



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIEL OITAVEN PAMPONET MIGUEL

A HERMENÊUTICA DA ESGRIMA E OS DIREITOS

HUMANOS:

**AS APORIAS VINCULAÇÃO/DISCRICIONARIEDADE, CONTEXTO
DE DESCOBERTA/CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS E UNIVERSALISMO/MULTICULTURALISMO À LUZ DA
PARANÓIA MÚTUA ENTRE AUTOPOIESE E DESCONSTRUÇÃO**

Vol. I

Salvador

2015

DANIEL OITAVEN PAMPONET MIGUEL

**A HERMENÊUTICA DA ESGRIMA E OS DIREITOS
HUMANOS:
AS APORIAS VINCULAÇÃO/DISCRICIONARIEDADE, CONTEXTO
DE DESCOBERTA/CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS E UNIVERSALISMO/MULTICULTURALISMO À LUZ DA
PARANÓIA MÚTUA ENTRE AUTOPOIESE E DESCONSTRUÇÃO**

Vol. I

Tese exigida como requisito de conclusão do curso de Pós-Graduação *stricto sensu* de Doutorado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia.

Salvador

2015

MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet.

A hermenêutica da esgrima e os direitos humanos: as aporias vinculação/discrecionalidade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranóia mútua entre autoapoiese e desconstrução/ Daniel Oitaven Pamponet Miguel; orientador, Wálber Araújo Carneiro; co-orientador, Márcio Flávio Mafra Leal — Salvador, 2015, 681 p.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Salvador, 2015.

1. Hermenêutica Jurídica 2. Vinculação e discrecionalidade 3. Contexto de descoberta e contexto de justificação. 4. Universalismo, multiculturalismo e direitos humanos. 5. I. Carneiro, Wálber Araújo; Leal, Márcio Flávio Mafra (co-orient.). II. Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-graduação em Direito. III. Título.

RESUMO

Este trabalho tem como **objetivo geral** propor, à luz da paranóia mútua descrita por Teubner entre a autopoiese luhmanniana e a desconstrução derridariana, um modelo hermenêutico adequado ao enfrentamento dos intervalos vinculatividade/discricionariedade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo no discurso dos direitos humanos em uma sociedade policontextural que apresenta crescentemente conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais. O escrito **justifica-se e caracteriza-se como inovador** ao pretender preencher a lacuna científica quanto ao seguinte **problema de pesquisa**: como pode ser estruturado um modelo hermenêutico descritivo-enquanto-normativo que, embora não sendo restrito à aporia pluralista, ofereça uma abordagem integrada sobre as mencionadas aporias idônea a catalisar uma construtiva desconstrução dos típicos moldes mutuamente paranoicos das relações entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais? Assumiremos, como **matriz “epistemológica”**, a desconstrução derridariana, entendida esta de modo desconstrutivo-construtivo (Miriam Bankovsky), de maneira a viabilizar diálogos e entrecruzamentos que desvelem tanto as deficiências quanto as potencialidades das vertentes de pensamento presentes em nosso **referencial teórico**, o qual congregará: tradições do pensamento jurídico que destacaram a dimensão empírica/sociológica do direito; e teses que podem ser lidas como tentativas de revitalização de tais modelos, os quais, por sua vez, podem ser compreendidos como seus “ancestrais”. Nesse sentido, estabeleceremos elos entre: o realismo estadunidense e Esser, de modo a caracterizar o **eixo compreensivo** do modelo ora proposto; o realismo de Alf Ross e a teoria da argumentação de Peczenik – **eixo analítico**; o realismo axiológico tridimensionalista de Miguel Reale e a hermenêutica diatópica de Panikkar e Boaventura Santos – **eixo cultural**; e entre, de um lado, a Jurisprudência Pragmática de Jhering e a Jurisprudência dos Interesses, e, de outro, o derridariano Douzinas – **eixo político**. Nosso referencial teórico também envolverá um **metaeixo** de análise, qual seja, a paranóia mútua enxergada por Teubner entre a desconstrução derridariana e a autopoiese luhmanniana, vertentes que consideramos ter como ancestrais, respectivamente, o Direito Livre de Kantorowicz e a Livre Investigação Científica de Gény. Concluimos, em uma iterativa confirmação da nossa hipótese de trabalho, que um entrelaçamento hierárquico das quatro dimensões axiais e da dimensão meta-axial mencionadas é idôneo a caracterizar a demarcação dos intervalos vinculatividade/discricionariedade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo como tarefas aporéticas por-vir envoltas, à luz de uma noção de justiça jurídica comprometida com um contínuo aperfeiçoamento, em um incessante jogo concertado (“thrust-and-parry” – estocadas-e-bloqueios) de deslocamentos entre um esforço construtivo de fundamentação retrospectiva nos moldes de uma “re-entry” – a qual, no caso de um conflito entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local extraestatal, exige uma tradução (“mal-entendido criativo”) do costume desta no programa normativo daquela e uma diatópica tomada de iniciativa da ordem jurídica estatal, independentemente de reciprocidade, para fins de estabelecimento de uma aproximação intercultural – submetida aos compelimentos sistêmicos e uma inexorável desconstrução das determinações dela resultantes.

Palavras-chave: “Thrust-and-parry” (estocadas-e-bloqueios). “Re-entry” como mal-entendido criativo. Vãos de sentido do significante vazio “direitos humanos” como formulações personalistas de verdade. Justiça especificamente jurídica por-vir. Conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais.

ABSTRACT

This work aims to create, based on the mutual paranoia between Luhmann's autopoiesis and Derrida's deconstruction described by Teubner, a hermeneutic model which can assess the gaps bindness/discretion, context of discovery/context of justification of judicial decisions and universalism/multiculturalism in what concerns the human rights discourse in a polycontextural society where conflicts between state legal orders and local non-state legal orders. This writing is justified and innovates primarily for it tries to work out the following unsolved research problem: how can it be formulated a descriptive-cum-normative hermeneutic model simultaneously not restricted to the pluralist aporia and able to, by an integrated approach to the three aforementioned undecidabilities, deconstruct constructively the mutual paranoia between those two kinds of legal orders? We chose a constructive reading of deconstruction, as offered by Miriam Bankovsky, as an "epistemological" basis, what builds bridges among the traditions of legal thinking which compose our theoretical framework and reveal its flaws and flairs. That theoretical framework gathers: traditions which highlight the empirical/sociological dimension of law; and and theses that can be read as attempts to revitalize such models, which, in turn, can be understood as their "ancestors". In this sense, we will establish links between: American Legal Realism and Esser, in order to characterize the hermeneutical (in a strict sense) axis of the model we offer; Alf Ross' realism and Peczenik's theory of legal argumentation - analytical axis; Miguel Reale's tridimensionalist value realism, and Panikkar's and Boaventura Santos' Diatopic Hermeneutics - cultural axis; and, on the one hand, Jhering's Pragmatic Jurisprudence and Heck's Jurisprudence of Interests, and on the other, Douzinas' derridian approach - political axis. Our theoretical framework will also involve a meta-axis: the mutual paranoia Teubner sees between Luhmann's autopoiesis and Derrida's deconstruction, lines of thought we consider to have as ancestors, respectively, Kantorowicz' Free Law and Gény's Free Scientific Research. We concluded our hypothesis was iteratively confirmed in such a way that a hierarchical entanglement among the four axial and the meta-axial dimensions is able to qualify the boundaries of the gaps bindness/discretion, context of discovery/context of justification of judicial decisions and universalism/multiculturalism as aporetic tasks to-come. In the light of a conception of juridical/legal justice bound to perfect itself continuously, those tasks are wrapped between a constructive effort to, à la re-entry and its systemic constraints, conceive justification retrospectively - what in the context of conflicts between state legal orders and non-state legal orders requires translating (creative misunderstanding) local custom into state normative programmes and demands the state order to, in diatopic fashion, take the initiative, independently of reciprocity, to establish an intercultural approach - and an inexorable deconstruction of the determinations in what it results.

Keywords: "Thrust-and-parry". "Re-entry" as creative misunderstanding. Juridical (legal) justice to-come. Jumps of meaning of the empty signifier "human rights" as personalist formulations of truth. Conflicts between state legal orders and local non-state legal orders.

RÉSUMÉ

Ce travail a pour **objectif général** de proposer, à la lumière de la paranoïa réciproque décrite par Teubner entre l'autopoièse de Luhmann et la déconstruction de Derrida, un modèle herméneutique approprié pour faire face à les intervalles « caractère contraignant/ caractère discrétionnaire », « contexte de découverte/contexte de justification des décisions judiciaires » et « universalisme/multiculturalisme » dans le discours des droits de l'homme, dans une société polycontextuel qui a de plus en plus des conflits entre les ordres juridiques de l'État et les ordres juridiques locaux non étatiques. L'étude **est justifiée et est caractérisé comme innovante** de vouloir combler la lacune scientifique sur le **problème de recherche** suivant: comment peut-il être structuré un modèle herméneutique descriptive-comme-normative qui, sans être limité à l'aporie pluraliste, offre une approche intégrée sur les apories mentionnés capable de catalyser une déconstruction constructive des moules typiques mutuellement paranoïaques des relations entre les ordres juridiques de l'État et les ordres juridiques locaux non étatiques? On assumera, comme **matrice "épistémologique"**, la déconstruction de Derrida, compris de façon déconstructive-constructive (Miriam Bankovsky), afin de permettre le dialogue et les intersections qui révèlent à la fois les déficiences que le potentiel des lignes de pensée présents dans notre **cadre théorique**, qui regroupe: les traditions de la pensée juridique qui a souligné la dimension empirique/sociologique du droit; et thèses qui peuvent être lues comme des tentatives de revitaliser ces modèles, lesquels, à son tour, peuvent être comprises comme leurs «ancêtres». En ce sens, nous allons établir des liaisons entre: le réalisme américain et Esser, afin de caractériser **l'axe comprehensive** du modèle proposé; le réalisme de Alf Ross et la théorie de l'argumentation de Peczenik – **l'axe analytique**; le réalisme axiologique tridimensionnel de Miguel Reale et l'herméneutique diatopique de Panikkar et Boaventura Santos – **l'axe culturel**; et entre, d'une part, la Jurisprudence Pragmatique de Jhering et la Jurisprudence des Intérêts, et, de l'autre, le derridien Douzinas – **l'axe politique**. Notre cadre théorique également comprendra un méta-axe d'analyse, à savoir, la paranoïa réciproque perçue par Teubner entre l'autopoièse de Luhmann et la déconstruction de Derrida, thèses que nous considérons avoir comme ancêtres, respectivement, le Droit Libre de Kantorowicz et de la Libre Recherche Scientifique de Gény. On conclut, dans une validation itérative de notre hypothèse, qu'une imbrication hiérarchique des quatre dimensions axiales et de la dimension méta-axiale mentionnée est appropriée pour caractériser la démarcation des intervalles « caractère contraignant/ caractère discrétionnaire », « contexte de découverte/contexte de justification des décisions judiciaires » et « universalisme/multiculturalisme » comme des tâches aporétiques à-venir enveloppés, à la lumière d'un sens de la justice juridique engagée à l'amélioration continue, dans un jeu concertée continue (« thrust-and-parry » - attaque-et-parade) de déplacements entre un effort constructif de raison rétrospective dans le sens d'une «re-entry» - laquelle, dans le cas d'un conflit entre un ordre juridique de l'État et un ordre juridique local non étatique, demande une traduction ("malentendu créatif») de coutume dans le programme normatif de l'ordre juridique de l'État et une initiative diatopique de cela, indépendamment de réciprocité, dans le but d'instauration d'une approche interculturelle - soumise aux contraintes systémiques et une déconstruction inexorable de les déterminations qui en découlent.

Mots-clés: « Thrust-and-parry » (attaque-et-parade). « Re-entry » comme un malentendu créatif. Vols de sens du signifiant vide « droits de l'homme » comme des formulations personalistes de la vérité. Justice spécifiquement juridique à-venir. Les conflits entre les ordres juridiques de l'État et les ordres juridiques locaux non étatiques.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 APROFUNDAMENTO METALINGUÍSTICO: MATRIZ “EPISTEMOLÓGICA”, REFERENCIAL TEÓRICO E JUSTIFICATIVA DO TRABALHO	17
2.1 MATRIZ “EPISTEMOLÓGICA”.....	17
2.2 JUSTIFICATIVA E REFERENCIAL TEÓRICO: A INDECIDIBILIDADE ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE NO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS EM UMA SOCIEDADE POLICONTEXTURAL.....	30
2.2.1 A transposição da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação ao âmbito das decisões judiciais.....	31
2.2.2 A tensão indecível entre vinculatividade e discricionariedade.....	38
2.2.3 Metaeixo paranoico: a justiça jurídica e a paranóia mútua entre Luhmann e Derrida.....	42
2.2.4 Eixos político (Douzinas), compreensivo (Esser), analítico (Peczenik) e cultural (Panikkar e Boaventura Santos).....	56
2.2.5 O transtitucionalismo de Marcelo Neves e as irritações recíprocas entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais.....	70
3 VÍNCULOS DE ANCESTRALIDADE: INSPIRAÇÕES PARA OS EIXOS POLÍTICO, COMPREENSIVO, ANALÍTICO E CULTURAL.....	84
3.1 ANCESTRAIS POLÍTICOS: A JURISPRUDÊNCIA PRAGMÁTICA DE JHERING E A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES DE HECK.....	84
3.1.1 Jhering e a luta política pelo direito.....	84
3.1.2 A Jurisprudência dos Interesses e a heterorreferência do sistema jurídico	89
3.2 INSPIRAÇÃO COMPREENSIVA: PANORAMA SOBRE A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO ESTADUNIDENSE (DE HOLMES AO REALISMO).....	95
3.2.1 Llewellyn e sua lista de fatores de estabilização.....	106
3.3 ANCESTRAL ANALÍTICO: O REALISMO DE ALF ROSS E A PERSPECTIVA SEMÂNTICA DE VALIDADE.....	118
3.4 ANCESTRAL CULTURAL: AS INVARIANTES AXIOLÓGICAS E A NOÇÃO DE CONJETURA NO TRIDIMENSIONALISMO DE MIGUEL REALE.....	128
3.4.1 Aspectos gerais do tridimensionalismo concreto de Miguel Reale	128
3.4.2 A aporia entre verdade e conjectura na perspectiva de Reale sobre a justiça.....	134
3.4.3 Morris Cohen: vinculação e discricionariedade como opostos polares.....	138
4 EIXOS COMPREENSIVO E ANALÍTICO: O MODELO HERMENÊUTICO DE ESSER E SUA COMPLEMENTAÇÃO APOFÂNTICA PELA TEORIA DIALÓGICA DA ARGUMENTAÇÃO DE PECZENIK.....	142

4.1	ESSER: COM E CONTRA O REALISMO ESTADUNIDENSE.....	142
4.2	O PENSAMENTO NEO-REALISTA ESCANDINAVO DE PECZENIK.....	158
4.2.1	Convergências e divergências entre Peczenik e o realismo de Alf Ross.....	158
4.2.2	Coerentismo, justificação e transformações.....	164
4.2.3	Equilíbrio reflexivo, derrotabilidade e “scientia iuris”.....	175
4.2.4	Justificação profunda da Dogmática Jurídica.....	192
4.3.	ANALOGIA, ABDUÇÃO E FORMULAÇÃO DE HIPÓTESES: KAUFMANN, ESSER E PECZENIK.....	201
4.3.1	O raciocínio jurídico como raciocínio analógico na obra de Kaufmann....	201
4.3.2	A relação analógico-abdutiva entre contexto de descoberta e contexto de justificação.....	206
4.4	A FORMULAÇÃO DE VERDADE COMO DETERMINAÇÃO DO INDECIDÍVEL NA RELAÇÃO ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE.....	223
4.4.1	As formulações de verdade e a virada hermenêutica personalista de Pareyson.....	223
4.4.2	Vinculação, sentido fraco de discricionariedade e coerência narrativa das formulações de verdade.....	226
4.5	A EQUIVALÊNCIA FUNCIONAL DOS CONCEITOS EM ESSER E A COMUNICAÇÃO ATRAVÉS DAS FRONTEIRAS CULTURAIS EM PECZENIK....	240
5	EIXOS CULTURAL E POLÍTICO: HERMENÊUTICA DIATÓPICA E VÔOS DE SENTIDO NO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS.....	244
5.1	PANORAMA SOBRE O ENTRELAÇAMENTO POLÍTICO-CULTURAL NO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS.....	245
5.2	EIXO CULTURAL: A HERMENÊUTICA DIATÓPICA.....	255
5.3	EIXO POLÍTICO: OS VÔOS DE SENTIDO DO SIGNIFICANTE “DIREITOS HUMANOS”.....	267
5.4	OS “INSIGHTS” DIATÓPICOS DE ESSER E PECZENIK.....	275
5.4.1	Meta-equivalência funcional: a equivalência de conceitos e instituições em Esser e a equivalência homomórfica em Panikkar.....	275
5.4.2	Descrição analítica da aproximação diatópica entre jogos de linguagem e formas de vida à luz de Peczenik e Aarnio.....	278
5.5	ESBOÇO ALEGÓRICO SOBRE A “RE-ENTRY” DOS VÔOS DE SENTIDO DO SIGNIFICANTE “DIREITOS HUMANOS” NO SISTEMA JURÍDICO.....	291
6	METAEIXO PARANÓICO: ENTRE OS COMPLEMENTOS SISTÊMICOS E A TRANSCENDÊNCIA RADICAL.....	302
6.1	ANCESTRAL SISTÊMICO: A LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA DE GÉNY.....	302
6.2	ANCESTRAL DESCONSTRUTIVO: O (QUASE-)VOLUNTARISMO NO KANTOROWICZ DO MANIFESTO PELO DIREITO LIVRE.....	312

