irretocável o sistema jurídico, posto que a guerra, na lição de Clawsewitz, é a continuação da política e não do direito. Tampouco parece pertinente que figuras como Hermann Göring fossem relegados à impunidade de uma pacata aposentadoria, ou reincorporados ao serviço militar ativo, de um lado ou outro da cortina de ferro como, aliás, foram muitos próceres nazistas. Nuremberg fora, decerto, um caso limite de experiência jurisdicional, mas ainda assim, parece ter sido a melhor alternativa entre as parcas opções que se tinha a mão à época.

do direito comum a todos os povos civilizados[422]". Realizada essa cisão, o direito passa a redimensionar sua leitura, busca interagir com as mudanças operadas em seu meio a partir de elementos que lhe são peculiares; caso contrário, não é Direito. Ou seja, a mudança inaugura um novo encadeamento normativo[423]. Não obstante, o código (lícito/ilícito) permanece o mesmo, seu programa normativo que passa a ser preenchido de maneira diferenciada mediante um novo ato fundador. Desse modo, é possível compreender como eventuais alterações de padrão operacionalizem-se, reacomodando expectativas normativas, sem desintegrar o sistema. Essa mudança opera, todavia, não apenas em momentos de ruptura institucional. Os padrões de decidibilidade jurídica estão sendo permanentemente reavaliados no plano jurídico-interpretativo, através de lógicas argumentativas no dia a dia dos tribunais. Ordenamentos, pois, "constituem sistemas dinâmicos, com vários padrões de funcionamento, [...] A hierarquia legal, portanto, é uma das estruturas possíveis[424]", que podem assumir continuamente outras feições.

Perceba-se, não se nega o debate de que Nuremberg tenha sido um julgamento cujo código político tenha corrompido seu homólogo jurídico[425]. O que se enfatiza no plano sistêmico é que o âmbito argumentativo do direito é estritamente jurídico. Resta significativo, nesse prisma, a preocupação dos julgadores em fundamentar suas decisões em preceitos de direto internacional, assentados, por exemplo, nas Convenções de Haia e Genebra[426], além de tratados como o pacto Briand-Kellog[427] e em disposições do próprio Código Penal alemão[428]

---

[422]PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.102.

[423]Nuremberg lançara as bases futuras do que se tornou hoje o Tribunal Penal Internacional, órgão jurisdicional permanente vinculado às Nações Unidas, como serviu de modelo à instalação de cortes igualmente "excepcionais" como para ex-Iuguslávia e Ruanda. Por óbvio, alterações institucionais abruptas apenas permitem a realocação sistêmica do fenômeno jurídico se pontuais. Mudanças continuadas, interferências repetidas e reiteradas, julgamentos de fachada (como os processos de Moscou), importam em anarquia sistêmica, que culmina em desdiferenciação funcional.

[424]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007, p.196.

[425]O que geralmente é citado devido ao próprio art 1º da Carta Constitutiva do Tribunal que assenta destinar-se o processo a julgar exclusivamente as potências do Eixo, afastando eventuais crimes de guerra e contra a humanidade cometidos pelos Aliados como o Massacre de Katyn e o bombardeio de Dresden. Uma das teses de defesa dos acusados, inclusive, foi o recurso ao instituto romano *Tu quoque*, no que foi parcialmente bem-sucedido no caso do Almirante Dönitz. (YEE, Sienho. The Tu Quoque argument as a defence to international crimes, prosecution or punishment. *Chinese Journal of International Law*, Oxford, v.3, p.87-134, 2004).

[426]Primeiros tratados internacionais sobre leis e crimes de guerra estabelecidos na Primeira e na Segunda Conferências de Paz de Haia. São respectivamente chamados de Convenção sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais (1899), e de Convenção sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais (1907).

[427]Também chamado Pacto de Paris, firmado em 1928 entre diversas potências, inclusive os futuros contendores da Segunda Grande Guerra, destinava-se à abolição da guerra de conquista e ao fomento da resolução pacífica de controvérsias.

(*Reichsstrafgesetzbuch)* de 1877. Como se vê, mediante recurso à "astúcia da razão dogmática[429]", o direito busca retomar sua "lógica própria" (*Eigengesetvichkeit*), sua autonomia constitutiva autorreferencial[430]. A discussão acerca de Nuremberg permite introduzir ainda a problemática acerca da (des) estabilidade das relações intersistêmicas, as quais não são pacíficas ou desprovidas de riscos. A inflação pansocial de algum subsistema social pode ser de tal monta que impeça outros códigos de operar recursivamente. Pode-se dizer que há a possibilidade permanente de "corrupção", de dado código "frágil" em face de outro "forte[431]". Quando esse tipo de desestruturação ocorre, o sistema corrompido perde a capacidade de reproduzir-se, comprometendo sua autorreferência. Isso é o que acontece, por exemplo, no caso de: compra de votos (corrupção sistêmica da política pela economia); compra de sentença (corrupção do direito pela economia); nepotismo (corrupção do direito pelas relações familiares); tráfico de influência (corrupção do direito pela política) e assim sucessivamente. Em última instância, ao disseminar-se, essa "sabotagem" desestabiliza expectativas, provocando desdiferenciação funcional: ou seja, engendra a destruição do sistema. O sistema então perde sua autonomia funcional sendo instrumentalizado em torno de interesses pautados por lógicas particularistas.

No caso do sistema jurídico, essa correlação pode ser ilustrada por pela aproximação de dois clássicos da literatura.

---

[428]Vale dizer que, a rigor, o aludido *codex* penal nunca fora revogado, permanecendo em vigor durante todo o regime nazista. Aliás, é bom que se diga, ao contrário do que assenta Gustav Radbruch (Injustice légale et droit supralégal. *Association française de philosophie du droit – Pensée allemande moderne et contemporaine*, Paris, t. 39, p.305-318, 1994), não parece ter sido o positivismo o responsável maior pelas agruras do nazismo, mas sim, como muito bem observa Norberto Bobbio (O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 2006), o descumprimento de seus preceitos mais fundamentais, como a legalidade. Deveras, o próprio Radbruch reconhece que a "Lei de Plenos Poderes" (*Ermächtigungsgesetz*) ao *Führer*, que sepultou formalmente a Constituição de Weimar, fora votada sem maioria qualificada requerida de dois terços da *Reichstag*, sendo muitos parlamentares, inclusive, coagidos a participar da "sessão". O entendimento de Radbruch parece refletir algumas das estratégias de defesa traçadas durante Nuremberg, pelas quais os acusados buscavam eximir-se de responsabilidade por estarem supostamente em estrita obediência ao direito então vigente. A superação desse argumento parece, contudo, não necessitar recorrer a fatores externos ao sistema jurídico como faz Radbruch. Cumprir ordens e obedecer ao direito são cousas mui diversas. Se houvesse realmente convicção de que os atos praticados pelos réus obedeciam ao direito alemão à época, o programa de Eutanásia nazista *Aktion 4* ou a solução final (*Endlösung der Judenfrage*) discutida na Conferência de Wannsee não seriam tidos como segredos de Estado. O nazismo não assentava-se no positivismo jurídico, mas no terror político.

[429]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007, p.323.

[430]BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad: contigencia y risco.* Barcelona: Anthropos, 1996.

[431]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

O primeiro, "*Michael Kohlhaas*" de Heinrich von Kleist[432], consiste em romance baseado em uma situação real ocorrida no século XVI na Baixa Saxônia. Retrata a história de um mercador que teve dois cavalos retidos e seus serviçais agredidos por um senhor feudal alemão e, insurgindo-se contra isso, deita todos os esforços necessários para fazer valer seus direitos. A judicialização do litígio, entretanto, a princípio não logra êxito, especialmente devido às múltiplas conexões familiares do aludido *junker* (no que seria um exemplo clássico de corrupção sistêmica do Direito). Frustrado em sua tentativa de fazer justiça pela via jurídica, opta pela violência, logo angariando seguidores em uma turbulenta horda que passa a espalhar o terror pela região. Essa revolta leva à tentativa de intermediação do próprio Martinho Lutero e chama atenção do Imperador em Viena. Em que pese todos seus esforços, e sua causa ter sido julgada afinal, por seus esforços, procedente, o personagem, pelos delitos cometidos ao reivindicar sua causa, fora condenado a morte.

O segundo, "*Le Meûnier de Sans-Souci*" de François Andrieux[433], já se descortina um exemplo diverso. Esse breve e anedótico conto trata do desejo do rei de Prússia, Frederico II (grande rei, bom filósofo e muito mal cristão [*sic*]) em adquirir terras para construção de um reduto palaciano no qual pudesse se dedicar à erudição e boêmia. Mas na localidade escolhida pelo insígne monarca, se elevava um moinho cujo proprietário encontra-se irredutível às investidas reais de compra de sua "*petit Potsdam*". Às sucessivas investidas frustradas, o rei, indignado, ameaça tomar-lhe as terras à força, ao que o moleiro retruca: "sim, se não há mais juízes em Berlim[434]". Essa é a origem de frase similar[435] tão comumente usada (e muitas vezes deturpada) para referendar a independência do Judiciário. Sob uma leitura sistêmica a locução referenda a autonomia operacional do sistema jurídica, seus códices próprios, imune a afluxos desdiferenciadores heterorreferentes de outros subsistemas sociais, o que faz com que o monarca recue de seu capricho[436].

---

[432]KLEIST, Heinrich. *Michael Kohlhaas*. Disponível em: <http://literaturaalemanaunlp.files.wordpress.com/2010/04/michael-kohlhaas.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

[433]ANDRIEUX, François. *Le meûnier de Sans-Souci*. Disponível em: <http://fr.wikisource.org/wiki/Le_Meunier_Sans-Souci>. Acesso em 13 jan. 2013.

[434] Tradução livre do original: "*Oui, si nous n'avions pas des juges à Berlin*".

[435]Não parece correta, portanto, atribuição de origem da expressão "ainda há juízes em Berlin" à reação espontânea da população alemã devido a alguma decisão isolada de um único (e desconhecido) magistrado que tenha contrariado interesses do regime nazista como alude, por exemplo, Roberto Delmanto (Ainda há juízes em Berlim. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v.13, n.157, p.3, dez. 2005).

[436]O conto permite uma leitura ainda mais rica. Se de um lado Frederico II apresenta deferência ao sistema jurídico interno em processo crescente de constitucionalização, de outro acaba, logo em seguida, por tentar a conquista da Silésia. Como se vê, a estória ilustra bem a paradoxal dicotomia

3.3.2 Procedimento e contingência

Como visto, a operatividade sistêmica possui matiz recursivo circular. Assim toda interpretação constitucional pode ser redirecionada ao código binário fundante do sistema jurídico. Como o código é uma estrutura vazia de conteúdo material (conceitos autorreferente), seu preenchimento necessariamente leva em consideração o ambiente no qual se insere (interesses heterorreferentes), dentro de seus limites operacionais. A disjunção operativa necessita, logo, de "suplemento", um programa em relação ao qual o código, em si, é indiferente. Programas são "condicionamentos semânticos resultantes do transcurso evolutivo dos códigos [que] determinam em que condições a valoração (i) lícito deve ser considerada corretamente[437]". A codificação é tida, portanto, como unidade operacional confortadora de variabilidade de programas conteudísticos.

O que a teoria dos sistemas enfatiza é que o predomínio de dada "regra de calibração", definidora de conteúdos normativos não tem determinação lógico-causal, estando sujeita a influxos dos mais diversos. Ou seja, "não há vontade interior ao direito" (*immers Verpflichtetsein auf das Recht*[438]); se há certeza quanto a existência do sistema jurídico, há incerteza quanto a seu conteúdo. Para Marília Muricy[439], esse modelo interpretativo "abdica do consenso em favor de procedimentos aptos a tornar efetiva aceitabilidade das decisões", cedendo a uma racionalidade imaterial no qual a responsabilidade subjetiva cede a um "jogo funcional de estruturas geradoras de estabilidade e neutralização de riscos [...] um mundo sem sujeito e deserto de responsabilidades éticas". Assim, "ter por razoável uma argumentação não significa que ela esteja sustentada em 'boas razões'[440]". Em que pese à pertinência da

---

do processo de constituciuonalização de moldes westphalianos: ordem interna, desordem internacional. Na fina e irretorquível ironia de Andrieux: "Esses são aí os jogos de príncipe. Respeita-se um moinho, rouba-se uma província". Tradução livre do original: "*Ce sont là jeux de prince; On respecte un moulin, on vole une province* ».

[437] SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.46.

[438] CLAM, Jeam. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.139-141.

[439] MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo (Org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.115-116.

[440] MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo (Org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.123.

crítica, parece adequado anotar que Luhmann abdica do consenso em sua dimensão ético-comunicativa e não em sua leitura presumida- institucional.

Igualmente, convém salientar que há "boas razões" do ponto de vista sistêmico, conquanto embasadas mais na congruência de expectaivas "do que em qualidades intrínsecas que valores ou princípios que o embasam possam ter[441]". Nessa linha, se a Teoria Pura afasta-se da discussão da justiça, a Teoria dos Sistemas a incorpora, porém destituída de referencial ético. Essa justiça esvaziada de conteúdo corresponde à unidade operacional do sistema jurídico, atuando como "fórmula de contingência[442]" (*Kontingenzformel*): a harmonização possível entre expectativas normativa (delineada por um sistema de comunicações autorreferenciado) e sua abertura às irritações externas (filtradas por suas estruturas e critérios de autorreprodução). O objetivo central da interpretação jurídica é manter a sintonia recíproca entre as múltiplas alternativas que se desenvolvem na contingência da sociedade.

Não se pode perder de vista que "todas as ordens de pensamento e de ação humana são 'fundadas' sob as distinções (*Unterscheidungen*) contingentes, poderiam ser de outra maneira[443]". Ou seja,[444] "a oposição entre justo e injusto não possui nenhum sentido que lhe concerne". Toda decisão envolve seu oposto. A incerteza não é, pois, "uma dúvida exterior ao

---

[441]SOBOTTKA, Emil Albert. Dignidade da pessoa humana e o décimo segundo camelo – sobre os limites da fundamentação de direitos. *Veritas*, Porto Alegre: v.53, n.2, p.107-119, abr-jun 2008, p.11.

[442]LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2000a. Vale dizer que o modelo sistêmico de justiça não se confunde com a concepção desconstrutivista do termo, no que pese a proximidade de suas conclusões. O desconstrutivismo enfatiza as muitas articulações de sentido a partir de um abismo normativo de permanente inadequação entre o valor transcendental de justiça e a arquitetura cultural multiforme do fenômeno jurídico BALKIN, Jack. *Transcendental deconstruction, transcendental justice. Michigan Law Review*. Ann Arbor, v.92, n.1131, p.7-70, 1994. Em termos pós-modernos, pode-se dizer que a justiça tem como traço indelével a insatisfação consigo mesma, existindo perpetuamente em "uma condição de *noch nicht geworden* [pelo que ainda não existe]" (BAUMAN, Zygmunt, *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.66); de ser "incalculável" (DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.30). Porém, essa disjunção não opera uma aniquilação da possibilidade de justiça em um horizonte infinito, mas sua possibilidade de reconstrução permanente em um campo indefinido. Destarte, "no plano interpretativo a desconstrução nos alerta contra qualquer fechamento final de sentido, pois toda leitura pode ser submetida a uma nova leitura" (SANTOS NETO, Arnaldo bastos. *Derrida, Luhmann e a questão da justiça*, 2012, p.82). Nos termos de Balkin entre as duas margens do precipício (*chasm*), edificam-se uma multiplicidade de construções teóricas, dentre as quais se reveste o Direito em sua historicidade. O conceito de contingência de Luhmann passa, porém, à margem de qualquer especulação sobre a (in) existência transcendental do outro lado desse "precipício", ainda que como ideia-guia. No particular, Luhmann parece aplicar a célebre lição de Ludwing Wittgenstein (*Tractatus Logico-Philosophicus.* São Paulo: Edusp, 1961, p.53) de que diante "[d]o que não se pode falar, deve-se calar".

[443]CLAM, Jeam. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.139-140.

[444]DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.34.

que se passa, mas uma estrutura objetiva do evento em si, tanto quanto ele vá sempre, em sentido duplo, e que ele reparte o sujeito seguindo essa dupla direção[445]". Toda operação trás em si a possibilidade de outra maneira e nada impede que o lado oposto da distinção prevalente possa ser modificado pela comunicação.

Noutros termos, "não há 'não direito' em si que possa, de imediato, ser excluído definitivamente do sistema[446]". O direito é, mas pode não ser. A justiça joga "*à la bande*[447]", não ocupa algum "trono" (*throne*), mas um "lugar reservado[448]" (*placeholder*) à possibilidade permanente de mudança, despojada de toda normatividade intuitiva. Em suma, não há uma resposta correta[449], mas um contínuo processo de seleção procedimental que deve permanecer aberto ao futuro a escolha entre uma norma entre tantas possíveis. Ao descortinar a relação de mútua dependência entre conceitos, abre-se margem a uma crítica interpretativa estratégica e plural que permite solapar posicionamentos jurídicos então hegemônicos e pretensamente universalistas.

A estabilização do sistema jurídico reside na positividade de seu código, na medida em que aplicado seja pelos operadores do direito e "não tenham ainda sido modificado[450]". Cada interpretação legitima um entendimento normativo sem deslegitimar suas alternativas; trata-se de uma abertura permanente a dissenso estrutural de uma sociedade hipercomplexa. A dinâmica sistêmica não procede de maneira lógico-axiomática, mas a partir da decidibilidade de problemas concretos em geral. Em outras palavras, não há uma "resposta absoluta, apenas constelações de problemas de consequência[451]".

---

[445]Tradução livre do original : "*Car l'incertitude personnelle n'est pas un doute extérieur à ce qui se passe, mais une structure objectivetive de l'événement lui-même, en tant qu'il va toujours en deux sens à la fois, et qu'il écartèle le sujet suivant cette double direction*" (DELEUZE, Gilles. *Logique du sens*. Paris: Éditions de Minuit, 1969, p.11).

[446]CLAM, Jean. *Op. cit.*, p.141. ;

[447]GIORGI, Raffaele de. Sobre o direito, Kafka, Dürremat e a ideia de Luhmann sobre o camelo. *Veredas do direito*, Belo Horizonte: v.4, n.7, p.29-73, jan-jun 2007, p.40.

[448]RASCH, William. Justice, amnesty and the strange lessons of 1945. *Ethics & Global Politics*, Uppsala, v.3, n.3, p.239-254, 2010, p.239.

[449]LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. No mesmo sentido, contrário a uma única interpretação correta (ou verdadeira), Manoel Jorge e Silva Neto (*Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.96) elenca "dois óbices lógico-metodológicos intransponíveis": (a) a atuação de circunstâncias extranormativas sobre o jurista, influenciando de maneira diferenciada o processo interpretativo; e (b) o conceito de verdade segundo o idealismo lógico que assinala como escorreita uma interpretação tão só quando desprovida de contradições.

[450]Tradução livre do original: "*et n'ont pás encore été modifiées*" (LUHMANN, Niklas. Le droit comme système social. *Droit et Societé*, Paris, n.11/12, p.53-67, 1989, p.65).

[451]LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.85.

A preocupação de Luhmann é justamente a de esclarecer os mecanismos que dotam uma interpretação jurídica de força vinculativa, possibilitando sua assimilação e aceitação por todos os atingidos, estejam eles satisfeitos ou não. paradoxo aporético do direito diante da complexidade social imanente tem como saída preferencial para o paradigma sistêmico a organização de procedimentos interpretativo-decisórios[452]. As instituições decisórias legitimam-se desse modo ao reverterem o dissenso estrutural imperante no tecido social em canais procedimentais.

Ao "submeterem-se às regras e necessidades do sistema processual, todos os envolvidos são obrigados a aceitar a decisão final, mesmo contrariados, pois eles próprios participaram do procedimento[453]". Para Luhmann[454] essa "legitimação pelo procedimento" (*Legitimation durch Verfahren)* é indiferente ao predomínio estrutural de parâmetros interpretativos (legalidade, efetividade ou legitimidade[455]) desde que procedimentalmente balizados e consistentes. Destarte, aspectos éticos, políticos ou econômicos são desconsiderados *per se*; o que se busca é a neutralizar as insatisfações normativas, independente da natureza intrínseca dos argumentos adotados. Para Gunther Teubner esse modelo de legitimidade decorre da própria estrutura contemporânea do conhecimento que não pode refugiar-se em autoridades externas, de modo que "deve-se focar nos procedimentos que ditam as premissas, conteúdo e consequências da construção institucional da realidade social[456]". Os procedimentos decisórios buscam, nesse quadro, a absorção de insegurança resultante da multiplicidade de alternativas possíveis, tornando eventuais incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis[457].

---

[452]Parece haver, portanto, na Teoria dos Sistemas uma notória tendência à procedimentalização, que não se coaduna com o substancialismo que lhe é atribuído no particular por Rafael Simioni (O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. (SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012)

[453]BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n.61, p.5-24, 2004, p.13.

[454]LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

[455]Embora Luhmann seja cioso da necessidade de garantir (inter) dependência sistêmica, reputando ao direito um veio eminentemente retroativo, pouco afeito às atuais tendências de ativismo judicial.

[456]Tradução livre do original: "*must focus on the procedures that dictates the premises, content, and consequences of institutional construction of social reality*" (TEUBNER, Gunther. How the law thinks: toward a construtivist epistemology of law. *Law & Society Review*, v.23, n.5, p.727-258, 1989b, p.752).

[457]SIMIONI, Rafael. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.92.

Em última instância, esse processo imprescinde de uma "*norma de competencia*" que serve como "*princípio de soberanía jurídica*[458]". Nesse prisma, os tribunais (*Gerichte*) ocupam o centro do sistema jurídico cuja periferia é a legislação (*Gesetzgebung*), fronteira com o sistema político[459]. A centralidade dos órgãos do Judiciário advém da vedação ao *non liquet*, que os obriga à produção permanente de sentido normativo. A essas organizações, entendidas como "estruturas burocráticas encarregadas de tomar decisões coletivas a partir da programação e código dos sistemas[460]", cabe a função de filtragem dos estímulos externos provenientes do meio, colocando em prática os programas legislativos codificados mediante operações recursivas. Resta, portanto, fundamental o papel tribunais constitucionais. Além de operacionalizar uma seletividade sistêmica, essas "organizações extravagantes[461]" fiscalizam as transições de racionalidades diversas das "pontes de transição" entre direito e política. Destarte, "graças às operações das organizações far-se-á a construção de um mundo conforme o direito[462]". Operações legais são nada mais nada menos que produções de decisões interpretativas, posto que é apenas pelo ato decisório que se supera a contingência do direito por uma efetuação temporal. O direito válido é aquele que se projeta nessas interpretações.

A ênfase no plano interpretativo-decisório da Teoria dos Sistemas, contudo, não deve se confundir como alguma sorte de decisionismo. Reconhecer que a legislação não é causa suficiente da decisão não implica em relegar o direito à arbitrariedade. O paradigma sistêmico reconhece entre código e programa uma zona argumentativa, conquanto espaço de reflexidade no qual "*todo el sistema de toma de decisiones, en el derecho se sustenta*[463]". Ao argumentar,

---

[458]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.102.

[459]O que não afasta que o direito realiza-se no todo social, como na formulação de contratos e na própria administração pública em geral. A rigor, todas as manifestações comunicativas baseadas no código (i) licito são direito, inclusive a atuação de assistentes sociais, professores das faculdades, entre outros. Em síntese, sob o signo sistêmico, o direito se refere a "um sistema de sentido e não a estruturas institucionais formais" (KING, Michael. *A verdade sobre autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.88). No particular, a doutrina exerce importante papel de manutenção da autonomia do sistema jurídico, enquanto unidade cognitiva pautada pela auto-observação, ensejando atualizações de sentido dogmático em prol da consecução de uma "insegurança suportável" e contingente (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.197).

[460]ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.36.

[461]LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2012.

[462]ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: KING, Michael. *A verdade sobre autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.37.

[463]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.102.

o jurista deve observar a totalidade sistêmica na qual dado problema encontra-se inserido, sob pena de sua "razão" não prosperar argumentativamente. Nesse prisma, os cânones dogmáticos não encerram o debate; antes, fornecem um ponto de partida para o labor jurídico em derredor da busca de uma solução normativa para dada problemática em exame. Para exercer esse mister operacional, o jurista faz uso de um aparato conceitual construído intersubjetivamente. Um sistema, devido a sua organização circular, possui caráter indutivo: o que ocorreu antes tende a acontecer mais uma vez. Ou seja, a aplicação recursiva cria um conjunto jurídico-operacional de conceitos, regras e princípios.

O sistema jurídico trata-se, portanto, nos termos de Heinz Von Foerster, de uma máquina histórica (*historical machine*) que opera uma redução do "efeito surpresa" (*l'effet de surprise*) e enceta amarras discursivas[464]. Ao condicionar o campo de interação, essa circularidade converge expectativas, gerando "predição" (*prediction*) de classes de interação[465]. A estabilização de novos padrões evolutivos possibilita maior compatibilidade estrutural em face de novas possibilidades ao mesmo tempo em que engendra mecanismos próprios de rejeição à oferta superabundante de alternativas decisórias. Nesse prisma, o desvio do precedente, ou de preceitos isonômicos "provoca a procura por cada vez mais elaboradas ficções legais[466]". Há, na dicção de Luhmann[467], uma "memória funcional" (*memory fucntion*) que expõe o presente como resultado (*outcome*) do passado.

Esse "saber operativo" (*Wissen*) serve como verificação de consistência[468], que reconduz a formação de expectativas (*Erwartung*). É o que pode ser chamado de "efeito de filtragem" (*effet de filtrage*) do sistema[469]. Em outras palavras, usos reiterados condensam os sentidos dentro do "comportamento próprio" (*Eigenbehaviour*) de cada sistema[470], o que engendra um acervo cultural de abstrações pré-concebidas que obscurecem alternativas. A

---

[464]LUHMANN, Niklas. Le droit comme système social. *Droit et Societé*, Paris, n.11/12, p.53-67, 1989, p.61.

[465]MATURANA, Humberto. *Autopoiesis and cognition*: the realization of the living. Dordecht: Reidel, 1980.