6.3 DIMENSÃO META-AXIAL AUTOPOIÉTICA: A TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN.....	326
6.3.1 O direito na teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann.....	326
6.3.2 A argumentação jurídica à luz da teoria dos sistemas de Luhmann.....	331
6.4 DIMENSÃO META-AXIAL DA “DIFFÉRENCE”: DERRIDA E A DESCONSTRUÇÃO.....	359
6.5 TEUBNER E A MÚTUA PARANÓIA ENTRE LUHMANN E DERRIDA.....	372
7 UMA LEITURA DESCONSTRUTIVO-CONSTRUTIVA DAS INDECIDIBILIDADE VINCULAÇÃO/DISCRICIONARIEDADE, CONTEXTO DE DESCOBERTA/CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO E UNIVERSALISMO/MULTICULTURALISMO: O POTENCIAL DE JUSTIÇA-JURÍDICA-POR-VIR DO MAL-ENTENDIDO CRIATIVO NO INTERVALO ENTRE ESTOCADAS E BLOQUEIOS.....	392
7.1 AS INDECIDIBILIDADES VINCULAÇÃO/DISCRICIONARIEDADE E CONTEXTO DE DESCOBERTA/CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO: ENTRELACANDO PARANOICA E DIATOPICAMENTE OS COMPELIMENTOS SISTÊMICOS E O “HUNCH” ORIENTADO A UMA JUSTIÇA POR-VIR.....	392
7.1.1 Entrelaçando os eixos compreensivo e analítico em torno do metaeixo paranoico.....	393
7.1.1.1 Uma exploração do potencial construtivo da argumentação jurídica à luz da paranóia mútua entre autopoiese e desconstrução.....	393
7.1.1.2 Os limites desconstrutivos da argumentação jurídica à luz do metaeixo paranoico.....	397
7.1.1.3 Uma leitura desconstrutivo-construtiva sistêmico-iterativa dos “steading factors”: pontos de apoio de uma metodologia reflexiva diante da discricionariedade envolta no intervalo redundância/variação.....	407
7.1.2 Entrelaçando os eixos político e cultural em torno do metaeixo paranoico.....	419
7.1.2.1 O papel dos interesses em uma concepção de argumentação jurídica como comunicação sistêmica.....	419
7.1.2.2 “Thrust-and-parry”: entre vinculação e discricionariedade, entre a “re-entry” cientificamente livre do dado no construído e a livre justiça responsiva às irritações geradas pelo Outro.....	423
7.1.2.3 A abertura à irracionalidade da justiça por-vir como condição de (uma tentativa inexoravelmente imperfeita de) racionalidade de um sistema jurídico permeado por conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais a respeito do significado dos direitos humanos.....	438
7.2 A “RE-ENTRY” DO COSTUME COMO MAL-ENTENDIDO CRIATIVO.....	452
7.2.1 Uma leitura sistêmico-iterativa do “novo” pluralismo jurídico	453
7.2.2 As patentes da “árvore neem” e do “pó turmérico” como expedientes logocêntricos de canibalização epistêmica	465

7.3 A DISPUTA ENTRE O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE E OS INDÍGENAS KAIKANG PELO MORRO DO OSSO: LENDO DESCONSTRUTIVO-CONSTRUTIVAMENTE O “THRUST-AND-PARRY” DA INDECIDIBILIDADE....	479
7.3.1 Uma leitura desconstrutiva das justificações interna e externa da decisão liminar.....	481
7.3.2 Uma leitura desconstrutivo-constructiva em forma de esboço diatópico aquiliano: o mal-entendido criativo como propulsor iterativo da justiça por- vir.....	498
7.3.3 Uma leitura desconstrutiva da fundamentação diatópica do voto do relator do agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal.....	526
7.3.4 Uma leitura desconstrutiva da espiral entre os contextos de descoberta e de justificação da decisão liminar e da sentença.....	548
8 CONCLUSÃO.....	565
8.1 A DINÂMICA ITERATIVA DO RASTRO E A RELAÇÃO APORÉTICA ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE.....	566
8.1.1 A relação entre Luhmann e Derrida como uma paranóia mútua estruturada nos moldes de um jogo concertado de “thrust-and-parry”.....	566
8.1.2 A aporética tentativa de responder simultaneamente à razão e pela razão: a busca pelo equilíbrio reflexivo como esforço de justificação coerentista possível apenas como impossível.....	572
8.2 SISTEMATIZAÇÃO DOS RESULTADOS OBTIDOS: RESPONDENDO AS QUESTÕES ORIENTADORAS.....	595
8.3 CONCLUSÃO EM SENTIDO ESTRITO: CONFIRMAÇÃO OU REFUTAÇÃO DA (HIPÓ)TESE?.....	640
REFERÊNCIAS.....	643

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como **objetivo geral** propor, à luz da paranóia mútua descrita por Teubner entre a autopoiese luhmanniana e a desconstrução derridariana, um modelo hermenêutico adequado ao enfrentamento dos intervalos vinculatividade/discricionariedade, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo no cenário do discurso dos direitos humanos desenvolvido em uma sociedade policontextural que apresenta crescentemente conflitos entre ordens jurídicas estatais – que têm como um de seus traços típicos o autoreconhecimento da diferenciação funcional do sistema jurídico – e ordens jurídicas locais extraestatais – cujos pressupostos antropológico-culturais não apresentam a reflexividade típica do constitucionalismo de Estado¹.

O escrito **justifica-se e caracteriza-se como inovador** ao pretender preencher a lacuna científica quanto a uma resposta ao seguinte **problema de pesquisa**: como pode ser estruturado um modelo hermenêutico descritivo-enquanto-normativo que, embora não sendo restrito à aporia (jurídico-)pluralista, ofereça uma abordagem integrada sobre as indecidibilidades vinculatividade/discricionariedade, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo idônea a catalisar uma construtiva desconstrução dos típicos moldes mutuamente paranoicos das relações entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais?

O cumprimento da tarefa ora assumida será desenvolvido mediante a adoção, como **matriz “epistemológica”**, da desconstrução derridariana, entendida esta de modo

¹ Sobre a noção de sociedade multicêntrica ou policontextural, típica do vocabulário da teoria dos sistemas, vejamos a explicação de Marcelo Neves (2009, p. 23-4): “Isso significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões [...] de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna “centro do mundo”, a policontexturalidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais [...]. Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa se impor contra todas as outras diferenças. Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos. Isso leva a uma pluralidade de códigos-diferença orientadores da comunicação nos diversos campos sociais. A diferença “ter/não ter” prevalece no sistema econômico, o código “poder/não poder” tem o primado no político e a distinção “lícito/ilícito” predomina no jurídico. Na ciência, arte, educação, religião e no amor, têm o primado, respectivamente, os códigos “verdadeiro/falso”, “belo/feio” (afinado *versus* desafinado esteticamente), “aprovação/reprovação” (enquanto código-limite da diferença gradual “aprender/não aprender”, expressa nas notas e predicados), “transcendente/imanente” e o código amoroso (“prazer/amor” ou “amor/desamor”), que serve de base à formação da família nuclear moderna. É claro que isso leva a tensões, pois dessa maneira as diversas racionalidades confrontam-se com outras racionalidades, cada uma delas com pretensão de universalidade. Portanto, qualquer forma de “autismo” desenvolvido em uma esfera pode ter efeitos destrutivos nas outras esferas sociais e, por fim, também sobre a integração social e sistêmica de uma sociedade complexa. Diferenciação não significa isolamento, mas antes importa uma intensa capacidade cognitiva perante o entorno.”

desconstrutivo-constutivo (Miriam Bankovsky), de maneira a viabilizar diálogos e entrecruzamentos que desvelem tanto as deficiências quanto as potencialidades das vertentes de pensamento presentes em nosso referencial teórico².

As aporias hermenêutico-analíticas vinculatividade/discricionarieidade e contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais, bem como a aporia político-axiológica universalismo/multiculturalismo, ao serem entrelaçadas e transpostas ao contexto dos contatos entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas locais extraestatais, suscitam um problema sociológico típico de uma sociedade policontextual, qual seja, a tensão entre heterorreferência e autorreferência do sistema jurídico. Em outras palavras, segundo Teubner, a justiça – como fórmula de contingência de um sistema jurídico submetido a uma dinâmica social em que irritações geradas por seu ambiente, por um lado, denunciam incessantemente que o direito poderia e/ou deveria ser de outro modo, e, por outro, podem ser reconhecidas como juridicamente relevantes apenas caso sejam traduzidas para a linguagem artificial do código lícito/ilícito – só pode ser teorizada mediante uma vinculação a uma teoria da sociedade. Por tal razão, visualizamos uma inspiração para o enfrentamento das mencionadas aporias em algumas tradições do pensamento jurídico que, sem ignorarem a necessidade da preservação da capacidade de autorreferência do sistema jurídico, destacaram a relevância da dimensão empírica/sociológica do direito: o realismo estadunidense; o realismo escandinavo; o realismo axiológico culturalista; a Jurisprudência Pragmática e a Jurisprudência dos Interesses; o Direito Livre; e a Livre Investigação Científica. O **referencial teórico** do nosso projeto congregará não apenas ideias dos pensadores clássicos das mencionadas tradições, mas também e principalmente teses que podem ser lidas como tentativas de revitalização de tais modelos, os quais, por sua vez, podem ser compreendidos como seus “**ancestrais**”. Nesse sentido, estabeleceremos um elo entre o realismo estadunidense e o pensamento de Esser, de modo a caracterizar o **eixo compreensivo** do modelo ora proposto, bem como uma ligação entre o realismo escandinavo e a teoria da argumentação de Peczenik, o que permitirá a configuração do **eixo analítico** deste projeto. De tal maneira, poderemos caracterizar desconstrutivo-constutivamente os aporéticos intervalo vinculatividade/discricionarieidade e contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais.

² A palavra “epistemológica” foi grafada com aspas tendo em vista a concepção derridariana sobre a filosofia e a razão, atividades de pensamento que, segundo o filósofo, têm a si próprias como objeto, o que caracteriza uma aporia reveladora dos limites da racionalidade e do fracasso do logocentrismo. Registra-se, pois, que o termo “epistemológico” está sendo aqui utilizado em sentido convencional, ou seja, como condição de possibilidade de produção do conhecimento científico, sem que se ignorem os limites denunciados pelo próprio Derrida quanto à possibilidade mesma de uma epistemologia desse tipo.

Ademais, entrelaçar nossa leitura sobre tal intervalo ao enfrentamento da aporia universalismo/multiculturalismo no contexto do discurso sobre os direitos humanos demandará a inserção de dois outros eixos de trabalho. O primeiro desses eixos envolverá uma aproximação entre de perspectivas que compreendam a dimensão empírica/sociológica do direito sob um prisma **cultural**: o realismo axiológico culturalista de Miguel Reale e a hermenêutica diatópica de Panikkar, com os respectivos complementos realizados por Boaventura Santos. O outro eixo a ser inserido é o **político**, em que retomaremos, tendo como referência os contemporâneos estudos críticos do derridariano Douzinas sobre os direitos humanos, na relação estabelecida pela Jurisprudência Pragmática de Jhering e pela Jurisprudência dos Interesses entre o direito e a política, seja esta considerada como um pressuposto para a positivação de conteúdos jurídicos, seja como critério decisório de caráter teleológico-social.

Dado o cunho desconstrutivo do pensamento de Douzinas, o pensamento derridariano, em um jogo de indecidibilidade entre níveis de linguagem, não apenas constituirá o núcleo de nossa matriz “epistemológica”, mas também integrará o eixo político do nosso referencial teórico. Esse jogo de indecidibilidade, contudo, não se esgota aí, pois a obra de Derrida também constitui um dos polos do **metaeixo paranoico** do nosso referencial teórico, metaeixo este que se debruçará sobre os quatro eixos de trabalho anteriormente mencionados. O cerne de tal dimensão meta-axial está no pensamento de Teubner, autor que visualizou uma paranóia mútua entre, de um lado, a pretensão de justiça como transcendência radical sustentada pela desconstrução derridariana, e, de outro, os limites sistêmicos da autotranscendência, que figuram no núcleo da leitura autopoietica do sistema jurídico desenvolvida por Luhmann. Nesse contexto, buscaremos inspiração no Direito Livre de Kantorowicz e na Livre Investigação Científica de Gény, vertentes teóricas que leremos, respectivamente, como **ancestrais** das perspectivas de Derrida e Luhmann, inclusive no que concerne ao envolvimento em uma semelhante paranóia mútua.

Diante do exposto, podemos apresentar a seguinte **hipótese** de trabalho: “Dada uma concepção desconstrutivo-constitutiva (BANKOVSKY, 2012) da desconstrução derridariana e das correlatas noções de justiça por-vir, dinâmica iterativa do rastro e obrigação assimétrica perante o Outro; a paranóia mútua descrita por Teubner entre a desconstrução derridariana e a autopoiese luhmanniana – no contexto de um modelo hermenêutico que, embora não sendo de aplicação restrita à aporia universalismo/multiculturalismo, viabilize uma abordagem descritiva-enquanto-normativa das conflitos entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas locais extraestatais, bem como do correlato(s) sentido(s) jurídico da categoria teórica

‘direitos humanos’ em uma sociedade policontextual – é idônea a constituir um metaeixo de abordagem que – ao configurar, de maneira hierarquicamente entrelaçada, um contínuo movimento circular entre, de um lado, uma crítica desconstrutiva dotada de uma pretensão radical de transcendência a eixos de abordagem referentes às dimensões compreensiva (Esser), analítica (Peczenik), política (Douzinas) e cultural (Panikkar/Boaventura Santos) do fenômeno jurídico-hermenêutico, e, de outro, uma reaglutinação reconstrutiva dessas dimensões axiais pela via de uma auto-observação científica do direito à luz dos limites sistêmicos de sua autotranscendência – caracteriza a demarcação dos intervalos entre as indecidibilidades vinculatidade/discricionarietà, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo como tarefas aporéticas por-vir envoltas, à luz de uma noção de justiça jurídica comprometida com um contínuo aperfeiçoamento, em um incessante jogo concertado (“thrust-and-parry” – estocadas-e-bloqueios) de deslocamentos entre um esforço construtivo de fundamentação retrospectiva nos moldes de uma “re-entry – processo inexoravelmente ultracíclico permeado por um resíduo (discricionário, irracional e histórico-culturalmente situado) de corrupção sistêmica operativa e que exige, no caso de um conflito entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local extraestatal, uma tradução (“mal-entendido criativo”) do costume desta em um programa normativo daquela, bem como uma diatópica tomada de iniciativa da ordem jurídica estatal, independentemente de reciprocidade, para fins de estabelecimento, mediante um uso criativo das instituições de ligação, de uma aproximação intercultural, na forma de relações de equivalência homeomórfica, entre as respectivas formas de vida e os correlatos jogos de linguagem – e uma inexorável desconstrução das determinações delas resultantes”.

Estruturaremos esta tese em oito capítulos, dentre os quais: o primeiro corresponde à presente introdução; o segundo consistirá em um detalhamento sobre a matriz “epistemológica”, o referencial teórico e a justificativa do trabalho – o que permitirá uma compreensão mais adequada de certos elementos componentes da hipótese anunciada no parágrafo anterior; e o oitavo será a sua conclusão. Haverá, ademais, seis capítulos de desenvolvimento, cujos conteúdos correspondem ao cumprimento dos **objetivos específicos** deste escrito e serão sinteticamente anunciados desde logo.

No terceiro capítulo, descreveremos as principais ideias das tradições teóricas que, na condição de **ancestrais** dos pensamentos componentes do nível de linguagem “L1” do modelo aqui proposto, servirão de inspiração para os eixos compreensivo, analítico, político e cultural de nosso enfrentamento hermenêutico da tensão entre vinculatidade e

discricionariiedade e suas repercussões no discurso dos direitos humanos. Essas tradições são as seguintes: a Jurisprudência Pragmática de Jhering e a Jurisprudência dos Interesses de Heck, que figurarão como ancestrais para o eixo político do nosso modelo; o realismo estadunidense, que servirá como ancestral para o nosso eixo compreensivo; o realismo de Alf Ross, que funcionará como ancestral do eixo analítico de nossa proposta; e o Tridimensionalismo de Miguel Reale, que será utilizado como um ancestral para o eixo cultural de nosso projeto teórico.

No quarto capítulo, apresentaremos uma proposta de compatibilização entre os pensamentos de Esser e Peczenik, autores vinculados, respectivamente, às tradições realistas estadunidense e escandinava. O cumprimento dessa tarefa exigirá a demonstração da possibilidade de estabelecimento de uma relação entre as dimensões hermenêutica e analítica da linguagem à luz do suposto binômio contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais, o que buscaremos perpetrar mediante o entabulamento de conversações entre, de um lado, as obras dos dois autores, e, do outro: as noções de raciocínio analógico e abdução em Kaufmann, as quais contribuirão para que realizemos uma análise sobre a formulação de hipóteses no contexto das decisões judiciais; e os sentidos de discricionariiedade e a concepção narrativa de coerência encontrados na obra de Dworkin, bem como a ideia de formulação de verdade presente na hermenêutica de Pareyson, elementos que servirão como referência para o esboço de uma caracterização da indecidibilidade entre vinculação e discricionariiedade. O capítulo envolverá, ainda, em seu tópico de encerramento, um estudo de dois “insights” diatópicos presentes nas obras de Esser e Peczenik – respectivamente, as noções de “equivalência funcional dos conceitos” e a “comunicação através das fronteiras culturais” –, elementos que servirão como pontos de contato entre, de um lado, os eixos compreensivo e analítico de nosso modelo hermenêutico, e, de outro, os respectivos eixos político e cultural.

No quinto capítulo, apresentaremos a proposta de diálogo intercultural de Panikkar, qualificada pelas contribuições de Boaventura Santos (eixo cultural), e a concepção derridariana de luta política pelos direitos humanos proposta por Douzinas (eixo político), bem como entrelaçaremos tais perspectivas à complementação hermenêutico-analítica entre Esser e Peczenik mediante uma retomada de seus respectivos “insights” diatópicos, tarefa cujo cumprimento envolverá: uma aproximação desconstrutivo-constructiva entre a noção de “equivalência funcional dos conceitos” em Esser e a ideia de “equivalência homeomórfica” presente na hermenêutica diatópica de Panikkar; uma leitura desconstrutivo-constructiva de uma hipótese antropológica concebida por Peczenik e Aarnio como uma proposta de

aproximação diatópica entre jogos de linguagem e formas de vida; e a apresentação, com base no estudo de Nimis sobre a relação entre a criatividade, os jogos de linguagem e as formas de vida no contexto do comportamento de Aquiles na “Ilíada”, de um esboço alegórico sobre a “re-entry” dos vãos de sentido do significante “direitos humanos” no sistema jurídico.

No sexto capítulo, apresentaremos o metaeixo paranóico do modelo teórico que propomos, de maneira que possamos prosseguir em nossa abordagem sobre a indecidibilidade entre vinculação e discricionariedade. Para tanto, caracterizaremos, preliminarmente, a livre investigação científica de Gény como um ancestral sistêmico e o manifesto de Kantorowicz pelo direito livre como um ancestral desconstrutivo. Em seguida, adentraremos as dimensões meta-axiais autopoiética e da “différance”. Por fim, estudaremos propriamente a mútua paranóia entre Luhmann e Derrida conforme formulada por Teubner

No sétimo capítulo, apresentaremos os contornos de nosso modelo hermenêutico descritivo-enquanto-normativo idôneo à abordagem dos intervalos vinculatividade/discricionariedade, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo no cenário do discurso dos direitos humanos em uma sociedade policontextural. O cumprimento de tal desiderato envolverá, primeiramente, um entrelaçamento dos quatro eixos do nível de linguagem (L1) em torno do metaeixo paranoico (L2) do modelo ora proposto, de modo a proporcionar uma adequada caracterização das indecidibilidades vinculação/ discricionariedade e contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais, inclusive no que se refere à determinação do sentido do significante vazio “direitos humanos” no âmbito dos conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais. Em seguida, apresentaremos, como referência para o nosso modelo no que diz respeito à “re-entry” do costume das ordens jurídicas locais nos programas normativos das ordens jurídicas estatais, o estudo realizado por Teubner e Fischer-Lescano a respeito dos conflitos sobre o patenteamento da “árvore neem” e do “pó turmérico”. Finalmente, testaremos nosso modelo mediante sua aplicação a uma situação-problema já judicializada, qual seja, o conflito entre culturas envolvido na disputa travada entre os indígenas Kaingang e o Município de Porto Alegre pelos direitos em torno do Parque do Morro do Osso.

Anunciamos até agora nesta introdução a existência de três níveis de linguagem envolvidos na proposta teórica apresentada. O nível mais baixo, composto pelos eixos compreensivo, analítico, cultural e político (“L1”), funciona: diretamente, como linguagem-objeto do nível intermediário (“L2”), composto pelo metaeixo paranóico; e, indiretamente, como linguagem-objeto da matriz “epistemológica” desconstrutiva (“L3”) – que tem em “L2”

a sua linguagem-objeto direta – assumida pelo escrito. Este texto introdutório se configura simultaneamente como uma metalinguagem dos três referidos níveis de linguagem, sem, propriamente, se configurar como um novo patamar desse escalonamento, já que discorre diretamente sobre qualquer um dos níveis em questão, compreendendo-os, como um todo, tal qual uma única linguagem-objeto. Inicia-se, assim, uma nova cadeia metalinguística – o que fica mais claro quando notamos que o objetivo geral do trabalho, por exemplo, também integra a sua linguagem-objeto –, cuja peculiaridade se torna possível pelo fato de a correlata metalinguagem (“Lx”) estar “situada” no intervalo entre o texto enunciado e o ato de enunciação, entre o conteúdo textualmente veiculado e o ato de veiculação deste conteúdo, entre o texto produzido e a sua produção exterior, sem, paradoxalmente, deixar de ser texto, ainda que texto enunciativo de um ato de enunciação. Obviamente, a presente reflexão, performativamente, já consiste em um novo nível de linguagem (“Ly”), o qual, ainda que situado no mesmo texto em que se encontra “Lx”, funciona como metalinguagem sua, e, assim, *ad infinitum* (dado que tal reflexão sobre a reflexão de “Ly” em relação a “Lx” já configura um novo nível metalinguístico – “Lz” –, sobre o qual já estamos também fazendo metalinguagem...), motivo pelo qual, violentamente, cortamos essa cadeia para retomarmos, em capítulo próprio, o nível metalinguístico “Lx”, de maneira que possamos aprofundar, em capítulo próprio, as reflexões sobre a matriz “epistemológica” (“L3”) e a justificativa deste trabalho (mormente quanto ao seu metaeixo – “L2” – e aos seus eixos compreensivo, analítico, político e cultural – “L1”), elementos dotados de complexidade suficiente para merecerem uma abordagem destacada.

2 APROFUNDAMENTO METALINGUÍSTICO: MATRIZ “EPISTEMOLÓGICA”, REFERENCIAL TEÓRICO E JUSTIFICATIVA DO TRABALHO

Introduzido o objeto deste trabalho, inicia-se um capítulo metalinguístico que pretende, mediante um detalhamento da matriz “epistemológica”, do referencial teórico e da justificativa do escrito ora formulado, preparar o leitor para uma compreensão da trajetória de entrelaçamento a ser desenvolvida ao longo dos capítulos posteriores, componentes do conteúdo-fim textualmente veiculado.

2.1 MATRIZ “EPISTEMOLÓGICA”

Fizemos uma opção “epistemológica” pela matriz de pensamento desconstrutiva, de cariz derridariano. O trabalho terá como móvel o estabelecimento de diálogos entre uma plêiade de autores, conforme a estrutura de eixos descrita no capítulo introdutório. Entendemos que os entrecruzamentos propostos constituem um expediente adequado a catalisar a revelação de contradições e significados pouco aparentes em suas teses, em uma espécie de descentramento filosófico que permita a realização de aproximações e colaborações pouco óbvias e desatreladas das amarras das tradições de pensamento, sem, ao mesmo tempo, negar a relevância destas tradições para uma compreensão adequada das obras em análise.

Para que o leitor compreenda melhor a posição “epistemológica” ora assumida, podemos começar pela distinção entre pensadores separacionistas e conversacionistas, descrita nos seguintes termos por Nancy Fraser (*in* BENHABIB; FRASER, 2004, p. 125 - tradução nossa):

O mundo filosófico tem sido dividido há muito tempo entre dois tipos de pensadores. De um lado, aqueles que chamamos de "separacionistas". Perseguidores determinados da verdade, seu impulso mais profundo é o de estabelecer linhas divisórias, desmistificar consensos aparentes, esclarecer o núcleo duro da diferença irreconciliável, insistindo na necessidade de escolha de lados. Do outro lado, os "conversacionistas". Amantes mundanos do entendimento dialógico, preferem procurar vias de possível acordo por debaixo do dissenso superficial, reduzindo polêmicas, descentrando linhas familiares de controvérsia, dividindo as diferenças, e promovendo a comunicação. Ambos os tipos têm suas fraquezas e forças. Separacionistas penetram sob ofuscações sentimentais, mas estão sujeitos a tomar árvores por florestas. Conversacionistas veem através de polarizações entrincheiradas, mas nem sempre querem enfrentar as questões difíceis. O ideal, estou convencida, é incorporar um pouco de cada.

Dada a matriz desconstrutiva aqui subscrita, não pretendemos estimular a perpetuação das amarras que normalmente estão implícitas quando remetemos a uma determinada vertente

de pensamento em que são agrupados dados pensadores, motivo pelo qual nos aproximamos do conversacionismo. Defendemos uma perspectiva inclusiva, caracterizada pelas posturas desconstrutivas de abertura (boa vontade de um autor para que possa aprender com o outro), humildade (colocação de lado das próprias convicções de um autor sobre a existência de limites nas teorias do outro) e resiliência (compromisso com o potencial produtivo da cooperação entre perspectivas teóricas distintas), em que os entrecruzamentos colaborem para uma ampliação de possibilidades, indo de encontro a um fechamento dogmático (BANKOVSKY, 2012, p. 211 e ss.). Afinal, como explica Thomassen (2008, p. 122; 128 – tradução nossa) a respeito da abordagem desconstrutiva sobre a filosofia e a razão, ambas estão envolvidas em

uma tensão entre condicionalidade e incondicionalidade. Isto é realçado quando consideramos a pergunta "O que é filosofia?" como uma parte essencial da filosofia (e da mesma forma quando consideramos a pergunta "O que é a razão?" como uma parte essencial da razão). Fazer isso implica que a filosofia deve responder à e pela filosofia, e da mesma forma a razão deve responder à e pela razão. Isto, por sua vez, desestabiliza a filosofia e a razão: o questionamento filosófico é sempre condicional (aqui e agora, de acordo com certas normas estabelecidas), ainda que realizado em nome de uma filosofia incondicional, o que coloca em causa o que nós entendemos como filosofia aqui e agora. Assim, a filosofia como a conhecemos é desestabilizada, mas é assim que, em nome de uma filosofia incondicional, uma filosofia continua por vir porque não se pode alcançar um fechamento sobre a questão "O que é filosofia?" se essa pergunta é parte essencial do que significa fazer filosofia. Da mesma forma, com a razão [...]. [...] Se a filosofia, a razão [...] são questões em aberto, se alguém deve responder não só a, mas também pela filosofia, pela razão [...], então não se pode simplesmente seguir os procedimentos e normas existentes ao fazê-lo. É neste contexto que [...] olhar para a questão da responsabilidade – responder o outro – é uma parte inerente de uma ética da discussão. [...] Para Derrida, a condição de possibilidade da filosofia como uma prática contínua significativa é que não há resposta única ou final à questão "o que é a filosofia?". [...] Essa questão abre a condicionalidade ao incondicional, e abre a filosofia aqui e agora à filosofia-por-vir [...]. A filosofia-por-vir é, então, falando estritamente, impossível; ou melhor, a filosofia só é possível como impossível: a filosofia só é possível como condicional, suspendendo o questionamento filosófico sobre "o que é a filosofia" (THOMASSEN, 2008, p. 128 – tradução nossa).

Ainda assim, porém, conservamos do separacionismo, como destaca Fraser, a sua maior disposição para o enfrentamento de questões difíceis e a necessidade de que assumamos uma lente filosófico-epistemológica retora – qual seja, a desconstrução, conforme entendida por Bankovsky, orientada para a construção – a partir da qual buscaremos ler as teses que integrarão o nosso referencial teórico.

Preliminarmente, dada a existência de uma grande quantidade de entendimentos significativamente distintos, eventualmente até opostos, a respeito do projeto geral de

Derrida³, precisamos especificar que assumimos a interpretação que Bankovsky e Thomassen fazem sobre a desconstrução.

Por um lado, Bankovsky (2012, p. 29 e ss. – tradução nossa) considera equivocadas as leituras liberais de Derrida – exemplificativamente, Habermas, Fraser, Guttman e Benhabib criticam o autor franco-argelino por supostamente propor uma desconstrução em sentido antinormativo, “inapta a defender racionalmente uma posição política perante outra”. Ademais, em certo sentido, mesmo a maioria dos defensores da desconstrução segue linha parecida ao endossarem “as dificuldades de Derrida para a defesa racional [...] como a antítese completa à justiça normativa”, o que serviria como fundamento para uma crítica adversarial ou mesmo para uma política revolucionária. “Esta visão popular, seja crítica, seja afirmativa, deve ser rejeitada por não reconhecer a subscrição da desconstrução à premissa essencial da abordagem construtiva, comprometendo-se com a possibilidade da justiça” (BANKOVSKY, 2012, p. 29 – tradução nossa). Se tal perspectiva fosse verdade, a obra de Derrida consistiria em uma “crítica filosófica que, em última instância, se esgota na desarticulação incessante do logos. [...] O seu desconstrutivo ‘pensamento do rastro’ surge, neste contexto, como um novo ‘modo de não caminhar’ – uma abertura ético-política a um outro cuja alteridade irreduzível está ‘estabilizada’ pelo logo [...] e etnocentrismo da razão moderna às custas da ‘desqualificação’ e da ‘aniquilação’ epistêmicas.” (GANIS, 2011, p. 18-9 – tradução nossa). Segundo Bankovsky (2012, p. 31), porém, ignora-se que a crítica liberal à desconstrução negligencia a admissão, pelo Derrida maduro, de que é necessário assumir o risco de determinar o conteúdo da justiça em defesa daqueles que sofrem.

Por outro lado, Bankovsky (2012, p. 32 e ss.) também refuta o endosso antinormativo a Derrida (citando, exemplificativamente, Jean-Luc Nancy e Philippe Lacoue-Labarthe, e Spivak), o qual se baseia na inevitabilidade da violência da normatividade, que, por sua vez, nulificaria os padrões de crítica das normas vigentes. Ver a desconstrução como antinormativa seria um caminho para a realização de uma crítica radical à referida violência intrínseca. As mesmas razões pelas quais não se pode admitir a crítica liberal a Derrida servem para que afastemos o endosso antinormativo: o entendimento de ambas as vertentes sobre o pensamento de Derrida é o mesmo, havendo apenas uma divergência de opinião sobre

³ “Utilizado pela primeira vez por Jacques Derrida em 1967 na Gramatologia, o termo ‘desconstrução’ foi tomado da arquitetura. Significa a deposição ou decomposição de uma estrutura. Em sua definição derridiana, remete a um trabalho do pensamento inconsciente (‘isso se desconstrói’), e que consiste em desfazer, sem nunca destruir, um sistema de pensamento hegemônico e dominante. Desconstruir é de certo modo resistir à tirania do Um, do logos, da metafísica (ocidental) na própria língua em que é enunciada, com a ajuda do próprio material deslocado, movido com fins de reconstruções cambiantes. [...]. Jacques Derrida lhe confere igualmente um uso gramatical: o termo designa então uma desorganização da construção das palavras na frase”. (DERRIDA & ROUDINESCO, 2004, p.9).

as consequências positivas ou negativas da suposta antinormatividade. Ademais, os antinormativistas perdem de vista “a função crítica que se deseja atribuir à desconstrução. Se toda normatividade é inevitavelmente violenta, não remanescem padrões em virtude dos quais sejam criticáveis as normas claramente mais violentas do que outras” (BANKOVSKY, 2012, p. 33 – tradução nossa).

Derrida (1991), ao afirmar a indecidibilidade, não está a abordar uma vaga indeterminação ou a contingência da força, mas, sim, a oscilação determinada entre possibilidades dadas em situações especificamente definidas. Sua abordagem da razão, portanto, envolve a consideração dos contextos específicos em que se manifesta o seu sentido particular. Nesse sentido, Lasse Thomassen (2008, p. 132 – tradução nossa) afirma que:

Para Derrida [...], a resolução ou conciliação filosófica permanecerá sempre por-vir: não é apenas praticamente, e sim intrinsecamente impossível solucionar – resolver e dissolver – as aporias dos conceitos filosóficos, incluindo o próprio conceito de filosofia. Assim, para Derrida, não é suficiente para a filosofia gerar respostas, por exemplo, para a obtenção de distinções corretas; a filosofia deve também colocá-las em causa.

A leitura desconstrutiva, malgrado implique violência e condicionalidade (mas não uma violência particular), é realizada tendo em vista a justiça incondicional, motivo pelo qual deve ser compreendida como responsável pela singularidade e heterogeneidade do outro, entendido este, no caso, como o texto que se está a desconstruir. O leitor, ao desconstruir, é responsável pela violência praticada quando a alteridade textual escapa a sua leitura. A responsabilidade, pois, é consequência do fato de que nenhuma leitura pode exaurir o texto (THOMASSEN, 2008, p. 123).

Ao ler, deve-se ser preciso para que se seja justo com o texto, mas como o texto é intrinsecamente heterogêneo, a justiça que se pode mostrar será uma justiça por vir. [...] Deparamo-nos com um tipo de imperativo duplo em que devemos dar o que se deve à heterogeneidade, à singularidade e à alteridade do texto, mas, ao mesmo tempo, fazer que eles faça sentido, o que só é possível, em parte, mediante a imposição de uma linguagem comum. (THOMASSEN, 2008, p. 146 – tradução nossa).

A perspectiva desconstrutiva presta-se a desconstruir a suposta naturalidade e inevitabilidade de dicotomias e revelar seu caráter de construção discursiva. Desconstruir implica dismantelar e reinscrever construções, sem propriamente destruí-las, mas apenas atribuir-lhes uma estrutura e um funcionamento diferentes (CULLER, 1999, p. 120). "Desconstruir, na acepção da filosofia de Derrida, não significa, simplesmente, demolir, pôr abaixo, implodir algo: ideias, conceitos, posições, princípios, objetivos, meios e fins." (GOULART, 2003, p. 26). Trata-se, isso sim, de permanecer no campo desconstruído e remodelar o material fragmentado para fins de construção de algo novo.

Uma leitura desconstrutiva não pode simplesmente tornar o texto transparente ou neutralizar eventuais contradições que possam existir nele. Por exemplo, não se pode neutralizar a indecidibilidade, referindo-se a ela como "erros" por parte do autor. Ao contrário, uma leitura desconstrutiva é uma intervenção no texto. A leitura desconstrutiva incorrerá em um dilema quando, seguindo o esquema conceitual que governa o texto, se deparar com algo que é indecidível de acordo com esse esquema. Neste ponto, a leitura deve tanto ser "fiel" ao texto quanto deslocar e, assim, 'trair' o texto, mas não no sentido de trair para ser fiel ao texto em outro nível, mais elevado, de racionalidade. A leitura não objetiva revelar a verdade real do texto, uma verdade que dissolveria todas as ambigüidades, como se tal verdade existisse. Ser fiel e deslocar são injunções concorrentes, cada uma excluindo a outra, e não podem ser conciliadas por uma única regra para a leitura do texto. Como consequência, cada leitura desconstrutiva não é apenas uma intervenção, mas também singular (THOMASSEN, 2008, p. 62 – tradução nossa).

Uma leitura desconstrutiva, pois, não significa uma mera negação do que se questiona, mas, sim, um descentramento de uma estrutura (GOULART, 2003, p. 26). A inversão desconstrutiva dá-se como uma decomposição de discursos por dentro do sistema desconstruído, "revelando seus pressupostos, suas ambigüidades, suas contradições" e ampliando os seus limites de sentido (PEDROSO JÚNIOR, 2010, p. 11).

Diante disso, não nos causará estranhamento que a Desconstrução, ao interrogar incansavelmente os diferentes discursos que pretende decompor, operará, muitas vezes, no terreno da ambivalência, da duplicidade e da dubiedade, pois não incorrerá em reducionismo diante das oposições binárias com as quais a metafísica ocidental está acostumada a operar, sobretudo se considerarmos que será frequente, nos trabalhos desconstrutivistas empreendidos por Jacques Derrida e seus seguidores, o emprego de termos como "nem um ... nem outro", "ao mesmo tempo", "por um lado. . . por outro...", longe de se apresentarem como sinônimos de indecisão e/ou imprecisão, o que o emprego desses termos coloca em destaque é a necessidade de se pensar as oposições dialéticas numa oposição horizontal e paritária, não em escalas hierárquicas, como a metafísica o fazia. (PEDROSO JÚNIOR, 2010, p. 11)

A leitura desconstrutiva, inicialmente, levanta "tudo aquilo que o texto explicita e que constitui os seus filosofemas", para, em seguida, "reconhecer as dissimulações – talvez fosse melhor dizer, as metáforas – através das quais se operaram o afastamento, o recalçamento e a anulação de tudo aquilo que pudesse comprometer a soberania do material hierarquicamente valorizado pelo discurso" (GOULART, 2003, p. 26). Lê-se inicialmente a partir do interior do texto e, posteriormente, busca-se enxergá-lo de fora, em suas margens, para que se possam notar aquelas peculiaridades nele encobertas (GOULART, 2003, p. 26).

[...] sobre a natureza da leitura desconstrutiva [...]. Quando é que a leitura [...] começa a ser "derridariana" e "desconstrutiva"? [...] a leitura não se restringe ao enquadramento [...] e não pretende ser uma mera exposição ou comentário, como se tal coisa fosse possível. A leitura vai além do enquadramento [...], mas não simplesmente rompe com ele. A leitura alternativa, desconstrutiva, surge como uma possibilidade de dentro dos textos [...], ou melhor, nos limites dos textos [...], nos pontos de não-racionalizabilidade. Assim, a leitura nem procede de um ponto totalmente exterior aos textos [...], nem fica completamente dentro desses textos. [...] há a possibilidade em seus textos e efeitos de seus textos que [...] o autor não pode controlar (e aqui eu não estou interessado em saber se ele pretendia ou não fazê-lo, embora eu ache que não). [...] Eu destaco algumas características dos textos

e faço-o com base em uma certa compreensão de Derrida e da desconstrução. [...] o resultado final – a posição alternativa, desconstrutiva – surge como uma possibilidade de "dentro" dos textos [...]. Em suma, não apenas há várias assinaturas desta leitura [...], mas também nenhuma dessas assinaturas é capaz de controlar os efeitos dos textos [...]. (THOMASSEN, 2008, p. 112 – tradução nossa).