[466]Tradução livre do original: "*Provokes the search for more and more elaborate legal fictions*" (TEUBNER, Gunther. Alienating justice: on the surplus value of the twelfth camel. In: NELKEN, David (Org.). *Law's new boundaries:* consequeneces of legal autopoiesis. Aldershot: Asghate, 2001, p.26).

[467]LUHMANN, Niklas. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology*, London, v. 1, n. 1, p.67-80, mar. 1997, p.72.

[468]GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: LusoSofia, 2005, p.177.

[469]LUHMANN, Niklas. Le droit comme système social. *Droit et Societé*, Paris, n.11/12, p.53-67, 1989, p.64.

[470]SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

conexão de sentido no sistema jurídico é seletiva, pois leva em consideração sucessivos estados fluídos que a antecederam, orientando sua recursividade em termos de uma "prática condensada" (*Gebrauch*)[471]. Apesar de sua adaptabilidade interativa, a dinâmica sistêmica engendra forte constrição no processo interpretativo do jurista, impedindo, no mínimo, uma mudança operacional do direito "de uma só vez" (*alles auf einmal*[472]).

3.3.3 Dinâmica autopoética

Conforme antevisto, o sistema jurídico, tal qual os demais subsistemas sociais, é regido por regras próprias de autorreprodução a partir de uma dada unidade de referência.

Essa dinâmica pode ser chamada de autopoiese[473]. Um sistema autopoiético abre-se ao mundo por seu próprio fechamento, que filtra os estímulos internos, traduzindo-os a sua linguagem particular. Nesse quadro, pode-se avalizar que cada sistema reage de acordo com os graus de atividade exercidos nos limites de plasticidade de sua superfície receptora, em cada operação definindo suas fronteiras. Seu fechamento operacional atua como condição de sua abertura (*operational closeness, operative Geschlossenheit*[474]). A autopoiese, portanto, corresponde a autonomia e não a autismo ou autarquia[475]; o "encerramento" (*Gescholossenheit*) do sistema não se refere a "isolamento" (*Isolation*) de seu entorno[476]. Em outras palavras, o sistema é fechado "com" e não "para" o meio. A dinâmica autopoiética

---

[471]LUHMANN, Niklas. *Speaking and silence:* New German Critique - Special Issue on Niklas Luhmann. New York, n.61, p.25-37, 1994, p.33.

[472]CLAM, Jeam. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.122.

[473]Etimologicamente, como bem lembra Fritjiot Capra (*A teia da vida:* uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2007, p.88), o conceito de autopoiese advém da raiz grega *autós* que significa "por si mesmo" e *poieseis* que corresponde a "criação". A disseminação de seu uso na teoria científica deriva dos contributos da Escola de Santiago no campo da biologia celular Nesse sentir, segundo Humberto Maturana (*Op.cit*., 1980) a autopoiese corresponde a uma rede homoestática e autorreferenciada de operações que caracterizam os seres vivos diante da multiplicidade de interações ambientais. Essa dinâmica é caracterizada a partir do modelo celular neuronal. O neurônio ao mesmo tempo em que se integra metabolicamente ao ambiente que o cerca, possui uma autorreferência geneticamente determinada. Sua estrutura funcional corresponde a uma área receptora e emissora que operacionalizam a transmissão estrutural de informações. Em síntese, a dinâmica autopoiética caracteriza-se pelo metabolismo de fatores exógenos (energia vital) e reprodução de seus elementos internos em um processo de conformação circular (replicação estrutural). Como se verá no presente tópico, esse modelo guarda inegável similaridade com o pensamento luhmanniano e transconstitucional.

[474]GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.204.

[475]LUHMANN, Niklas. Le droit comme système social. *Droit et Societé,* Paris, n.11/12, p.53-67, 1989.

[476]CLAM, Jeam. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.117.

deve ser ao mesmo tempo congruente com as interações ambientais como observar sua consistência estrutural, caso contrário dado sistema se desintegra por desdiferenciação funcional (alopoiese[477]).

Nessa perspectiva, o "ruído" (*bruit*) ambiente torna-se "melodia" dos sistemas[478]; trata-se de realizar "*order from noise*[479]". Contudo, deve-se frisar que, para Luhmann, não há transporte de informações de dentro para fora ou vice versa, mas uma estruturação interna a partir de elementos externos. Ou seja, modelo autopoiético afasta-se dos padrões de *output* e *input* informacional parsoniano, em prol de processos de comutação discursiva de complexidades externas em face de dada racionalidade. A rigor, portanto, os sistemas "não se comunicam com o ambiente[480]", mas acerca deste; de modo que seria mais adequado falar de "*order from order plus noise*[481]".

Fatores ambientais, apesar de condicionantes causais e influenciadores sistêmicos (evolução exógena), apenas determinam a evolução do direito quando assimilados internamente como inovações de um ponto de vista, reitera-se, autorreferenciado (evolução endógena). Em outras palavras, as irritações do ambiente social estimulam reflexamente construções jurídicas da realidade (*rechtlichen Wirklichkeitskonstruktionen*): o ambiente modula a evolução do direito, mas não a determina[482]. Como acentua Teubner, o sistema jurídico "não pode assumir autoridade epistêmica integral e responsabilidade pelas construções da realidade envolvidas, mas ao mesmo tempo, ele não delega totalmente autoridade epistêmica a outros discursos sociais[483]". Nesse diapasão, mudanças de paradigma em outros subsistemas sociais como a economia e a política apenas reverberam no seio do sistema jurídico quando devidamente traduzidos por sua racionalidade específica, pautada

---

[477]Do grego "*állos*" (outro) e "*poiesis*" (criação). O termo é utilizado no paradigma luhmanniano em oposição a autopoiese, no sentido de (re) produção do sistema por códigos que lhe são alheios, levando a sua desestruturação (NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007). É o caso de corrupção visto acima na obra de von Kleist.

[478]NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 129.

[479]TEUBNER, Gunther. The two faces of Janus: rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Review*, New York, n.13, p.119-140, 1992, p.122. No mesmo sentido, Marcelo Neves (*Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.92).

[480]KING, Michael. *A verdade sobre autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.86.

[481]LUHMANN, Niklas. *Closure and openess:* on reality in the world of law. San Domenico: European University. Institute, 1986., p.6.

[482]GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.204.

[483]Tradução livre do original: "Law cannot take over full epistemic authority and responsability for the reality constructions involved, but at the same time it does not totally delegate epistemic authority to other social discourses" (TEUBNER, Gunther. How the law thinks: toward a construtivist epistemology of law. *Law & Society Review*, v.23, n.5, p.727-258, 1989b, p.751).

pela diferença guia (i) lícito[484]. A partir da autorreferência de seu respectivo código binário, o direito mantem sua autonomia em um ambiente extremamente complexo, indiscernível e flutuante.

Percebe-se, pois que o conceito de abertura sistêmica em Luhmann levado ao direito é radicalmente diferente das acepções tradicionais comumente utilizadas[485]. O sistema jurídico não se trata aqui de um conceito simplesmente aberto de regras e princípios ou fechado sintático-normativo. De um lado, para Luhamnn, a abertura a valores não é a nota distintiva do sistema e torna-se analiticamente anacrônico se não levar em consideração a dinâmica de seu código operativo singular. Por outro, o fechamento autárquico-normativo leva a um isolamento pernóstico incompatível com as interações do direito com seu ambiente. Cada uma dessas acepções descura de sua dupla-face e tornam-se, à luz do referencial sistêmico, conceitos incompletos. Pode-se dizer então que o sistema jurídico em realidade é normativamente fechado cognitivamente aberto.

A evolução sistêmica do direito, ocorre mediante interações reciprocamente vinculadas de variação, seleção e reestabilização[486]. Parte-se do pressuposto que a dinâmica comunicativa sofre variações aleatórias, não correspondentes aos padrões até então estabilizados[487]. Essas novas referências podem (ou não) ser selecionadas estruturalmente, condensando expectativas reitoras de futuros processos comunicativas. A evolução se consolida-se apenas quando a nova expectativa, tida como improvável (desvio), passa a integrar a própria estrutura de certo sistema, tornando-se provável (regra). É o que ocorre com a mudança de perspectiva jurídica doutrinária ou jurisprudencial, como ilustra a hipótese de mutação constitucional. As relações de dado sistema com o meio casualmente podem ensejar

---

[484]Assim, a título de exemplo, se o *establishment* político estatal reconsidera o modelo de controle concreto-difuso de constitucionalidade e resolve abrir margem ao modelo concentrado-abstrato, não basta a vontade política em si, é necessário juridicizá-la. A edição da EC 15/65 cumpre esse desiderato, traduz ao código jurídico a adoção de um novo padrão de controle de constitucionalidade.

[485]Nesse contexto, a relação abertura/fechamento do direito pode ser entendida tradicionalmente sob duas perspectivas distintas. A primeira remete à gênese de sua fonte; sendo aberta se privilegiar o aspecto casuístico-consuetudinário, e fechada se enfatizar a positivação normativa. A segunda remete à possibilidade de modificação do sistema jurídico; sob essa perspectiva, o sistema jurídico é considerado aberto seja pela provisoriedade inerente ao conhecimento científico, seja pela historicidade de seus conteúdos axiológicos. (CANARIS, Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002).

[486]LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

[487]O modelo teórico sistêmico privilegia, portanto, o acaso, em detrimento a uma teleologia evolutiva como reputa o ideário moderno de progresso, ou as concepções hegelianas e marxistas; tampouco se conforma a qualquer redução sociobiológica ou darwinista, pois cada sistema não é afetado diretamente (senão mediatamente) por fatores ambientais, antes os filtrando através de processos internos de seleção adaptativa.

formas de adaptação mais elaboradas que se generalizam; a estabilização dessa forma leva a uma diferenciação peculiar, como ocorre com a formação de microssistemas jurídicos por especialização funcional (direito ambiental, direito autoral, direito internacional humanitário, dentre outros). Essa dinâmica produz ulteriores repercussões no ambiente, operacionalizando mecanismos mais complexos de seletividade. Novas alternativas sempre descortinam novas possibilidades. A redução e o incremento da complexidade caminham *peri passu*.

De acordo com Luhmann[488], o *locus* privilegiado operacionalizador dessa transição entre complexidades são os chamados "acoplamentos estruturais" (*strukturelle Kopplung*). É no domínio consensual dessa fronteira (*boundary*), limite de autorreferência identitária, que se operacionalizam as interações sistema/ambiente, capazes de gerar vínculos construtivos entre racionalidades diversas. Nesses acoplamentos, um sistema emissor coloca à disposição do outro sua complexidade que, em face do sistema receptor, encontra-se desordenada, passível de tradução; o fim (*Zweck*) de dado sistema converte-se então, em meio (*Mittel*) para o outro[489]. Esses acoplamentos constituem mecanismos de filtragem seletiva de influências sistêmicas recíprocas, possibilitando alterações estruturais sem perda de sua autonomia funcional. Como exemplos de acoplamentos estruturais têm-se: a linguagem (acoplamento entre consciência e sociedade); o contrato (acoplamento entre economia e direito); o regime fiscal (acoplamento entre economia e política); as universidades (acoplamento entre educação e ciência); a opinião pública, (acoplamento entre política e mídia); as galerias (acoplamento entre economia e arte); e assim sucessivamente.

De especial relevância para a Ciência do Direito, a Constituição é o acoplamento estrutural entre sistema jurídico e político[490] de um Estado Democrático de Direito [491]. A ordem constitucional consiste em um mecanismo de interpenetração permanente enquanto entre direito e política. Esse entrecruzamento sistêmico, oportunizando hetero-observações propícias à maximização deintercâmbios recíprocos. Não obstante, para Marcelo Neves[492], o

---

[488]LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2000a.

[489]*Ibidem*.

[490] Acerca dessa tensa relação, assevera Paulo Bonavides que "todo o problema constitucional ainda hoje procede, contudo, da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: a jurídica e a política" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.95). O paradigma autopoiético parece, no particular, ser uma resposta adequada a essa atribulada questão.

[491]Em que pese, à luz da Teoria dos Sistemas expressão parecer pleonástica, posto que não há democracia sem sistema jurídco que lhe assegure, a expressão é aqui utilizado por ser corrente seu uso pela doutrina constitucionalista contemporânea, especialmente por José Afonso da Silva, que no particular lhe opõe a categoria de Estado liberal individualista. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

[492]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

modelo de Constituição como acoplamento estrutural, resta insuficiente para fazer frente aos desafios de hipercomplexidade pós-moderna com a qual se defronta. Em seu lugar, a partir do conceito de razão transversal de Wolfgang Welsch[493], o citado autor propõe o entendimento de Constituição como "ponte de transição" entre racionalidades transversais. Essa modelo, para além da garantia de autonomias sistêmicas mediante mecanismos de filtragem seletiva, maximiza a possibilidade de diálogo construtivo entre complexidades pré-ordenadas. Em termos de jogos de linguagem, isso implica a criação de um "espaço imaginário" de reingressos (*re-entries*) discursivos, dentro de seus limites de heterorreferência[494]. Dessa maneira, a Constituição, de acoplamento estrutural, passa a ser considerada "instância de aprendizado" e "intercâmbio criativo" entre racionalidade política e jurídica[495].

Nesse orbe, a racionalidade específica do direito é a justiça, que pode ser avalizada sob duas perspectivas: (a) autorreferente, como consistência interna voltada ao fechamento normativo e generalização congruente de expectativas; e (b) heterorreferente, como adequação externa, voltado à abertura cognitiva de procedimentos constitucionais de modo a abarcar a complexidade e pluralidade de pretensões normativas da sociedade moderna. A hipertrofia da consistência interna implica em formalismo deslocado da realidade, com consequente perda de capacidade de orientação de expectativas; a hipertrofia da adequação externa, por sua vez, leva à subordinação e perda de imparcialidade do direito em face de interesses particularistas. Essas duas perspectivas encerram um paradoxo funcional inerente à própria estrutura do direito, que se encontra permanentemente em volta de tentativas de alcançar um balanceamento entre ambas. É por essa razão que a Justiça só pode ser enetendida conquanto fórmula de contingência, a ser determinada apenas à luz de cada caso concreto.

---

[493]Marcelo Neves chega a afirmar que em uma sociedade multicêntrica e policontextural como a atual, não haveria uma razão transversal, mas múltiplas racionalidades transversais. O conceito elaborado por Welsch, contudo, não parece refutar a existência de múltiplas racionalidades, antes as pressupõe. A razão em Welsch é concebida justamente como fomentadora de pontes de transição entre racionalidades diversas. Mais precisamente, seu *proprium* consiste em uma "capacidade de produção de estimativas" (*capacity for making assessments*) entre racionalidades (WELSCH, Wolfgang. Reason and transition: on the concept of transversal reason. *Ethik und Sozialwissenschaften - Streitforum für Erwägungskultur*, Stutgart, v. 1, n.11, p.79-91, 2000, p.84), uma "faculdade de transições" (*faculty of transitions*) entre alternativas (WELSCH, Wolfgang. *Rationality and Reason Today*. In: NIZNIK, Jósef (Org.). *Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy*. Amsterdam: Rodopi, 1998, p.22).

[494]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.62.

[495]*Ibidem*. *Loc. cit.* Em que pese a sofisticação teórica, não parece haver uma incompatibilidade congênita entre o modelo de acoplamento estrutural e a possibilidade de aprendizados recíprocos ou mesmo criativos. No particular, a distinção entre acoplamento estrutural e ponte de transição parece mais ser uma sutil realaboração do paradigma autopoiético, vocacionada a elevar ao máximo a possibilidade de diálogo e alteridade intersistêmica, do que uma inovatio teórica dundamental.

Por sua vez, a racionalidade específica da política é a legitimação democrática, que pode ser igualmente avalizada sob duas perspectivas: (a) autorreferente como consistência interna voltada ao fechamento do sistema político democrático pela manifestação de vontade do povo, através de procedimentos constitucionais (*vg* eleições e manutenção da diferença governo/oposição); e (b) heterorreferente, como adequação externa, voltada à manutenção, mediante procedimentos constitucionais, de uma esfera pública pluralista, na qual convivem um conjunto de valores, interesses e discursos diversos. Também aqui, na política, há um paradoxo funcional entre consistência interna e adequação externa. Dessarte, da mesma forma que a justiça, a legitimidade democrática opera como fórmula de contingência a ser resolvida apenas por procedimentos concretos.

Em suma, as racionalidades transversais do direito (Justiça) e da política (Democracia) transicionam entre si mediante comutações procedimentais estabelecidas pela própria Constituição. Assim é que o direito ao voto universal configura pressuposto da atividade democrática, imunizando no sistema político em face de interesses particularistas. Por outro lado, o direito só se realiza mediante procedimentos político-democráticos que tutelem minorias e permitem o exercício da atividade administrativa do estado de maneira imparcial.

Essa dinâmica autopoiética constitucional encontra-se permanentemente sujeita ao duplo risco de isolamento autista e expansão parasitária entre suas duas racionalidades. Nesses termos, de um lado, há a possibilidade de atomização estéril, na qual a alteridade é negada, em uma espécie de *Fachidiotismus* (idiotismo de especialidade), um fechamento absoluto do sistema em torno de sua consistência interna, afetando sua adequação externa. De outro, há o risco de ampliação imperialista, na qual a hegemonia ou primazia de um dado sistema relega seus homólogos a insignificância. Ambas as hipóteses não se tratam de corrupção sistêmica, pois não há deturpação de códigos binários “fracos” por “fortes”, mas sim a depreciação de sua relevância, como no caso da juridicização da política ou da politização do direito.

Nesse contexto, do ponto de vista autopoiético, os direitos fundamentais surgem como resposta funcional à dissolução de referências engendrada pela modernidade, de modo a impedir a emergência de simplificações político-comunicativas totalitárias, incompatíveis com a complexidade crescente do corpo social. Ou seja, os direitos fundamentais atuam de modo a imunizar a tendência expansiva e hipertrófica do código poder/não poder: “Têmis

deve frear o Leviatã[496]". Por seu turno, sob o prisma sistêmico, o *quid specificum* direitos humanos reside em sua expectativa normativa de inclusão axiológica em escala global[497]. Tal incidência é permanente posto que derivada do próprio dissenso estrutural comunicativo da sociedade mundial. Ou seja, nunca haverá correspondência estrita entre pretensões de inclusão de determinados grupos e titularização subjetiva de direitos em certa comunidade política estatal. Desse modo, os diretos humanos encontram-se na "fronteira do sistema jurídico[498]", em torno de uma moral de inclusão e dissenso no âmbito da sociedade mundial.

Nesse orbe, a conquista autopoiética de novos direitos perpassa por quatro etapas[499]. Na primeira, constrói-se uma semântica discursiva pautada por representações morais universalistas (direitos humanos). Em seguida, essas representações, orientadoras de sentido, disseminam-se na esfera pública, irritando o sistema jurídico-político. Posteriormente, através de mecanismos de filtragem seletiva, a semântica de direitos humanos incorpora-se à ordem constitucional, positivando-se (direitos fundamentais). Porém, o processo não se completa sem que haja, atribuição de força normativa a seus preceitos; ou seja, que os direitos fundamentais sejam efetivamente concretizados. Logo, direitos humanos e fundamentais coincidem em seu conteúdo sistêmico. A diferença reside sem seu âmbito de validade: os primeiros pretendem valer em face de todas as ordens jurídicas situadas na sociedade mundial; os segundos valem dentro de dada ordem constitucional segmentada territorialmente. A problemática dos direitos humanos e fundamentais reside na multiplicidade de leituras e práticas possíveis sobre seus efeitos, realizadas por diversas ordens jurídico-normativas que interagem reciprocamente.

É particularmente na tentativa de harmonização entre essas múltiplas perspectivas que se tornam relevantes conversações transconstitucionais.

3.3.4 Constituição e processo

---

[496]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.103.

[497]A rigor, para Luhmann a concepção de direitos humanos restringe seu alcance a determinados abusos "escandalosos" da dignidade humana como a tortura e o desaparecimento forçado patrocinado pelo Estado. Neves considera ser esta restrição injustificável, reputando direitos sociais que garantam ausência de condições mínimas de sobrevivência igualmente tuteláveis. Parece ser, no particular, mais pertinente essa segunda opção, considerando-se aqui mais adequado conceituar direitos humanos enquanto expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa no âmbito da sociedade mundial.

[498]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.255.

[499]NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n.4, p.1-35, out.-dez. 2005.

Avalizada a dinâmica autopoiética, pode-se considerar que os sistemas sociais, entre os quais o Direito, consistem, portanto, em um contínuo "tornar-se" (*becoming*[500]). Trata-se de uma condensação estruturante de efetuação recursiva, um processo (*Prozessieren*) permanente de estados situacionais (*Eigenzustände*), situados em uma continuação (*Kontinuierung*) temporal de efetuação (*Vollzug*) operativa[501]. Cada sistema funciona sob o signo de labilidade operativa (re) trabalhando continuamente a redundância de suas informações. Nesse sentido, o acoplamento estrutural entre direito e política, a Constituição, não pode ser entendida senão como "processo público[502]" constituído "*en el tiempo*[503]". Na alocução de Karl Lowenstein, isso significa que uma "*constituición no és jamás identica consigo misma, y esta sometida constantemente al panta rhei heraclitiano de todo viviente*[504]".

A carta magna "se transforma incessantemente debaixo do influxo de critérios de valoração constantemente renovados[505]", no "dialético processo entre sua atualização e a sua defasagem perante os novos tempos[506]". Em síntese, a Constituição como processo "significa que a ordem constitucional não é uma ordem totalmente estabelecida, mas que vai sendo criada, por meio da relação entre a Constituição material e os procedimentos de interpretação e concretização[507]". As normas constitucionais, tal como as leis em Montaigne, "firmam sua autoridade pela posse e pelo uso; elas se expandem e enobrecem, correndo como nos rios[508]".

No correr desse processo, o paradigma sistêmico enfatiza a importância de se manter o dissenso estrutural de uma esfera pública pluralista, que envolva interesses, valores e discursos com aspiração a generalizar-se, ou seja, tornarem-se normas vigentes e/ou decisões vinculantes. Essas aspirações no Estado Democrático de Direito são selecionadas pela

---

[500]MATURANA, Humberto. *Autopoiesis and cognition*: the realization of the living. Dordecht: Reidel, 1980.

[501]CLAM, Jeam. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.104.

[502]CANOTILHO, *José Joaquim Gomes. Direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993, p.XIII.

[503]HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA *et al*. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p.9.

[504]LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona. Ariel, 1964, p.164.

[505]POSADA, Adolfo. *La idea pura del Estado.* Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez Preciados, 1933, p.33.

[506]CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.3.

[507]BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n.61, p.5-24, 2004, p.14.

[508]Tradução livre do original: "[...] *prennent leur auctorité de la possession et de l'usage: elles grossissent et s'annoblissent en roulant, comme nos rivières*". BETTI, Emilio. *Interpretação das leis e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.44.

Constituição, como "intermediação sistêmica do mundo da vida, do qual resulta a esfera pública[509]".

Não se pode perder de vista, nesse diapasão, que a interação comunicativa comporta tanto entendimentos como desentendimentos, além de ações estratégicas. Uma sociedade hipercomplexa, como a atual, fragmenta convicções, potencializando a pluralidade valorativa, identitária e discursiva. Nesse contexto, o consenso é um acontecimento eventual e o dissenso predomina, pois se vive "num mundo diversificado e polifônico, onde toda a tentativa de inserir o consenso se mostra somente uma continuação do desacordo por outros meios[510]".

Nesse quadro, o devir constitucional tem como fulcro a canalização das multíplices e contraditórias exigências oriundas dessa esfera pública em ebulição, através de sua abertura à alteridade. A Constituição enquanto processo deve-se manter em constante circularidade autopoiética em face da heterogeneidade social, maximizando a possibilidade de alternativas interpretativas[511]. Afinal, apenas "com a integração do maior número possível de pontos de vista sobre a questão a ser decidida[512]", que se pode alcançar alguma sorte de universalismo includente.

A legitimidade do sistema constitucional funda-se nessa absorção do dissenso através da formação de um "consenso suposto" respeitador das "regras do jogo" democrático. Em outras palavras, a Constituição "não se apresenta como 'fundamento do consenso', mas sim como 'um fundamento consentido do dissenso'[513]". Pode-se então dizer que "a Constituição não pode ser mais entendida apenas como um consenso de fundo, mas também tem de ser entendida como uma manifestação indireta de dissenso ou [...] de pluralismo[514]".

---

[509]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008., p.132.

[510]BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.251.

[511]No que coincide com o "imperativo ético" (*ethical imperative*) da cibernética de Von Foerster que postula: "Aja sempre de tal modo a incrementar o número de escolhas"; tradução livre do original: "*Act always so as to increase the number of choices*" (FOERSTER, Heinz Von. Perception of the future and the future of perception. In: ANNUAL CONFERENCE ON WORLD AFFAIRS, 24., 1971, Boulder. *Anais Eletrônicos*... Boulder: University of Colorado, 1971. Disponível em: <http://ada.evergreen.edu/~arunc/texts/cybernetics/heinz/perception.pdf>. Acesso em 12 ago 2012, p.13).

[512]GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.201.

[513]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.147.

[514]Tradução livre do original: "*The constitution can no longer be understood just as a background consensus, but also has to be understood as the indirect manifestation of dissensus, or,* […], *of pluralism*" (GALUPPO, Marcelo Campos. Constitutional hermeneutics and pluralism. In: SOETEMAN, Arend (Org.). *Pluralism and Law*. Stuttgart: Steiner, 2003, p.132).

Isso ocorre, nas lições de Marcelo Neves, através de uma circularidade de procedimentos constitucionais (eleitoral, legislativo-parlamentar, jurídico e político-administrativo), voltados à redução de complexidade e seleção de expectativas.

O procedimento eleitoral inicia essa cadeia circular absorvendo seletivamente a complexidade desestruturada do ambiente a partir de programas político-partidários, mantendo-se sempre autopoieticamente aberto a novos fluxos heterolegitimadores. Isso se dá a partir de características como universalismo e periodicidade das eleições, cuja ausência ensejaria recalques destrutivos ao tecido social. A eleição tem como função ainda, em um veio sistêmico, a imunização do campo democrático em face de eventuais particularismos políticos. A legitimidade do representante eleito, nesta linha, não deriva exclusivamente de uma maioria eletiva eventual, mas por ter sido submetido a um procedimento aberto, no qual todos os cidadãos foram consultados. Ao mesmo tempo em que as decisões eleitorais definem estruturas políticas básicas da sociedade, são submetidos a refluxos que delimitam jurídica e administrativamente a forma de sua realização. O procedimento executivo, embora sujeito ao princípio da legalidade, repercute igualmente na cadeia procedimental. A distinção entre política e administração permite a imunização dos serviços prestados pelo Estado em face de interesses privatistas. A dinâmica se retroalimenta, pois o público influencia a administração que, por sua vez, influencia as políticas a serem adotadas. O procedimento legislativo igualmente atua com veio seletivo e reconstrutivo das exigências derivadas da esfera pública, determinando quais se tornarão políticas públicas e normas jurídicas. Aqui há igualmente uma circularidade procedimental, como através do controle de constitucionalidade. Por seu turno, o procedimento jurisdicional, embora subordinado à lei (em sentido material) constrói a norma jurídica a partir da seleção de expectativas normativas derivadas do texto legislativo.

Esse modelo de circulação dinâmica só é possível com a diferenciação funcional do sistema jurídico. De um lado, a Constituição imuniza a política pela regulação normativa do sistema jurídico como através da instituição de direitos fundamentais, procedimentos eleitorais e da divisão de poderes. De outro, a Constituição atua como mecanismo sistêmico reflexivo do direito, estabelecendo os limites de sua abertura conteudística. Em outras palavras, o código binário da Política (poder/não poder) é uma variável estrutural necessariamente levada em consideração pelo Direito, conquanto a manifestação do Poder Constituinte estabelece a estrutura normativa constitucional. Concomitantemente, o código binário do sistema jurídico (lícito/ilícito) conforma a reprodução do poder político estabelecendo o marco normativo de seu exercício.

O Direito condiciona o sistema político, como "segundo código de poder". Esse condicionamento não se estabelece por sobreposição, mas por interdependência, por mecanismos de reingresso (*re-entry*): o direito subordina as decisões políticas através de programas condicionais jurídico-normativos (como na regulação procedimental do poder de reforma constitucional) ao mesmo tempo em que é influenciado por ele. Se no absolutismo havia uma relação vertical com supremacia da política em face do direito, no Estado de Direito, essa preeminência é substituída por uma horizontalidade sinalagmática entre sistemas jurídico e político. Desse modo, destaca-se a importância da interpretação jurídica no âmbito do Estado Democrático de Direito, o que merece acolhida, devido à relevância ao presente estudo, em um tópico em separado, abaixo perlustrado.

3.4 HIERARQUIAS ENTRELAÇADAS

Sob o prisma sistêmico, a interpretação jurídica deve ser considerada em uma perspectiva complexa e múltipla, tal qual uma máquina histórica "não trivial[515]". O Estado de Direito caracteriza-se por uma repartição/controle orgânico de competências a partir de uma paradoxal horizontalidade procedimental. No Direito, esse paradoxo é captado em todo processo interpretativo, notadamente no plano constitucional, tendo em vista que à luz do paradigma hegemônico de matriz neopositivista kelseneano, a Constituição configura o ápice da hierarquia normativa do sistema jurídico. A rigor, acima dela nada mais haveria, senão um pressuposto lógico transcendental assecuratório de sua própria observância.

Contudo, esse modelo sustenta-se tão somente no plano sintático, sendo sujeito a distorções perturbadoras no plano semântico e pragmático. A esse mister de Marcelo Neves[516] recorre ao modelo de "hierarquias entrelaçadas" (*tangled hierarchies*) de Douglas Hofstader[517] para demonstrar que o processo interpretativo encerra inexoravelmente "voltas estranhas" (*strange loops*). Nesse sentido, o caráter paradoxal da interpretação constitucional reside na circunstância de que ao mesmo tempo em que a Carta Magna determina os limites de atuação do Tribunal Constitucional, a Corte, ao interpretá-la, (re) define seus contornos.

---

[515]FOERSTER, Heinz Von. Perception of the future and the future of perception. In: ANNUAL CONFERENCE ON WORLD AFFAIRS, 24., 1971, Boulder. *Anais Eletrônicos…* Boulder: University of Colorado, 1971. Disponível em: <http://ada.evergreen.edu/~arunc/texts/cybernetics/heinz/perception.pdf>. Acesso em 12 ago 2012.

[516]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.98.

[517]HOFSTADER, Douglas. *Gödel, Escher, Bach*: um entrelaçamento de gênios brilhantes. São Paulo: Imprensa oficial do estado, 2001.

Em outros termos: "a sentença constitucional, subordinada normativamente à constituição, afirma, ao concretizá-la, o que é constitucional[518]". Ou seja, mesmo enquanto nível tido como inviolável, encontra-se a Constituição sujeita à dinâmica dos jogos de linguagem, sendo reconstruída permanentemente por seus intérpretes. Mesmo cláusulas pétreas "só se sustentam como legítimas na medida em que sua validade repousa unicamente sobre a decisão legal de sua positivação[519]". Desse modo, a ordem constitucional "que, em princípio, seria 'metalinguagem' normativa em relação a atos de jurisdição constitucional, que constituiriam a respectiva 'linguagem objeto', tornou-se 'linguagem objeto' dessses atos, que se transformaram, sob outro ângulo, em 'metalinguagem'[520]".

O modelo autopoético, portanto, reforça a interconectividade entre poderes, concebendo as interações entre tribunais e parlamento como processos de ressonância comunicativa des-hierarquizadas. Ao "dizer o direito" (*jurisdictio*), o Judiciário redefine continuamente o estatuto de validade do sistema jurídico. O intérprete parece ter um permanente "toque de Midas" hermenêutico, do que decorre a "insustentabilidade da concepção tradicional de supremacia hierárquica da Constituição[521]". O direito "*no está determinado jerárquicamente (desde arriba), sino heterárquicamente: en forma colateral y estructurando las inmediaciones en forma de redes*[522]". Douglas Hofstader[523] traz como exemplo problemático desse entrelaçamento interpretativo, o processo referente à crise institucional protagonizada no escândalo de Watergate. No caso, Nixon anunciara que iria respeitar o provimento definitivo da Suprema Corte apenas para, logo em seguida, reivindicar para si, no exercício das prerrogativas presidenciais, o direito de definir o conceito de "definitividade".

Todavia, não é necessário ir alhures, pois se encontram exemplos dessa natureza nos atuais desdobramentos da conhecida Ação Penal 470. Entre outros temas abordados no processo *sub examen*, chama à atenção deste estudo a intelecção do art. 55º da Constituição

---

[518]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.295.

[519]SOBOTTKA, Emil Albert. Dignidade da pessoa humana e o décimo segundo camelo – sobre os limites da fundamentação de direitos. *Veritas*. Porto Alegre: v.53, n.2, p.107-119, abr-jun 2008, p.111.

[520]SOBOTTKA, Emil Albert. Dignidade da pessoa humana e o décimo segundo camelo – sobre os limites da fundamentação de direitos. *Veritas*. Porto Alegre: v.53, n.2, p.107-119, abr-jun 2008, p.296.

[521]NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.89-90.

[522]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012, p.101.

[523]HOFSTADER, Douglas. *Gödel, Escher, Bach*: um entrelaçamento de gênios brilhantes. São Paulo: Imprensa oficial do estado, 2001, p.751-760.

Federal que prevê em seu inciso VI a perda de mandato de deputado ou senador que sofrer condenação criminal em sentença transitada e julgada. Entrementes, o § 2º do referido dispositivo determina que na hipótese do citado inciso, a sanção cominada encontra-se sujeita à deliberação das respectivas Casas do Congresso[524]. A questão foi alvo de acalorada discussão no plenário do Supremo tendo em vista a dificuldade de conciliação de elementos hermenêuticos clássicos, notadamente a interpretação literal e sistemática, com referência a *topoi* dos mais diversos para se chegar a algum acordo. O resultado final foi uma votação apertada de cinco votos a quatro[525] favoráveis à cassação operada *hic et nunc* pela deliberação transitada e julgada do Tribunal, independente de manifestação ulterior do órgão legislativo. Esse posicionamento do Pretório tornou Brasília à beira de uma crise interpoderes, principalmente com as declarações do então presidente da casa o deputado Marcos Maia[526] no sentido de desconsiderar a decisão do Pretório, firmando posição de que cabe ao Congresso *in casu*, efetuar uma "legítima" interpretação da Constituição.

Para além das citadas crises institucionais, o paradoxo de entrelaçamento interpretativo encontra-se sobejamente ilustrado recorrendo-se a uma obscura passagem do Talmud a que faz referência Günther Teubner[527]. Trata-se de uma acalorada discussão sobre a interpretação de uma passagem do halachá[528] na qual não se chega a um consenso, apesar dos airosos esforços empreendidos pelo Rabi Eliezer. Em dado momento, em mais um esforço para demonstrar a qualidade de seus argumentos, o Rabi diz que se ele estivesse correto, uma alfarrobeira se moveria para prová-lo, o que de fato ocorreu. Os demais rabinos, contudo, permaneceram indiferentes. Eliezer então clamou que se estivesse certo, um riacho das redondezas fluiria em sentido contrário e que as paredes da sinagoga se dobrariam, o que de fato ocorreu. Ainda assim, contudo, permaneceram os demais rabinos impassíveis. Então a

---

[524]*In verbis*: Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...] VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. [...] § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

[525]Note-se que a decisão não contou com a integralidade dos onze ministros da Corte devido às aposentadorias compulsórias, no correr dos trabalhos, tanto do ministro Cesar Peluso como do ministro Ayres Britto. O recém-empossado ministro Teori Zavascki não participou das discussões.

[526]O presidente recém-eleito Henrique Alves, em que pese ter tido como um dos motes de sua campanha a primazia do Congresso na celeuma, após o pleito passou a adotar uma postura conciliatória com o Supremo. Ainda não se sabe, porém, como será na prática a atitude da nova mesa diretora da Casa.

[527]TEUBNER, Gunther. And God laughed... indeterminacy, self reference, and paradox in Law. In: JUERGES, Christian; TRUBECK, David (Orgs.). *Critical Legal Thought: an american-german debate*. Baden-Baden: Nomos, 1989a.

[528]Nome do conjunto de leis da religião judaica, incluindo as leis da Torá e os mandamentos rabínicos posteriores.

própria voz divina desceu dos céus a confirmar a posição de Eliezer, ao que os rabinos obtemperaram: "nós não prestamos atenção a uma Voz celestial porque Vós há muito escrevestes no Torá ao Monte Sinai, [que] 'perante a maioria, deve-se declinar'. E Deus riu dizendo, meus filhos me venceram, meus filhos me venceram[529]".

Esses exemplos buscam demonstrar a impossibilidade semântico-pragmática de estabelecer metaníveis de sentido, pois as hierarquias normativas, por mais elevadas que sejam, interagem sistemicamente com todos os níveis da cadeia interpretativa e podem ser constantemente colapsadas pelos seus estratos supostamente mais baixos. Nessa senda, o modelo hierárquico piramidal de interpretação do direito e da Constituição não parece ser o mais adequado para compreensão do fenômeno jurídico. Antes de se apegar a esses dogmas de antanho parece mais adequado descortinar abertamente os limites do normativismo jurídico e estabelecer um novo paradigma teórico como o modelo de entrelaçamento reticular proposto por François Ost[530] e analisado ao final do primeiro capítulo dessa dissertação.

---

[529]Tradução livre do original: '"*we pay no attention to a Heavenly Voice, because Thou hast long since written in the Torah at Mount Sinai, after the majority must one incline'. And God laughed saying, My sons have defeated me, my sons have defeated me*" (TEUBNER, Gunther. *Op. cit*., p.727). Vale dizer que o trecho é de difícil tradução ao vernáculo tendo em vista que remete a uma passagem de tormentosa interpretação bíblica, contida em Êxodos 23:2. A dificuldade decorre da própria redação original do trecho em hebraico que o torna ambíguo (BIELIK-ROBSON, Agata. D*isagree, for God's sake! Jewish philosophy, truth and the future of dialogue*. Disponível em: <http://www.interfaith.cam.ac.uk/en/resources/papers/duplicate-of-disagree-for-gods-sake-jewish-philosophy-truth-and-the-future-of-dialogue-professor-agata-bielik-robsons-response-to-professor-robert-gibbs>. Acesso em: 12 fev. 2013). Tradicionalmente, a tradução do versículo em exame vem sendo empregada no sentido de que se trata de uma assertiva negativa, de que "não se deve seguir a maioria" para se fazer justiça. Ocorre que, pelo modo que se encontra escrito, é possível uma interpretação diametralmente oposta, como a que esgrimam os sábios na estória de Elizer. O paradoxo da comunicação encontra aqui sua mais eloquente formulação. O próprio Deus, em uma visão teísta, ao elaborar as escrituras, torna sua participação totalmente irrelevante no debate interpretativo que se segue.

[530]OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.14, p.169-194, 1993.

4 A ALTERNATIVA (TRANS) CONSTITUCIONAL

4.1 A SOCIEDADE MUNDIAL COMO *UNITAS MUTIPLEX*

"Ninguém, creio, contestará a evidência de um sistema global[531]"; assim inicia Niklas Luhmann seu célebre ensaio sobre globalização. Seguindo lição de Luhmann "o sistema global é uma sociedade na qual todas as fronteiras internas podem ser contestadas e todas as solidariedades deslocam-se[532]". Deveras, para a Teoria dos Sistemas, pouco importa onde Cesar atravessara o Rubicão, pois o impacto de sua ação no sistema político romano independe de sua posição no espaço[533]. Para o paradigma sistêmico, tendo em vista o caráter transfronteiras do horizonte comunicativo, pode-se dizer que o próprio conceito de sociedade surge conquanto "sociedade mundial" (*Weltgesellschaft*).

Essa sociedade é aqui caracterizada pela intensificação de relações sociais e fluxos comunicativos que transpassam lindes territoriais, gerando amplas repercussões na reprodução dos sistemas jurídicos e políticos dos Estados nacionais. Embora seja regida, no plano estrutural, pelo primado econômico e no, plano semântico, pelo primado midiático, nem um nem outro configuram centro progenitor da sociedade mundial. Como visto no capítulo anterior, cada racionalidade sistêmica, entre as quais a jurídica, reproduz-se autopoieticamente, sofrendo irritações do entorno que a cerca, mas com este não se confundindo. A territorialização segmentada na forma de Estados nações não ilide a autorreferência binária de seus códices constitutivos. Nos termos de Guilherme Gonçalves, "as funções política e jurídica não variam conforme o quadrante do globo. Os Estados são, apenas, limites espaciais para as operações desses sistemas[534]".

Na contemporaneidade a vinculação estatal de legitimação política e aplicação do direito, obstáculo comumente anteposto em face de racionalidades transconstitucionais, vem

---

[531]Tradução livre do original: "*No one, I think, Will dispute the fact of a global system*" (LUHMANN, Niklas. *Globalization or world society: how to conceive of modern society?. International Review of Sociology*. London, v. 1, n. 1, p.67-80, mar. 1997, p.67).

[532]Tradução livre do original: "*the global system is a society, in which all internal boundaries can be contested and all solidarities shift*" (*Ibidem*, p.73)

[533]THYSSEN, Ole. Luhmann and world society. The three tempi of globalization. In: WORLD CONGRESS OF SOCIOLOGY, 16., 2006, Durban. *Anais Eletrônicos…* Durban: Intrenational Sociological Association (ISA), 2006. Disponível em: <http://www.unizar.es/sociocybernetics/congresos/DURBAN/papers/thyssen.pdf>. Acesso em: 12 ago 2012.

[534]GONÇALVES, Guilherme leite. Limites do projeto iluminista: problemas operativos do Estado nacional na sociedade mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010, p.53.

sendo paulatinamente fustigado pelo avanço crescente de expectativas cognitivas, demandantes de contrapartidas normativas a nível global[535]. Assim é que o capital, as telecomunicações, as migrações, a informática, a poluição, as enfermidades movem-se cada vez mais, ensejando a desterritorialização de problemas jurídico-constitucionais[536]. Emergem, outrossim, "regimes jurídicos globais" (*global legal regimes*), correspondentes aos "conjuntos de princípios implícitos ou explícitos, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão ao redor dos quais expectativas de atores convergem em uma dada área[537]". Essas novas ordens normativas destinam-se a reduzir os riscos de interações sistêmicas interdependentes e aleatórias.

Nos termos de Karl-Heinz Ladeur[538], cada um desses regimes é dotado, de uma racionalidade específica (*eigen-rationality*), o que cria problemas de coerência na aplicação do direito sob uma "perspectiva abrangente" (*overall perspective*). A dificuldade reside no fato de que, para além da jurisdição estatal há, por exemplo, a proliferação de jurisdições internacionais de direitos humanos, a ascensão de aspirações supranacionais de direito comunitário, a reivindicação de normatividade extraestatal de coletividades indígenas e a autonomização regulatória de espaços normativos transnacionais como relacionadas ao desporto (*Lex sportiva*), a relações econômicas (*Lex mercatoria*), e mesmo ao espaço virtual (*Lex digitalis*). Sob o paradigma sistêmico, o direito estatal ou o direito internacional são apenas alguns dos múltiplos *loci* emanadores de juridicidade em uma sociedade mundial multifacetária. Essas racionalidades reproduzem-se autonomamente acoplando-se com seus respectivos sistemas funcionais, em uma espécie de "pluralização da autopoiese do direito[539]".

Dito d'outro modo, a sociedade mundial trata-se de uma "*unitas multiplex*[540]". O desafio transconstitucional consiste em lidar com essa multiplicidade sem cair em (des) ilusões, atuando como um "modelo estrutural de conexão entre esferas funcionais

---

[535]UNITED NATIONS. *Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversication and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission. 58th session*. Geneva, 2006.

[536]LOSANO, Mario. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Alicante, n.28, p.159-182, 2005.

[537]Tradução livre do original: "*Sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area*" (KRASNER, Stephen. *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables.International Organization*. Cambridge, v. 36, n. 2, p.185-205, 1982, p.185)

[538]LADEUR, Karl-Heinz. *The State in International Law*. *Osgoode Hall Law School Comparative Research in Law & Political Economy: Research Paper 27*. York, v.6, n. 6, p.1-23, 2010.

[539]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.109.

[540]*Ibidem*, p.26.

fragmentadas da sociedade mundial[541]". Em outras palavras, a interpretação constitucional deve manter-se aberta autopoieticamente "às provocações e irritações das ordens jurídicas globais plurais[542]". Pode-se dizer que, à luz da doutrina italiana esgrimida por Cláudio Coni, as pressões oriundas dos múltiplos regimes jurídicos globais fomentam uma conformação extrospectiva do Estado constitucional em direção a um modelo "*Internazionalista*[543]". Como bem observa de Zygmunt Bauman, na esteira de assertiva de Friedrich Nietsche que serve de epígrafe a esta dissertação, como o pluralismo "é irreversível, um consenso em escala mundial sobre visões de mundo e valores improváveis [...], a comunicação entre tradições se torna o maior problema do nosso tempo[544]".

O estabelecimento de pontes de transição entre racionalidades jurídicas diversas passa ser a opção mais propensa a fomentar expectativas normativas em um ambiente hipercomplexo global. Não é outra a conclusão que chega, aliás, o ministro Cesar Peluso ao assentar que as crescentes relações de interdependência no plano global impõe um duplo desafio interpretativo: conciliar "de um lado, a frequente interação com sistemas normativos de outras nações [e] de outro, a necessidade de construção de pontes entre sistemas jurídicos autônomos com o propósito de reforçar e difundir o culto ao império universal da lei e à segurança jurídica[545]". A compatibilização de possíveis colisões mediante essas pontes de transição, contudo, não ocorre de maneira permanente, no sentido de estável, mas sujeita a uma dinâmica complexa, às vistas de cada caso concreto. Nos termos de Gunther Teubner, não há uma "oscilação estável" (*stable balance*), mas o padrão caótico de um "desequilíbrio dinâmico" (*dynamic disequlibrium*) de interações entre subsistemas com tendência de transferência do plano constitucional nacional à sociedade mundial[546].

Trata-se, nos dizeres da ministra do Tribunal Constitucional Alemão, Gertrude Lübbe-Wolff, de sufragar um estado de "delicado equilíbrio" (*delicate equilibrium*), ideal regulativo,

---

[541]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.288.

[542]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.283.

[543]CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

[544]BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.196.

[545]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pronunciamento do Ministro Cezar peluso na abertura da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2013a, p.2.

[546]TEUBNER, Gunther. Constitutionalising Polycontexturality. *Social and Legal Studies*. London, n.19, p.1-25, 2010, p.5.

porém inalcançável[547]. Afinal, o paradigma sistêmico-transconstitucional enfatiza ao invés da sintonia e do consenso "a ideia de que o papel do jurista, em uma sociedade plural, é discordar[548]". O dissenso permite inserir a Constituição no caleidoscópio de transformações operadas pela globalização, através de uma imaginação dialógica (*dialogic imagination*), que possibilita "comparar, refletir, criticar, entender, combinar certezas contraditórias[549]", mediante *insights* criativos. Nessa senda, a interpretação transconstitucional destina-se a regular, dar ordem e estabilidade a essa mudança contínua, organizá-la em um todo coerente. A atividade interpretativa, portanto, deve ser "dúctil[550]", maleável, com espaço para oxigenar-se, em constante interação o ambiente que o cerca, de modo a "pôr em dia[551]" o sistema jurídico.

4.2 DA INTERPRETAÇÃO TRANSCONSTITUCIONAL

4.2.1 Da arquitetura piramidal à heterarquia reticular

A problemática relação entre regimes jurídicos diversos tem como modelo dogmático hegemônico o monismo hierarquizante kelseneano[552]. Segundo esse arquétipo, uma norma pode ser válida apenas se inserida (transformada, recepcionada) em uma dado ordenamento, a partir de uma específica norma fundamental. Escolhida determinada *grundnorm* como ponto

---

[547]LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *ECHR and national jurisdiction - The Görgülü Case.Humboldt Forum Recht*. Berlin, Beitrag 12, Seite 1, 2006.

[548]MENDES, Gilmar. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Brasil.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012, p.10.

[549]Tradução livre do original: "*To compare, reflect, criticize, understand, combine contradictory certainties*" (BECK, Ulrich. *The cosmopolitan society and its enemies. Theory, Culture & Society*. London, v.19, p.17-44, 2002, p.18).

[550]ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009. Em sentido contrario, Mario Losano considera que não há de se fala em direito brando, dúctil mas de um "'*derecho turbulento', que se mueve, se agita y cambia con rapidez como la sociedad que lo circunda, pero a menudo con retraso respecto a esta"* (LOSANO, Mario. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en lãs relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.28, p.159-182, 2005, p.163). Todavia, parece ser este um antagonismo artificial; afinal, um direito que "se agita e muda com rapidez", decerto, não pode ser outra coisa senão, no mínimo, flexível.

[551]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.316.

[552]A rigor, para Hans Kelsen (Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999), o que se convencionou chamar de dualismo jurídico nada mais é que uma espécie de monismo cuja *grundnorm* encontra-se adstrita a uma dada comunidade política estatal.

de partida (decisão político-ideológica), invisibilizar-se-ia as demais ordens jurídicas, que a esta, necessariamente se subordinam.

Entrementes, esse modelo monista, característico do Estado liberal, seja em sua nuance "imperialista" (norma fundamental "nacional"), seja sua nuance "pacifista" (norma fundamental "internacional"), resta incapaz de responder adequadamente às dinâmicas de uma sociedade mundial multicêntrica[553]. O modelo transconstitucional rompe com o dilema monismo/dualismo, rearticulando a identidade constitucional em uma espécie de "*jumelage*" polissistêmica[554]. Nessa senda, cada regime jurídico no plano global considera-se centro de sua respectiva constelação normativa, tendo as demais como periféricas e vice versa. Destarte, do mesmo modo em que não há primazia de descrição da realidade por algum subsistema social, e de que não há ascendência de algum suplemento normativo sobre a autorreferência constitutiva do direito, do ponto de vista científico, não há justificativa à pretensão de supremacia de alguma ordem normativa sobre as demais. Em outras palavras, pode-se dizer que vige o princípio *par in parem non habet imperium*.

Nesse quadro, a solução de problemas transconstitucionais não passa pela ilusão de algum modelo de *jus cogens* hierarquizante nos termos que lhe dá Salem Nasser[555], ou alguma sorte de tribunal mundial em Haia, pois, sob o prisma sistêmico, não há correlato funcional à que possa fazer as vezes da Constituição no plano global[556]. No particular, Marcelo Neves considera inadequado considerar a sociedade mundial como comunidade política. O que a caracteriza não é algum vínculo comunitário de pertinência ou solidariedade fundada em valores comuns. O que há é a cofluência heterogênea de pessoas, jogos de linguagem e sistemas de comunicações. Em decorrência disso, há, em primeiro lugar, uma heteronomia do direito no plano internacional, caracterizada pela inexistência de mecanismos de divisão de poderes, tendo em vista a hipertrofia do Conselho de Segurança, em detrimento da Corte Internacional de Justiça e da Assembleia Geral das Nações Unidas. Em segundo lugar, não há

---

[553]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[554]CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.7.

[555]NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens*. Ainda esse deseconhecido. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v.1 n.2, p.161-178, jun-dez 2005. O que não implica que o transconstitucionalismo desconsidere a possibilidade de alguma sorte de universalismo. A universalização de direitos sob um viés transconstitucional, contudo, é regida não pelo unidirecionamento hierárquico voltado à supremacia derrogante do direito internacional, mas à pluridimensionalidade dialógica de diferentes locus normativos que interagem entre si e, na interpretação do direito, levem em consideração uns aos outros; ainda que para afastar comunicativamente sua incidência em dado caso concreto.

[556]NEVES, Marcelo. *Op. cit*.

legitimidade democrática ou esfera pública suficientemente forte capaz de influenciar procedimentos jurídicos e políticos, no espaço mundial.