Torna-se mais fácil compreendermos a referida impossibilidade de controle dos efeitos dos textos de Derrida quando estudamos sua noção de “différance”, uma ausência como espaçamento sem presença⁴. O autor cunha o referido conceito para questionar nosso modo de entender o funcionamento das palavras e explicar que os signos adquirem significados em um processo contingencial e instável. Signos não têm significados em si mesmos, nem capturam uma presença original de um objeto perdido que lhes preexistia, mas, sim, adquirem sentido a partir do jogo de diferenças com outros signos, ou seja, da “différance”. O termo é utilizado para estabelecer uma distinção em relação à própria palavra francesa “différence”; ambas têm a mesma pronúncia – o que indica que a diferença entre ambas é inseparável do texto escrito –, mas significados e grafias diferentes, permitindo que percebamos a diferença entre as duas letras e os dois signos (BANKOVSKY, 2012, p. 17)⁵. A différence,

faz com que o movimento da significação não seja possível a não ser que cada elemento dito ‘presente’, que aparece sobre a cena da presença, se relacione com

⁴ “Ora, a palavra diferença (com um e) não pôde nunca remeter, nem para o diferir, como temporização, nem para o diferendo [...]. É essa perda de sentido que a palavra diferença (com um a) deveria - economicamente - compensar. Ela pode remeter simultaneamente para toda a configuração das suas significações, é imediatamente e irredutivelmente polissêmica e isso não será indiferente à economia do discurso que eu procuro manter. E remete para ela, não apenas, bem entendido, e como toda e qualquer significação, ao ser sustentada por um discurso ou por um contexto interpretativo, mas já, de qualquer forma, por si mesma, ou pelo menos mais facilmente por si mesma do que qualquer outra palavra, uma vez que o a provém imediatamente (em francês) do participio presente, diferindo (différant), e nos reenvia para o decurso da ação do diferir antes mesmo que esta tenha produzido um efeito constituído como diferente ou como diferença (com um e). Numa conceitualidade clássica e respondendo a exigências clássicas, diríamos que "diferença" designa a causalidade constituinte, produtora e originária, o processo de cisão e de divisão do qual os diferentes ou as diferenças seriam os produtos ou os efeitos constituídos.” (DERRIDA, 1991, p. 39).

⁵ “[...] a natureza inaudível só é possível dentro da escrita fonética, na qual sinais escritos indicam sons, ao invés de sons indicarem sinais escritos. A escrita fonética inclui ‘signos’ não-fonéticos para distinguir sons-de-fala, o que a palavra ‘différance’ também torna claro em sua capacidade de distinguir dois sons que não podem ser distinguidos sonoramente. Outros sinais não-fonéticos incluem a pontuação e o espaçamento que não representam sons-de-fala, e que são, mais uma vez, gráficos, mas inaudíveis. Como silêncios, eles não significam sentidos como sons-de-fala fazem, mas, sim, diferenciam sons-de-fala uns dos outros. Como tais, eles não funcionam estritamente como signos no sentido de Saussure, porque não significam sentidos como os sons-de-fala e seus sinais escritos. Consequentemente, Derrida não se refere a tais silêncios como signos, mas como ‘um jogo de diferenças’” [...], dado que eles meramente diferenciam sons-de-fala uns dos outros. Isso significa, porém, que ‘différance’ é um signo que pretende representar uma diferença específica, enquanto também resiste ao sentido estrito do signo ao meramente diferenciar sons-de-fala falados. [...] a diferença gráfica da ‘différance’ é que esta ilude a sensibilidade; ou seja, as percepções sensoriais da visão da audição. O ‘a’ e o ‘e’ podem ser visualmente sentidos e então aparentam ser diferentes. Porém, esta diferença em si mesma não é sentida, mas, sim, construída pela mente. Ademais, também não é inteligível, porque ilude a habilidade do intelecto de captar a natureza e o sentido desta diferença. A inteligibilidade requer sensibilidade, já que precisa de um objeto. Se a diferença não é dos sentidos, também permanece, então, inteligível. Consequentemente, Derrida afirma que esta diferença entre ‘a’ e ‘e’ (‘différance’) não é do mesmo tipo que outros signos audíveis, visíveis e táteis. ‘Différance’ não é uma palavra, no sentido de Saussure, porque uma palavra une materiais conceituais, vocais e acústicos” (BANKOVSKY, 2012, p. 17-8 – tradução nossa).

outra coisa que não ele mesmo, guardando em si a marca do elemento passado e deixando-se já moldar pela marca da sua relação com o elemento futuro, relacionando-se o rastro menos com aquilo a que se chama presente do que àquilo a que se chama passado, e constituindo aquilo a que chamamos presente por intermédio dessa relação mesma com o que não é ele próprio: absolutamente não ele próprio, ou seja, nem mesmo um passado ou um futuro como presentes modificados (DERRIDA, 1991, p. 45).

A “différance”, ao constituir uma diferença tanto temporal quanto espacial, possibilita e impede o significado (BANKOVSKY, 2012, p. 17), o qual é um mero significante posicionado em relação a outros significantes⁶. Estes significantes, por sua vez, são meros rastros que se reenviam uns aos outros, constituindo uma rede, de modo que só podem ser entendidos pela diferença existente entre si⁷. É no cunho espectral do rastro, o qual não é sensível, não é presença nem ausência, que reside a indecidibilidade. O processo de significação, portanto, não vai mais de um significante a um significado, mas, sim, constitui uma referencialidade de rastros espectrais (COELHO, 2008, p. 4).

A diferença temporal ocorre entre dois signos e permite que o signo represente o objeto em sua ausência. Pensar na “différance”, enquanto diferença temporal, como um signo exigiria entendê-la como secundária e provisória em relação à “différance” original, aquela entre o “a” e o “e”. Mas não há, propriamente, um original, pois a referida diferença é criada pela própria introdução do termo⁸. “O rastro não é somente a desapareção da origem, ele quer

⁶ “[...] a ação de remeter para mais tarde, de ter em conta o tempo e as forças numa operação que implica um cálculo econômico, um desvio, uma demora, um retardamento, uma reserva, uma representação, todos os conceitos que resumirei aqui numa palavra de que nunca me servi mas poderíamos inscrever nessa cadeia: a temporização. Diferir, nesse sentido, é temporizar, é recorrer, consciente ou inconscientemente, à mediação temporal e temporizada de um desvio que suspende a consumação e a satisfação do “desejo” ou da “vontade”, realizando-o de fato de um modo que lhe anula ou modera o efeito. [...] E veremos em que essa temporização é também temporalização e espaçamento, devir-tempo do espaço e devir-espaço do tempo. Diferença como temporalização, diferença como espaçamento. [...] É necessário que um intervalo o separe do que não é ele para que ele seja ele mesmo, mas esse intervalo que o constitui em presente deve, no mesmo lance, dividir o presente em si mesmo, cindindo assim, como o presente, tudo o que a partir dele se pode pensar, ou seja, todo o ente na nossa língua metafísica, particularmente a substância e o sujeito: Esse intervalo constituindo-se, dividindo-se dinamicamente, é aquilo a que podemos chamar *espaçamento*, devir-espaço do tempo ou devir-tempo do espaço (*temporização*). E é a esta constituição do presente como síntese “originária” e irreduzivelmente não-simples [...] que eu proponho que se chame aqui-escrita, aqui-rastro ou diferença. Esta (é) (simultaneamente) espaçamento (e) temporização.” (DERRIDA, 1991, p. 39; 45)

⁷ “[...] o conceito de significado não é nunca, em si mesmo, presente, numa presença auto-suficiente que não remeteria senão para si mesma. Todo o conceito está por direito, inscrito numa cadeia ou num sistema no interior do qual remete para o outro, para os outros conceitos, pelo jogo sistemático das diferenças. Em semelhante jogo, a diferença não é mais, portanto, um conceito, mas a possibilidade da conceitualidade, do processo e dos sistemas conceituais em geral. Por esta mesma razão, a diferença, que não é um conceito, não é uma simples palavra, ou seja, aquilo que representamos como sendo a unidade calma e presente, auto-referente, de um conceito e de uma fonia. O que se escreve *diferença* será, portanto, o movimento de jogo que “produz”, por meio do que não é simplesmente uma atividade, estas diferenças, estes efeitos de diferença. Isto não significa que a diferença que produz as diferenças seja anterior a elas, num presente simples e, em si, imodificado. A diferença é a ‘origem’ não-plena, não-simples, a origem estruturada e diferante das diferenças. O nome de ‘origem’, portanto, já não lhe convém.” (DERRIDA, 1991, p. 43).

⁸ “Aquilo que eu aqui descrevo para definir, na banalidade dos seus traços, a significação como diferença de temporização é a estrutura classicamente determinada do signo: ela pressupõe que o signo, diferindo a presença,

dizer aqui (...) que a origem não desapareceu sequer, que ela jamais foi reconstituída a não ser por uma não-origem, o rastro (...). Este conceito destrói o seu nome (...), se tudo começa pelo rastro, acima de tudo não há rastro originário (DERRIDA, 1991, p. 44). “Differáncē”, pois, não é um signo propriamente dito; por um lado, permite que o signo funcione, mas, por outro, indica a falha do signo em funcionar. A diferença espacial, por sua vez, diz respeito ao jogo do sistema de signos, em que o sentido de cada conceito depende de sua relação com os demais, e não da referência a um objeto ausente. É esse jogo de diferenças como espaçamento que inviabiliza a estabilização total do sentido de um signo (BANKOVSKY, 2012, p. 18).

Primeiro, aquilo que é considerado externo ao sentido do signo é sua condição mesma, desestabilizando, desse modo, os limites do significado do signo. Segundo, produzido por um jogo de diferenças, o significado é caracterizado por uma abertura estrutural, na qual a entrada de um novo conceito no sistema modifica o significado do signo. Finalmente, os modos usuais de determinação do significado definido do signo são errôneos: não há algo auto-presente que permita uma determinação completa do significado. Derrida quer dizer que o significado do signo não pode ser determinado pelas intenções de seu autor ou de seu leitor, nem, de uma vez por todas, por seu referente ou sentido significado. Derrida não está negando que o signo tem sentido, mas, sim, que seu sentido seja absoluto. Diante da equivocidade, o significado do signo [...] só pode ser estabilizado por seu contexto, pelo particular jogo de diferenças entre os signos de um sistema. Mas o contexto também não é absolutamente determinável. O contexto é desprovido de limites em dois sentidos: não há, em princípio, limites do que pode ser nele incluído; e qualquer tentativa de codificar um contexto pode sempre ser entrelaçada a um outro, gerando um novo contexto que escapa da descrição prévia. [...]. Consequentemente, embora as práticas compartilhadas nos permitam determinar o contexto de modo que possamos nos comunicar, produzindo um conjunto relativamente estável de significados, a possibilidade de falhas de comunicação não pode ser descartada de antemão. Se o significado de uma palavra é produzido por sua instabilidade interna como um efeito contextual e cultural, então a equivocidade essencial do contexto deixa a palavra passível de errar o seu alvo (BANKOVSKY, 2012, p. 18 – tradução nossa).

Bankovsky (2012, p. 21) destaca, em sua leitura de Derrida, que as regras do discurso têm a função prática de permitir a comunicação, e as próprias palavras são normativas, tendo sentidos dependentes das práticas compartilhadas, mas que precisam ser determinadas situacionalmente. Por um lado, o autor francês considera a comunicação possível e a vê como um compromisso com a praticabilidade das normas, mas, por outro, admite que a comunicação pode falhar. Bankovsky (2012, p. 167), ao abordar o compromisso de Derrida com a noção construtiva de praticabilidade e relacioná-la às ideias de indecidibilidade e de “differáncē”, explica que a desconstrução precisa, por razões práticas, admitir como possível

só é pensável *a partir* da presença que ele difere e *em vista* da presença diferida de que tentamos reapropriar-nos. Segundo esta semiologia clássica, a substituição da coisa mesma pelo signo é simultaneamente *secundária*, e *provisória*: secundária em relação a uma presença original e perdida!! de que o signo derivaria; provisória perante essa presença original ausente em vista da qual o signo encontrar-se-ia num movimento de mediação.” (DERRIDA, 1991, p. 41).

a normatividade (especialmente aquela referente a normas de inteligibilidade mínima), ainda que com a ressalva de que os conteúdos normativos são sempre relativos, desprovidos de estabilidade e sujeitos a falhas de comunicação⁹. “As normas, em sentido geral, são padrões de comportamento social aceitos por, ou esperados de, um grupo”, de modo que “ter a capacidade de compartilhar uma compreensão de palavras, gestos e expressões no contexto de uma cultura particular é a condição para qualquer possível compromisso com o outro” (BANKOVSKY, 2012, p. 16 – tradução nossa). Não há, porém, um caráter necessário em cada conjunto particular de normas compartilhadas, as quais, em verdade, não são absolutas ou aistóricas, mas apenas mais estáveis do que outras. “Como é claro que valores culturais são diferentes de acordo com o contexto, Derrida quer mostrar que um conceito cujo significado aparenta ser completamente determinado por seu objeto, em verdade, obteve seu significado em um jogo de diferenças com outros conceitos, em um processo que impede a completa estabilização do significado (ou do valor)” (BANKOVSKY, 2012, p. 17 – tradução nossa).

Diante do exposto, toda leitura desconstrutiva é caracterizada pela singularidade, dado estar envolvida na indecidibilidade entre repetição e alteração, inerente à noção de iteração em Derrida, bem descrita por Benhabib (2004, p. 179 – tradução nossa) nos seguintes termos:

No processo de repetição de um termo ou conceito, nunca podemos simplesmente produzir uma réplica do primeiro uso original e seu significado intencionado: na verdade, toda repetição é uma forma de variação. Toda iteração transforma o significado, lhe adiciona algo, o enriquece de maneiras sutis. De fato, não há mesmo nenhuma "fonte" originária do significado, ou um "original" ao qual todas as subsequentes formas devam se conformar. É óbvio no caso da linguagem que um ato de atribuição de significado original não faz sentido dado que, como Wittgenstein nos lembra, o reconhecimento de um ato de atribuição de como tal ato pressuporia que já se tivesse a própria linguagem [...] - uma noção patentemente circular.

Thomassen (2011, p. 2-3) explica que Derrida utiliza a ideia de iterabilidade para estabelecer duas distinções fundamentais no que diz respeito à constituição de sentidos: repetição-alteração e constativo-performativo. Quanto à primeira, em Derrida se torna inconcebível a ideia de uma repetição pura, dado o fato de que qualquer “repetição” sempre acontece em um contexto distinto do “evento original”. Significados são constituídos

⁹ “As normas de inteligibilidade mínima não são absolutas e aistóricas, mas meramente mais estáveis do que as outras. Elas dependem de condições socioinstitucionais, portanto, de relações de poder não naturais que, por essência, são móveis e fundadas em estruturas convencionais complexas que em princípio podem ser analisadas, desconstruídas e transformadas; e, de fato, estas estruturas estão em processo de transformação profunda e rápida ([...] antes de se tornar um discurso, uma prática organizada que lembra uma filosofia, uma teoria, um método, e que não o é, em consideração àquelas estabilidades instáveis ou esta desestabilização que faz disso o seu principal tema, a ‘desconstrução’ é, primeiramente, esta desestabilização. [...] E o “de” de desconstrução não significa a demolição do que está se construindo, mas, sim, o que sobra para ser pensado [...]” (DERRIDA, 1988, p. 147 – tradução nossa).

contextualmente – e contextos nunca podem ser determinados por completo. Toda repetição, ainda que em um sentido fraco, acaba sendo a constituição de um original. Do mesmo modo, também não podemos falar em um original puro, pois não há um evento significativo único que estabeleça o início da cadeia. Ora, “todo ato de significação deve ser reconhecido por outros para funcionar, ou seja, deve ser repetível em novos contextos. Consequentemente, o original traz, desde o seu início mesmo, uma repetibilidade. [...] a originalidade do original constitui-se retroativamente por meio da iterabilidade, quando ele é tomado por outros e ressignificado como original” (THOMASSEN, 2011, p. 2 – tradução nossa).

Diante do exposto, é impossível, para Derrida (1991, p. 362), a realização de qualquer repetição pura, dado que o evento que se pretende meramente repetitivo sempre ocorre em um contexto distinto do “evento original”, o que lhe atribui um caráter constitutivo¹⁰. Como bem explica, novamente, Thomassen (2008, p. 5-7 – tradução nossa):

deve ser possível repetir a desconstrução em diferentes exemplos e contextos. Isto sugere que a desconstrução tem um significado que transcende e permanece constante nos diferentes usos da mesma. No entanto, se considerarmos que o significado é contextual e constituído mediante relações de diferença, então cada uso particular de desconstrução será novo, visto ocorrer em um novo contexto. Além disso, se acreditamos que nenhum contexto pode ser completamente determinado, será impossível definir o sentido da desconstrução com referência a seus usos em um ou vários contextos. Em suma, é sempre possível rearticular o que a desconstrução significa – o que ela “é” – de novas maneiras. Em termos mais desconstrutivos, a desconstrução, como um conceito ou método, deve poder ser repetida, mas sua repetição envolve a possibilidade inerente de que ela poderia ser aplicado – ou melhor, articulada – de maneiras diferentes em novos contextos. A desconstrução, então, é sempre "desconstrução": sempre esta ou aquela desconstrução, sempre no plural, em vez de uma único e definível coisa, a essência, o programa e assim por diante. Nenhuma abordagem da desconstrução pode pretender expressar a essência da desconstrução, como se houvesse uma. Daí as aspas em "desconstrução": há apenas esta ou aquela desconstrução, não a desconstrução como tal ou em abstrato. Podemos acrescentar que, embora não haja desconstrução que seja simplesmente aplicada, só há desconstrução aplicada entendida como os usos singulares e concretos da desconstrução; ela não existe para além de seus usos específicos. Em conclusão, uma desconstrução tem uma dimensão performativa; como tal, a leitura desconstrutiva dos textos [...] também tem a minha assinatura, e não apenas a de Derrida ou de outros que tenham escrito sobre ou feito desconstrução. Não se pode simplesmente aplicar a desconstrução, pois cada aplicação é também uma rearticulação parcial e, portanto, singular.