Desse modo, ao invés de se falar em alguma sorte de "Constituição global", a sociedade mundial caracteriza-se antes pela existência de um sistema jurídico de níveis múltiplos, pautado por lógicas de compatibilidade funcional[557]. O unilateralismo epistemológico [e jurídico] encontra-se fadado ao fracasso, pois não comporta a absorção de crescentes contradições entre perspectivas de decidibilidade jurídica. Outrossim, a própria ideia de constitucionalismo em termos de uma "inquebrantável cadeia de autoridade" (*unbroken chain of authority*) cede lugar à concepção de entrosamento heterárquico (*heterarchically interlocking*) intersistêmico[558]. Em outras palavras, o modelo interpretativo tradicional hierárquico resigna diante de um processo de "pluralização e fragmentação" (*pluralization and fragmentations*). A proliferação de ordens jurídicas no orbe global introduz a pós-modernidade no direito, este que tem sido uma das últimas fortalezas (*strongholds*) do ideário moderno[559].

Em outras palavras, o "adensamento de juridicidade" de sistemas jurídicos autônomos, acaba por afetar a centralidade de produção normativa estatal enquanto *Sui Ipsius Interpres*[560]. A "infiltração" (*perfusion*) desses regimes "trincam" a "vontade da constituição" (*Wille zur Verfassung*), produzindo um "destacamento" (*détachement*) de seu *locus* privilegiado "do topo da pirâmide para um *topos* ainda desconhecido[561]". Sacudidos pelo "redemoinho" da complexidade social no plano mundial, a pirâmide normativa desmorona. A metáfora geométrica piramidal de interpretação constitucional cede lugar ao arquétipo arquitetônico da articulação reticular. A sociedade mundial não possui ápice ou centro e toda tentativa de impingir-lhe alguma unidade resultam em verdadeira quimera. Diante da força normativa dos fatos, a interpretação constitucional passa a operar perante parâmetros de interlegalidade

---

[557]PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action. *The Columbia Journal of European Law*, New York, v 15, n.3, p.349-407, 2009.

[558]WALKER, Neil. Constitutionalism and pluralism in global context. In: AVBELJ, Matej (Org.) *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*. Portland: Hart Publishing, Portland, 2012.

[559]AVBELJ, Matej. *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*. Portland: Hart Publishing, Portland, 2012. No mesmo sentido, SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica de la razón indolente:* contra el desperdício dela experiencia. Bilbao: RGM, 2003.

[560]CONI, Cláudio. *Ob. cit*., 2006, p.41-46.

[561]*Ibidem*, p.45-56. No mesmo sentido, Mario Losano aduz que a houve a superação do "*modelo modelo piramidal característico del derecho del Estado nacional, pero aún no han encontrado una organización propia adecuada*". (LOSANO, Mario. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho.* Alicante, n.28, p.159-182, 2005, p.162).

operacional interagindo mediante nódulos de interseção[562]. Nesse cotejo, deve-se "abandonar toda esperança" (*lasciate ogni speranza*) de se alcançar alguma metaordem mundial totalizadora[563].

Nos termos de Cláudio Coni[564], a unidimensionalidade estatal westphaliana resta ultrapassada por uma "soberania em rede" (*souveraineté em reseau*), nos moldes de uma sociedade informacional[565]. Poder-se-ia dizer que o intérprete da Constituição deixa assim de efetuar seu mister sob o prisma vertical de um faraó que, sentado em sua *sella curulis*, tudo submete, cedendo espaço à horizontalidade das relações de colaboração entre pescadores no manejo de sua *piscatoris rete*. Esse modelo permite uma abertura autopoiética a uma infinidade de experiências normativas híbridas. O processo interpretativo reticular atua então, em termos sistêmicos, a partir de mútuos processos observação, irritação e avaliação, tornando os Estados permeáveis a interações transconstitucionais. A interpretação constitucional passa a ter, por conseguinte, como ponto de partida estrutural, não uma suposta norma fundamental, mas o pertencimento das diversas ordens normativas do mesmo sistema funcional: o direito. Desse modo, um mesmo código binário (lícito/ilícito) pode conviver com a polivalência transjucional de critérios jurídicos[566].

4.2.2 Conversações transconstitucionais e jogos cooperativos

---

[562]LADEUR, Karl-Heinz. Towards a legal theory of Supranationality. *European Law Journal*. Marseille, v.3, n.1, p.33-54, mar. 1997.

[563]FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: the vain search of legal unity in the fragmentation of global Law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v.25, n. 4, p.999-1046, 2004, p.1017. Para autores como Mario Losano (Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.28, p.159-182, 2005, p.182), mesmo a tentativa de descrever reticularmente eo sistema jurídico no plano global não consiste mais que justamente uma "esperança elegante" (*Die elegante Hoffnung*). Para Losano, em última instância, o afã do jurista em apreender o direito resulta não mais do que o vã esforço de "capturar o vento" (*prend aux res les vents*), o labor *naif* de um "idealista" (*Der Weltverbesserer*).

[564]CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p.49.

[565]Caracterizada "pela intercomunicação entre vários pontos do mundo, com a configuração de nós (nós de uma rede) nos quais são tomadas as decisões que irão dinamizar o fluxo de informações pela rede inteira (VIAL, Sandra Regina Martini; BRANDT, Daiana. *O que a sociedade esconde?* Uma análise acerca da percepção do trabalho na sociedade contemporânea. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/sandra_vial_e_daiana_brandt.pdf>. Acesso em: 22 Fev. 2013, p.9).

[566]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

A interpretação transconstitucional opõe-se duplamente a parâmetros de "resistência" e/ou de "convergência" no trato das interações entre ordens jurídicas[567].

De um lado, o isolacionismo paroquiano resiste ao transconstitucionalismo, confinando-se ao sectarismo autista de sua própria e exclusiva organização normativa. Sua incidência no âmbito estatal, entrementes, não se trata de uma "anomalia americana" como aponta Carl Baudenbacher[568], mas ocorrência variável e gradativa. Assim, se a jurisdição constitucional brasileira encontra-se aberta ao aprendizado construtivo especialmente em face do direito europeu, essa predisposição não é reproduzida no que tange a outras ordens jurídicas periféricas. Essa parece ser o posicionamento Ministro da Defesa Nelson Jobim ao afirmar serem "meramente políticas" [*sic*] as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso Gomes Lund[569].

Por outro lado, não se deve adotar, à luz do transconstitucionalismo, parâmetros interpretativos meramente subordinantes, uma espécie de hermenêutica de "cooptação", nos termos de Balkin[570]. Como já se teve oportunidade de comentar, o paradigma sistêmico não se coaduna com hierarquias normativas globais, pelo que se afasta do entendimento esgrimido por Luís Flávio Gomes e Valério Mazzuoli[571] que, em posição diametralmente oposta a Nelson Jobim no processo Gomes Lund, consideram estar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos acima do ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, a decisão da Corte Interamericana *sic et simpliciter*, tem o condão de "anular" [*sic*] acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal.

---

[567]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.258-259.

[568]BAUDENBACHER, Carl. *Judicial globalization: new developments or old winer in new bottles?. Texas International Law Journal*. Austin, v. 38, p.505-526, 2003.

[569]ZAMPIER, Débora. *Jobim nega possibilidade de punição para torturadores da Guerrilha do Araguaia.* Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2010-12-15/jobim-nega-possibilidade-de-punicao-para-torturadores-da-guerrilha-do-araguaia>. Disponível em: 12 ago. 2012. Apresentada à Corte em 2009, a lide em tela versa sobre duas questões. De um lado, questiona-se o dispositivo normativo introduzido por meio da Lei 11.111/2005 que determina sigilo permanente de arquivos oficiais relativos a determinadas matérias (entre as quais, à Guerrilha do Araguaia); de outro lado, questiona-se a Lei 6.683/79 (Lei de Anistia), aduzindo a obrigatoriedade do Estado brasileiro em investigar, processar e sancionar graves violações dos direitos humanos, mesmo as inclusas na Lei da Anistia. Guilherme Gomes Lund é o nome de um dos 71 (setenta e um) desaparecidos políticos a que faz referência este processo.

[570]BALKIN, Jack. Transcendental deconstruction, transcendental justice. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v.92, n.1131, p.7-70, 1994.

[571]GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Corte da OEA anula Lei de Anistia Brasileira*. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2509019/artigos-do-prof-lfg-corte-da-oea-anula-lei-de-anistia-brasileira>. Disponível em: 13 ago. 2012.

A alternativa transconstitucional não se trata de recepção passiva tampouco de isolamento narcisista, mas da construção de espaços de "conversação global[572]" (*global conversation*), nos quais o monólogo cede lugar ao diálogo entre ordens jurídicas. Pode-se então falar um processo interpretativo "contrapontual[573]", voltado à harmonização de múltiplas "melodias constitucionais" não hierarquizadas, por meio de mecanismos de "fertilização constitucional cruzada[574]" (*constitutional cross-fertilzation*).

O modelo clássico de relações entre ordens normativas além-Estado, inaugurado pelo Tratado de Westfália, consagrara o método de ratificação enquanto *modus operandi* da relação entre ordens normativas diversas. A sociedade mundial, contudo, passou a prescindir desse tipo intermediação política, fazendo-se valer da atuação direta de juízes e tribunais mediante construtos institucionais capazes de delinear estratégias flexíveis que destravem bloqueios intersistêmicos em prol do intercâmbio de experiências hermenêuticas.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal (STF) pode ser utilizado como objeto de análise.

Formas de cooperação jurídica tanto acadêmico como profissonal são patrocinados pelo STF respectivamente com os Programas Teixeira de Freitas e Joaquim Nabuco, no âmbito do Mercosul. O STF participa ainda de grupos temáticos específicos desenvolvidos pelas Nações Unidas como o Comitê Permanente para Revisão das Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, o Fórum Bellagio sobre Estabelecimento da Universidade de Segurança Pública e o Grupo de Trabalho acerca da implantação da Convenção de Haia sobre a Subtração de Menores, ea das Nações Unidas[575]. Ademais, diálogos transconstitucionais podem ser igualmente identificados em negociações promovidas pelo STF, seja através da implantação de acordos *ad hoc* tribunal a tribunal, seja participando de conferências de cúpula realizadas por cortes constitucionais. Nos últimos anos foram firmados vários protocolo de intenções sobre cooperação na área jurídica, com o intuito de serem implantados programas de colaboração técnica, acadêmica e bibliográfica com as Supremas Cortes de diversos países, entre os quais, Estados Unidos, França, Rússia e China.

Além disso, atualmente o Supremo realiza conversações constitucionais com uma diversidade de foros como a Conferência Ibero-americana de Justiça Constitucional, a

---

[572]BAUDENBACHER, Carl. *Op. cit*.

[573]MADURO, Miguel Poiares. O superávit democrático europeu. *Análise Social. Lisboa*, v. XXXVI, p.119-152, 2001.

[574]SLAUGHTER, Anne-marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, n. 40, p.1103-1124, 1999-2000, p.1112.

[575]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório de atividades 2011*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2011.

Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), o Encontro das Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais do MERCOSUL, além do Fórum de Cortes Supremas do eixo BRICs (Brasil, Rússia, Índia, China) e IBAS (Índia, Brasil e África do Sul)[576]. Por derradeiro, ainda vale citar a recente instauração (2011), pelo Banco Mundial, do Fórum Global sobre Direito, Justiça e Desenvolvimento (*Global Forum on Law, Justice and Development*), o qual o STF é um dos membros fundadores. A iniciativa objetiva a instalação de um espaço de diálogo global permanente que, nos moldes do Fórum Econômico de Davos, identifique, discuta e proponha soluções legais inovadoras customizadas aos desafios do desenvolvimento jurídico multinível. Busca-se, outrossim, a formação de um espécie de repositório transconstitucional de matriz "colaboratória" (*collaboratory*) que concilie prospecção e emissão de conhecimento (*knowledge push*/*knowledge pull*) jurídicos[577].

Todos esses fenômenos, essa "*diplomacia judicial*", nos dizeres de Cesar Peluso, "o conjunto das relações e interações entre cortes domésticas e estrangeiras, com vistas ao aprimoramento da atuação jurisdicional diante das novas realidades produzidas pela crescente interdependência das nações[578]", são interações sistêmico-transconstitucionais. Na percuciente ilação de Anne-Marie Slaughter, "os juízes estão se globalizando, como os litigantes e advogados antes deles, estão vindo a entender que habitam um mundo mais amplo[579]". Para além do "diplomata e o soldado[580]", o magistrado ingressa definitivamente na arena dos gladiadores estatais. O diálogo institucional que comumente faz referência a doutrina ao equilíbrio dinâmico das relações interpoderes[581] deve abrir-se à dinâmica de reprodução autopoiética do direito no plano global.

A solução de litígios transconstitucionais perpassa, portanto, pela necessidade de surgimento de uma espécie de "*comitas judicial*" (*judictial comity*), o reconhecimento de uma

---

[576]*Ibidem*.

[577]WORLD BANK. Global *Forum on Law, Justice and Development*. Disponível em: <http://www.globalforumljd.org>. Acesso em: 22 Fev. 2013.

[578]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pronunciamento do Ministro Cezar peluso na abertura da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2013a, p.2.

[579]Tradução livre do original: "*Judges are globalizing, like the litigants and lawyers before them, are coming to understand they inhabit a wider world*". (SLAUGHTER, Anne-marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, n. 40, 1999-2000, p.1123-1124.

[580]ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Brasília: UnB, 1986, p.52.

[581]Por todos vide: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*: teoria da constituição. Salvador: JusPodivm, 2009.

"pertença comum" (*common membership*) à "tarefa global" (*global task*) de julgar idênticos problemas legais[582]. Esse cometimento delineia uma nova forma de concepção da interpretação constitucional, baseado no primado funcional de "consideração mútua, reconhecimento e cooperação[583]". Em outros termos, o transconstitucionalismo opera mediante articulação de "redes cooperativas sobrepostas e multinível[584]". É nesse contexto que órgãos estatais e tribunais constitucionais de diversos países passam a aprofundar vínculos de associativismo de geometria variável e solidariedade transfronteiras, articulando-se em prol de determinadas causas comuns, como ilustram as atividades de conversação transconstitucional empreendidas pelo STF[585]. Essas "redes de cooperação tecnicamente especializadas com escopo global[586]" sujeitam os Estados a uma "complexa estrutura de governança que cria uma rede tanto de colaboração como de contenção mútua[587]". Essa dinâmica "desafia a inteligência organizatória tradicional, pois a democracia passa a ser exigida num ambiente de sistemas formados com base na interdependência e no pluralismo[588]".

---

[582]SLAUGHTER, Anne-marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, n. 40, p.1103-1124, 1999-2000, p.1120.

[583]Tradução livre do original: "*mutual consideration, recognition, and cooperation*". (PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. *The Columbia Journal of European Law*. New York, v 15, n.3, 2009, p.136).

[584]Tradução livre do doriginal: "*Multi-level and overlapping cooperative networks*". (LADEUR, Karl-Heinz. Towards a legal theory of Supranationality. *European Law Journal*. Marseille, v.3, n.1, p.33-54, mar. 1997, p.34).

[585]Além dos exemplos jpa citados, vale dizer que o Ministério Público Federal participa, dentre outros, da Rede Ibero-americana de Cooperação Judicial (IberRED); Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa (Rede Judiciária da CPLP); Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradição. (BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://ascji.pgr.mpf.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2013).

[586]Tradução livre do original: "One aspect of globalization is the emergence of technically specialized cooperation networks with a global scope". (UNITED NATIONS. *Fragmentation of International law:* difficulties arising from the diversication and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission. 58th session. Geneva, 2006, p.244).

[587]Tradução livre do original: "*Complex structure of governance that creates a network both of cooperation and of mutual restrain*". (OSIANDER, Andreas. Sovereignity, international relations, and the westphalian myth. *International Organization*. Cambridge, v.55, n.2, p.251-287, 2001, p.283).

[588]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório do Simpósio Internacionalização do Direito Constitucional e Constitucionalização do Direito Internacional*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=164423>. Acesso em 22 fev 2013b, p.2.

O entrelaçamento de interesses comuns impinge relações de poder pautadas em motivações mistas, não exclusivamente "jogos de soma zero[589]" (*zero-sum games*). Nessa senda, o dilema do prisioneiro[590], alegoria clássica internacionalista é paulatinamente superado através de dinâmicas de interação cooperativa cristalizados pelo Direito, tendo em vista que "jogos de golpes sucessivos[591]", nos quais os participantes sabem que vão se reencontrar indefinidamente, as possibilidades de colaboração aumentam dramaticamente.

Nesse aspecto, através de múltiplos canais de comunicação e negociação informais e multifatoriais, instituições reduzem o risco de transações e geram expectativas, acenando com a possibilidade de ganhos mútuos crescentes. O conflito é fator contingente, não inerente à (des) ordem internacional; "a anarquia é o que os Estados fazem dela[592]".

Mantendo o paralelo com a Teoria dos Jogos, a alegoria estratégica de "caça à gazela" (*Stag Hunt*) parece ser mais adequada para descrever a dinâmica cooperativa do transconstitucionalismo. Nesse modelo dois caçadores procuram acossar uma presa para se alimentar. Podem tanto cooperarem na caça de um animal de grande porte como uma gazela, ou optar pela empresa solitária de um animal menor, como o coelho. A não cooperação implica em menores custos, mas igualmente menores ganhos[593]. A "participação nessa rede é voluntária em princípio, mas difícil na prática de escapar[594]". O preço do isolamento é tornar-se algum pária na sociedade mundial, um elemento anacrônico incapaz de lidar com a complexidade social contemporânea. Os custos de randomização limitam as pretensões

---

[589]KEOHANE, Robert; NYE, Joseph. Realism and complex interdependence. In: LECHNER, Frank (Org.). *The globalization reader*. Oxford: Blackell, 2000.

[590]Modelo da Teoria dos Jogos no qual o sujeito é colocado na posição de colaborar ou não com o outro. Se colaborarem, ambos ganham uma vantagem parcial. Porém, se um colaborar, mas o outro não, o que não colaborou adquire a vantagem em sua totalidade. Em sua versão mais conhecida, dois presos condenados por um pequeno delito são igualmente suspeitos de um crime grave. Isolados um do outro, a promotoria lhes propõe, separadamente, o seguinte acordo: se ambos confessarem o crime grave, cada qual cumprirá uma pena de dez anos. Se um confessar e o outro não, o delator queda isento de pena, ao passo que o recalcitrante terá de cumprir vinte anos de reclusão. Agora, se nenhum deles assumir a culpa, ambos cumprirão apenas a pena do delito leve (HERZ, Mônica; HOFFMAN, Andrea. *Organizações internacionais*: histórias e práticas. Rio de Janeiro: Campus, 2004).

[591]DEVIN, Guillaume. *Sociologia das relações internacionais*. Salvador: Edufba, 2009, p.68.

[592]Tradução livre do original: "*Anarchy is what states make of it*" (WENDT, Alexander. Anarchy is what States make of it: the social construction of power politics. *International Organization*. Cambridge, v. 46, n. 2, p.391-425, 1992, p.391).

[593]NOGUEIRA, João Ponte; MESSARI, Nizar. *Teorias das relações internacionais*: correntes e debates. Rio de janeiro: Elsevier, 2005, p.27.

[594]Tradução livre do original: "*Participation in this network is voluntary in principle but difficult in practice to escape*" (OSIANDER, Andreas. Sovereignity, international relations, and the westphalian myth. *International Organization*. Cambridge, v.55, n.2, p.251-287, 2001, p.283).

solipsistas de algum "cavaleiro solitário" (*free rider*); nos termos de Bertrand Badie, "a interdependência marca a revanche do solidarismo[595]".

Em síntese pode-se afirmar que o Direito, representado por Têmis, não se encontra totalmente a mercê do poder político do Leviatã, seja no plano interno, quanto no âmbito global[596]. À suposta "monogamia" entre ambos no interior do fetiche do solipsismo soberano, abre-se a perspectiva de adequação sistêmica em um ambiente "poligínico", a partir de âmbitos comunicativos com diversos subsistemas da sociedade mundial contemporânea.

4.2.3 Da alteridade sistêmica à argumentação jurídica

Pode-se dizer que as Constituições encontram-se hoje em rede, transpassadas por outros centros de juridicidade. Isso não significa a extinção da interpretação constitucional clássica, mas sua reconfiguração "como meio de sensibilização coletiva em direção de nossa complexa, diferenciada e interconectada ordem global[597]". Trata-se de adaptar o labor do intérprete às exigências funcionais de uma sociedade mundial hipercomplexa. Desse modo, técnicas interpretativas clássicas consubstanciadas nas máximas latinas (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*) embora ainda relevantes em certos litígios, coexistem com as pretensões regulatórias de regimes jurídicos internacionais[598] (*vg* como as já citadas *lex mercatoria*, *lex sportiva* e *lex digitalis*).

A heterarquia transconstitucional não implica, contudo, em paralisia, mas na definição de *ratio* decisórias de maneira argumentativa e *ad hoc*. Nesse quadro, a policontexturalidade societal contemporânea impinge à Constituição a adoção de um "modelo de articulação" (*engagement model*) de "direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard Law*), ou

---

[595]BADIE, Bertrand. *O diplomata e o intruso*: a entrada das sociedades na arena internacional. Salvador: Edufba, 2009, p.119.

[596]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

[597]Tradução livre do original: "[…] means of collective sensitization towards our complexly differentiated and interconnected global order". (WALKER, Neil. Constitutionalism and pluralism in global context. In: AVBELJ, Matej (Org.) Constitutional pluralism in the European Union and beyond. Portland: Hart Publishing, Portland, 2012, p.69).

[598]LOSANO, Mario. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en lãs relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.28, p.159-182, 2005. Não é outra conclusão que chega a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. (UNITED NATIONS. *Fragmentation of International law:* difficulties arising from the diversication and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission. 58th session. Geneva, 2006).

mais ou menos flexíveis (*soft Law*)[599]". Essa articulação permite o estabelecimento de pontes de transição entre múltiplos *loci* normativos em uma rede de interlocução construtiva, um nexo hermenêutico multicêntrico. A transversalidade daí derivada proporciona o aprendizado contínuo entre ordens jurídicas diversas. Nesse sentido, na alocução sagaz de Peter Häberle, "*en sentido amplio, todo Estado Constitucional és pais en desarollo*[600]", pois sempre é capaz de aprender com a experiência do "outro".

A variação normal dos sistemas jurídicos permite emergência constante de novas possibilidades interpretativas a partir da "dupla contingência" entre *ego* e *alter*[601]. Essa díade faz com que se leve em consideração a não identidade de perspectivas e, mais importante, o reconhecimento de graus recíprocos de liberdade. Ao não considerar o "'também-ser-possível-de-outra-maneira'[602]", o *ego* despreza o *alter* em prol de uma identidade cega. A confiança possível entre ambos se desfaz, surgem então bloqueios recíprocos, um fechamento operacional não condizente com a pluralidade do direito contemporâneo.

Atualmente, portanto, impõe-se a abertura autopoietica, cognitiva e normativa, da Constituição, a partir do diálogo com outras ordens jurídicas. O transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de toda heterobservação, cujo "ponto cego", "o outro pode ver[603]".

Nesse contexto, Marcelo Neves considera inaplicável o modelo de ponderação de princípios formulado por Robert Alexy, por este partir de uma noção muito radical de identidade, ao considerar princípios como mandados de otimização *prima facie*. Segundo Neves, mesmo *prima facie* o princípio já se encontra limitado. Em vista de o direito de *ego* limitar o de *alter*; haveria colisão intraprincípios, na alteridade básica do direito. A ponderação é considerada para Neves como um mecanismo fomentador de uma "identidade superior" que suprime o intrínseco caráter paradoxal do sistema jurídico. Nesse prisma, antes de se falar em otimização deve-se falar em "contenção" em face da tendência expansiva de

---

[599]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993, p.18. No mesmo sentido, Rafael Simioni propõe que a interpretação constitucional opere "entre direitos oficiais do estado e direitos marginais, entre direitos dotados de sanção e *soft laws*, entre constitucionalismos estatais e societários civis, bem como entre jurisdições internas e cosmopolitas". (SIMIONI, Rafael. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.104).

[600]HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.61.

[601]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.270.

[602] *Ibidem*, p.271.

[603] *Ibidem*, p.295.

cada racionalidade sistêmica, possibilitando um horizonte aberto a novas "descobertas normativas[604]" em face da alteridade. O ponto de partida metodológico transconstitucional, portanto, voltado à dupla contingência, não pode se restringir a uma única ordem jurídica, mas sim fixar-se na resolução de problemas enredados em múltiplos sistemas normativos. Entrementes, ainda que se refute o caráter principiológico, parece escorreito que o transconstitucionalismo imprescinde de uma teoria da argumentação em sentido amplo.

Nesse crivo, o âmbito normativo de uma sociedade mundial, sujeita ao aporte de múltiplas esferas comunicativas, tem como exigência funcional o desenvolvimento de uma rede argumentativa multiangular. Nesse diapasão, a alternativa transconstitucional busca promover uma conexão multímoda de ordens normativas complementares, nenhuma das quais detentoras da alguma *ultima ratio* discursiva. Deve-se, no particular, garantir uma abertura suficiente ao diálogo, de modo a fazer frente à complexidade e que observe critérios de igualdade. Do ponto de vista sistêmico, no plano da consistência, a igualdade serve à imunização do direito em face de diferenças não relevantes juridicamente, ao mesmo tempo em que evita que critérios jurídicos se imiscuam em outros sistemas sociais. No plano da adequação, o princípio evita que desigualdades extremas derivadas de outros sistemas possam impedir factualmente o acesso a direitos.

Para Marcelo Neves[605], a igualdade consiste em um conceito formal caracterizado pelo binômio (des) igual. Esta "forma de dois lados" (*Zwei-Seiten-Form*) não fixa *ex ante* uma preferência conteudística. A problemática reside na identificação dos elementis idôneos destinados a afastar a precedência normativa de tratamento paritário ou, nos termos canônicos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a verificação de compatibilidade dos critérios normativos "empecedores do discrímen excogitado[606]". Ou seja, impreterivelmente é necessária a existência de justificação racional controlável argumentativamente sobre a desequiparação induzida juridicamente.

Para Neves a discussão vai além do argumento dworkiano de favorecer o "direito natural" de ser tratado com igual respeito e consideração, devendo incorporar um juízo de proporcionalidade[607],. É justamente nesse ponto que o pensamento do citado autor parece confluir, ainda que circunstancialmente com o pensamento de Robert Alex, vez que este

---

[604]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.275.
[605]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.168.
[606]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
[607]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.174.

considera que a máxima da proporcionalidade decorre da própria natureza da teoria dos princípios e sua conceituação enquanto mandatos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídica existentes. Reconhece-se, que o escopo transconstitucional é decerto mais amplo que a discussão principiológica, voltando-se ao entrelaçamento sistêmico de ordens normativas das mais diversas. Contudo, essa amplitude, parece justamente militar a favor de que raciocínios principiológicos possam, ao menos, converterem-se em *topoi* argumentativos passíveis de utilização transconstitucional.

Deveras, resta cediço que o postulado da proporcionalidade[608] tornou-se pedra de toque da interpretação neoconstitucional, espraiando-se pela prática jurisdicionais de todo o mundo[609]. Sua formulação tradicional subdivide-se em três elementos: (a) adequação - compatibilidade entre meios e fins (idoneidade da medida); (b) necessidade - escolha do meio de realização mais suave (vedação ao excesso); e (c) proporcionalidade em sentido estrito - sopesamento custo-benefício (ponderação entre ônus e proveito). De natureza procedimental, a proporcionalidade não traz, em si, direcionamento substancial.

Nesse diapasão, pode-se dizer que, em termos sistêmicos, a proporcionalidade não preenche o código binário do sistema jurídico, antes consiste na condição de possibilidade de seu preenchimento adequado. No particular, Willys Santiago Guerra[610] considera que o postulado da proporcionalidade (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) tem função de oscilador entre autorreferência (*Selbstreferenz*) e heterorreferência (*Fremdreferenz*) do direito. Seu manejo atua conquanto fio de Ariadne da interpretação constitucional. O que importa destacar aqui é que seu preenchimento ocorre mediante processos argumentativos passíveis de interação transconstitucionais.

A análise sistêmica-transconstitucional oportuniza a observação de funções equivalentes. A convergência horizontal entre ordens normativas no plano global permite uma espécie de *tertium comparationis*[611] de critérios de preenchimento do código binário do

---

[608]De natureza polêmica, sua natureza é divergente na doutrina. Robert Alexy (*Ob. cit*., 2008) a considera ora como regra, ora como princípio. Há quem defenda ainda sua identidade com o princípio da igualdade e outros que a assemelham à razoabilidade. Considera-se aqui mais pertinente reputar à proporcionalidade a conceituação de postulado sistêmico, tendo em vista sua posição privilegiada na construção do raciocínio jurídico. A proporcionalidade não está sujeita à ponderação, ela a envolve; não possui conteúdo material, antes o possibilita. Não há de se falar em Direito desproporcional. Sua negação implica na própria negação da Ciência do Direito.

[609]STONE SWEET, Alec. *Proportionality balancing and global constitutionalism. Yale Faculty Scholarship Series*. New Haven, n. 14, p.1-66, 2008.

[610]GUERRA FILHO, Willis Santiago. Potência crítica da ideia de direito como sistema social autopoiético na sociedade mundial contemporânea. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

[611]CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p.91.

direito. Nessa senda, o transconstitucionalismo pode auxiliar na designação do fato jurídico (questão onomasiológica) tanto quanto em sua significação normativa (questão semasiológica). Em outras palavras, o transconstitucionalismo possibilita aquilo que Peter Häberle denomina de "*vistajo comparativo*[612]", "*clave cosmopolita*[613]" do sistema jurídico. Acerca desse tema, o próprio Robert Alexy assenta que "a comparação jurídica de casos constitucionais constitui uma terceira via, ao lado da subsunção e da ponderação, para a interpretação adequada dos direitos fundamentais[614]".

Entrementes, como já visto, se o local emissor dessa interpretação não encerra qualquer tipo de precedência, tampouco a decisão jurídica que se antecede no tempo, que primeiro projeta no campo sistêmico um critério interpretativo de proporcionalidade, não tem por isso supremacia. Sua única prerrogativa, quando muito, é um âmbito de atuação mais maleável, posto que seu pioneirismo diante de certo problema evita, a princípio, maiores constrangimentos sistêmicos. Mesmo esta, todavia, é uma situação ideal difícil de ocorrência prática. Afinal, a dinâmica sistêmica opera recursivamente em um emaranhado de problemas, de modo que serão raros os casos em que, de uma forma ou de outra, uma operação jurídica não se submeta à memória funcional (*memory function*) do próprio direito.

Não obstante, a digitalização da operação em tela reenvia ao sistema uma oscilação canalizadora de expectativas sociais correlatas e como tal, funcionalmente não deve ser desprezada. Em outras palavras, essa interpretação primeira, possui ressonância na estrutura do sistema jurídico, sendo uma variável que deve ser necessariamente levada em consideração no processo interpretativo. Em vista do caráter heterárquico do sistema jurídico o *status* dessa *decisio* reverbera antes em termos de *default deference* do que algum tipo de *stare decisis*[615]. O transconstitucionalismo não advoga a importação de um modelo consuetudinário de *common Law* ao plano global, mas antes reforça a lógica reticular de regimes jurídicos autônomos que operam mediante observações mútuas. Cada uma dessas observações não vincula, mas impinge uma deferência prévia. Nos dizeres de Gertrude Lübbe-Wolff,

---

[612]HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.80.

[613]*Ibidem*, p.295.

[614]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório do Simpósio Internacionalização do Direito Constitucional e Constitucionalização do Direito Internacional*, 2013b, p.1. Por seu turno, Peter Häberle (*Ibidem*, p.116), entende a comparação como "quinto método" interpretativo, fazendo alusão, por óbvio, aos quatro elementos hermenêuticos claássicos propostos por Savigny: gramatical, lógico, sistemático e histórico.

[615]FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: the vain search of legal unity in the fragmentation of global Law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v.25, n. 4, p.999-1046, 2004.

Bundesverfassungsrichterin de Karlusche, trata-se justamente de "'levar em conta' e 'considerar' preferivelmente: a agir de acordo, obedecer ou implementar[616]" decisões de ordens normativas diversas.

Na realidade, em muitos casos essa interação sistêmica servirá tão somente como suporte adicional (*additional support*) para interpretação na matéria[617]. O problema reside não quando os critérios convergem, mas quando divergem. Nesse caso, a interpretação constitucional não se resolve pelo isolacionismo estanque ou exigência vinculante (modelos de resistência e colonialismo), mas a partir de uma lógica de precedência distributiva de ônus argumentativos "na medida do metodologicamente sustentável[618]". O transconstitucionalismo não parece operar à margem da proporcionalidade ou da igualdade, postulados sistêmicos do direito, mas através destes. A interpretação jurídica trata de esclarecer as circunstâncias que justificam o tratamento, a princípio, juridicamente desigual, como afirma o próprio Marcelo Neves. Nesse prisma, "rejeitar decisões [de matiz transconstitucional] é possível, mas o ônus argumentativo é enorme[619]". Em suma, o método de interpretação transconstitucional vem a atuar assim como uma proposta tópica de afirmação de alteridade que age como difusor de encargos na argumentação jurídica.

Essa relação vai além de um transjudicialismo, enquanto meras referências recíprocas de decisões, mas em direção à própria fundamentação dos julgados enquanto *ratio decidendi* e não *obter dictum*. Nessas dinâmicas, cortes constitucionais citam-se reciprocamente, senão como precedente, com força persuasiva. A deferência argumentativa às operações jurídicas de outras ordens normativas trata-se de um *tertium genus* entre solipsismo e cooptação, meio termo entre cortesia e obrigatoriedade. O interpretação transconstitucional em uma sociedade mundial rege-se por uma lógica de um "*rendez-vous du donner et du recevoir*[620]", um "*dar y ricibir* [que atua] "*por encima de suas fronteras con vistas a otros estados constitucionais*[621]".

---

[616]Tradução livre do original: "'*Take into account' and 'consider' rather than: abide by, obey or implement*". (LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *ECHR and national jurisdiction - The Görgülü Case*. *Humboldt Forum Recht.* Berlin, Beitrag 12, Seite 1, 2006, p.3).

[617]SLAUGHTER, Anne-marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*. Charlottesville, n. 40, p.1103-1124, 1999-2000.

[618]SILVA, Virgilio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010, p.107.

[619]*Ibidem*, p.111.

[620]WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu*: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007, p.147.

[621]HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.81.

A superação desse ônus ocorre mediante recurso a "objeções prospectivas" (*prospective Overruling*), não na acepção tradicional do termo[622], mas no sentido de afastamento justificado de argumentos utilizados previamente. Desse modo, opera-se o reenvio de informações que ressoam no sistema jurídico, possibilitando a continuidade de diálogos transconstitucionais. Não parece ser outra a conclusão a que chega o possibilismo (*Möglichkeitdenken*) de Peter Häberle aplicado a seu modelo de Estado Cooperativo (*der kooperative Verfassungstaat*), o qual disponibiliza sua alteridade "como referência para os outros Estados constitucionais membros de certa comunidade[623]".

Esse, aliás, foi o mecanismo adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Caroline de Mônaco, citado na introdução dessa dissertação. Esse também o fora a metodologia utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 349.703, marco teórico de mutação constitucional no direito brasileiro e que envolve célebre discussão teórica sobre depositário infiel. Não é despiciendo dizer que, a depender da leitura que se faça do aludido julgado, este pode ser entendido tanto como exemplo de raciocínio transconstitucional[624], como da prática de ponderação principiológica[625]. Ou seja, mesmo partindo de considerações teóricas diversas, a dimensão argumentativa do paradigma principiológico parece dialogar com as possibilidades de equiparações sistêmico-funcionais do transconstitucionalismo.

4.2.4 A Comissão de Veneza como espaço interativo

Um espaço institucional privilegiado de análise acerca de interações comunicativas transconstitucionais é a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (*European Commission for Democracy through Law*), mais conhecida como Comissão de Veneza (*Venice Comission*). Criada em 1992, originariamente como órgão consultivo sobre direito constitucional do Conselho da Europa e voltado para a tarefa de *constitution-drafting* dos

---

[622]Dispositivo típico do sistema de *Common Law* no Tribunal excepcionalmente afasta um precedente anterior e estabelece novos elementos interpretativos para futuros julgados. (FAIRCHILD, Thomas. Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or Sunbursting, *Marquette Law Review*, v.51, n.3, 1968).

[623]MENDES, Gilmar. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.81.

[624]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[625]SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. 1, n. 1, p.1-46, 2001.

países do Leste europeu após a queda da cortina de ferro, o Fórum de Veneza, desde os anos 2000, tem ampliado seu escopo e composição, para muito além dos lindes do velho mundo[626].

É notória a tendência expansiva da Comissão que, de seus 18 membros originários, atualmente alcança conferências[627] e cortes constitucionais de 62 países[628] com representantes em todos os continentes, envolvendo em seu espaço jurisdicional a população de aproximadamente 1,2 bilhão de pessoas[629]. O Supremo Tribunal Federal integra a organização desde 2009, tendo sediado em 2011, no âmbito da aludida organização, a II Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional[630], "oportunidade ímpar de frutuosa troca de experiências[631]" entre tribunais superiores de todo o globo.

Em uma aproximação preliminar, pode-se dizer a Comissão trata-se, de um *think tank*[632] envolvendo Cortes Constitucionais de todo o globo, local propício à troca de informações e intercâmbio de experiências. Conceito pouco trabalhado na doutrina brasileira, mas de importância cada vez mais relevante na prática jurídico e política no plano global, *think tank*, em termos gerais, corresponde a um centro institucional dimanador de ideias cuja principal característica é a independência funcional em face de interesses políticos ou

---

[626]A título de exemplo, a Comissão vem entabulando diálogos produtivos no delineamento constitucional dos países da bacia pós-Primavera Árabe.

[627]A Comissão atua como estrutura articuladora de diálogo entre conglomerados regionais de jurisdições constitucionais envolvendo, por exemplo, a Conferência Europeia de Cortes Constitucionais, a Associação de Cortes Constitucionais Francófonas, o Fórum de Cortes Constitucionais Africanas, a Conferência de Órgãos de Controle de Constitucionalidade de Jovens Democracias, a Conferência de Cortes Constitucionais da Ásia, a União de Cortes Constitucionais Árabes, a Conferência de Justiça Constitucional Ibero-americana, Conferência de Jurisdições Constitucionais dos Países de língua portuguesa.

[628]São eles: Albânia, Argélia, Andorra, Angola, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bielorrússia, Bélgica, Bênin, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Burkina Faso, Brasil, Chade, Chile, Congo (Brazzaville), República Democrática do Congo (ex-Zaire), Costa do Marfim, Croácia, Êgito, Estônia, Geórgia, Alemanha, Hungria, Israel, Itália, Coreia do Sul, Letônia, Lituânia, Líbano, Macedônia, Madagascar, Mali, Mauritânia, Maurício, México, Moldávia, Mongólia, Montenegro, Marrocos, Moçambique, Países Baixos, Nigéria, Noruega, Peru, Polônia, Portugal, Romênia, Senegal, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Tadjiquistão, Tailândia, Togo e Ucrânia. Os Estados Unidos obtiveram seu pleito de ingresso como membro permanente aprovado em fevereiro de 2013.

[629]EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW. *The Council of Europe's Venice Commission 2011 annual activity report*. Venice: Council of Europe, 2012.

[630]Com a participação de representantes de cerca de cem países de todos os continentes, o evento fora citado em importância como a "Copa do Mundo" [*sic*] na área de direito constitucional pela própria secretaria de comunicação social do STF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106407>. Aceso em 12 Ago. 2012).

[631]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pronunciamento do Ministro Cezar peluso na abertura da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2013a, p.1.

[632]MEDVETZ, Thomas. *Think tanks as an emergent field*. New York: Social Science Research Council, 2008.

governamentais, assentando sua autoridade em dada área do conhecimento pela reconhecida expertise de seus membros. Em termos sistêmicos, trata-se de um catalisador de operações transjucionais em certo domínio cognitivo.

A Comissão atua enquanto espaço de reflexão que, mediante diálogo cooperativo, busca respostas comuns a problemas concretos de uma interpretação constitucional em crise, pelo ocaso do modelo de soberania westphaliano. A concretização de direitos realiza-se, afinal "a partir de metodologias que consideram os fenômenos de transnacionalização, cooperação e globalização como pontos de partida para diálogos e discursos jurídicos justificados para além dos ordenamentos jurídicos e constitucionais nacionais[633]".

Os temas comumente tratados pelo Forum de Veneza envolvem as mais variadas matérias atinentes ao constitucionalismo contemporâneo, indo desde as relações interpoderes, supremacia da Constituição, direito de minorias, liberdade de expressão, liberdade religiosa, dentre muitos outros, passando mesmo por temas polêmicos do cenário internacional como o *status* dos prisioneiros em Guantánamo. A Comissão tem como finalidades, a defesa da ordem democrática, a tutela de direitos fundamentais e o primado do sistema jurídico. Sua função primária (*primary task*) é proporcionar assistência constitucional (*constitutional assistance*) a seus membros, na forma de opiniões consultivas independentes (*ombudsman briefings*), ou atuando diretamente em processos jurisdicionais na forma de *amicus curiae.*

Um exemplo desse tipo de atuação ocorreu a pedido da Suprema Corte do Peru, no caso do massacre de "*El Frontón*[634]". O caso *sub examen* trata-se de típico exemplo de interação transconstitucional. O mesmo caso havia sido objeto de deliberação plenária da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, à luz do Pacto de São José da Costa Rica, apontara à necessidade de responsabilização criminal dos responsáveis pelos fatídicos acontecimentos. Demais disso, a pedido da própria Suprema Corte do Peru, a Comissão de Veneza atuou como *amicus curae* no processo, emitindo opinião de que os fatos narrados no processo configuravam, à luz do direito internacional, crimes contra a humanidade, inabarcáveis pela aposição do princípio de *nullum crimen sine lege.*

Esse caso ilustra bem como funciona tanto a operatividade desterritorializada do código binário jurídico, como sua autorreferência constitutiva. Os órgãos judiciais envolvidos

---

[633]BRASIL. *Relatório do Simpósio Internacionalização do Direito Constitucional e Constitucionalização do Direito Internacional.* Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=164423>. Acesso em 22 fev 2013b, p.1.

[634]Trata-se de caso no qual o governo Fujimori, para debelar revolta penitenciária, ordenou a demolição de pavimentos de unidade prisional situada na localidade de *El Frontón*, o que provocou a morte de aproximadamente uma centena de detentos amotinados.

não recorreram a excertos de moralidade ou parâmetros econômicos, mas a argumentações estritamente jurídicas em seu posicionamento[635]. Dito d'outro modo, tendo em vista o escopo funcional do direito em torno da necessidade de estabilização congruente de expectativas contrafáticas, o sistema jurídico estabiliza suas relações com o meio que o cerca mediante operações recursivas dialógicas. Nesse prisma, ao invés de operar em termos de competitividade, a alternativa transconstitucional possibilita uma atuação compartilhada, com fortalecimento recíproco de parâmetros interpretativo-decisórios. Desse modo, desenvolvem-se *inter alia*, diretivas gerais (*guidelines*), padrões de referência "*standard of reference*" acerca de práticas transconstitucionais[636].

Outra função de bastante relevância desempenhada pela Comissão de Veneza é a elaboração do banco de dados "CODICES" que compila milhares de decisões judiciais relevantes ao redor do globo, desempenhando um papel vital de vital "fertilização cruzada" (*cross-fertilisation*) em matéria de interpretação constitucional[637]. Em termos sistêmicos, o CODICES proporciona um formidável arcabouço de dissenso estrutural, uma prolífica "reserva criativa" de parâmetros decisórios ao sistema jurídico, no sentido que lhe dá Luhmann[638]. O *modus operandi* do Fórum de Veneza demonstra igualmente na prática, as considerações postremeiras sobre argumentação sistêmico-transconstitucional, pois a Comissão trabalha com uma abordagem não diretiva (*non-directive approach*), ou seja, com efeitos propositivos não vinculantes (*not binding*). Nesse sentir, a entidade "não tenta impor condições, tendo uma aproximação baseada antes no diálogo que em alguma exigência[639]".

Desse modo, maximiza-se a diversidade de pontos de vista sobre certa situação concreta (dissenso estrutural), mediante a adoção de mecanismos deliberativos

---

[635]No que lembra o caso Nuremberg, como visto no segundo capítulo dessa dissertação.

[636]Esse modelo aproxima-se antes do modelo de constitucionalismo diretivo de Canotilho que de seu modelo proativo e solipsista de Constituição dirigente, o qual embora o próprio autor refute atualmente, ainda utilizado como parâmetro interpretativo pela doutrina dominante no Brasil. Nesse sentido, por todos, vide Lênio Streck (*Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

[637]EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW. *The Council of Europe's Venice Commission 2011 annual activity report*. Council of Europe, Venice: 2012, p.13.

[638]LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012. Vale citar que a Rede de Informação Jurídica Global (*Global Legal Information Network* - GLIN), mantido pela Biblioteca de Direito do Congresso dos Estados Unidos serve ao mesmo fim, embora não restrinja sua atuação à jurisdição constitucional.O Brasil integra o GLIN desde 1992; já especificamente o STF, desde 2008.

[639]Tradução livre do original: "*Does not attempt to impose solutions, taking an approach based on dialogue, rather than on demand*". EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, *Op. cit*., p.14).

compartilhados (consenso procedimental). Em outras palavras, confluem-se assim "consensos temporários e discussões permanentes[640]".

4.3 DA PRÁTICA TRANSCONSTITUCIONAL

4.3.1 Relações *inter* e *supra* nacionais

Quando se fala em abertura predicativa do Estado constitucional no plano global se vislumbra, de regra, as relações pautadas pela lógica de tratados de direito internacional. Essa, contudo, é apenas uma das variadas formas de interações sistêmicas do fenômeno jurídico na sociedade mundial.

O transconstitucionalismo entre ordem estatal e ordem internacional desenvolve-se a partir do paradoxo pelo qual os Estados constituem o direito internacional público ao mesmo tempo em que este atribui juridicidade aos entes estatais[641]. Essa situação exige mecanismos de compatibilização recíproca mediados por conversações transconstitucionais. De um lado, a posição internacionalista unilateral, mesmo se faticamente crível, carece de autoinstitucionalização constitucional. Por outro lado, o insulamento provincial estatal torna-se cada vez mais problemático em um ambiente no qual a legitimidade soberana volta-se à responsabilidade política externa. Como antevisto, se a alternativa transconstitucional não coaduna com um isolamento autóctone, tampouco resta receptivo à adoção de uma subordinação alóctone.

Nesse quadro, há uma confluência jurisdicional crescente entre cortes internas e internacionais especialmente em torno dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos. As relações entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos[642] (TEDH) e as ordens jurídicas de países europeus são, no particular, uma promissora área de estudo. Podem-se acrescentar as relações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o Supremo

---

[640]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pronunciamento do Ministro Cezar peluso na abertura da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2013a, p.5.

[641]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[642]O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, situado em Estrasburgo, fora estabelecida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo órgão regido por direito internacional. Nesse prisma, não se confunde com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sediado em Luxemburgo, este último regulado por direito comunitário de características supranacionais que será analisado em seguida.

Tribunal Federal nesse campo de análise[643]. Em ambos os sistemas, europeu e interamericano, a hierarquia da normativa internacional varia de Estado a Estado. A Áustria, por exemplo, influenciada decerto pelo internacionalismo monista kelseniano, integra a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) ao plano material constitucional. Outros países chegam a ir mais além, chegando a estabelecer até mesmo precedência de tratados internacionais sobre direitos humanos sobre o próprio teor da constituição estatal, como é o caso *vg* dos Países Baixos e da Costa Rica.

A problemática transconstitucional, contudo, vai além do plano sintático de precedência hierárquico-normativa a algum *jus cogens* internacional. Já fora visto que, do ponto de vista semântico e pragmático, que essa suposta ascendência encontra-se sujeita a "voltas estranhas" (*strange loops*) e "hierarquias entrelaçadas" (*tangled hierarchies*), inerentes a toda atividade interpretativa[644]. O transconstitucionalismo volta-se, pois, precipuamente, à interação entre espaços jurisdicionais concorrentes. Desse modo, as discussões travadas *vg* entre o Tribunal Constitucional Alemão e o já citado Tribunal Europeu de Direitos Humanos parecem espaço adequado para balizamento do tema em exame, revestindo-se de especial relevância o processo Görgülü.

Esse caso, que tramitara no *BVerfGE* no início dos anos 2000, refere-se à pretensão deduzida em juízo por cidadão turco homônimo que buscava obter a custódia de seu filho. A lide residia no fato que a genitora não declarara a paternidade da criança e, quando esta nasceu, disponibilizou a mesma à adoção. Tão logo o pai soube da situação ingressou com demandas de guarda provisória no judiciário alemão, mas não logrando êxito nas instâncias inferiores do âmbito doméstico, decidiu recorrer à jurisdição internacional de Estrasburgo, paralelamente à propositura de reclamação constitucional à Corte de Karlusche. *In casu*, o Tribunal Constitucional Alemão firmou entendimento de que, apesar de ter sido prolatada sentença do Tribunal europeu a favor do genitor, e esta consistir em uma obrigação para a República alemã, a Corte não se encontrava coartada a obedecê-la.

A *quaestio debeatur* transconstitucional ilustrada pelo processo *sub examen* não é tanto a possibilidade de expansão de direitos para além dos expressamente concebidos em

---

[643]Sob uma perspectiva comparativa, a Corte Interamericana assemelha-se funcionalmente ao TEDH, de modo que considerar suas decisões de natureza supranacional não parece ser analiticamente adequado por desdiferenciar atividades jurisdicionais de natureza e escopo diverso. Em sentido contrário, Luís Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuli (*Corte da OEA anula Lei de Anistia Brasileira.* Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2509019/artigos-do-prof-lfg-corte-da-oea-anula-lei-de-anistia-brasileira>. Disponível em: 13 ago. 2012).

[644]HOFSTADER, Douglas. *Gödel, Escher, Bach*: um entrelaçamento de gênios brilhantes. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

dada ordem constitucional[645], mas na circunstância em que esse movimento envolve sempre uma polarização factual com o plexo jurídico de alguma parte *ex adversa*. O caso Görgülü, é emblemático a esse respeito, pois envolve, no campo do direito de família, o direito do pai biológico, de um lado, e da família adotiva de outro, ambos igualmente tutelados por prerrogativas jurídicas domésticas e internacionais[646]. Desse modo, torna-se mais claro que a interpretação constitucional não deve se limitar a apontar em abstrato hierarquia de dada normativa, mas discutir em concreto suas interações comunicativas.

Nessa senda, parece não figurar adequado, como o faz o próprio Marcelo Neves, considerar a decisão do *BVErfGE* no caso em tela, de considerar o precedente internacional de caráter não vinculativo, como de "resistência" ao modelo transconstitucional. O *quid specificum* do transconstitucionalismo parece ser justamente evitar estabelecer qualquer tipo de precedência *jure et de jure*, mas buscar, de maneira dialógica, a máxima harmonia entre espaços jurisdicionais concorrentes. O transconstitucionalismo como atividade interpretativa conclama a oitiva da alteridade, mas não comando inconteste. Sua autoridade não reside em pressupostos de primazia hierárquica, verdadeiro *cul de sac* hermenêutico, mas em construtos argumentativos, seja para afastar ou referendar determinados entendimentos jurídicos. Nesse caso, parece ter o Tribunal alemão dialogado construtivamente com o ônus argumentativo produzido pela *res judicata* internacional, reenviando suas considerações ao sistema jurídico e assim mantendo abertos os canais sistêmicos de comunicação.

Mesmo a Áustria, por exemplo, apesar de reconhecer valor constitucional a tratados internacionais de direitos humanos, igualmente apresenta-se reticente em face da obrigatoriedade de decisões do TEDH. Para o tribunal constitucional austríaco, a atribuição de alguma prerrogativa de precedência jurisdicional à citada corte europeia tem como *conditio sine qua non* intervenção do legislador constituinte originário ou derivado. Em certa medida, esse espaço de conformação e diálogo des-hierarquizado, característico do transconstitucionalismo, se reflete na adoção, pela doutrina francesa, da chamada "margem de apreciação" (*marge d'appréciation*). Esse mecanismo dogmático corresponde a um *tertium genus* entre um pluralismo de mera superposição e um monismo utópico. Na dicção de Mireille Delmas-Marty, essa margem configura espaço necessário de harmonização sistêmica

---

[645]Como o faz a Constituição brasileira em seu art. 5º, §2º. Aliás, as interações transconstitucionais não apenas podem ampliar o repertório de direitos como restringi-los. Esse é o caso de aplicação do Tratado de Roma, que prevê a possibilidade de prisão perpétua em determinados tipos penais, em face da vedação constitucional brasileira de sanções dessa natureza. Para Neves, a solução seria condicionar a entrega de eventual criminoso desde que comutada sua pena à máxima brasileira.