A desconstrução, dado o fato de não ser neutra, sempre procede de certos interesses e

¹⁰ “Tão logo tipos linguísticos codificados são utilizados em uma conversação, deve ser possível, em princípio (o que não significa: a todo instante), substituir a primeira ou original articulação/interpretação por uma segunda, e, consequentemente, livrá-la da subserviência às máximas convencionais ou discursivas (ainda que existentes de maneira meramente virtual). Derrida fala [...] sobre a constante possibilidade de que o falante/autor/leitor/ouvinte/intérprete coloque uma nova ênfase no significado de uma palavra, frase, texto ou cultura. [...]. Ele diz que tanto o signo que é repetido (no interior do tempo) quanto aquele que foi utilizado apenas uma vez não podem garantir suas identidades. E isto [...] porque arranjos semiológicos [...], conexões tradicionais, discursos [...], apenas podem conferir significados a seus elementos devido ao fato de distinguirem cada elemento individual em relação a todos os outros.” (FRANK *in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 157)

com tais interesses, os quais são variáveis e não universalizáveis. Ademais, a leitura não pode ser neutra devido ao seu próprio caráter apropriatório, o qual impede que ela seja realizada de modo totalmente transparente e/ou completamente a partir de dentro dos textos. Ora, “Mesmo quando busca alcançar uma leitura justa, a leitura desconstrutiva necessariamente [...] nunca é justa – seja no sentido de precisa, seja no de equânime –, e sim sempre praticante de uma violência contra o texto. A leitura não começa nem completamente de dentro nem totalmente de fora dos textos” (THOMASSEN, 2008, p. 10 – tradução nossa). Mas então,

o que é a desconstrução? Esta é uma pergunta difícil, especialmente porque, como uma abordagem, a desconstrução é crítica a qualquer tentativa de definir ou atribuir uma essência mediante a cópula "é", como em "desconstrução é". [...]. Utilizações específicas da desconstrução devem afirmar ser exemplos de algo que transcende cada um deles: a desconstrução. No entanto, a desconstrução – o que “ela” “é” – não existe independentemente de seus usos específicos; ao contrário, o sentido da desconstrução é constituído pelos seus usos particulares. Isso é muito parecido com o ponto de Wittgenstein de que a regra é constituída através da sua aplicação, que é, em cada caso, também uma reinvenção parcial da regra. Derrida escreve que a desconstrução “não é um método geral. Não é minha propriedade. Não é uma ferramenta; é claro que existem alguns esquemas, alguns tipos, tipos regulares que você pode usar como uma gramática, como uma técnica, mas são apenas coisas secundárias na desconstrução. A desconstrução não é uma técnica, não é um método”. Derrida conclui que “há um possível ensino desses dispositivos [de desconstrução], mas não da desconstrução como tal, que não é um método geral, ligado a idiomas. A desconstrução deve ser diferente em cada língua, em cada idioma, em sua relação com cada trabalho único”. [...]. A desconstrução como método, poderíamos dizer, é também a desconstrução do método, se com método queremos dizer a aplicação de um programa ou técnica para um objeto, na qual se supõe o método como um meio transparente. A “desconstrução”, Derrida escreve, “não é neutra. Ela intervém”. (THOMASSEN, 2008, p. 5; 7 – tradução nossa).

No modelo desconstrutivo da ética de Derrida, ser responsável perante o Outro é estar aberto a ele e responder à sua alteridade, o que significa, no que diz respeito à leitura textual, prestar máxima atenção aos textos, mesmo quando eles aparentam ser incompreensíveis e heterogêneos, dado que devemos nos aproximar dos outros com o propósito de acomodação de sua alteridade. É verdade, porém, que a alteridade alheia escapa de nossa tentativa de apropriação, dado que qualquer leitura do texto é só uma das leituras possíveis, e qualquer entendimento do outro não pode proceder apenas do idioma daquele que o lê. Há, pois, uma “negociação entre injunções concorrentes e heterogêneas que se unem na tentativa de entendimento do outro: eu devo tentar entender o outro, mas isso ocorrerá necessariamente a partir de um ponto de partida condicional e calculado, bem como violará a alteridade do outro. [...] eu tentarei ser justo com o outro, mas esta é sempre uma justiça condicional, ainda que mantenha uma relação com uma justiça por vir incondicional.” (THOMASSEN, 2008, p. 145 – tradução nossa)

A desconstrução não considera os textos como “entidades completamente constituídas

cujos significados meramente têm de ser apropriados e avaliados de acordo com o critério correto” (THOMASSEN, 2008, p. 6 – tradução nossa). Ora, as contradições textuais que inviabilizam a apropriação de pronto da obra não necessariamente têm que ser corrigidas hermenêuticamente, dado que se assume a premissa, a ser demonstrada durante a leitura desconstrutiva, de que os textos são intrinsecamente heterogêneos. Tal heterogeneidade não deve ser entendida como meras diferenças entre os textos de um autor tendo como referência os diferentes períodos de sua produção, nem como contradições resolúveis por meio da lógica. A heterogeneidade textual diz respeito às aporias e indecidibilidades encontradas nas distinções e categorias conceituais – elementos que não podem ser racionalizados – dos textos de um autor, o que significa que estas, em última instância, fracassaram: “A minha leitura busca desenvolver uma abordagem alternativa que não procura resolver a heterogeneidade, mas, sim, responder a ela, por exemplo, mediante a aceitação da heterogeneidade, do paradoxo, da aporia e da indecisão como próprios da razão.” (THOMASSEN, 2008, p. 8 – tradução nossa). Dadas tais premissas, a proposta derridariana pode ser considerada uma teoria hermenêutica? Schmidt (2006, p. 226) parece oferecer uma resposta para tanto deveras congruente com o próprio estilo desconstrutivo:

A filosofia desconstrutiva de Derrida é e não é uma teoria hermenêutica. A desconstrução é uma versão da hermenêutica porque inclui uma teoria da compreensão e se preocupa em interpretar textos. Como Derrida desenvolve vários aspectos da filosofia de Nietzsche, poderia parecer que sua hermenêutica seria uma hermenêutica da desconfiança. Isto seria o caso se ‘desconfiança’ significasse que desconfiamos de qualquer reivindicação de um significado textual definido, de uma interpretação da correta, ou da própria Verdade. Entretanto, isto não seria o caso se ‘desconfiança’ significasse que há um significado escondido ou mais profundo que seria o correto. Um dos princípios centrais da desconstrução é que não há uma única Verdade, uma única interpretação correta, nem uma chave que abriria o mistério de um texto. Portanto, a desconstrução não é hermenêutica porque não há nada a descobrir, nenhum significado único a decifrar. [...]. [...] Derrida [...] apresenta a forma apropriada de interpretar um texto, que é uma leitura desconstrutiva onde o intérprete demonstra que a suposta unidade e tese do texto são enfraquecidas pelo próprio texto.

A perspectiva hermenêutica acima descrita está vinculada justamente à tese derridariana de que a razão responde à própria razão e pela razão, ou seja, deve seguir as normas e conceitos racionais, mas também questionar a própria razão: “Há um intervalo [...]: responder pela razão é algo que não pode simplesmente ocorrer de uma maneira que responde à razão, pois a razão está em questão. Contudo, responder pela razão, em parte, é algo que deriva do ato de responder à razão. Responder pela razão é sempre algo condicionado; procede parcialmente em conjunto e em resposta a normas existentes de raciocínio” (THOMASSEN, 2008, p. 131 – tradução nossa). Por outro lado, é relevante lembrarmos, para que evitemos as

acusações de que a desconstrução destrói a razão, que Derrida (1973, p. 8; 56) , a despeito de conceber a razão como intrinsecamente instável e relativizar, em sua crítica ao logocentrismo, as dicotomias lógica/retórica e razão/não-razão, vincula a responsabilidade à apresentação de razões¹¹. Senão, vejamos.

Em Derrida, o outro é visto como aquilo que não pode ser representado, medido ou repetido, como "completamente outro", uma alteridade irreduzível. Uma tentativa de mensuração do outro, para o professor franco-argelino, seria ofensiva à diferença, devendo-se buscar a relação entre o calculável e o não-calculável em uma desconstrutiva ética da diferença. Segundo Derrida, portanto, as identidades são contingentes, imensuráveis e não-antecipáveis. Como descreve Ganis (2011, p. 87 – tradução nossa) a respeito da obrigação assimétrica perante o Outro,

a dádiva incondicional de Derrida objetiva cumprir a tarefa ético-política de salvaguardar singularidades incomensuráveis da ameaça (presumida) de remoção epistêmica por totalidades idealizadas de pensamento e ação. Derrida situou [...] a dádiva [...] não como mera expressão de preocupação com o outro, mas, sim como intercessão política contra o inerradicável resíduo de violência no núcleo de todos os esforços universalistas para suavizar a não-identificabilidade intrínseca entre o self e o outro. Tanto no nível da ética quanto no da política, [...] “a indecidibilidade continua a habitar a decisão... a relação com o outro não se fecha; é por causa disto que existe a história e que se tenta agir politicamente.”

Contudo, para o autor franco-argelino, a igualdade mensurável e o cuidado imensurável não são pontos de vista morais mutuamente excludentes, pois o calculável dá acesso ao próprio incalculável, ainda que, ao mesmo tempo, ameace a própria singularidade. A razão, pois, para Derrida, é encontrada entre e em ambos os lados: o do cálculo e da condicionalidade, e o da incalculabilidade incondicional. Ora, Derrida alia o impulso ético de preocupação com o outro a uma justiça-por-vir universal. Não é toa, pois, que Derrida identifica na justiça uma tensão entre a responsabilidade pelo Outro individualizado e a responsabilidade imparcial por todos os Outros, o que envolve um compromisso construtivo com a possibilidade. A ideia de reciprocidade implica que o que se deve ao Outro é devido a todos os Outros como iguais, inclusive a si mesmo, como o Outro do Outro. É tal compromisso com a imparcialidade o que permite a Derrida não abrir mão de comparar as qualidades dos fracassos e conservar a função crítica da noção de justiça, mesmo que esta

¹¹ Como afirma Dallmayr (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 87), Derrida, inspirado na ideia de “Ereignis” heideggeriana, com sua correlata “estrutura abissal”, e na ambivalência de noções como ser/não-ser, verdade/não-verdade e velamento/desvelamento na obra do filósofo alemão; assume uma indecidibilidade “quase-ontológica” em que todas as distinções (inclusive sentido/sem-sentido), alvos privilegiados de sua crítica ao logocentrismo, se tornam comutáveis e se dissolvem.

esteja sempre por vir (BANKOVSKY, 2012, p. 115; 131).

Qualquer decisão enseja uma responsabilidade pela exclusão de um Outro, por uma violência que não pode ser completamente racionalizada. A alteridade desse Outro necessariamente escapa da nossa resposta, dado o idioma particular desta, o que torna impossível a nossa responsabilidade perante esse Outro, ainda que, ao mesmo tempo, tal impossibilidade seja simultaneamente o que possibilita a responsabilidade ao impedir que esta seja exaurível em uma comunicação perfeita (THOMASSEN, 2008, p. 141). Nas palavras de Thomassen (2008, p. 117 – tradução nossa),

a responsabilidade é marcada por um intervalo entre responder a e responder por. Como consequência – e aqui eu estou seguindo Derrida –, a responsabilidade é "infinita" ou, poderíamos dizer, sempre por vir. A responsabilidade só é possível na medida em que há uma decisão e indecidibilidade, ou seja, na medida em que não se está simplesmente seguindo uma regra. [...]. Se a imperfeição é parte intrínseca do uso público da razão, e se, como resultado disso, nós nunca chegamos a um acordo final, então a responsabilidade perante/pelo uso público da razão também é infinita. Assim, a responsabilidade é infinita: por um lado, há a pressão para apresentar razões para as ações praticadas aqui e agora; por outro lado, há o diferimento de uma responsabilidade por vir, que nunca pode ser esgotada. Estamos lidando com uma responsabilidade que é dividida entre a responsabilidade perante e a responsabilidade por e, como tal, não pode ser esgotada, porque não podemos ser responsáveis tanto perante quanto por algo ao mesmo tempo. Naturalmente, isto irá gerar objeções de que isso leva à estagnação, e que implica que qualquer coisa vale. [...] Eu acho que é possível argumentar não só que estes podem não ser os resultados, mas que a noção de responsabilidade de Derrida trabalha contra esses resultados. Em primeiro lugar, dizer que a responsabilidade é infinita ou diferida não significa que ela não tenha lugar. Na terminologia derridariana, a condição de possibilidade da responsabilidade é que esta seja impossível no sentido de que não possa ser "apropriada" ou exaurida. Na verdade, a inesgotabilidade da responsabilidade em si pode ser uma fonte de vitalidade, pois envolve a contínua contestação e contra-contestação de normas e reivindicações.

Derridarianamente, pois, a razão, como por-vir, está submetida à tensão entre condicionalidade e incondicionalidade, o que importa no fato de que não somos responsáveis por ela apenas em abstrato, mas também por suas articulações particulares e por questioná-las. Trata-se de uma responsabilidade inexaurível, e é justamente isso o que torna possível uma responsabilidade de contestação e questionamento contínuos (THOMASSEN, 2008, p. 142).

Elucidados os contornos da matriz "epistemológica" eleita, aprofundemos a justificativa para a realização deste trabalho.

2.2 JUSTIFICATIVA E REFERENCIAL TEÓRICO: A INDECIDIBILIDADE ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE NO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS EM UMA SOCIEDADE POLICONTEXTURAL

Apresentaremos neste tópico, de maneira entrelaçada, a justificativa para a realização da presente investigação e os elementos que integrarão os eixos e o metaeixo do referencial teórico deste trabalho. Inicialmente, abordaremos a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação no âmbito das decisões judiciais (2.2.1), o que nos permitirá, em seguida, caracterizar a indecidibilidade entre vinculação e discricionariedade como constitutiva do fenômeno hermenêutico-aplicativo do direito (2.2.2). Postas tais premissas, poderemos introduzir a questão da justiça à luz da mútua paranóia entre desconstrução e teoria dos sistemas descrita por Teubner, cerne do metaeixo do referencial teórico deste escrito (2.2.3). Desceremos, então, do nível de linguagem “L2” para o “L1”, de maneira a apresentarmos panoramicamente a relação entre os eixos político (Douzinas), compreensivo (Esser), analítico (Peczenik) e cultural (Panikkar) do referencial teórico deste trabalho. Por fim, introduziremos as ideias do transconstitucionalismo de Marcelo Neves como contribuição para uma abordagem das irritações recíprocas entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais (2.2.5).

2.2.1 A transposição da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação ao âmbito das decisões judiciais

O problema hermenêutico referente ao intervalo entre vinculatividade e discricionariedade remete àquilo que Martin Golding (2010, p. 41-3) chamou de ataque realista (estadunidense) à objetividade das decisões judiciais, tendo como principal referência o pensamento de Hutcheson, que descreveu o processo decisório como uma atividade sentimental, de impulso, na qual o raciocínio está presente apenas no momento da fundamentação. Pela descrição de Hutcheson (2014, p. 285), o juiz seria movido por um impulso motivacional vital de caráter intuitivo a respeito do que é certo e do que é errado diante de um caso, ou seja, um “hunch”. Apenas *a posteriori* o juiz, de modo astuto, justificaria aquela intuição para si mesmo e, principalmente, para os seus críticos.

Frank (1930, p. 138; 208 e ss.), em linha semelhante à de Hutcheson, diz que os juízes, como quaisquer outras pessoas, são influenciados em suas ideias e crenças por fatores subjetivos, como desejos e objetivos pessoais. Para esse autor, as decisões judiciais nascem a partir de preconceitos, consistindo a justificação em um exercício de racionalização. Isso significa que uma decisão judicial, não apenas quanto à aplicação de normas a casos atípicos ou difíceis, mas também na própria atribuição do sentido de uma questão de direito, requer, para ser entendida, uma avaliação da biografia do juiz, motivo pelo qual não seria possível

falar em objetividade judicial. Frank vai mais longe e diz que o juiz maduro tem consciência de seus preconceitos, mas, mesmo assim, não se torna propriamente objetivo. Para o autor, a conclusão sempre será dominante, encontrando na justificação um expediente de racionalidade que busca sustentar uma posição assumida, total ou parcialmente, com base em valores pessoais.

Golding (2010, p. 43) entende que a concepção de objetividade atacada por Frank considera que: uma decisão judicial não apresenta afirmações desnecessárias ao argumento do juiz, nem assertivas que expressem valores pessoais; e que a fundamentação descreve o processo pelo qual o juiz alcançou a decisão. Em outros termos, independentemente do caráter correto ou não da decisão, ela seria objetiva quando as premissas explícitas na justificação estivessem presentes na mente do juiz desde o início do processo decisório. Assim, o juiz que decidisse objetivamente apenas inferiria sua conclusão a partir dessa premissa e a aplicaria à questão de fato. Para Frank, porém, esse modelo é inviável, pois uma fundamentação sem um enunciado axiológico não seria uma explicação completa do processo decisório. Nesses termos, a fundamentação costumeira dos juízes é falsa, pois não expressa propriamente o processo pelo qual chegaram à decisão, visto que nem mesmo os poucos juízes maduros têm o hábito de apresentar juízos pessoais de valor como fundamentos determinantes para suas decisões. O habitual, na verdade, é os juízes explicitarem suas razões por meio de racionalizações, as quais escondem os valores pessoais tomados em conta no processo decisório.

Diante das provocações acima relatadas, Martin Golding (2010, p. 39 e ss.) buscou aplicar a distinção tradicional na filosofia da ciência entre contexto de descoberta e contexto de justificação ao problema da objetividade da decisão judicial. O autor menciona Richard Wasserstrom, crítico ao realismo jurídico estadunidense, especialmente a Jerome Frank e sua descrença na objetividade do direito, como precursor da aplicação da referida distinção no campo da teoria da decisão judicial. Aprofundando a ideia de Wasserstrom, Golding explica que a distinção, cunhada por Reichenbach (1970) e por ele aplicada à epistemologia, trata o contexto de descoberta como um processo ilógico e ametódico pouco relevante para fins de avaliação da verdade ou falsidade de uma teoria científica, a qual não encontra seus critérios nos fatos referentes à criação, gênese ou invenção de uma tese, mas, sim, em razões e evidências. O contexto de justificação, portanto, seria o âmbito por excelência das reflexões sobre verdade, aceitabilidade, verificação e confirmação, as quais se dariam nos moldes de uma reconstrução racional lógica e idealizada, em que uma teoria seria objeto de um procedimento de justificação e validação por meio de um confronto com os fatos (GOLDING,

2010, p. 4). Em uma transposição da distinção de Reichenbach ao campo das decisões judiciais, a dimensão do impulso sentimental e intuitivo (o “hunch” de Hutcheson) corresponderia ao contexto de descoberta da decisão, de modo semelhante ao que se conta sobre Arquimedes, que, certo dia, ao entrar na banheira, gritou “eureka”, termo que significa “descobri” em grego, ao ter a ideia que viria a lhe permitir formular o princípio do empuxo. Por sua vez, o raciocínio que fundamentaria retrospectivamente a decisão intuitiva do juiz consistiria no contexto de justificação, correspondendo, podemos dizer, na história sobre Arquimedes, aos termos lógicos de sua formulação do princípio do empuxo explicitados e submetidos ao crivo da comunidade científica.

Golding (2010, p. 45) atribui a Holmes a introdução, no pensamento jurídico estadunidense, da ideia de que a justificação decisória exige um julgamento de valor – não é à toa que Frank reconhecia em Holmes um exemplar de um juiz completamente maduro. Holmes entende que os juízes realizam considerações de política pública sobre o que é conveniente para a comunidade (GOLDING, 2010, p. 45-6). Para Holmes (1963), os juízes ocultam os fundamentos políticos de suas decisões, muitas vezes não-articulados e inconscientes, por meio das formas lógicas em que estas são justificadas. Os magistrados, na perspectiva desse autor, julgam valorativamente fundamentos legislativos concorrentes, o que significa que uma apresentação completa das razões justificantes de uma decisão exigiria a indicação dos respectivos juízos de valor (GOLDING, 2010, p. 45-6).