[646]Tanto o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e art. 6º da Constituição alemã possuem o mesmo objeto: a tutela da entidade familiar.

da interpretação constitucional como jogo (*jeu*) de "hierarquias entrelaçadas" (*hiérarchies enchevêtrées*) capaz de proporcionar um "pluralismo ordenado[647]" (*pluralisme ordonné*).

Entrementes, vale dizer que mesmo nos Estados Unidos, país notoriamente conhecido por seu isolacionismo jurídico[648], ocorre casos de diálogo transconstitucional entre ordem interna e direito internacional. Um exemplo relevante trazido por Wiston Nagan é o caso *Filartiga v. Peña-Irala*, no qual Joel Filartiga processara o Inspetor Geral de Polícia paraguaia durante a ditadura Stroessner, *Peña-Irala*, aproveitando que o mesmo encontrava-se nos Estados Unidos, pelo sequestro, tortura e morte de seu filho em Assunção[649]. Nas discussões que se seguiram no circuito federal americano, fora utilizada como argumentação de acusação o recurso ao "Estatuto de reparação de estrangeiros" (*Alien Tort Statute* - ATS) em que se previa a responsabilização jurídica destes em tribunais americanos por violação ao "direito das nações" (*Law of nations*). A decisão do julgado, favorável a Filartiga, assentou entendimento que os costumes das nações civilizadas, a doutrina especializada e as normativas internacionais, apesar de não vincularem *tout court* a jurisdição americana, possuíam efeito cumulativo em prol da responsabilização jurídica dos acusados.

Esse precedente serviu de base para utilização do direito internacional em outros processos como o caso *Todd v. Panjaitan*, sobre responsabilização de General indonésio pela morte de estudantes em 1991 ou o caso *Forti v. Suarez Mason* de responsabilização de militares argentinos acusados de tortura. Não obstante, a jurisprudência americana ainda queda recalcitrante a esse tipo de interação transconstitucional, como ilustra o caso *Aras v. Ashcroft*. Nesse processo, Maher Arar, cidadão canadense de ascendência síria, fora sequestrado por agentes americanos enquanto em trânsito no país e levado a Damasco onde fora interrogado sob tortura por suspeita de terrorismo. Nessa oportunidade, o judiciário americano, mesmo constatada a inocência de Arar, não apenas afastou a incidência do direito internacional na matéria, como a própria incidência constitucional do devido processo legal (*due processo of Law*) por se tratar de assunto de "segurança nacional" (*national security*).

---

[647]DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, v.52, n.4, p.753-780, out-dez 2000, p.780.

[648]Exemplos desse isolacionismo jurídico são diversos. Além da sobejamente conhecida recusa do Congresso Americano em endossar a Liga das nações, no pós-guerra, os Estados Unidos se negaram a ratificar, por exemplo, tanto tratado internacional que tipificava o crime de genocídio como a própria Convenção Americana de Direitos Humanos.

[649]NAGAN, Wiston. *The emerging restrictions on sovereign immunity:* peremptory norms of international law. Disponível em: <http://works.bepress.com/winston_nagan>. Acesso em: 11 jul. 2011.

No orbe jurídico brasileiro, infenso ainda a maiores afluxos de integração a ordens jurídicas internacionais, o posicionamento da jurisdição constitucional oscila entre uma negação ostensiva ao diálogo, como no caso do julgamento da Ação de Descumprimento de preceito Fundamental (ADPF) nº 153 sobre a Lei de Anistia, e a uma maior propensão a raciocínios transconstitucionais, como nos Recursos Extraordinários RE 349703 e RE 466343, incidentes sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

A ADPF, proposta pelo Conselho Federalda Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pretendia que o STF reputasse como inconstitucional a Lei Lei nº 6683/79 que anistiava todos os que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil entre 1961 e 1979. Embora reconhecendo profunda aversão aos delitos cometidos no período, o plenário do tribunal não apenas coniserou que a normativa em questão tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrá-lo como criticou abertamente a OAB por levantara discussão e passou à margem de maiores considerações acerca do entendimento do sistema interamericano na matéria. Este sim, e não o caso Görgülü parece ser um exemplo claro de resistência a diálogos transconstitucionais.

Nessa senda, parece mais relevante, do ponto de vista transconstitucional, os desdobramentos interpretativos da mutação constitucional incidente sobre a (im) possibilidade de prisão civel do depositário infiel. A problemática dos Recursos extraordinários supracitados residia sobre o contraste entre o art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que vedava essa modalidade de sanção privativa de liberdade, e o art. 5º, LXVII CF, que a autorizava. Tradicionalmente vigorava no Brasil o entendimento de que os tratados internacionais, independente de sua natureza, possuíam hierarquia infraconstitucional. Tendo o Novo Código Civil previsto a prisão e sido promulgado pós-ratificação do Pacto de São José, aplicava-se a máxima *lex posterior derrogat priori*[650]. Esse entendimento, de longa data majoritário do STF, privilegiava, portanto, o aspecto formal (quórum de votação), em detrimento do aspecto material (direitos humanos), na determinação da hierarquia normativa destas convenções.

O paroquialismo da jurisdição constitucional brasileira era tamanho que se não só se faziam "vistas grossas" a todo arcabouço jurisprudencial interamericano como igualava materialmente o tratamento de direitos humanos ao de letra de câmbio objeto, do "*leading*

[650]Mesmo entendimento, aliás, assumida em 1964, pela Corte Constitucional da Itália em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos no então chamado caso Costa (MENDES, Gilmar. A justiça Constitucional nos contextos supranacionais. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010).

case" sobre o tema (RE 80.004/77-SE). O posicionamento permaneceu mesmo após a égide da Carta de 1988, a despeito do quanto dispunha o art. 5º, § 2º, CF, do fato de o acórdão paradigma fora ensejado em sede de controle difuso de constitucionalidade[651] e da circunstância histórica de ter sido prolatado por um Judiciário largamente impedido de realizar sua função institucional em um ambiente ditatorial[652].

Não obstante, novos ares se espraiaram pela jurisprudência do STF após a edição da Emenda Constitucional 45 de 2004, que alterara a redação do art. 5º § 3º CF[653]. De acordo com sua nova redação, passou-se a estipular que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por maioria qualificada, serão equivalentes às emendas constitucionais[654]. Nesse quadro, em um esforço de compatibilização intersistêmica, o STF reviu seu entendimento anterior, estabelecendo uma hierarquia *suis generis* aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da citada emenda. Esses tratados, sob o escólio dos ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes, mantiveram hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Desse modo, a norma autorizativa contida o art. 5º, LXVII CF mantém sua validade incontrastada pela normativa internacional, porém sua eficácia passa a ser submetida a um "efeito paralisante[655]". Destarte, a prisão civil do

---

[651]Cujos efeitos *erga omnes* desde a ordem constitucional anterior encontram-se sob condição suspensiva de manifestação do Senado Federal.

[652]A título de exemplo, vale dizer que o Pacto de São José da Costa Rica, apesar de firmado pelo Brasil à época, nunca fora ratificado enquanto perdurou o regime castrense. A própria política externa brasileira, à míngua de disposição expressa no texto constitucional de 1969 de tutela dos direitos humanos nas relações internacionais, praticava "cooperação repressiva" com demais ditaduras no cone Sul, como ilustra a "Operação Condor". Vale dizer que, inclusive, nesse contexto de ecxeção, houve o aumento expressivo de ministros do próprio STF, buscando o regime uma composição mais favorável a seus interesses. Manter *ratio decidendi* engendrada nessa época à ordem jurídica constitucional de 1988 restava, decerto, teratológico.

[653]Para uma discussão sobre o quadro geral das diferentes concepções doutrinárias antes e depois da EC 45/2004, vide: SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e tratados internacionais em matéria de direitos humanos: revisitando a discussão em torno dos §§ 2º e 3º do art 5º da Constituição federal de 1988. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito:* novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

[654]Nesse quadro, parece correto aduzir que "padecerá de inconstitucionalidade formal toda e qualquer tramitação inerente à inserção de tratado sobre direitos humanos cuja iniciativa não se dê em conformidade com o procedimento descrito no art. 5º, § 3º". (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Devido Processo Legislativo e Aprovação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/manoel-jorge-e-silva-neto/devido-processo-legislativo-e-aprovacao-de-tratados-internacionais-sobre-direitos-humanos>. Acesso em: 22 fev. 2013).

[655]A rigor, não obstante, vale dizer que a solução colimada, não é novidade tendo sido adotada em larga escala pela Europa do Leste sob o crivo da Comissão de Veneza. (LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *ECHR and national jurisdiction - The Görgülü Case*. *Humboldt Forum Recht.* Berlin, Beitrag 12, Seite 1, 2006).

depositário infiel tornou-se, na prática, pedido juridicamente impossível, o que levou ao STF cancelar sua súmula de nº 619 que tratava justamente do tema[656].

Desse modo compatibilizava-se a integridade tanto da Constituição brasileira como da Convenção Americana de Direitos Humanos como do próprio Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU.

Não se deve olvidar, nessa seara, que o transconstitucionalismo opera em mão dupla, não apenas devendo as jurisdições estatais analisar os precedentes de seus homólogos internacionais, como vice-versa. Nesse prisma, tanto o sistema europeu como o interamericano devem levar em conta autocompreensões constitucionais estatais se quiserem manter sua legitimidade decisória. Nesse ponto, resta interessante a mudança de jurisprudência de ambos os regimes regionais, no sentido de sufragar alterações operadas nos sistemas jurídicos dos Estados sujeitos a sua jurisdição. Exemplos dessa reciprocidade são citados por Marcelo Neves[657] tanto no orbe do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que aderiu ao entendimento da jurisdição inglesa sobre garantia de mudança de identidade sexual (*case Goodwin v. United Kingdom*), como na Corte Interamericana, que fundamentou seu conceito sobre de propriedade ancestral a partir de entendimento esposado pelo direito paraguaio (caso *Yakye v. Paraguai*).

Anne-Marie Slaughter aponta ainda uma série de práticas transconstitucionais praticadas entre ordens jurídicas nacionais e internacionais pela Suprema Corte do Zimbawê, Alta Corte de Israel, *British Council*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Todas essas instâncias jurisdicionais utilizaram-se, em seus julgados, por exemplo, interpretações e precedentes do TEDH, exercendo uma verdadeira "vontade de consulta" (*willing to consult*), a despeito da surpreendente (*striking*) ausência de autoridade formal do regime internacional de direitos humanos sobre seus países[658]. As decisões do Tribunal Europeu revestiram-se de autoridade não vinculante, porém persuasiva, articulando-se como *ratio decidendi* e não mero *obter dictum* nas aludidas jurisdições estatais.

Outra dimensão assaz significativa do transconstitucionalismo envolve as relações entre ordens normativas estatais e supranacionais. O conceito de supranacionalidade é aqui entendido como o entrecruzamento de sistemas jurídicos realizados mediante tratados que

---

[656]Cujo teor era o seguinte: "a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito".

[657]*Idem*.

[658]SLAUGHTER, Anne-marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*. Charlottesville, n. 40, p.1103-1124, 1999-2000, p.1110.

estabelecem competências administrativas, executivas e notadamente legislativas sobre seus Estados membros. A União Europeia configura único exemplo de organização dessa natureza no mundo hoje, em que pese os desenvolvimentos supranacionais da Comunidade Andina e da Corte Centro-Americana de Justiça[659]. Alguns autores falam de uma soberania europeia "dividida ou partilhada" apesar das resistências a esse conceito por ser a soberania (enquanto competência de competências), em si indelegável, salvo o exercício de algumas de suas prerrogativas.

Para Neves, atendidos alguns pressupostos, como simetria de nível de desenvolvimento, seria possível falar, deveras, em emergência de um constitucionalismo europeu. Entrementes, o surgimento de uma Constituição supranacional resta indissociável da existência de Constituições domésticas transversais (e não simbólicas ou semânticas) em um âmbito comum de Estado Democrático de Direito. Outro pressuposto é a existência de um povo constitucional determinante dos procedimentos supraestatais, de modo a fechar operacionalmente o sistema político, imunizando-o em face de interesses particularistas. Para Neves, há indícios que a integração europeia possa alcançar um patamar de heterolegitimação nos moldes da prática constitucional federativa alemã. O autor considera, porém, que apesar desses indícios, o modelo de comitologia europeu resta ainda muito restrito quanto à transparência democrática. A atuação dos comitês, em paralelo a um parlamento fraco, pouco favorece a emergência de uma esfera pública forte, pressuposto para o surgimento de uma Constituição supranacional.

Se o sistema político europeu encontra-se ainda deficitário, seja pela ausência de um povo constitucional, seja pela existência de uma esfera pública fraca (com um parlamento de legitimidade democrática deficitária), seu sistema jurídico encontra-se bastante desenvolvido. Não é outra conclusão que chega Gilmar Mendes ao afirmar que "a integração europeia passou gradativamente a ser protagonizada não pelos círculos diplomáticos em Bruxelas, mas pela atuação judiciária desses tribunais, que mantiveram certa independência em relação às chancelarias[660]". Nesse quadro, a relação entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) e dos tribunais constitucionais de seus membros torna-se exemplo significativo de interações transconstitucionais. A suposta primazia do direito comunitário, defendida pelo primeiro, é relativizada pelos demais, que o condicionam ao preenchimento de

---

[659]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[660]MENDES, Gilmar. *Direitos humanos e integração regional:* algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Brasil.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012, p.3.

determinados requisitos constitucionais internos, além de avaliar se dada matéria foi tratada igualmente em relação a outros Estados.

O conjunto de decisões mais célebres a esse respeito envolve a tensa conversação transconstitucional realizada entre o Tribunal Europeu e o Tribunal Constitucional alemão na série de casos "*Solange*[661]".

No primeiro julgado, de 1974, "*Solange I*", o tribunal considerava que "enquanto" (*solange*) não houvesse um catálogo comunitário de direitos fundamentais aprovado por um parlamento e compatível com a Constituição alemã, caberá controle próprio de constitucionalidade sobre as diretivas comunitárias. Esse julgado decorrera como reação sistêmica da jurisdição constitucional tedesca frente à tentativa do TJCE em firmar a supremacia do direito comunitário (e de sua interpretação sobre ele) no caso *Internationale Handelsgeselschaft* sobre importação/exportação de *commodities* na União Europeia. Percebe-se claramente a preocupação da jurisdição alemã, diante dos avanços operacionais do tribunal comunitário, em estabelecer limites interpretativos à esfera de proteção de direitos fundamentais.

No segundo julgado, de 1986, "*Solange II*", Karlusche considerou que já havia sido consolidado no âmbito comunitário, especialmente pelos próprios trabalhos de Luxemburgo, um grau satisfatório de proteção aos direitos fundamentais. Destarte, o tribunal alemão, asseverou que, "enquanto" (*Solange*) essa tutela protetiva constitucionalmente adequada, em especial seu núcleo essencial, fosse garantida pelas Comunidades Europeias, o *BVerfGE* não exerceria sua competência jurisdicional sobre a aplicação do direito comun.

Igualmente relevante fora a decisão *Mastricht*, de 1992, também chamado de *Solange III*, em que o *BverfGE* invocou o princípio democrático para limitar a transferência de soberania à União bem como reassentar sua competência de ser avaliador último da constitucionalidade do direito comunitário. Segundo Neil MacCormick, *Maastricht*, pela repercussão e ressonância que assumiu entre outros foros jurisdicionais na Europa, representou uma clara manifestação contrária às aspirações de supremacia da jurisdição comunitária, estabelecendo ali "uma baliza, uma linha desenhada na areia[662]". Esse tensionamento sistêmico decorre de uma legítima preocupação jurisdicional em face do que Robert Wintgen chama de obliteração voluntária (*l'effacement volontaire*) do direito estatal

---

[661]*Ibidem*. *Loc. cit*.

[662]Tradução livre do original: "*a marker, a line drawn in the sand*" (MACCORMICK, Neil. The Maastricht-Urteil: sovereignty now. *European Law Journal*. Marseille, v.1, n.3, p.259-266, 1995, p260).

em face de eventuais pretensões de sobretransposição (*surtransposition*) *ultra vires* da jurisdição comunitária[663].

Torna-se claro, portanto, que a discussão transconstitucional, especialmente no que tange a matérias sensíveis ao constitucionalismo, deve reforçar a diversidade do diálogo, o coral de vozes intercaladas e não fazer-lhe "ouvidos de mercador" ou firmar algum novel "*tenore di forza*".

4.3.2 Relações *inter* e *extra* estatais

O veio transconstitucional também pode ser identificado nas relações de tribunais constitucionais entre si. Assim, alguns de seus maiores exemplos encontram-se na África do Sul e na Polônia, onde a própria Constituição prevê expressamente a possibilidade de se interpretar seu catálogo de direitos, a partir tanto do direito internacional como estrangeiro[664]. Nesse prisma, no célebre caso *State v. Makwanyane*, em que foi considerada inconstitucional a pena de morte, a Suprema Corte sulafricana fundamentou sua decisão em precedentes homólogos dos EUA, da Alemanha, Índia, Hungria e Tanzânia. Por seu turno, a Suprema Corte da Índia, desde sua independência, fundamentou cerca de 25% de suas decisões em direito estrangeiro, ao passo que o Tribunal Federal suíço, por seu turno, verificou que 10% de seus julgados fazem referência[665].

Por sua vez, na Alemanha, o Tribunal de Justiça Federal (análogo ao STJ brasileiro) igualmente tem se valido, em vários casos de direito econômico, de precedentes constitucionais americanos e japoneses. Na própria polêmica do caso Caroline de Mônaco (antes de encaminhamento ao *BVerfGE*), este tribunal avalizou o direito à privacidade a partir do caso *Katz v. U.S*[666]. No mesmo sentido, segue a Suprema Corte do Canadá que no caso

---

[663]WINTGEN, Robert. *La réception des sources européennes par le droit allemand*. In: CENTRE D'ÉTUDES DES DROITS DU MONDE ARAB. *Les Sources du droit: aspects contemporaines*. Paris: Societé de Legislation comparé, 2007 .

[664]HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

[665]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[666]Trata-se de caso versando sobre os limites do instituto de busca e apreensão (*search and seizure*) no direito americano, especialmente os limites de interceptação telefônica em face do direito à privacidade.

Harvard College v. Canada[667], referente a patentes biotecnológicas, baseou-se no precedente constitucional estadunidense *Diamond v. Chakabarty*[668].

Por seu turno, conversações transconstitucionais interestatais nos Estados Unidos, como as interações internacionais já citadas, é deveras controverso. De um lado, posicionam-se *justices* como Antonin Scalia, que flerta abertamente com interpretativismo originalista[669] e faz questão de asseverar que "nunca devemos esquecer que é a Constituição dos Estados Unidos que estamos explanando[670]". De outro, *justices* como Stephen Breyer, encontram-se mais propensos à alteridade transconstitucional, assentando que "sua experiência [de ordens normativas externas] pode, não obstante, lançar luzes empíricas sobre as consequências de diferentes soluções a um problema jurídico comum[671]".

Vale apontar ainda, no caso brasileiro, que a referência ao direito externo é marcante nos julgados do STF, o que denota certa disposição a diálogos transconstitucionais dessa natureza, embora em alguns casos pareça haver mais uma a tendência bacharelesca à erudição estéril que vinculação com o caso examinado. Não obstante, Marcelo Nevesconsidera que essa situação está mudando, no sentido da jurisprudência estrangeira ser considerada, de fato, *ratio decidendi* dos julgados. Alguns exemplos citados são o HC 82.424/RS de 2003 sobre imprescritibilidade do crime de racismo e a ADI 3112/07 sobre o Estatuto do Desarmamento[672]. Se no primeiro houve referência à Câmara dos Lordes e a Suprema Corte americana, o segundo fora influenciado pela jurisprudência constitucional do *BVerfGE*.

O que impende salientar, nas relações interestatais do transconstitucionalismo, é a possibilidade de realizar um "*vitajo comparativo*" para citar expressão consagrada por Peter Häberle. Assim que, Luís Roberto Barroso[673], por exemplo, ao fazer referência ao caso da exposição fotográfica em veículos de comunicação de imagem de jovem *topless* em Praia Mole, Santa Catarina, remete à mesma problemática do caso Caroline de Mônaco. Por seu

---

[667]Trata-se à tentativa de patente de um camundongo geneticamente modificado.

[668]Trata-se de conhecido caso sobre propriedade intelectual que definiu limites mais *latos* possíveis acerca do direito de patente.

[669]O recurso hermenêutico à vontade dos pais fundadores (*founding fathers*) parece, à luz da tradição continental parece completamente ultrapassada, para não dizer estapafúrdia.

[670]Tradução livre do original: "*We must never forget that it is a constitution we are expounding*" (SLAUGHTER, Anne-marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*. Charlottesville, n. 40, p.1103-1124, 1999-2000, p.1118).

[671]Tradução livre do original: "Their experience may nonetheless cast an empirical light on the consequences of different solutions to a common legal problem" (BAUDENBACHER, Carl. Judicial globalization: new developments or old winer in new bottles? Texas International Law Journal. Austin, v. 38, p.505-526, 2003, p.520).

[672]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[673]BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

turno, ao tratar o autor do caso Doca Street, atinente a devida indenização ao protagonista de um crime passional ocorrido na década de 1970, pela produção de um programa televisivo sobre o ocorrido, capta a mesma problemática do caso *Lebach*. Embora não haja nesse tipo de interação a existência de ônus argumentativo a uma *res judicata* sobre um mesmo caso, as discussões sobre problemas análogos fornecem um extenso repertório tópico de matriz argumentativa plenamente utilizável para se alcançar fundamentação e sustentabilidade à interpretação constitucional.

Em última instância, as interações interestaias do transconstitucionalismo servem como repositório daquilo que Luhmann alcunhara de reserva criativa do sistema jurídico.

Além das relações *inter* estatais, Marcelo Neves traz à baila relações transconstitucionais de composição *extra* estatais, envolvendo sistemas jurídico-constitucionais e ordens arcaicas, com pressupostos antropológico-culturais incompatíveis com o próprio modelo reflexivo do constitucionalismo. No particular, o Marcelo Neves adverte acerca das consequências destrutivas de imposição unilateral valores jurídicos, propondo em seu lugar, a adoção de institutos alternativos de diálogo, como tem feito alguns modelos constitucionais comunitário-plurinacionais encontrados na América Latina. A Carta Magna da Bolívia expressa claramente a tutela a autonomia e autogoverno das comunidades autóctones do país, e a do Peru prevê jurisdição própria dessas comunidades. Já no Brasil, a Constituição reconhece apenas direitos originários sobre as terras dos índios (art.231 CF), se adotando aqui um modelo ambivalente de tutela (subordinação/proteção) das comunidades indígenas pelo Estado nacional. Independente do modelo adotado, colisões normativas são comuns.

Um exemplo ilustrativo repercute no campo da liberdade sexual, cujas diferenças culturais podem ensejar, na leitura do sistema estatal, o tipo penal de estupro presumido de menores[674]. No Peru, casos dessa natureza são tratados à luz do conceito de erro de compreensão culturalmente condicionado. A depender do grau de escusabilidade, essa circunstância pode converter-se em excludente de punibilidade ou atenuante da pena. Caso ainda mais delicado envolve a hipótese de infanticídio. Nesse ponto, os índios Suruabá, costumam matar os recém-nascidos com deficiência. Os Yawanawa adotam o mesmo procedimento em caso do nascimento de gêmeos. Já os Yanomami atribuem à mulher o direito de decidir sobre a vida da criança, ao nascer. Trata-se da mesma problemática similar a que envolve o ritual do "*fanado*", prática cultural comumente realizada em países islâmicos

[674]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.220.

da África subsaariana, que atinge cerca de 115 milhões de mulheres em todo o mundo à excisão clitoriana[675]. A aludida mutilação genital feminina possui forte componente identitário de modo que a atividade dada comunidade, não é considerada violência, mas algo natural.

Nesses casos, a circunstância do transconstitucionalismo ser afeito a posturas impositivas, não significa dizer que o respeito à alteridade que propõe possa servir de apanágio a uma *cultural defense* sem peias.

A alternativa transconstitucional passa por uma convivência multicultural em que seja a garantida de um foro étnico, de modo que a solução de conflitos seja resolvida *motu própria*, mas suscetível ao diálogo. Em síntese, pelo paradigma transconstitucional, o papel do Estado deve intermediar dissensos no interior da coletividade, de modo a evitar abusos, sempre em diálogo com a comunidade. Desse modo, evita-se um "imperialismo dos direitos humanos" capaz de provocar o "etnogenocídio" que seria a imposição *tout court* de criminalização de práticas ancestrais[676]. Para além da tolerância, trata-se de admitir a autonomia da esfera comunicativa do outro; uma postura de moderação por parte do Estado em prol da convivência de ordens normativas diversas, para além do dilema entre relativismo ético e universalismo moral.

4.3.3 Relações transnacionais

Ordens jurídicas globais de caráter privado ou quase público também se relacionam transversalmente com a Constituição estatal. Essas ordens são regidas por uma lógica sistêmica peculiar, funcionalmente diferenciada do Estado.

O exemplo mais célebre é o da *Lex Mercatoria*, reproduzida em especial em contratos e arbitragens que solucionam litígios e redirecionam expectativas normativas no âmbito da economia mundial. Nesse contexto, é de se advertir seu caráter pouco propenso a diálogos transconstitucionais, tendo em vista primazia atribuída à *Lex Mercatoria* à eficiência econômica, não subordinando-se ao princípio jurídico-constitucional da igualdade. A sujeição dessa constituição civil ao código binário econômico valeu-lhe a crítica de ser uma espécie de

---

[675]DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoriana. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/DiasAugusto1.pdf>. Acesso em 22 Fev. 2013.

[676]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.228.