Golding (2010, p. 43-4) diz que uma resposta ao ataque de Frank a partir da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação negaria que uma decisão, para ser objetiva, precisasse, como imaginava Holmes, em sua fundamentação, descrever o processo pelo qual o juiz chegou à decisão – assim como um cientista também não precisa relatar na justificação de uma teoria os eventos que deflagraram sua concepção. O evento da descoberta seria irrelevante para a caracterização de uma tese como verdadeira ou cientificamente aceitável, motivo pelo qual, analogamente, se poderia dizer que Hutcheson estaria equivocado ao afirmar que o impulso intuitivo determina a decisão do juiz de aceitar uma decisão como verdadeira. Em outros termos, a origem da hipótese não teria relação com a sua verdade, assim como a intuição do juiz não interferiria na aceitação de sua decisão – o que só se perceberia a partir da distinção epistemológica ora abordada. Os critérios de verdade ou aceitabilidade seriam independentes dos valores pessoais do cientista, e isso pode ser transposto para a atividade do juiz. A objetividade da decisão de um magistrado, portanto, residiria nas racionalizações que os juízes realizam para sustentar suas conclusões, de modo

que o enfoque de análise deveria ser colocado na adequação ou não das razões apresentadas na decisão, e não no suposto caráter valorativo da gênese decisória.

Por outro lado, Golding (2010, p. 44-5) admite que a mera aplicação da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação à atividade do juiz não é suficiente para afastar a crítica de Frank à pretensão de objetividade decisória. Ora, mesmo que se trate como desnecessário, para caracterizar uma decisão como objetiva, que o juiz explicita em sua fundamentação o processo de descoberta da decisão, ainda é possível que a argumentação do magistrado seja fundada em uma premissa que, embora assim não se anuncie nos termos da racionalização retrospectiva, seja verdadeiramente fruto de um juízo axiológico pessoal. Uma decisão nesses termos continuaria não sendo objetiva, o que permitiria a Frank manter a integridade de sua crítica. Por tal razão, Golding considera necessário não apenas assumir a distinção entre os contextos de descoberta e justificação, mas também analisar o que seria necessário em matéria de estrutura e alcance para que uma justificação permita a caracterização de uma decisão como objetiva. Para tanto, Golding (2010, p. 46-8) estabeleceu uma comparação entre a estrutura das justificações no direito e na ciência mediante recurso a Braithwaite e sua caracterização do método científico como hipotético-dedutivo, segundo o qual um sistema científico é um conjunto de hipóteses que constituem um sistema dedutivo em que algumas dessas hipóteses resultam logicamente das demais. O método hipotético-dedutivo prescreve que uma hipótese estabelecida deve explicar os enunciados de observação que a embasam. Nesses termos, o primeiro passo metódico seria a sugestão de uma hipótese, sendo irrelevante a sua origem (contexto de descoberta). O passo seguinte seria a dedução, a partir dessa hipótese, de enunciados de observação provados como verdadeiros. O resultado desse procedimento seria justamente a confirmação da hipótese. Nessa estrutura de justificação, portanto, os enunciados de observação que foram provados como verdadeiros servem como razões para a confirmação da hipótese. Do mesmo modo, a dedução, a partir da hipótese, de enunciados provados como falsos resultaria na refutação da hipótese (GOLDING, 2010, p. 46-7).

Segundo Golding (2010, p. 45), a estrutura de justificação do método hipotético-dedutivo não pode ser transposta, como modelo de descrição da justificação de decisões judiciais, para as visões de Hutcheson e Frank. Ora, ambos os autores veem o resultado, e não a hipótese, como elemento dominante na estrutura do processo de decisão. Por tal razão, o modelo descritivo mais adequado teria como primeiro passo a sugestão de um resultado, sendo irrelevante a sua origem. Em seguida, seriam enunciadas proposições de direito, proposições de fato e proposições valorativas corretas ou verdadeiras. O terceiro momento

consistiria na inferência, a partir de tais proposições de direito, do resultado sugerido no primeiro passo, de maneira a caracterizar a sua confirmação. Em tal modelo, portanto, as proposições de direito, de fato e valorativas verdadeiras funcionariam como razões para a confirmação do resultado (o qual já havia sido concebido desde o início do processo). Golding (2010, p. 46-7) diz que a confirmação, neste modelo, do resultado a partir de proposições de direito, fato e valor não é análoga à confirmação, no modelo hipotético-dedutivo, da hipótese a partir dos enunciados de observação. Porém, o autor entende que existe uma analogia estrutural entre os modelos no que diz respeito à justificação de refutações, situação em que o modelo de “dominância da conclusão” estabelece uma inversão procedimental entre resultados e proposições de direito, fato e valor, o que configura uma semelhança com o primeiro passo do modelo hipotético-dedutivo, qual seja, a sugestão de uma hipótese de origem irrelevante. Assim, no “modelo Frank-Hutcheson”, o caráter inegociável da dominância da conclusão implica que o raciocínio de refutação só pode ter como objeto e, portanto, como primeiro passo a sugestão de proposições de direito, fato e valor. O passo seguinte seria a inferência, a partir de tais proposições, de um resultado incorreto. Por fim, a conclusão seria a de que as proposições sugeridas seriam falsas ou incorretas.

A inviabilidade da transposição do modelo hipotético-dedutivo para a confirmação de hipóteses no âmbito das decisões judiciais inspirou Golding a analisar os esforços para o desenvolvimento de uma lógica de descoberta. Tais propostas vão frontalmente de encontro ao projeto do neopositivismo lógico, que, ao assumir a distinção entre os dois contextos como um canône epistemológico que permite explicações objetivas da estrutura lógica dos argumentos científicos, nega a existência de uma lógica de descoberta na ciência. Ora, não seria possível, pela formulação clássica da distinção de Reichenbach, a realização de uma análise lógica ou conceitual do contexto de descoberta, domínio próprio próprio da Psicologia, da História e da Sociologia. Dizia-se que isso só seria possível no contexto de justificação (lógica), o qual, inclusive, poderia influenciar descobertas, como admitiam os neopositivistas lógicos (GOLDING, 2010, p. 40-1).

Dois autores que desafiaram o dogma da inexistência de uma lógica de descoberta foram Norwood Hanson (1958), para quem o processo de sugestão de hipóteses é orientado por uma análise conceitual, e Herbert Simon (1973), que defende a possibilidade de formulação de princípios metodológicos para a descoberta de padrões em um corpo de informações. As propostas de Hanson e Simon encontram espaço quando se nota que o modelo hipotético-dedutivo incorre em uma falácia de afirmação do consequente. Em outros

termos, seria falacioso inferir como verdade que os enunciados de observação implicam a hipótese se a hipótese implica os enunciados de observação. Surge, pois, o interesse em encontrar expedientes que possam ser utilizados para fins de sustentação da sugestão da hipótese, de maneira a quebrar a circularidade da mencionada falácia. Essa ideia mexe em um pressuposto da distinção entre os dois contextos, qual seja, o de que, pelo fato de nenhum procedimento garantir a descoberta de verdades, seria impossível a formulação de uma lógica da descoberta (GOLDING, 2010, p. 48).

Deve-se deixar claro, de pronto, que Hanson e Simon não negam a necessidade de verificações observacionais no contexto de justificação, mas, sim, entendem que o processo de descoberta científica não é necessariamente irracional.

Hanson e Simon desejam ir além daqueles teóricos que desejam conceder que considerações relevantes ao contexto de justificação também podem ter uma influência psicológica no processo de descoberta. Hanson e Simon querem reviver a visão de C. Peirce de que, além de padrões de raciocínio indutivo e dedutivo, há também um padrão *abdução*, em que se raciocina a partir de um fenômeno problemático para fornecer uma hipótese que o explica (GOLDING, 2010, p. 49).

As intuições de Simon e Hanson, analogamente, poderiam servir como um caminho de enfrentamento das perspectivas de Hutcheson e Frank. Este autor, especificamente, acusou os teóricos do direito de se concentrarem demasiadamente nas fundamentações, de modo semelhante à crítica de Hanson à ênfase dos cientistas na “lógica dos relatórios finais de pesquisa”. Porém, embora tenham um ponto de partida comum, Frank e Hanson seguem linhas divergentes: enquanto o primeiro diz que os resultados das decisões são pré-concebidos, o segundo acredita que os cientistas muitas vezes têm razões para considerarem que uma hipótese é plausível e, portanto, deve ser proposta e submetida a um teste verificacional. Para Hanson, os fundamentos de plausibilidade são investigáveis conceitualmente, e não de modo meramente psicológico, motivo pelo qual o surgimento das hipóteses não é irrelevante para a atividade científica. É nesse processo de investigação de plausibilidade que o cientista justifica hipóteses plausíveis e descarta as equivocadas, o que se dá por meio da descrição de analogias entre o problema enfrentado e teorias anteriormente confirmadas. Tal seria, pois, a chamada lógica de descoberta (GOLDING, 2010, p. 49).

Uma transposição da tese de Hanson para o campo da decisão judicial significaria que os juízes, em vez de julgarem de acordo com um impulso intuitivo pré-concebido, apresentariam razões plausíveis de acordo com uma análise lógico-conceitual. Ora, com exceção, talvez, de “leading cases”, decisões constitucionais e situações de alta complexidade fática, os juízes, ao se depararem com os casos, trazem consigo uma pré-estrutura, assim

como os fazem os cientistas. Essa pré-estrutura encontra nos precedentes uma instância analógica fundamental, ou seja, um parâmetro para a seleção, desde o início do processo decisório, de resultados plausíveis e o descarte de conclusões que não o sejam. Nesse ponto, Golding (2010, p.50) destaca que Hanson distingue duas espécies de razões: as que tornam uma hipótese verdadeira ou aceitável (contexto de justificação) e as que qualificam hipóteses como plausíveis (contexto de descoberta). Tal diferença fica mais clara quando pensamos nas analogias, as quais servem para justificar a plausibilidade de hipóteses, mas não para as estabelecer como verdadeiras ou aceitáveis. A mesma distinção, porém, não poderia ser transposta, segundo Golding, para o campo das decisões judiciais, visto que as razões de plausibilidade de uma decisão não seriam diferentes das de aceitabilidade, o que, para o autor, poderia ser ilustrado pelo fato de a analogia consistir em um expediente que, na aplicação do direito, serviria para ambos os propósitos. De todo modo, Golding conclui que existe uma lógica de descoberta no direito e, portanto, Frank não pode, com o argumento de que o contexto de justificação sempre envolve, implícita ou explicitamente, uma premissa valorativa, sustentar que decisões judiciais objetivas não existem.

Golding (2010, p. 54) afirma que “a correção de proposições jurídicas é, em parte, determinada pela medida em que justificações jurídicas seguras podem ser oferecidas em seu favor”. Ora, a exposição das razões justificantes já impede a caracterização das decisões judiciais como atos irracionais, ainda que concorde com Frank quanto ao fato de que juízos de valor são relevantes para a análise do processo decisório (GOLDING, 2010, p. 53). Golding (2010, p. 54-5) escreve que assim como Herbert Simon defende que existe uma lógica de descoberta, e que esta deve seguir normas derivadas dos objetivos da atividade científica, normas de justificação podem ser derivadas dos objetivos do processo judicial, dentre os quais se destaca o de encontrar resoluções jurídicas por meio da argumentação, ou seja, sustentadas por razões justificantes. Obviamente, essa justificação não é abstrata, mas, sim, dirigida às partes, a terceiros interessados e a toda a comunidade jurídica, devendo, portanto, ser aceitáveis para tais destinatários como uma fundamentação legítima; tal é o componente social da justificação judicial. Diante de tal exigência, Golding entende que os valores, mesmo que integrem a justificação judicial, não o fazem como preferências pessoais, visto que precisam ser aceitáveis pela comunidade a que são dirigidos – ponto, aliás, em que o autor diz estar em concordância com Holmes, para quem os juízes frequentemente decidem casos contra suas convicções pessoais. Essa ideia segundo o autor, é suficiente para, mesmo sem fornecer um critério para a qualificação de uma razão justificante como boa, preservar a exigência de objetividade das decisões judiciais como sustentável.

Notemos que todo o debate gerado pela transposição da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação ao âmbito das decisões judiciais gira em torno da tensão entre vinculatividade e discricionariedade, questão que abordaremos detidamente no próximo tópico.

2.2.2 A tensão indecível entre vinculatividade e discricionariedade

A apresentação da indecidibilidade vinculação/discricionariedade pode muito bem ser iniciada mediante menção a Morris Cohen (1951, p. 697-8), autor que considera certos conceitos como opostos polares, implicativos mutuamente, no sentido de não poderem ser entendidos um sem o outro, o que, transposto para o campo do direito, significa que **só podemos conceber a ideia de discricionariedade tendo como pano de fundo as regras a que os juízes estão submetidos**. Cohen criticou a perspectiva da “teoria fonográfica” do direito, segundo a qual juízes seriam apenas “descobridores”. Para o autor, princípios e máximas jurídicas tidas como auto-evidentes são freqüentemente criados pelos juízes, os quais utilizam elementos ideológicos não-demonstrados como matéria-prima para o exercício de tal atividade. No entanto, essa criatividade normativa dos juízes, segundo Cohen, não é ilimitada e arbitrária, mas, sim, regulada pelo postulado científico da completude do ordenamento. Esse princípio metódico, procedimental, permite a tradução da discricionariedade em linguagem lógico-normativa pela via da testabilidade de tais regras em relação a suas implicações em outras decisões e do estabelecimento de similaridades a respeito dos juízos nelas presentes como justificados ou justos, em um sistema jurídico-científico de cunho autocorretivo.

Ainda que sem os traços metafísicos do pensamento de Morris Cohen, o realista escandinavo Alf Ross assumia uma premissa um tanto semelhante no que diz respeito à **necessidade de concebermos a discricionariedade como necessariamente relacionada a uma vinculatividade que lhe é pressuposta**. Ora, a concepção semântica de validade normativa em Alf Ross funda-se na própria realidade dos fatos, superando a dualidade entre ser e dever-ser, entre eficácia social e validade. As normas, para Ross (2001, p. 75 e ss.), são socialmente eficazes, no que diz respeito à sua efetiva aplicação pelos tribunais, porque os julgadores se sentem vinculados por estas normas, o que nos permite perceber uma redução dos enunciados prescritivos a enunciados descritivos. Em outros termos, a vinculatividade dos magistrados aos conteúdos legislativamente postos é revelada pelo efetivo reconhecimento dos juízes à autoridade dos preceitos legais. Performativamente, julgar equivaleria a

reconhecer-se vinculado a uma norma decisória, bem como a uma norma de atribuição de competência para a realização do ato judicante. De tal maneira, o conteúdo das decisões judiciais estaria condicionado e determinado pelo conteúdo legal (ou, “mutatis mutandis”, de um precedente de caráter vinculante), mas, paradoxalmente, tal conteúdo só seria verificável como juridicamente vinculante quando de sua efetiva aplicação pelos magistrados, o que caracterizaria a validade normativa como um fenômeno empiricamente observável.

A descrição de Ross sobre uma vinculatividade que só se verifica empiricamente a partir de um ato decisório que lhe atribua sentido pode ser lida, à luz da teoria dos sistemas, como uma constatação da **hierarquia entrelaçada entre o Legislativo e o Judiciário**. A jurisdição estabelece o que é legal e o que é constitucional, de maneira a controlar o sentido normativo das decisões legislativas, mas, ao mesmo tempo, está vinculada a tais manifestações parlamentares. Esse desenho impede o estabelecimento de uma hierarquia unilateral do processo legislativo (e, portanto, do sistema político) em relação ao sistema jurídico. Não seria adequado, pois, igualar a vinculação do juiz à lei a uma subordinação do juiz a essa mesma lei. A vinculação do juiz à lei precisa levar em conta o pressuposto lingüístico de que os textos legais precisam da atividade compreensiva do juiz para fins de um desvelamento de sentido e de sua correlata aplicação a um caso real. A lei vincula a jurisdição, mas a própria validade da lei está subordinada ao sentido desvelado pela jurisdição. Nos termos de Neves (2006, p. 191-2), podemos dizer que não há uma relação unilateral entre uma metalinguagem legal e uma linguagem-objeto jurisdicional, pois, em verdade, ambas constituem simultânea e reciprocamente linguagem-objeto e metalinguagem¹². Vejamos as palavras do próprio Luhmann (2001, p. 155) a tal respeito:

¹² Vejamos como Marcelo Neves (2009, p. 295-7) dá um bom exemplo sobre o entrelaçamento hierárquico Legislativo-Judiciário, assumindo, para tanto, como referência a Constituição, que “constitui um ‘nível inviolável’ da ordem jurídica do Estado constitucional [...]. Mas, ainda recorrendo a esse autor, o ‘nível inviolável’ pode envolver-se, no dinâmico jogo constitucional, com outros níveis (entrelaçados) em um ‘nível superior entrelaçado’. [...] embora a Constituição do Estado constitucional vincule normativamente os seus concretizadores, especialmente juízes e tribunais constitucionais, ela é reconstruída permanentemente mediante a sua interpretação e aplicação por esses mesmos concretizadores. Esse é o paradoxo das hierarquias entrelaçadas: a sentença constitucional, subordinada normativamente à Constituição, afirma, ao concretizá-la, o que é constitucional. Na experiência recente do Brasil, a transformação da compreensão da posição hierárquica dos tratados sobre direitos humanos, ratificados sem as exigências procedimentais do art. 5o. par. 3, da Constituição Federal, na jurisprudência do STF, é uma demonstração clara de que a inviolabilidade da Constituição é definida dinamicamente por atos normativos subordinados a essa ordem. A jurisprudência anteriormente dominante, inclusive após a entrada em vigor da Constituição de 1988, até recentemente, era sólida no sentido de que os tratados estariam no plano hierárquico das leis ordinárias. A nova jurisprudência, fixada no já citado julgamento do Recurso Extraordinário n. 466343/SP [...], definiu a supralegalidade dos tratados concernentes a direitos humanos, tendo havido um expressivo número de votos de ministros (vencidos – quatro contra cinco) que pretendiam atribuir aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o nível de norma constitucional, nenhum deles tendo admitido a manutenção da jurisprudência anterior. A constituição como ‘nível inviolável’ foi reconstruída por níveis normativos ‘inferiores’. Ela, que, em princípio, seria ‘metalinguagem’ normativa em relação a atos da jurisdição constitucional, que constituiriam a respectiva ‘linguagem-objeto’, tornou-se

Considerando-se a distinção de justiça e injustiça como distinção jurídica interna, o paradoxo se refere a se essa distinção mesma é utilizada de forma justa ou injusta. O problema vem sendo derivado desde o século XVIII da distinção entre legislação e jurisprudência. O legislador pode se demitir do problema com a referência de que somente o juiz pode decidir sobre casos. O juiz encontra ao contrário seu alibi em que isto tem que ocorrer por regras que foram fixadas de forma genérica pelo legislador.