"direito corrupto[677]". O transconstitucionalsimo no particular busca, através de considerações recíprocas, cotejar *Lex Mercatoria* e ordens constitucionais estatais, a fim de evitar eventual estatalismo ideológico dissociado da realidade e/ou um privatismo puramente estratégico de efeitos destrutivo para sociedade mundial. Um exemplo dessa interação é o Comitê de Basileia, que normatiza operações bancárias transnacionais, vinculando diretamente a administração dos Bancos Centrais de diversos países, independente de ratificação estatal. Ou seja, suas normativas imprescindem de convalidação por parte do país onde estejam localizadas. *A Lex Mercatoria* encontra-se deslocalizada em face da ordem jurídica estatal.

Outro exemplo significativo de ordem transnacional é a *Lex Sportiva*, voltada à conexão funcional entre associações esportivas no plano mundial. Sua interação com ordens constitucionais configura-se por vezes problemática, tendo em vista seu impacto no campo da liberdade contratual e profissional. As colisões em geral ocorrem entre o princípio de inafastabilidade do Judiciário e acesso à justiça, em face da reserva de jurisdição em matéria específica aos Tribunais esportivos. Nesse sentido de autonomia funcional, se posiciona a mais alta instância transnacional do direito esportivo, o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), localizado em Lausanne, na Suíça. A própria possibilidade de revisão do julgado por tribunais suíços é relativizada tendo em vista a mobilidade de sede da entidade, prevista, aliás, no próprio estatuto do tribunal. Desse modo, o TAS tem afastado pretensões normativas estatais que não coadunem com seus critérios e procedimentos, como em casos de matéria contratual e penalidades disciplinares. A jurisdição dos Estados é utilizada apenas em caráter supletivo ou se expressamente acordado entre as partes. Em geral, a justificação dessa autonomia baseia-se na garantia de igualdade de procedimentos em face de atletas sujeitos a múltiplas nacionalidades, logo programas normativos diversos. Em tese, um Estado, no espaço de sua jurisdição, pode impor suas decisões, mas em última instância isso teria o efeito colateral nefasto de exclusão de seus atletas de competições internacionais[678]. Não obstante, a afetação

---

[677]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.112.

[678]Um exemplo comezinho e recente acerca de interações transnacionais envolveu a punição aplicada pela Confederação Sul-Americana de Futebol (Conmebol) em face do Clube Corinthians Paulista, devido ao assassinato de um adolescente da torcida adversária em jogo disputado em Santa Cruz de la Sierra, Bolívia. A sanção desportiva em comento tinha como objeto a vedação do ingresso de torcedores da aludida agremiação nos próximos jogos realizados pelo time brasileiro em certa comeptição internacional de futebol (Libertadores da América). Não obstante, quatro pessoas, imbuídas de liminar da justiça brasileira, tiveram seu acesso ao estádio na primeira partida que sucedeu o ocorrido. Se de um lado, fora legítimo o posicionamento do Judiciário nacional, nada obsta que a Conmebol, tendo em vista o descumprimento de sua deliberação, imponha outras sanções ao Corinthians, inclusive a expulsão de competições organizadas pela entidade.

de questões de ordem pública torna a intervenção estatal imperativa. Daí a necessidade de diálogo transconstitucional entre ambas as ordens normativas.

A *Lex digitalis* é outra ordem jurídica transnacional, destacando-se, no particular, a força regulatória da *ICANN – Internet Corporation of Assigned Names and Numbers*, entidade criada pela administração Clinton, em 1998. Ao regular o fluxo de comunicações no espaço virtual, essa esfera normativa enseja importantes impactos na regulação do comércio eletrônico, propriedade intelectual e direitos de personalidade. O fato é que as ordens estatais não têm o poder de impor a revogação de atribuição de domínio à dada entidade. Nesse ponto, resta imprescindível dialogar com o *ICANN* que, enquanto entidade privada, decide conforme suas próprias normas. Nesse campo, questiona-se sua legitimidade, em vista da falta de transparência de seus procedimentos, sujeitas à volatilidade de alguns *stakeholders*. Outra dificuldade é que, apesar de gozar de relativa autonomia em face do governo americano, esta, porém, é precária. Administrativamente, a *ICANN* pode ter sua atribuição revogada por ato de governo, não possuindo capacidade de "mobilização" como a *Lex mercatoria* ou *sportiva*. Não se trata, portanto, a rigor, de transconstitucionalismo, a não ser em uma perspectiva bastante assimétrica entre ordens jurídicas estatais em face dos próprios EEUU.

Marcelo Neves, por fim, considera o próprio terrorismo como ordem jurídica transnacional, ainda que em seu sentido "negativo". Neves propugna que a atuação do grupo terrorista deve ser enfrentada "como proposta alternativa para outra 'ordem' mundial [*sic*][679]". Nesse sentido, aponta para necessidade de diálogos transconstitucionais entre a ordem constitucional interna americana, a rede transnacional "parajurídica" da Al-Quaeda e organizações internacionais como a OTAN, de modo a evitar a aplicação de um "direito penal do inimigo" em detrimento do *rule of Law*, como ilustra a prisão de Guatánamo. É preciso, contudo, tomar muito cuidado com essa alocução, afinal, para que alguma racionalidade transversal se desenvolva, é necessário que haja ordens jurídicas atentas aos problemas básicos do constitucionalismo moderno: limites ao poder e tutela de direitos. Regimes autoritários e especialmente o terror, conquanto terreno de exceção e violência, não são ambientes propícios ao diálogo; não são antípodas apenas à ordem internacional, mas à própria essência de um direito que se queira (trans) constitucional.

4.3.4 Relações multiangulares

[679]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.254.

Marcelo Neves[680] elenca ainda uma série de exemplos de prática transconstitucional de níveis múltiplos. Um deles refere-se ao posicionamento do *Conseil Constitutionnel* francês ao interpretar dispositivo sobre liberdade religiosa contido no Tratado Constitucional Europeu. À primeira vista, parece uma interação entre ordem jurídica estatal e supranacional comunitária. Contudo, o aludido órgão, ao exercer sua atividade interpretativa, serviu-se como base de julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ou seja, uma jurisdição internacional. Em outras palavras, a Corte alicerçou seu entendimento sobre normativa supranacional (Tratado Constitucional) em sua interação constitucional interna (Constituição da República), a partir da ordem internacional (Convenção Europeia); ou seja, entrelaçando três "níveis" normativos.

Outro exemplo envolve a *Lex sportiva*. No caso *Bosman v. Kolpak* julgado pelo TJCE, o tribunal considerou atentatória ao direito de concorrência, cláusula de Regulamento da FIFA que limitava o número de jogadores estrangeiros em clubes nacionais. A força normativa do direito comunitário, ao agregar diversos países, serve de subsídio às ordens jurídicas internas. Nesse sentido, estabelece um diálogo mais parelho com o direito esportivo transnacional. Notificada a FIFA, a mesma alterou sua normativa interna.

Outra interlocução multiangular é o processo *Hazel Tau v. Glaxo and Boehringer*. O caso, julgado pela Comissão de Medicação da África do Sul, tratava sobre quebra de patente de medicamentos antirretrovirais de modo a garantir acesso a saúde aos acometidos de Aids. O caso envolveu dimensão estatal (ordem jurídica sul-africana), transnacional (*Lex Mercatoria*) e internacional (direitos humanos).

O problema da biopirataria igualmente envolve interações múltiplas, entre disposições de direito interno, propriedade intelectual, e direitos ancestrais. Na Europa, em vista à própria proximidade geográfica, não são raros exemplos de referências cruzadas triangulares entre diversos países.

Já os problemas ambientais da instalação da usina nuclear de Sellafield entre Reino Unido e Irlanda envolveram três diferentes procedimentos jurisdicionais: o primeiro em frente a um Tribunal Arbitral de acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre direito do Mar, o segundo referente à Convenção de Proteção do Meio ambiente do Nordeste Atlântico e o terceiro sob o escólio da Comunidade Europeia.

Existe ainda o entrelaçamento entre direitos humanos garantidos internacionalmente e direitos fundamentais tutelados supranacionalmente. O maior exemplo deste tipo de relação

---

[680]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.235 e *ss*.

transconstitucional ocorre entre o TEDH e o TJCE, figurando o primeiro mais como doador que receptor de sentidos normativos; o que não quebra o diálogo, posto não haver imposição de sentidos normativos.

Em um veio pluridimendional, Neves destaca ainda os problemas referentes aos direitos de comunidades indígenas (plano extraextatal), dos estados em que elas se situam (plano estatal) e de direitos humanos (plano internacional), em especial em face da Convenção 169 da OIT.

Por fim pode ser citado como exemplo de Transconstitucionalismo em níveis múltiplos, o caso da importação de pneumáticos usados pelo Brasil, envolvendo o direito constitucional brasileiro, a Organização Mundial de Comércio (OMC) e as ordens normativas de Uruguai e Paraguai. Em reclamação na OMC, o Brasil conseguira provimento para, em vistas a defesa do meio ambiente, a proibir a importação de pneumáticos oriundos da União Europeia. O órgão de apelação da OMC, contudo, estabeleceu como condicionante que o país sustasse aquisições análogas no âmbito do Mercosul. Entrementes, o Tribunal Permanente de Revisão deste bloco comercial já havia entendido que esse tipo de vedação afetava as diretivas de livre concorrência regional. Em paralelo, fora ajuizada ADPF 101/06 no sentido de ser declarada inconstitucionalidade dos dispositivos legais autorizativos da importação de pneus recauchutados à vista do art 225 da CF. Essa situação ilustra bem o emaranhado de pretensões normativas transconstitucionais envolvidas.

Marcelo Neves, portanto, destaca a necessidade de conversação entre todas as ordens jurídicas envolvidas, de modo a evitar posições de política externa inconsistentes e inadequadas derivadas de um "pragmatismo simplório" e "provincianismo jurídico-constitucional[681]".

4.4 LIMITES E POSSIBILIDADES DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O transconstitucionalismo, embora exigência normativo-funcional do sistema jurídico no orbe global, queda ainda produto escasso, restrito a poucos âmbitos privilegiados de uma sociedade mundial acentuadamente assimétrica. Como bem diz Gunther Teubner, "no mar da globalidade há apenas ilhas de constitucionalidade[682]". O desenvolvimento de racionalidades

[681]NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.247-248.

[682]Tradução livre do original: "*In the sea of globality there are only islands of constitutionality*". (TEUBNER, Gunther. Constitutionalising polycontexturality. *Social and Legal Studies*. London, n.19, p.1-25, 2010, p.14).

transversais entre ordens jurídicas enfrenta, portanto, uma série de obstáculos no desenvolvimento autopoiético do direito, seja no interior, seja no exterior da comunidade política estatal.

No plano externo, esses obstáculos refletem-se no processo de colonização do direito por outros sistemas sociais, especialmente a economia e a política. Nesse sentido, pode-se dizer que a esfera pública global encontra-se, no mais das vezes, asfixiada pela a hipertrofia do sistema econômico, pela expansão destrutiva dos mercados. É o caso, no campo transnacional, quando o código binário econômico instrumentaliza o jurídico, submetendo o direito de Estados frágeis às determinações da *Lex mercatoria*, em beneficio de grandes empresas multinacionais. Nesse campo, à medida que grandes corporações atuam como verdadeira "guarda pretoriana" de tiranetes do terceiro mundo[683], o direito é instrumentalizado em benefício do capital e em detrimento da cidadania, o que impede diálogos transconstitucionais.

Dificuldade análoga remete à primazia do código de poder sobre o direito internacional, quando aplicado em face das grandes potências. A assimetria política resta incompatível com a manutenção de dissenso conteudístico que caracteriza a esfera pública plural do transconstitucionalismo[684]. Os Estados Unidos são um grande exemplo dessa limitação: furtam-se a obrigações de desarmamento, não aceitam a jurisdição de cortes internacionais, e estabelecem práticas contrárias ao *rule of Law* (como a prisão de Guantánamo). Além disso, Estados fortes também podem atuar de maneira destrutiva em face do direito de outros entes estatais, em forma de neocolonialismo disfarçado. Ademais, a nova (des) ordem do mundo, com o ocaso do equilíbrio geopolítico oeste-leste enseja processos de "tribalização política" e "barbarização periférica" com o recrudescimento de conflitos étnicos e fortalecimento de fundamentalismos[685].

Essas circunstâncias, contudo, não têm o cóndão de limitar *ex ante* quaisquer interações transconstitucionais a alguma sorte de regionalismo pluriversalista em decorrência de um conflito entre culturas "próprio da natureza humana [*sic*]" como faz Antônio

---

[683]MARSHALL, James. *Espadas e símbolos*: a técnica da soberania. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.106.

[684]No mesmo sentido, embora com referencial teórico diverso, Otávio Cançado Trindade assevera residir justamente na abertura dissensual pluralista a *ratio essendi* de um modelo constitucional internacional. (TRINDADE, Otávio Cançado. A constitucionalização do direito internacional – mito ou realidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.45, n.178, p.271-284, abr.-jun./2008).

[685]BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

Teixeira[686]. Esse entendimento, que guarda forte proximidade do conceito de "choque de civilizações[687]" (*Clash of civilizations*) de Samuel Huntington, não parece uma leitura adequada da sociedade mundial. Conquanto o conflito seja algo inexorável do convívio humano (tanto quanto o seja a solidariedade) é flagrantemente inadequado enfatizar sua compostura intercultural. Tal posicionamento invisibilisa toda sorte de dissídio ocorrido no interior de uma mesma comunidade de tradição.

Essa suposta condicionante étnico-civilizacional parece soçobrar perante seus próprios fundamentos. Não parece coerente falar, de um lado, *vg* em identidade étnico-cultural europeia e, de outro, na predominância de conflitos entre civilizações, tendo em vista que fora justamente no velho mundo o local das mais violentas guerras da história da humanidade. O pluriversalismo parece cometer o equívoco conceitual que faz referência Karl-Heinz Ladeur[688] ao corresponder *etnos* e *demos*. A tradição, cultura ou etnia, não são os únicos elementos, quiçá os mais importantes catalisadores de solidariedade (transconstitucional) como ilustra *vg* o foro de Cortes Constitucionais BRICS-IBAS. Em suma, definir uma pré-compreensão de incomensurabilidade étnica e cultural parece ser uma resposta muito pouco apropriada à realidade empírica. A exigência funcional de regulamentação global do sistema jurídico em torno de problemáticas constitucionais comuns transpassa as fronteiras estatais. Não parecem ter mais sorte os lindes artificialmente impostos por pretensos espaços civilizacionais.

No particular, parecem mais promissoras as limitações tecidas ao desenvolvimento do direito dos povos, nos termos que lhe dá John Rawls, que restringe a sua realização às democracias constitucionais "razoavelmente justas", inseridas no plexo de sociedades liberais dos ditos "povos decentes[689]" (*decent people*). As características desses povos assentam-se na

---

[686]TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *A teoria pluriversalista do direito internacional.* São Paulo: Martins Fontes, 2011., p.291.

[687]Hunttington considera que a política mundial atual, pela primeira vez em sua história, é caracterizada por uma ordem multipolar e civilizacional. Nesse quadro, coletividades baseadas em raízes culturais substituem os blocos ideológicos da guerra fria em torno de oito grandes civilizações: sínica, japonesa, hindu, islâmica, ortodoxa, ocidental, latino-americana e africana. Cada um desses espaços organiza-se na forma de círculos concêntricos ao redor de "Estados núcleos" que assumem doravante, regionalmente, o papel outrora desempenhado pelas superpotências. Entre esses espaços civilizacionais desenvolvem-se "linhas de fratura" (*fault lines*) com inevitáveis conflitos interculturais e cuja única possibilidade de paz é o distanciamento seguro. (HUNTTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997).

[688]LADEUR, Karl-Heinz. Towards a legal theory of Supranationality. *European Law Journal*. Marseille, v.3, n.1, p.33-54, mar. 1997, p.36.

[689]RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p.16. Ao lado dos povos decentes (*decent people*), Rawls enumera Estados fora-da lei (*outlaw states*), sociedades

existência de um governo constitucional justo que serve aos interesses fundamentais de seus cidadãos, garantindo direitos a todos, estabilidade democrática, patriotismo adequado, igualdade justa e devido respeito à comunidade internacional. Esse conjunto de predicados culmina na teoria da paz democrática (*peace democratic proposition*) segundo a qual, duas comunidades políticas organizadas democraticamente não entram em conflagração bélica entre si, fato esse de curiosa regularidade histórico-empírica[690]. No mesmo sentido, aponta de maneira anedótica Kant, em seu opúsculo À Paz perpétua, que até uma "nação de demônios" [*sic*] seria pacífica se bem ordenada por preceitos republicanos[691].

Desse modo, parece muito mais apropriado salientar uma maior facilidade no estabelecimento de pontes de transição transconstitucionais mediante comunidades políticas que gozem alguma sorte de patriotismo constitucional (*Verfassungspatriotismus*) em comum e não, em absoluto, critérios étnico-culturais. Afinal, "a identidade coletiva não pode mais se dar com fundamento na homogeneidade cultural, mas na convivência sob os mesmos valores do Estado Democrático de Direito[692]". Nesse quadro, não obstante, o *jus commune* constitucional tenha tido como origem o eixo europeu-atlântico, sua abertura preditiva envolve, em maior ou menor grau, outros países e culturas[693].

Por seu turno, no plano interno à sociedade estatal, as dificuldades do transconstitucionalismo caracterizam-se pela assimetria das "formas de direito", notadamente nos países de modernidade periférica[694]. Nesse ambiente, não houve efetiva diferenciação funcional capaz de ensejar autonomia sistêmica ou a construção de uma esfera pública efetiva. Em uma análise luhmanniana, pode-se dizer que na modernidade periférica a complexidade social toma forma desestruturada e desestruturante, com ordens comunicativas assumindo

---

oneradas por condições desconfortáveis (*societies burdened by unconfortable conditions*) e modelos políticos de "absolutismo benevolente" (*benevolent absolutism*). Embora pertinente, essa classificação parece, contudo, demasiado próxima da categorização etnocêntrica de países periféricos empreendida pela diplomacia estadunidense.

[690]Não obstante, o próprio Rawls reconheça que estados liberais possam realizar atividades anticonstitucionais como a deposição de Mossadegh no Irã e Allende no Chile pelos Estados Unidos, respectivamente nas décadas de 1950 e 1970.

[691]KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

[692]CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2012, p.44-45.

[693]HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.268-270.

[694]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.279-280. As "formas do direito", para Neves, não se referem à conotação marxista de alienação, mas aos modos de relação que o código-diferença do direito se relaciona com critérios e preferências de decisão (de normas positivas e consuetudinárias, passando por modelos dogmáticos a precedentes judiciais). Essas assimetrias podem ensejar mecanismos difusos de opressão, sobrepondo a autonomia de certas formas de direito sobre outras.

formas auto e heterodestrutivas. Dito d'outro modo, na periferia do sistema mundial, há uma "incapacidade relativa dos sistemas funcionais para estruturar a adequadamente complexidade[695]".

Essa situação engendra uma abertura negativa e desorganizada ao futuro, pouca fiabilidade na convergência de expectativas sociais, fim funcional do direito. A situação agrava-se diante da crescente indiferença da população em relação ao conteúdo das decisões políticas. Essa apatia da esfera pública torna ainda mais deficitária a pressão sistêmica catalisadora da capacidade de reprodução autopoiética do sistema jurídico. Destarte, em termos de autorreferência, pode-se falar de alopoiese social do direito, cuja díade comunicativa lícito/ilícito, dissolve-se diante de outros códigos de preferência, como relações familiares e de amizade[696].

Em outras palavras, o código (i) lícito perde sua força de "segundo código de poder" e "o Leviatã se vê perdido diante da complexidade social[697]". Há uma crise de identidade do direito, assaltada por bloqueios comunicativos que tornam a própria prática corruptiva, de exceção à regra social. Na América Latina, e no Brasil em particular, há, portanto, uma tendência à generalização de corrupção sistêmica, provocando verdadeiras "patologias da normalidade[698]". Essa desdiferenciação funcional é característica da história institucional brasileira, onde grassa um espécie de cultura de *boudoir*, de "alcova", da falta de transparência, que confunde o público com o privado. Decorrente de uma herança patrimonialista, "a comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem[699]". Nesse contexto, "para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular[700]". O obstáculo central do transconstotucionalismo na modernidade periférica, portanto, não se encontra em insuficiente abertura cognitiva, mas na carência fechamento normativo em face de injunções sociais particularistas que degradam semanticamente a Constituição.

---

[695]_____. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social na América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.201.

[696]É o caso do nepotismo que grassa as fileiras do serviço público e que fora objeto de Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal.

[697]NEVES, Marcelo. *Op. cit*., 2008, p.242.

[698]_____. *Op. cit*., 2012, p.205.

[699]FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 2001, p.866.

[700]HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.73.

Esse quadro é refletido pela generalização de relações recíprocas de (a) sub e (b) sobreintegração. Os subintegrados são aqueles indivíduos marginalizados que não têm acesso a direitos, mas encontram-se subordinados a deveres e às estruturas do *jus puniendi* estatal. Os sobreintegrados, por seu turno, são aqueles que têm acesso a direitos sem se vincularem efetivamente a deveres, afeitos a uma lógica de impunidade. Ambos, sub e sobreintegrados, portanto, encontram-se fora, "excluídos" do horizonte jurídico, um "abaixo" dele, o outro, "acima[701]". Tanto uns como outros são carentes de cidadania, sinalagma entre direitos e deveres. Enquanto grassar a impunidade dos extratos sociais sobreintegrados, o fetichismo da lei encerrará verdadeiro "autismo jurídico" discriminatório em face das parcelas subintegradas da população. Nessa senda, a Constituição perde a simetricidade seletiva entre sistema jurídico e político, sua função estrutural de acoplamento, o que enceta um distanciamento entre texto normativo e realidade social. Esse *gap* de legitimação democrática entre aspirações sociais e realidade constitucional encerra seu "quebrantamento", ou seja, a perda de seu teor nomológico[702].

Na alocução de Marcelo Neves essa perda de força normativa da Constituição ou, em termos sistêmicos, de sua capacidade de congruência generalizante de expectativas, comumente vista na modernidade periférica, é reforçada pelo processo de simbolização textual de seus preceitos funcionais[703]. O texto constitucional é instrumentalizado para, de um lado, (função negativa) confirmar valores e demonstrar capacidade de ação do Estado; e do outro, (função positiva) firmar compromissos dilatórios, adiando *sine die* a solução de conflitos sociais. Nesses termos "Leviatã não apenas subjuga Têmis; através do texto constitucional hipertroficamente simbólico, ele também a usa como meio lúdico ou como fachada que esconde sua impotência", na forma de uma "constituição álibi[704]".

Nesse contexto, o Estado, no mais das vezes, é apresentado como *local hero* e a solução sugerida é seu fortalecimento[705]. Contudo, a "desjuridicização fática" (no sentido de perda de eficácia social do direito) não pode ser resolvida com mais "juridicização de

---

[701]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.250.

[702]LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona. Ariel, 1964.

[703]NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[704]_____. *Op. cit.*, 2008, p.257.

[705]Essa, aliás, parece ser a perspectiva que subjaz o substancialismo de Lênio Streck quand aduz que "O agente principal de toda política social deve ser o Estado" (STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.26), ou quando milita pela "transformação em profundidade do modo de produção capitalista" (*Ibidem*, p.38) a partir do modelo de Constituição dirigente, considerado superado pelo próprio Canotilho.

expectativas" (em termos de inflação normativa) e sim pela superação das "condições desjuridicizantes" do ente estatal[706]. A solução possível, portanto, não é simplesmente fortalecer o sistema político (Leviatã), mas aperfeiçoar sua relação construtiva com o sistema jurídico (Têmis). Embora o Estado de Direito não possa ser considerado um *local* ou tampouco um *global hero*, ele ainda é o *locus* de conformação mais adequado aos imperativos sistêmicos de uma sociedade heterárquica e policontextural, cada vez mais dinâmica e flexível.

Não obstante as notórias dificuldades, para Marcelo Neves a promoção da inclusão e o combate às diversas formas de corrupção sistêmica é mais eficaz no transconstitucionalismo posto que a alteridade transconstitucional permite a universalização de direitos para além da filiação comunitária ou nacional[707]. Ainda resta, contudo um longo caminho a ser percorrido para que a racionalidade transconstitucional sobrepuje as dificuldades com as quais de defronta dentro e através das fronteiras estatais.

Nos dizeres iluminadores de Norberto Bobbio "a única razão para ter esperança é que a história conhece tempos longos e tempos breves. [...] os profetas dos tempos felizes olham para longe[708]".

---

[706]*Ibidem*, p.241.

[707]Em sentido contrário, Daniel Sarmento (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional:* teoria da constituição. Salvador: JusPodivm, 2009, p.45) considera que o paradigma sistêmico em geral atua como "mecanismo de cristalização de diferenças sociais, mantendo a hiperinclusão de uns, ao preço da exclusão de outros". Contudo, parece haver o citado autor incidido, no particular, em alguma confusão conceitual entre a descrição que a teoria dos sistemas faz da realidade social periférica e sua proposta normativa, como a desenvolvida pelo transconstitucionalismo.

[708]BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004, p.210.

5 CONCLUSÃO

A discussão transconstitucional referente ao contrachoque de ordens normativas diversas no plano global insere-se em uma conjuntura epistêmica político-jurídica de características (pós) modernas. Esse contexto trouxe à tona as consequências nefastas e insuficiências teóricas de um narcisismo interpretativo eminentemente positivista, insensível às contingências sociais e castrador de um ideário de efetivação de direitos *across borders*[709]. É nesse ambiente que ocorre o entrechoque entre interesses de "velhos" e "novos" atores internacionais confrontando o fetiche da soberania contra o imperativo sistêmico de interpretação constitucional que se abra a miríade de alternativas de sentido normativo no âmbito de uma sociedade mundial.

Sabe-se bem que a tradição epistemológica da filosofia do sujeito faz sentir na Teoria da Constituição, o desenvolvimento dogmático de um despotismo da racionalidade nomotética, do reinado da interpretação subsuntiva, com especial resistência ao reconhecimento de posturas dialógicas (transconstitucionais) com outras ordens sistêmicas. O déficit de referência consubstanciado naqueles paradigmas "surge como proposta ordenadora e integrativa manifestamente desajustada[710]". Uma interpretação constitucional hermética não atende às especificidades das demandas originadas em uma sociedade de massas, complexa e conflituosa, muito menos um ambiente de múltiplas alteridades jurídicas no âmbito da sociedade global.

Resta necessário, portanto, adequar os parâmetros interpretativos constitucionais a corpos sociais pluralistas e em constante transformação, verdadeiros policontextos sociais, que tencionam a ordem constitucional de maneira transescalar. Nessa seara, não se pode perder de vista que a hiper-especialização do conhecimento enseja um *approcach* reducionista que retalhas contextos e atrofia possibilidades de compreensão. O modelo epistemológico representacionista, pelo qual o conhecimento baseia-se em representações mentais de um mundo-objeto, acaba por ensejar distorções pautadas por unilateralismos incompatíveis com a hipercomplexidade (pós) moderna.

---

[709]No sentido empregado por Amartya Sen, pelo qual o senso de identidade vai para além da nacionalidade, ligando indivíduos através de afiliações outras, múltiplas e desterritorializadas, erodindo o sentido clássico de fronteira nacional. (SEN, Amartya. Justice across borders. In: CRONIN, Ciaran; GREIFF, Pablo de. *Global justice and transnational politics:* essays on the moral and political challenges of globalization. New Baskerville: MIT Press, 2002, p. 37-51).

[710]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.121.

A proposta sistêmica é um convite à suspensão desse tentador hábito de pensamento; ela propõe sua substituição pela auto-observação do sujeito (jurista) sobre o mundo, enquanto unidade da diferença sistema/ambiente. O paradigma sistêmico luhmanniano, ao abarcar os paradoxos inerentes à circularidade cognitiva, permite lançar um novo olhar sobre a interpretação constitucional, retirando o enfoque sob seus elementos constitutivos em prol da análise de sua dinâmica estrutural. Construtos teóricos como a autopoiese do sistema jurídico e justiça como fórmula de contingência são instrumentos promissores para fazer frente à crescente demanda de regulação de uma sociedade inserida em um sistema mundial multiangular e em reterritorialização contínua.

Os tradicionais cânones interpretativos consubstanciados desde o Estado clássico, perpassando pelo Estado Social e mesmo o tão em voga neoconstitucionalismo não se encontram aptos a fazer frente à complexidade crescente das irritações recíprocas entre normatividades análogas. Suas propostas teóricas são pouco propensas a dialogar com pressões que sejam estranhas a seu *locus* emanador de sentido, em regra certa tradição estatatizante que, ou subordina as demais ordens jurídicas a sua única pretensão de validade, ou busca um novo ponto de partida hierarquizante em um elemento supranacional ou comunitário que faça às vezes de alguma sorte de Estado global.

Continuar a interpretar a Constituição nos moldes de um Juiz Júpiter ou Hércules torna-se de certo modo um voo de Dédalo. As respostas desses arquetipos soam descompassadas, pois foram vocacionadas à responder problemáticas radicalmente diferentes às que emergem no horizonte comunicativo jurídico da atualidade. Na alegoria olímpica, a primazia reside na figura de Hermes e ao paradigma sistêmico que lhe subjaz. Este paradigma permite ao operador/pensador do Direito observar a vertigem fundamental do movimento do mundo como "jogo" (*jeu*) a que alude Gilles Deleuze[711], cujas configurações de sentido não são reflexos de alguma essência, mas articulações funcionais. Nos dizeres de Tércio Sampaio Ferraz[712], "cabe o jurista, com base na ciência dogmática, operar a possibilidade [desse] jogo", que "não tem fim, mas também não tem começo[713]". E não é despiciendo dizer que "*amplio resulta el juego que ofrecen los datos constitucionales*[714]".

---

[711]DELEUZE, Gilles. *Logique du sens*. Paris: Éditions de Minuit, 1969.
[712]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007, p.197.
[713]*Ibidem*, p.364.
[714]MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo Martín; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988, p.31.

Nesse ambiente, a interpretação constitucional deve levar em consideração o máximo de possibilidades de sentido através de um "pensamento estratégico ecologizante[715]". Devido à comunicabilidade do código jurídico, resta imperativo sistêmico levar em consideração na autopoiese do direito as contradições e sublevações aportadas pela multiplicidade de arenas políticas do social. Nesses termos, o sistema jurídico descortina-se como "um sistema de interações múltiplas, situado e aberto, pois se inscreve em um mundo contingente, estruturante/estruturado, constituído por vários outros sistemas[716]". Nesse contexto, a higidez da concepção clássica de interpretação constitucional cede lugar à transcomunicabilidade de relações jurídicas transversais, multíplices e desterritorializadas. Destarte, a doutrina jurídica nacional não pode acomodar-se a antigas distinções entre fronteiras domésticas e política exterior, *baixa* e *alta* Política (*low* e *high Politics*), infenso às confluências de *Soft Law*.

Resta necessário, portanto, uma crítica ao solipsismo constitucional; "abrir" suas fronteiras às contingências do real. A construção de uma semântica jurídica integradora quedam desafios imanentes à interpretação constitucional na alba deste novo milênio. A preocupação que desborda a alternativa (trans) constitucional encontra-se, decerto, além do Estado nação, mais precisamente, nos desafios da Constituição diante das pressões da globalidade. Essa conjuntura infiltra-se na prática jurídico-interpretativa de maneira multinível mediante constantes procedimentos de fertilização constitucional cruzada oportunizada por foros heterárquicos e dialógicos como a Comissão de Veneza que integra, entre tantos outros tribunais superiores e cortes constitucionais, o Supremo Tribunal Federal.

Destarte, o estudo dogmático da Constituição deve conceber uma "'nova estatalidade', uma 'nova arquitetura do Estado', onde se recortem novas formas institucionalizadas de cooperação e de comunicação[717]". O que essa dissertação propõe é justamente reespensar o direito em torno da emergência de um "*taller*" constitucional cada vez mais global.

---

[715]MORIN, Edgard. *A cabeça bem-feita*: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

[716]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993, p.46.

[717]CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.257-528.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRIEUX, François. *Le meûnier de Sans-Souci*. Disponível em: <http://fr.wikisource.org/wiki/Le_Meunier_Sans-Souci>. Acesso em 13 jan. 2013.

ARENDT, Hannah. *A condição humana.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Brasília: UnB, 1986.

AVBELJ, Matej. *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*. Portland: Hart Publishing, Portland, 2012.

BACHUR, João Paulo. *Distanciamento e crítica*: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann. 2009. 376 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo.

BACON, Francis. *Novum Organum*: verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza & Nova Atlântida. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

BADIE, Bertrand. *O diplomata e o intruso*: a entrada das sociedades na arena internacional. Salvador: Edufba, 2009.

_____. *Um mundo sem soberania:* os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa: Piaget, 1999.

BALKIN, Jack. Transcendental deconstruction, transcendental justice. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, v.92, n.1131, p.7-70, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUDENBACHER, Carl. Judicial globalization: new developments or old winer in new bottles? *Texas International Law Journal*. Austin, v. 38, p.505-526, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. The cosmopolitan society and its enemies. *Theory, Culture & Society*. London, v.19, p.17-44, 2002.

_____. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Edusp, 1995.

BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI.* Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

BEHNCKE, Rolf. Ao pé da árvore. In: Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento:* as bases biológicas do entendimento humano. Campinas: Psy: 1995.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n.61, p.5-24, 2004.

BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad: contigencia y risco*. Barcelona: Anthropos, 1996.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas:* fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Petrópolis: Vozes, 2008.

BETTI, Emilio. *Interpretação das leis e dos atos jurídicos.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BIELIK-ROBSON, Agata. *Disagree, for God's sake! Jewish philosophy, truth and the future of dialogue*. Disponível em: <http://www.interfaith.cam.ac.uk/en/resources/papers/duplicate-of-disagree-for-gods-sake-jewish-philosophy-truth-and-the-future-of-dialogue-professor-agata-bielik-robsons-response-to-professor-robert-gibbs>. Acesso em: 12 fev. 2013.

BIERSTEKER, Thomas. State, sovereignty and territory. In: CARLSNAES, Walter (Org.). *Handbook of International Relations*. Londres: SAGE, 2001.

BITTAR, Eduardo. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

_____. *O positivismo jurídico.* São Paulo: Ícone, 2006.

BODIN, Jean. *Six books of the commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://ascji.pgr.mpf.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pronunciamento do Ministro Cezar peluso na abertura da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2013a.

_____. *Relatório de atividades 2011 do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2011.

_____. *Relatório do Simpósio Internacionalização do Direito Constitucional e Constitucionalização do Direito Internacional.* Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=164423>. Acesso em 22 fev 2013b.

BROOKE-ROSE, Christine. História Palimpsesta. In: ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT - (First Division). BVerfGE 35, 202. jun .1973.

CAIRO, Heriberto. A América Latina nos modelos geopolíticos modernos: da marginalização à preocupação com sua autonomia. *Caderno CRH: Revista do Centro de Recursos Humanos da UFBA.* Salvador, v.21, n.53, p.221-236, mai/ago 2008.

CALABRESI, Guido. An exchange about Law and Economics: a letter to Ronald Dworkin. *Hofstra Law School Review*. New York, v.8, p.553-562, 1980.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

CAPRA, Frijot. *A teia da vida:* uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2007.

CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva:* uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais:* ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

CONSTANT, Henri-Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política.* Porto Alegre, n.2, p.1-7, 1985.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição Portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

COSTA, Alexandre Araújo. *Curso de filosofia do direito*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/curso-de-filosofia-do-direito>. Acesso em: 12 out. 2012.

_____. *Direito e método:* diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UnB, Brasília, DF.

COUR INTERNATIONAL DE JUSTICE. *Recuil des arrêts. Affaire du 'Lotus'.* Series A, n. 10. Set. 1927.

CULLER, Jonathan. Em defesa da superinterpretação. In: ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.
CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional.* Salvador: JusPodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos:* da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELEUZE, Gilles. *Logique du sens*. Paris: Éditions de Minuit, 1969.

DELMANTO, Roberto. Ainda há juízes em Berlim. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.157, p.3, dez. 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, v.52, n.4, p.753-780, out-dez 2000.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença.* São Paulo: Perspectiva, 1967.

_____. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DESCARTES, René. *Discurso do método:* para bem dirigir a própria razão e buscar a verdade nas ciências & regras para a direção do espírito. São Paulo: Martin Claret, 2001.

DEVIN, Guillaume. *Sociologia das relações internacionais*. Salvador: Edufba, 2009.

DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoriana. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/DiasAugusto1.pdf>. Acesso em 22 Fev. 2013.

DILTHEY, Wilhelm. *Hermeneutics and the study of history*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

DINIZ, Márcio. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DOMINGO, Rafael. La pirámide del derecho global. *Persona y Derecho*. Pamplona, n.60, p.29-61, 2009.

DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global*: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação. São Paulo: Unesp, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*. Chicago, v.9, n.2, p.191-226, mar. 1980.

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW. *The Council of Europe's Venice Commission 2011 annual activity report*. Council of Europe, Venice: 2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Von Hannover v. Germany*. *Application* no. 59320/00 - *Judgement*. Estrasburgo, abr.2004.

FAIRCHILD, Thomas. Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or Sunbursting. *Marquette Law Review*, v.51, n.3, p.254-270, 1968.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder:* formação do patronato político brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FELLET, André Luiz Fernandes. Rudolf Smend e os direitos fundamentais como "ordem objetiva de valores". *Instituto do Direito Brasileiro*. Lisboa, a.1, n.11, p.6605-6634, 2012.

FERRAJIOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Sobre los derechos fundamentales:* cuestiones constitucionales. Ciudad de Mexico, n.15, p.113-136, jul-dez, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: the vain search of legal unity in the fragmentation of global Law. *Michigan Journal of International Law*. Ann Arbor, v.25, n. 4, p.999-1046, 2004.

FOERSTER, Heinz Von. *Perception of the future and the future of perception*. In: ANNUAL CONFERENCE ON WORLD AFFAIRS, 24., 1971, Boulder. *Anais Eletrônicos…* Boulder: *University of Colorado*, 1971. Disponível em: <http://ada.evergreen.edu/~arunc/texts/cybernetics/heinz/perception.pdf>. Acesso em 12 ago 2012.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. *Nascimento de la biopolítica:* curso en el Collége de France - 1978-1979. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo.* Salvador: JusPodivm. 2007.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. New York: Mcmillan, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1999.
_____. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Constitutional hermeneutics and pluralism. In: SOETEMAN, Arend (Org.). *Pluralism and Law*. Stuttgart: Steiner, 2003.

GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-convencional. In: BECK: *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997.

_____. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GIORGI, Raffaele de. Sobre o direito, Kafka, Dürremat e a ideia de Luhmann sobre o camelo. *Veredas do direito*. Belo Horizonte: v.4, n.7, p.29-73, jan-jun 2007.

GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Corte da OEA anula Lei de Anistia Brasileira.* Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2509019/artigos-do-prof-lfg-corte-da-oea-anula-lei-de-anistia-brasileira>. Disponível em: 13 ago. 2012.

GONÇALVES, Guilherme leite. Limites do projeto iluminista: problemas operativos do Estado nacional na sociedade mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRIM, Dieter. *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.

GRONDIM, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e ideologia de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Potência crítica da ideia de direito como sistema social autopoiético na sociedade mundial contemporânea. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: LusoSofia, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *The Postnational Constallation:* political Essays. Cambridge: MIT Presss, 2001.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

_____. *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

HELD, David. *Global Transformations*. Oxford: Polity, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *O fim da filosofia e a tarefa do pensamento*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HERZ, Mônica; HOFFMAN, Andrea. *Organizações internacionais:* histórias e práticas. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA *et al*. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

HOBBES, Thomas. *Leviathan or the matter, form, & power of a commonwealth ecclesiasticall and civill*. London: McMaster University, 1651.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos*: o breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HOFSTADER, Douglas. *Gödel, Escher, Bach:* um entrelaçamento de gênios brilhantes. São Paulo: Imprensa oficial do estado, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão.* São Paulo: Centauro, 2002.

HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial.* Rio de janeiro: Objetiva, 1997.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua.* Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEOHANE, Robert; NYE, Joseph. Realism and complex interdependence. In: LECHNER, Frank (Org.). *The globalization reader*. Oxford: Blackell, 2000.

KING, Michael. *A verdade sobre autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KLABBERS, Jan. Kadi justice at the Security Council? *International Organizations Law Review*. Leiden, v.m, p.1-12, 2007.

KLEIST, Heinrich. *Michael Kohlhaas*. Disponível em: <http://literaturaalemanaunlp.files.wordpress.com/2010/04/michael-kohlhaas.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

KRASNER, Stephen. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. *International Organization,* Cambridge, v. 36, n. 2, p.185-205, 1982.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LADEUR, Karl-Heinz. The State in International Law. *Osgoode Hall Law School Comparative Research in Law & Political Economy, Research Paper 27,* New York, v.6, n. 6, p.1-23, 2010.

_____. Towards a legal theory of Supranationality. *European Law Journal*. Marseille, v.3, n.1, p.33-54, mar. 1997.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1987.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Barueri: Manole, 2007.

LOCKE, John. *Two treaties of governmen*t. London: McMaster University, 1823.

LOSANO, Mario. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en lãs relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.28, p.159-182, 2005.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona. Ariel, 1964.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *ECHR and national jurisdiction - The Görgülü Case*. *Humboldt Forum Recht.* Berlin, Beitrag 12, Seite 1, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Closure and openess:* on reality in the world of law. San Domenico: European University. Institute, 1986.

_____. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. *Droit et Société*. Paris, n.47, p.15-73, 2001.

_____. Le droit comme système social. *Droit et Societé*. Paris, n.11/12, p.53-67, 1989.

_____. *El derecho de la sociedad.* Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>. Acesso em: 22 jul. 2012.

_____. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology*. London, v. 1, n. 1, p.67-80, mar. 1997.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas.* Petrópolis: Vozes, 2000a.

_____. La contingencia como atributo de la sociedad moderna . In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad - contigencia y risco*. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. *Legitimação pelo procedimento.* Brasília: UnB, 1980.

_____. Speaking and silence. *New German Critique - Special Issue on Niklas Luhmann*. New York, n.61, p.25-37, 1994.

_____. Iluminismo sociológico. In: SANTOS, Manoel José (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005a.

_____. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann.* Covilhã: LusoSofia, 2005b.

_____. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. *Themis*. Fortaleza, v. 3, n. 1, p.153-161, 2000b.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno.* Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

MACCORMICK, Neil. The Maastricht-Urteil: sovereignty now. *European Law Journal*. Marseille, v.1, n.3, p.259-266, 1995.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Il principe*. Torino: Einaudi, 1961.

MADURO, Miguel Poiares. O superavit democrático europeu. *Análise Social*. Lisboa, v. XXXVI, p.119-152, 2001.

MARSHALL, James. *Espadas e símbolos:* a técnica da soberania. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo Martín; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.

MARX, Karl. *The communist manifesto*. [s.l.]: The Project Gutenberg EBook, 2005.

MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento:* as bases biológicas do entendimento humano. São Paulo: Palas Athena, 2001.

_____. *Autopoiesis and cognition*: the realization of the living. Dordecht: Reidel, 1980.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDVETZ, Thomas Matthew. *Think tanks as an emergent field*. New York: Social Science Research Council, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar. *Direitos humanos e integração regional:* algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Brasil.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, p.1-13, jan. 2002.

_____. A justiça Constitucional nos contextos supranacionais. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito:* novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Genève: Barillot, 1748.

MORIN, Edgard. *A cabeça bem-feita*: repensar a forma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação: diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo (Org.). *Hermenêutica plural.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFBA.* Salvador, v.37, p.69-91, 1997/1998.
_____. Breves notas sobre direito e pós-modernidade. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA.* Salvador, v.1, n.1, p.150-156, 1996.

NAGAN, Wiston. *The emerging restrictions on sovereign immunity: peremptory norms of international law*. Disponível em: <http://works.bepress.com/winston_nagan>. Acesso em: 11 jul. 2011.

NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens*: ainda esse deseconhecido. *Revista Direito GV*. Rio de Janeiro, v.1 n.2, p.161-178, jun-dez 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social na América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Plural: Revista de Sociologia da USP*. São Paulo, n.11, p.121-133, 2004.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado.* Salvador, n.4, p.1-35, out-dez 2005.

_____. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Transnacionalidade do direito*: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. *A origem da tragédia*. São Paulo: Centauro, 2004.

_____. *Menschliches, Allzumenschliches*. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/cache/epub/7207/pg7207.html>. Acesso em: 12 fev. 2013.

NOGUEIRA, João Ponte; MESSARI, Nizar. *Teorias das relações internacionais:* correntes e debates. Rio de janeiro: Elsevier, 2005.

ORTEGA Y GASSET, José. *O homem e a gente.* Rio de Janeiro: Ibero-Americano, 1960.

OSIANDER, Andreas. Sovereignity, international relations, and the westphalian myth. *International Organization*. Cambridge, v.55, n.2, p.251-287, 2001.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.14, p.169-194, 1993.

_____. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989.

PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974.

_____. *The social system*. London: Free Press of Glencoe, 1964.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. *The Columbia Journal of European Law*. New York, v 15, n.3, p.349-407, 2009.

POPPER, Karl Raymon. *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POSADA, Adolfo. *La idea pura del Estado*. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez Preciados, 1933.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. Injustice légale et droit supralégal. *Association française de philosophie du droit – Pensée allemande moderne et contemporaine*. Paris, t. 39, p.305-318, 1994.

RASCH, William. Justice, amnesty and the strange lessons of 1945. *Ethics & Global Politics*. Uppsala, v.3, n.3, p.239-254, 2010.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *O direito dos povos.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. *A verdade sobre autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Autopoiese e teoria do direito. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RODRÍGUEZ, Darío. Los limites del Estado en la sociedad mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

RORTY, Richard. A trajetória do pragmatista. In: ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Wittgenstein e a virada linguística*. Disponível em: <http://ghiraldelli.files.wordpress.com/2008/07/rorty_virada.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Amsterdam: Marc Michel, 1762.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente:* contra el desperdício dela experiencia. Bilbao: RGM, 2003.

_____. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Um discurso sobre as ciências.* São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, José Manuel. *O pensamento de Niklas Luhmann.* Covilhã: LusoSofia, 2005.

SANTOS NETO, Arnaldo bastos. Derrida, Luhmann e a questão da justiça. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico.* Salvador, v. 1, n. 1, p.1-46, 2001.

_____. Direitos fundamentais e tratados internacionais em matéria de direitos humanos: revisitando a discussão em torno dos §§ 2º e 3º do art 5º da Constituição federal de 1988. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional:* teoria da constituição. Salvador: JusPodivm, 2009.

SEN, Amartya. Justice across borders. In: CRONIN, Ciaran (Org.). *Global justice and transnational politics:* essays on the moral and political challenges of globalization. New Baskerville: MIT Press, 2002.

SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Virgilio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurpidicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Devido Processo Legislativo e Aprovação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.* Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/manoel-jorge-e-silva-neto/devido-processo-legislativo-e-aprovacao-de-tratados-internacionais-sobre-direitos-humanos>. Acesso em: 22 fev. 2013.

_____. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional.* São Paulo: LTr, 1999.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. Hermenêutica. *Arte e técnica de interpretação.* Petrópolis: Vozes, 2001.

SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Montevidéu: Konrad Adenauer, 2005.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SIMIONI, Rafael. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SLAUGHTER, Anne-marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*. Charlottesville, n. 40, p.1103-1124, 1999-2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOBOTTKA, Emil Albert. Dignidade da pessoa humana e o décimo segundo camelo: sobre os limites da fundamentação de direitos. *Veritas*. Porto Alegre: v.53, n.2, p.107-119, abr-jun 2008.

SOUKI, Nadia. *Behemoth contra Leviatã*: guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes. São Paulo: Loyola, 2008.

SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. Leipzig: Bohmeier, 2008.

STEIN, Ernildo. Dialética hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica:* para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *O passado, o presente e o futuro do STF em três atos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>. Acesso em: 18 dez. 2012.

_____. O (pós) positivismo e os propalados modelos de juiz (hércules, júpiter e hermes): dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais.* Vitória, n. 7, p.15-45, jan-jun, 2010a.

STONE SWEET, Alec. Proportionality balancing and global constitutionalism. *Yale Faculty Scholarship Series*. New Haven, n. 14, p.1-66, 2008.

TAHAN, Malba. *O homem que calculava*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

TAVARES, André Ramos. A Constituição aberta. *Revista latino-americana de estudos constitucionais.* Fortaleza, n.8, p.326-343, jan-jun. 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *A teoria pluriversalista do direito internacional.* São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TEUBNER, Gunther. The two faces of Janus: rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Review*. New York, n.13, p.119-140, 1992.

_____. And God laughed... indeterminacy, self reference, and paradox in Law. In: JUERGES, Christian; TRUBECK, David (Orgs.). *Critical Legal Thought:* an american-german debate. Baden-Baden: Nomos, 1989a.

_____. *Juridification of social spheres:* a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare Law. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.

_____. How the law thinks: toward a construtivist epistemology of law. *Law & Society Review*. v.23, n.5, p.727-258, 1989b.

_____. Alienating justice: on the surplus value of the twelfth camel. In: NELKEN, David (Org.). *Law's new boundaries: consequeneces of legal autopoiesis*. Aldershot: Asghate, 2001.

_____. Constitutionalising polycontexturality. *Social and Legal Studies*. London, n.19, p.1-25, 2010.

TRINDADE, Otávio Cançado. A constitucionalização do direito internacional: mito ou realidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, a.45, n.178, p.271-284, abr-jun/2008.

THYSSEN, Ole. Luhmann and world society. The three tempi of globalization. In: WORLD CONGRESS OF SOCIOLOGY, 16., 2006, Durban. *Anais Eletrônicos…* Durban: Intrenational Sociological Association (ISA), 2006. Disponível em: <http://www.unizar.es/sociocybernetics/congresos/DURBAN/papers/thyssen.pdf>. Acesso em: 12 ago 2012.

UNITED NATIONS. *Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversication and expansion of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. 58th session. Geneva, 2006.

VIAL, Sandra Regina Martini. *O que a sociedade esconde?* Uma análise acerca da percepção do trabalho na sociedade contemporânea. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/sandra_vial_e_daiana_brandt.pdf >. Acesso em: 22 fev. 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Bethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgilio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*: Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1979.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu:* a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.

WALKER, Neil. Constitutionalism and pluralism in global context. In: AVBELJ, Matej (Org.) *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*. Portland: Hart Publishing, Portland, 2012.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*. Florianopólis, n. 5, p.48-57, jun. 1982.

WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. Campinas: Unicamp: 1973.

WELSCH, Wolfgang. Rationality and Reason Today. In: NIZNIK, Jósef (Org.). *Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy*. Amsterdam: Rodopi, 1998.

_____. Reason and transition: on the concept of transversal reason. *Ethik und Sozialwissenschaften - Streitforum für Erwägungskultur*. Suttgart, v. 1, n.11, p.79-91, 2000.

WENDT, Alexander. Anarchy is what States make of it: the social construction of power politics. *International Organization*. Cambridge, v. 46, n. 2, p.391-425, 1992.

WINTGEN, Robert. La réception des sources européennes par le droit allemand. In: CENTRE D'ÉTUDES DES DROITS DU MONDE ARAB. *Les Sources du droit:* aspects contemporaines. Paris: Societé de Legislation Comparé, 2007 .

WITTGENSTEIN, Ludwing. *Philosophical investigations*. Singapore: Blackwell Publishing, 2009.

_____. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Edusp, 1961.
WORLD BANK. *Global Forum on Law, Justice and Development*. Disponível em: <http://www.globalforumljd.org>. Acesso em: 22 Fev. 2013.

YEE, Sienho. The Tu Quoque argument as a defence to international crimes, prosecution or punishment. *Chinese Journal of International Law*. Oxford, v.3, p.87-134, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil:* Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2009.

ZAMPIER, Débora. *Jobim nega possibilidade de punição para torturadores da Guerrilha do Araguaia.* Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2010-12-15/jobim-nega-possibilidade-de-punicao-para-torturadores-da-guerrilha-do-araguaia>. Disponível em: 12 ago. 2012.