Diante do exposto, podemos afirmar que a teoria dos sistemas, mormente com as contribuições de Luhmann e Teubner, compreende o referido problema do intervalo entre vinculatividade e discricionariedade justamente como um desafio a um sistema jurídico dotado de um mecanismo de auto-observação orientado (como pensava Morris Cohen) para sua autocorreção. Na linguagem sistêmica, “quando o procedimento e a argumentação jurídica se encontram com o hiato localizável exatamente no processo jurídico, [...] trava o processo em andamento. Em termos de teoria dos sistemas, esse hiato surge na junção entre operação – estrutura – operação (ato jurídico – norma jurídica – ato jurídico)” (TEUBNER, 2011, p. 36). Teubner, preocupando-se em desfazer o equívoco de entendimento quanto à suposição de que a autopoiese consiste em uma mecânica de funcionamento automático, explica que a cadeia de auto-reprodução apresenta sempre uma quebra na transição individual de uma estrutura para uma operação, dado que operações geram estruturas, mas estas não podem gerar operações subsequentes, e sim um mero espaço de possibilidades para a ocorrência de uma nova operação, a qual precisa ultrapassar um momento de indeterminação. Nas palavras do autor, “cada ato jurídico (lei, contrato, decisão do julgador) modifica a situação jurídica, na medida em que produz uma nova norma jurídica. Mas essas normas jurídicas não podem, por seu turno, gerar qualquer novo ato jurídico, mas apenas referências mais ou menos concretas a novos possíveis atos jurídicos” (TEUBNER, 2011, p. 37). A formação de estruturas, pois, é um processo gerador de incertezas, ponto em que ecoa a mencionada ideia de Morris Cohen segundo a qual só é possível compreender a discricionariedade (indeterminação das operações, ou seja, dos atos jurídicos) tendo como pano de fundo as regras (estruturas) a que os juízes estão submetidos, o que explica o paradoxo de o Direito, com toda a sua busca incessante por segurança, continuar tendo sua insegurança multiplicada.

Diante do cenário acima retratado, a argumentação jurídica tenta insistentemente decidir os conflitos e divergências decisórias que ela própria provoca, mas é incapaz, a despeito de

‘linguagem-objeto’ desses atos, que se transformaram, sob outro ângulo, em ‘metalinguagem’. Esse caso é um indício claro de que a ordem jurídica estatal, autofundamentada constitucionalmente, importa hierarquias entrelaçadas [...], envolvendo, inclusive, o próprio nível – em princípio – inviolável, a Constituição. (NEVES, 2009, p. 295-7).

toda a expectativa das teorias da argumentação, de

transpor a fratura da estrutura à operação, da norma ao ato jurídico. A argumentação jurídica pode apenas transformar diferenças e apresenta, então, uma nova alternativa de decisão. Ela converte a alternativa de decisão existente em uma outra, que, se tudo correr bem, é mais adequada ao conflito jurídico que a alternativa desprovida de fundamentação. A argumentação jurídica não decide. Ela não justifica. Ela também não tem nada a esconder. Ela transforma apenas alternativas de decisão [...]. Uma decisão ainda permanece necessária; acontece apenas que, após a argumentação jurídica, a alternativa de decisão que se apresenta é transformada em uma outra (TEUBNER, 2011, p. 37).

Nota-se, pois, que **a argumentação não tem como determinar a resposta sobre qual ato jurídico resultará da decisão**. Subsiste, pois, o intervalo entre a norma e a decisão, o qual não pode ser colmatado por fundamentações racionais. A diferença entre estrutura e operação, entre argumentação e ato jurídico, entre norma e decisão, é aporética. Tal indecidibilidade não é justa ou injusta, nem se submete a discursos racionais. Porém, Teubner (2011, p. 38) considera que a teoria dos sistemas conserva o potencial de evitar que tal intervalo seja preenchido de maneira decisionista ou postergado indefinidamente pela via de novas racionalizações jurídicas ou extrajurídicas. Para tanto, se faz necessária a noção de justiça jurídica, ou seja, de uma fórmula de contingência que, regida pela racionalidade e pela normatividade próprias do Direito, se refere à solução de conflitos individuais mediante um juiz neutro normativamente orientado e comprometido tanto com a aplicação correta de disposições gerais a casos concretos como com a consideração da singularidade de casos e pessoas.

A noção de justiça jurídica na obra de Teubner (2011, p. 23-4) está vinculada à sua assunção da premissa de que é necessária uma distinção entre monocontexturas de justiça, como a moral, a política, a econômica e a jurídica, tendo em vista ser impossível, diante da policontexturalidade, imaginar “qualquer fórum, quaisquer procedimentos ou critérios para a *causa* da justiça societal”. Em formulação sintética, pois, o estudioso afirma que “os mais diferentes conceitos de justiça são desenvolvidos em práticas sociais específicas, que são sempre motivadas por sua racionalidade e normatividade próprias” (TEUBNER, 2011, p. 23). Nesse ponto, Teubner remete à teoria das “esferas de justiça” de Walzer, para quem princípios de justiça distintos devem ser aplicados a contextos sociais diferentes. Exemplificativamente, enquanto a justiça política envolve “a acumulação de poder [...], o consenso quanto à tomada coletiva de decisões”; a igualdade jurídica está preocupada com a “diferenciação do tratamento-igual-ou-desigual” de situação específicas e, portanto, deflagra “uma série iterativa de diferenciações” que incrementa continuamente a complexidade dos construtos jurídicos (TEUBNER, 2011, p. 24). Portanto, nas palavras de Teubner (2011, p. 24), “pode-se

compreender a aplicação recursiva de operações jurídicas aos resultados de operações jurídicas em uma variedade de processos judiciais como aquele processo que produz, descentralizadamente, a rede artificial de normas jurídicas, conceitos dogmáticos e princípios – e que, a partir dessa perspectiva ‘local’, forma os conceitos jurídicos da justiça”.

Na concepção de Teubner, a concepção sistêmica de justiça acima descrita encontra na pretensão de transcendência radical da justiça derridariana um elemento que deflagra uma paranóia mútua entre a teoria dos sistemas e a desconstrução, entre autopoiese e “différance”, relação que consistirá o cerne do metaeixo de abordagem do modelo proposto por este trabalho. Aprofundemos o tema em tópico próprio.

2.2.3 Metaeixo paranoico: a justiça jurídica e a paranóia mútua entre Luhmann e Derrida

Teubner (2011, p. 26) explica que o entendimento luhmanniano da justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico quer dizer “que a tematização da justiça, sobretudo no sistema jurídico, ativa uma dinâmica social de irritação que torna drasticamente visível para todos a contingência do Direito: o Direito justo poderia/deveria ser de outro modo!”. Trata-se de uma irritação provocada pela justiça e iniciada pelo surgimento dos conflitos sociais, a qual “prosegue por meio da sua tradução na linguagem artificial do Direito, na *praxis* da aplicação do Direito, nas táticas advocatícias, nos conflitos de interpretação, na tomada de decisão judicial, na imposição do cumprimento da lei, na observância às regras”, redundando em uma falta de observância das normas e decisões, bem como em protestos contra a injustiça do Direito (TEUBNER, 2011, p. 26). O papel da justiça em tais contextos não é o de regra, princípio, valor ou critério jurídico decisório. Tampouco se trata de um critério externo ao Direito, ou seja, uma virtude moral, objetivo político ou ideia reguladora que serviria para a avaliação das decisões e do direito positivo. Ora, tais elementos internos e externos ao Direito podem ser submetidas a ponderações entre si, mas a justiça jurídica não é objeto de ponderação. Ser uma fórmula de contingência significa que a justiça, no contexto especificamente jurídico, não é um mero valor entre vários, e sim

a fórmula de orientação central, irrefutável, e não pode entrar em concorrência com qualquer princípio, jurídico ou extra-jurídico. [...] a justiça tem, no Direito, um *status* semelhante ao de outras fórmulas de contingência em relação a outras áreas: legitimidade na política, Deus na religião, escassez de bens na economia, formação na pedagogia, limitacionalidade na ciência. A fórmula de contingência quer dizer: proibição da negação, canonização, irrefutabilidade. E a sua dinâmica revela um paradoxo. A busca necessária pelo irrefutável, quando esta pode ser observada enquanto uma busca, produz sempre novas contingências. Contingência necessária –

necessidade contingente. [...] a justiça [...] aparece [...] como um necessário “esquema da busca por fundamentos ou valores, que só podem adquirir validade jurídica na forma de programas”. Não se trata de um princípio interno ou externo ao Direito, mas de uma auto-observação da unidade do Direito com base em seus programas, de um auto- controle jurídico, que, através da [...] “máquina histórica” do Direito, encontra-se nas infinitas práticas dos tratamentos iguais ou desiguais. Isso leva Luhmann à definição de justiça: “complexidade adequada do decidir consistente”. (TEUBNER, 2011, p. 27)

A justiça não se reduz à redundância, a uma consistência interna das decisões, dado que seu caráter contingente implica tanto a possibilidade de ser diferente – ou seja, o caráter variável da justiça – quanto a dependência em relação a outra coisa – o ambiente do sistema jurídico. A fórmula de contingência é o elemento fronteiro entre o sistema jurídico e o seu ambiente. Os pleitos de justiça compõem o núcleo da fórmula de contingência e demandam o reconhecimento de repercussões do ambiente do qual o Direito depende em tal sistema, o que envolve pontos de orientação materiais.

Na definição “complexidade adequada do decidir consistente”, o aspecto decisivo é a *adequação social* em sua relação com a consistência interna. A intenção da justiça se dirige, não à maximização da consistência dogmática, mas a responder-se sensivelmente às mais divergentes demandas vindas de fora e, assim, a buscar-se a máxima consistência possível. A fórmula de contingência não se dirige a uma justiça imanente ao Direito, mas a uma justiça transcendente do Direito. Consistência interna mais responsividade diante de demandas ecológicas – esta é a dupla fórmula da justiça jurídica (TEUBNER, 2011, p. 28).

Teubner (2011, p. 28-9) considera que uma compreensão sociológico-sistêmica de justiça, tal qual a de Luhmann, destaca as dimensões materiais da relação entre o direito e o seu ambiente, proporcionando ao Direito positivo um direcionamento a sua adequação ao exterior do sistema jurídico. Nesse ponto, surge uma contradição, dado que a teoria dos sistemas pressupõe o direito como um sistema autopoiético e auto-referencial, o que impede que uma “hetero-referencialidade empática do Direito” seja realizável a partir do mundo exterior. Ora, as operações auto-referenciais do sistema jurídico limitam suas decisões à igualdade/desigualdade de casos individuais, o que gera um problema no que diz respeito à pretensão de justiça e seu direcionamento ao ambiente. Teubner (2011, p. 29) formula, então, duas perguntas nucleares:

como é possível a justiça como uma auto-transcendência das fronteiras do Direito, se ela, contudo, está inevitavelmente presa no fechamento auto-referencial do sistema jurídico? [...]. Como a justiça pode transcender o fechamento do Direito, se a transferência de validade com base no código binário jurídico/antijurídico somente ocorre nas cadeias recursivas de decisões judiciais, atos legislativos e contratuais?

O fechamento primário do Direito desenvolve-se operativamente mediante uma cadeia “atos jurídicos - estruturas jurídicas - atos jurídicos”. Se, por um lado, esse fechamento é fonte de diversas críticas sobre o caráter injusto do Direito positivo – comumente formuladas por

autores vinculados a perspectivas mais próximas de uma leitura sociológica do direito contra teorias juspositivistas –, por outro, é necessário reconhecer que o desenvolvimento moderno do direito – com a respectiva exclusão dos argumentos *ad hoc* e *ad hominem* da argumentação jurídica, a qual se tornou restrita a materiais especializados, como os precedentes, as regras e os princípios – implicou a caracterização de uma justiça jurídica que não quebra o fechamento operacional do sistema jurídico. É apenas o segundo nível de fechamento do Direito, qual seja, o de sua auto-observação, o que permite uma transcendência quanto ao enraizamento social das operações primárias do sistema. O discurso sobre a justiça jurídica consiste na dimensão da auto-observação jurídica direcionada a uma tentativa de ultrapassar a fronteira entre o sistema jurídico e o seu ambiente (TEUBNER, 2011, p. 29-30). Conclui Teubner (2011, p. 29), pois, que a justiça é “a auto-transcendência necessária, porém impossível, do fechamento jurídico – isso parece ser concebível unicamente enquanto *coincidentia oppositorum* jurídica”.

A justiça, como “*praxis* de auto-observação dentro do Direito”, pode transcender o fechamento primário mediante a “re-entry” do extrajurídico no sistema jurídico¹³. Se, por um

¹³ Sobre a noção de “re-entry”, vejamos as seguintes palavras de Neves (2009, p. 46): “Um sistema tem uma certa incapacidade de, mediante entrelaçamentos, oferecer suas estruturas como critérios a serem incorporados construtivamente por outro. Evidentemente, impõe-se a chamada *re-entry* (reentrada), desde que a incorporação implique uma comutação discursiva de informações no sistema receptor. Fundamental é, porém, um certo grau de inadequação externa na resposta ao outro, por força de um limite na heterorreferência”. É essencial também, com Teubner (2005, p. 84), distinguirmos, desde logo, a noção autopoietica de “re-entry” assumida por este trabalho em relação a uma perspectiva sistêmica que se restringisse à binariedade “input/output” presente na teoria dos sistemas abertos: “[...] a idéia da teoria autopoietica da clausura operacional substituiu com sucesso a teoria dos sistemas abertos, sem cair, de novo, na antiga concepção de sistema auto-suficiente sem ambiente. Com efeito, a reformulação de conceitos básicos da teoria dos sistemas, passando do modelo input-output ao da clausura operacional e da abertura informativa, deu partida a uma verdadeira mudança paradigmática. Sistema, função, estrutura, processo, dupla contingência, comunicação, ação e, acima de tudo, sentido, todos esses conceitos passam a ter um significado radicalmente novo, no mundo da autonomia, da auto-referência e da autopoiese. Todavia, aqui começam novos problemas: como é possível entender o paradoxo de que, para sistemas cognitivos, sua clausura operacional é a base para a sua abertura? Como é possível, com base na clausura operacional, construir uma abertura diferente do modelo input-output? Como pode a teoria autopoietica solucionar o enigma imposto por ela mesma: “*l'ouvert s'appuie sur le fermé*”? A metáfora aqui prometida é *order from noise*. Seus conceitos-chave são: perturbação, acoplamento estrutural, deriva estrutural e coevolução. Tal concepção poderia ser mal-entendida como um compromisso barato entre clausura operativa e o modelo input-output, um meio-termo entre dois extremos. Contudo, trata-se justamente do oposto: de radicalizar, ao mesmo tempo, a clausura e a abertura. Para o reconhecimento ser possível, os sistemas precisam desenvolver clausuras operacionais e, simultaneamente, abrir-se ao seu ambiente de maneira nova e diversa: informações não são transportadas via input-output, e sim reconstruídas por perturbações e acoplamentos estruturais. A diferença parece sutil, mas tem grande relevância. Sistemas abertos recebem o input do ambiente e, por processos internos, o convertem em output, que, por feedback, poderá vir a se tornar novamente input. Em sentido contrário, um sistema operacionalmente fechado está estruturalmente conectado ao seu nicho, quando usa acontecimentos do ambiente, como perturbações, a fim de construir ou mudar as suas estruturas internas. Do *noise* externo, ele produz a ordem interna. O contato entre o sistema e o seu nicho é real — *environmental constraints* não são definidos externamente por uma realidade espaço-temporal, como querem Arbib & Hesse. Antes, é o próprio sistema que define os seus *environmental constraints*, ao projetar suas expectativas nas perturbações. Estas serão, assim, entendidas como realização ou frustração das suas expectativas. Tal bifurcação binária decide como dar continuidade às operações internas. Desse modo, um sistema capaz de internamente distinguir entre

lado, as operações jurídicas estabelecem uma delimitação entre o jurídico e o extrajurídico, por outro, as auto-observações jurídicas usam tal distinção no âmbito do Direito, o que permite uma problematização do modo como as operações jurídicas, em seu desenvolvimento argumentativo, estabelecem diferenças “entre normas e fatos, entre atos jurídicos internos e atos sociais externos, entre conceitos jurídicos e interesses da sociedade, bem como entre construções internas da realidade de processos jurídicos e sociais”. É nesse contexto que a justiça serve como expediente de questionamento das decisões judiciais no que diz respeito a sua heterorreferência ao ambiente e à reconstrução de tais elementos no interior do sistema. Teubner denomina tal panorama de “paradoxal resultado do duplo fechamento” e o descreve nos seguintes termos:

Enquanto tanto atos jurídicos produtores de normas como argumentos conectores de normas permanecem em seus círculos fechados de concatenações internas, a justiça, enquanto auto-observação jurídica de Direito/não-Direito, com o auxílio das diferenciações internas entre auto-referência e hetero-referência, relaciona o Direito com seu ambiente social e reivindica sua adequação ecológica. (TEUBNER, 2011, p. 30).

Segundo Teubner (2011, p. 31), a confusão epistêmica sobre o status de realidade das observações hetero-referenciais do Direito, visto estar atrelada à “re-entry” do extrajurídico no sistema jurídico, envolve o “espaço imaginário” de autocompreensão do Direito como realidade. Nesse contexto, o discurso da justiça envolve tratar as ficções sobre o ambiente como se fossem reais. O “espaço imaginário” gerado pela re-entry, pois, é o espaço operativo da justiça no sistema jurídico. Essa justiça, como fórmula de contingência, só pode ser teorizada com dependência da teoria da sociedade. Por outro lado, a própria sociedade também depende da justiça. Os princípios de diferenciação social constituem justamente o elo entre a justiça e a sociedade no curso da história. Nas sociedades estratificadas, por exemplo, a posição social dos envolvidos em uma lide é um elemento intrínseco à própria noção de justiça. Esta cumpre papéis de mediação variáveis ao longo do tempo. Exemplificativamente, afirma Teubner (2011, p. 31), “enquanto a *justitia mediatrix* da Idade Média mediou, de modo hierárquico-vertical, entre direito divino, natural e humano, a justiça dos modernos medeia, de um modo horizontal-heterárquico, a normatividade própria do Direito e a normatividade própria de seus ambientes social, humano e natural”. Os critérios de justiça do direito moderno são buscados nos discursos desenvolvidos no ambiente do sistema jurídico e

auto-referência e hetero-referência torna-se dependente do ambiente, utilizando as perturbações externas como requisitos às suas próprias operações, seja como irritações seja como oportunidades para mudanças estruturais. A multiplicação dessas microssincronizações entre o sistema e o nicho leva, finalmente, a um caminho comum de desenvolvimento, a uma deriva estrutural do sistema com o nicho e a uma coevolução de diversos sistemas estruturalmente acoplados”.

reconstruídos nos termos do código lícito/ilícito, o que viabiliza a caracterização da validade jurídica. Não à toa, pois, a ideia de igualdade, frequentemente positivada constitucionalmente, admite, como justificativa para um tratamento desigual de desiguais, critérios de outras racionalidades, como a pedagógica, a científica, a econômica e a política (TEUBNER, 2011, p. 31).

A concepção de justiça jurídica subscrita por Teubner (2011, p. 32) pretende superar a dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo ao, por um lado, buscar uma justiça exterior ao Direito, e, por outro, negar a existência de autoridades externas metafísicas (naturalmente racionais, cosmológicas ou teológicas) que veiculem a justiça, visto que esta só pode ser apreendida dentro do próprio sistema jurídico. Não é o caso, pois, de se falar em um direito natural sociológico, o qual colocaria os princípios da diferenciação social no lugar das mencionadas autoridades metafísicas. Ora, a justiça jurídica não recorre a elementos metafísicos, nem admite que critérios substanciais de justiça adentrem o sistema jurídico sem que este preserve o seu fechamento operacional. Tampouco se trata de positivismo, dado que se nega a possibilidade de que a justiça seja produzida exclusivamente com base em decisões judiciais. A justiça é exatamente o que sempre reabre um espaço de incerteza e indeterminação ao contrariar o desejo do Direito pela certeza nas decisões. Nas próprias palavras de Teubner (2011, p. 32-3),

A justiça mina a rotina da recursão a decisões judiciais e questiona insistentemente se, à luz das demandas externas dirigidas ao Direito, uma lide não deve ser decidida de outro modo. A justiça atua internamente ao Direito como uma força subversiva, com a qual o Direito protesta contra si mesmo. A justiça protesta contra as tendências naturais do Direito de se vincular a precedentes, rotina, segurança, estabilidade, autoridade e tradição. Contra as tendências de auto-continuidade bem-ordenada embutidas no Direito, a justiça exhibe sua preferência pela desordem, revolta, divergência, variabilidade e mudança. Ela protesta em nome da sociedade, dos homens e da natureza – entretanto, ela o faz a partir do arcano interno do Direito.

Teubner (2011, p. 25) propõe-se a colocar ênfase na dimensão da variação no sistema jurídico (tratamento desigual de casos desiguais), e não no âmbito da redundância (“stare decisis” e tratamento igual de casos iguais), dado que é a diferenciação o que estimula o surgimento de novas construções do Direito em nome de uma justiça jurídica. Ora, mais do que ressaltar a aplicação auto-referencial de decisões pretéritas e regras anteriores a novos casos, o autor dedica-se a abordar as irritações dos processos sociais externos sobre o Direito, as quais o provocam no que diz respeito à “semântica jurídica da justiça”. Conflitos individuais, ao alcançarem o Judiciário, irritam a rede de operações jurídicas, demandando uma justiça especificamente jurídica, bem como gerando uma tensão no que diz respeito à

generalidade das normas jurídicas (produto de decisões coletivamente vinculantes produzidas pelo Legislativo) e da dogmática. Os conflitos específicos variam em função das modificações de estruturas sociais, o que suscita a incongruência entre, de um lado, o geral e abstrato, e, de outro, o individual e concreto, desafiando o sistema a resolver tais situações novas com base em critérios especificamente jurídicos.

Maquinários da produção de normas sociais penetram da periferia ao centro do Direito, na medida em que eles transformam normas sociais em normas jurídicas. Os mecanismos extra-jurídicos mais produtivos de geração de normas são institucionalizados em organizações formais, em redes informais e em processos de standardização e normalização, que hoje concorrem com o maquinário do legislativo e com o mecanismo contratual de troca. A busca por uma justiça jurídica não pode rejeitar, sem mais, essas normas externamente produzidas sob o argumento de que elas seriam inapropriadas face às especificidades dos conflitos individuais. Pelo contrário, através de sua reconstrução jurídica é que ela extrai os critérios pelos quais se pode esperar que os conflitos individuais sejam solucionados, enquanto, simultaneamente, as revisa à luz da *ordre public* jurídica. A partir daí desenvolvem-se, passo a passo, novos aspectos substanciais da justiça. Dessa forma, transformam-se permanentemente os princípios da justiça jurídica no campo de suas confrontações recursivas com as duas dinâmicas mencionadas, a decisão de conflitos individuais e a recepção das normas sociais. (TEUBNER, 2011, p. 25-6).

Por outro lado, tanto o decisionismo quanto a racionalização (ou, em outras palavras, tanto a discricionariedade quanto a vinculatividade extremas) são alternativas rejeitadas pela justiça jurídica, a qual percebe o caráter aporético das decisões mediante uma reflexividade autodescritiva. O discurso da justiça reconhece a aporia e a articula na forma das limitações à possibilidade de elaboração de uma fundamentação racional, o que resulta em uma catalisação dessa própria aporia. Busca-se, pois, superar tal tipo de aporia mediante uma “elevação da reflexividade até a auto-transcendência do Direito”, o que figura como “condição de partida necessária do processo da justiça no interior do Direito, no qual nem a sociedade, nem as teorias sociais ou uma outra instância externa do Direito ditam seus critérios normativos, mas no qual o Direito realiza o seu próprio processo” (TEUBNER, 2011, p. 38).

Deve-se reconhecer, contudo, que o Direito promete justificar suas decisões com base em fundamentos racionais, mas inexoravelmente fracassa em tal desiderato, motivo pelo qual o sistema jurídico necessita praticar uma autosubversão em nome da justiça. O intervalo entre a norma e o fato envolve a inserção de premissas adicionais no “silogismo”, de maneira que a justificação de normas por meio de outras normas necessariamente incorre “no trilema de Münchhausen: regresso infinito, interrupção arbitrária ou circularidade” (TEUBNER, 2011, p. 34). O Direito, portanto, não pode “evitar a invasão da irracionalidade no mundo racional das decisões orientadas por normas e da argumentação embasada na razão”, algo que é denunciado tanto por Luhmann quanto por Derrida em suas análises sobre as aporias da

justiça e os paradoxos do Direito (TEUBNER, 2011, p. 34).

Teubner (2001, p. 2) fala em um consenso desconstrutivo entre Luhmann e Derrida, dado que ambos não consideram o elemento irracional como meramente ocasional em decisões calculáveis, e sim como um componente fundante da racionalidade formal. É necessário expor a irracionalidade, caracterizada pela “arbitrariedade, por inconsistências, antinomias, paradoxos e até mesmo pela violência” que estão por trás das construções jurídicas. Porém, os autores concordam que não se pode parar por aí: em vez de se restringirem a uma denúncia da justificação jurídica como um pretexto mistificador da ideologia e do poder, ambos estabelecem um nível ainda mais alto de expectativas quanto a tais cálculos jurídicos, ainda que cientes de seus paradoxos. “Expor a irracionalidade de uma decisão, segundo ambos os autores, não significa suspender as demandas por justiça social, mas, sim, ao contrário, levar as exigências normativas da justiça ainda mais a sério” (TEUBNER, 2001, p. 2 – tradução nossa).

A pretensão de Teubner não é tanto revelar “isomorfias, analogias e afinidades seletivas” entre a autopoiese e a “différance”, mas, sim, destacar como uma das teorias pode ver aquilo que a outra não pode. Nesse sentido, o intérprete fala em uma **paranóia recíproca** entre ambas, as quais se acusam mutuamente, a despeito da análise inicial comum a respeito dos paradoxos fundantes do direito.

A autopoiese, a policontexturalidade e a cibernética de segunda ordem têm o efeito de imunizar com sucesso os sistemas sociais contra a sua desconstrução. Certamente, esta imunização funciona apenas temporariamente, dado que eles são, ao longo do tempo, repetidamente consumidos por seus próprios paradoxos. O resultado deste jogo quase rítmico de paradoxização, desparadoxização e reparadoxização é uma dinâmica evolutiva em que a desconstrução, permanentemente provocada por sua subversão autopoietica, está vinculada a modificar o seu caráter continuamente. Variação, seleção, retenção – os mecanismos evolutivos que dão origem à proliferação de macacos e sistemas sociais também direcionam os agitados movimentos iterativos da *différance*? Mas o darwinismo desconstrutivo não seria o seu pior pesadelo, e sim a produtividade incrível na interrelação entre a reconstrução autopoietica e a desconstrução. Paradoxos não apenas afetam as estruturas dos sistemas sociais (regras jurídicas [...]), contra os quais estes devem se defender [...]. O mais importante é que os paradoxos provocam as instituições [...] jurídicas para que estas, criativamente, produzam novas regras [...]. A real obsessão desconstrutiva não é com a manutenção defensiva e conservadora das estruturas originais do sistema, mas, sim, com o seu impulso insaciável em direção à invenção de novas diferenças. O nascimento da autopoiese a partir do espírito da desconstrução? (TEUBNER, 2001, p. 16 – tradução nossa).

Luhmann e Derrida apresentam construções da realidade incompatíveis, o que gera uma desconfiança recíproca e uma impossibilidade de que enxerguem as mesmas coisas. Em vez de buscar unificar tais campos de visão, Teubner (2001, p. 3) prefere explorar as potencialidades geradas por tal dinâmica paranóica, a qual tem como cerne convicções que

parecem similares mas são, em verdade, conflituosas, bem como não podem ser modificadas pela lógica ou por experiências. Nesse contexto, Teubner (2001, p. 3 – tradução nossa) suscita o seguinte questionamento: “autopoiese e desconstrução – o que ganhamos de suas recíprocas manias de perseguição resultantes em um redemoinho de movimentos desconstrutivos e contramovimentos sistêmicos, em uma relação crescente entre estabilizações e desestabilizações [...]?”. Segundo o autor, a respectiva produtividade surge quando o mundo ficcional de uma reaparece no mundo ficcional da outra.

Diante do exposto, **Teubner (2011, p. 34) entende a justiça jurídica como a contínua reação do Direito contra seu necessário fracasso, não se reduzindo a uma construção filosófica ou a um critério jurídico-decisório, mas, sim, consistindo em uma dinâmica social estruturada do próprio sistema.** Na definição do autor, tal justiça é

um processo obstinado de auto-descrição no Direito, que interrompe, bloqueia, sabota, mina a ininterrupta auto-reprodução do sistema jurídico, a recursividade rotinizada das operações jurídicas; que, com isso, compele o Direito à sua auto-transcendência sobre cada sentido; que, entretanto, se coloca ao mesmo tempo de volta sob o compimento à continuidade da produção de novas operações jurídicas; e que, assim, se auto-sabota, porque gera, exatamente através disso, novas injustiças. Pois após a passagem pela experiência “irracional” da transcendência, após a “travessia do deserto”, ele se compele a reconstruir essa experiência sob as condições restritivas do sistema jurídico – compimento à decisão, compimento à normatização, compimento à fundamentação. [...]. Assim, a justiça como *praxis* discursiva também não é simples subversão do direito positivo em nome de seus ambientes, mas uma dinâmica cíclica progressiva da auto-subversão, na qual decisões jurídicas positivas são minadas por protestos jurídicos pela justiça, e vice-versa. Essa *praxis* não produz uma nova justiça, não aperfeiçoa uma justiça imperfeita já existente, e nem se aproxima assintoticamente de um ideal de justiça; pelo contrário, ela constrói sempre sobre o novo ambas as posições – decisões jurídicas positivas e protestos pela justiça –, para logo após novamente as destruir. A *praxis* realiza e impossibilita a justiça em uma transformação permanente da imanência à transcendência do Direito e de volta à imanência. (TEUBNER, 2011, p. 34)

Teubner (2011, p. 34) destaca o fato de que não está a descrever um mero impulso de irritação da racionalidade jurídica no sentido de que esta produza um Direito melhor, e sim está a tratar de uma “dinâmica especificamente estruturada, teoreticamente descritível e empiricamente identificável dentro da prática jurídica”. Tal dinâmica, a justiça jurídica, assemelha-se à “justiciance” de Derrida, caracterizada pelo cunho iterativo de oscilação e deslocamento de significado contínuos. **A justiça nunca se completa ou se encerra, mas, sim, constitui elemento essencial de uma dinâmica auto-subversiva típica do paradoxo da decisão intrínseco ao sistema jurídico. A justiça jurídica combina uma alta indeterminação com uma alta estruturação, o que não ocorre em um modelo de compromisso ou mediação (“indeterminação relativamente estruturada”), e sim no**

formato de uma radicalização mútua de introdução do caos na ordem, para que esta busque ordenar aquele. A dinâmica em questão é restringida pelas condições de partida do próprio sistema e pelas limitadas possibilidades de solução que este oferece, motivo pelo qual a justiça jurídica é temporalmente situada e se diferencia de meros impulsos por um Direito melhor e um mundo justo (TEUBNER, 2011, p. 34-6).

A ideia de auto-transcendência do Direito diante do intervalo entre normas e atos encontra na “re-entry” um elemento fundamental, tendo em vista a necessidade de preservação do fechamento operacional do sistema. É assim que se explica a pretensão de que os critérios de justiça não sejam encontrados fora do sistema jurídico, mas, sim, mediante uma auto-transcendência que permita ao Direito: diferenciar de si mesmo, pela via da “re-entry”, o ambiente gerador de conflito (sociedade, natureza, homem; e estabelecer critérios de justiça adequados ao ambiente. O Direito, portanto, não importa critérios de seu ambiente, mas, sim, os constrói com base em seu próprio conhecimento sobre esse ambiente, o que é proporcionado pela abertura cognitiva do sistema jurídico. Como Teubner (2011, p. 39) afirma, “a busca não pode externalizar seus critérios e, assim, não pode depositar suas esperanças nem na democracia, nem na moral ou na economia. Ao invés, ela é lançada de volta a si mesma. O Direito carrega, ele próprio, a responsabilidade por seus critérios da justiça”.

Para configurar uma autotranscendência do Direito que não se confunda com uma busca irrefreada pela resolução das injustiças do mundo, a heterorreferência do sistema jurídico, configurada como abertura cognitiva, está condicionada a três limites de fechamento operacional: o compêlimento à decisão, o compêlimento à fundamentação e o compêlimento à normatização (TEUBNER, 2011, p. 44).

O compêlimento à decisão refere-se ao fato de que a conexão entre a estrutura e a decisão precisa respeitar as possibilidades decisórias oferecidas pelo código binário do direito e por seus programas, inclusive quando o juiz não se sente convencido de que alguém está propriamente certo em relação ao outro. Ora, como afirma Conrado Mendes (2011, p. 210), a submissão da decisão judicial a uma pressão temporal pode acarretar a imperfeição das decisões. A demanda por decidibilidade limita o tempo de reflexão em relação ao que se tem, por exemplo, em uma discussão acadêmica, a qual pode servir como uma espécie de laboratório em que hipóteses decisórias são testadas e refutadas dialogicamente, sem a produção de efeitos autoritativamente vinculantes e garantidos coercitivamente. A obrigação de decidir imposta pela proibição do *non liquet* (proibição de se eximir decidir sob a alegação de que não há norma adequada ao caso) impede que o prático do direito retarde sua decisão

até que o problema tenha sido discutido exaustivamente pela dogmática. Ainda assim, o juiz precisará arriscar uma solução, a qual não poderá deixar de ser fundamentada com argumentos jurídicos. Não pode, pois, o juiz, por achar que seria injusto com uma das partes, incorrer em “non liquet”, tal qual o magistrado Tating de Lon Fuller (1995, p. 14 e ss.), pois isto significaria propriamente uma ofensa à justiça especificamente jurídica (TEUBNER, 2011, p. 44)¹⁴.

Por sua vez, o **compelimento à fundamentação** estabelece exigências cognitivas rígidas na procura pelo justo, o que redundaria em uma proibição de que “a busca se perca em sentimentos irracionais de injustiça ou em aspirações vagas à justiça. Ao invés, ela é constrangida pelas aporias especificamente estruturadas do processo jurídico [...] a expor-se com toda a intensidade à experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência” e, posteriormente, a converter tais experiências em fundamentos racionais, técnicos, dogmaticamente fundados (TEUBNER, 2011, p. 45). De tal maneira, é preciso que a satisfação da responsividade ao ambiente envolva uma argumentação racional que embase uma decisão consistente de um determinado caso, de modo a evitar uma hipertrofia da heterorreferência do sistema jurídico em detrimento de sua autorreferência. Nesse contexto, podemos lembrar o esforço de Luhmann (2014, p. 278 e ss.) para situar-se no intervalo entre conceitos e interesses travado na Alemanha entre o final do século XIX e o início do século XX. Em perspectiva sistêmica, por um lado, a Jurisprudência dos Interesses, com Heck (1947), tem razão no que diz respeito à impossibilidade de esgotamento de uma decisão em conceitos, dado que estes, para orientarem a atividade do juiz, precisam estar inseridos em programas condicionais, os quais estabelecem a relevância de cada conceito. De tal maneira, é impossível à dogmática ter sucesso caso se feche em suas construções de princípios. Os conceitos, pois, cumprem o papel de estruturas que, por serem repetíveis, conferem ao sistema a possibilidade de redundância. As distinções conceituais delimitam o âmbito da argumentação e colaboram para a

¹⁴ Faz-se aqui referência à obra “O caso dos exploradores de cavernas”, em que Fuller narra uma situação fictícia em que três mineiros, após ficarem presos em uma caverna e serem informados via rádio que, devido à falta de alimentos, não teriam condições de sobreviver pelo prazo necessário para o desenvolvimento das ações de uma equipe de resgate, decidem tirar a sorte para fins de determinação de qual deles seria morto e serviria de comida ao grupo, o que resulta em uma ação criminal por homicídio contra os três sobreviventes. Nesse contexto, o fictício magistrado Tating, membro do tribunal competente para julgar os três mineiros, recusou-se a proferir voto sobre o caso, posicionamento que justificou com as seguintes palavras: “Dei a este caso a maior atenção de que sou capaz. [...]. Quanto mais examino este caso e penso sobre ele, mais profundamente envolvido emocionalmente me sinto. Minha mente fica enredada nas malhas das redes que eu próprio arremesso para salvar-me. Creio que quase toda consideração que interesse à solução do presente caso é contrabalançada por outra oposta, conduzindo em uma direção também oposta. [...] nem [...] pude descobrir por mim próprio nenhuma fórmula capaz de resolver as dúvidas que por todos os lados me acoçam” (FULLER, 1995, p. 15).

formulação de problemas, mas não os podem resolver logicamente, até mesmo porque sua contribuição fundamental é semântica (e, ainda assim, em grau limitado). “A utilidade dos conceitos reside na consistência que proveem quando utilizados em comunicações jurídicas, sendo, por isso, imprescindíveis, e não na dedutibilidade direta de soluções jurídicas.” (CAMPILONGO, 2012, p. 156). Por outro lado, sempre se pode questionar quem define os interesses protegidos pelo direito e quais interesses devem prevalecer, respostas que apenas a observação do direito, e não a observação dos próprios interesses, oferece. Ora, interesses não são ponderados autonomamente, mas, sim, por alguém, em um procedimento regulado pelo sistema jurídico. Isoladamente, portanto, o “nomocentrismo” da Jurisprudência dos Conceitos e o “sociocentrismo” da Jurisprudência dos Interesses não resolvem problemas jurídicos. Conceitos e interesses são necessários enquanto construções interiores ao sistema jurídico, aqueles por razão de consistência, estes por serem reconhecidos como tais pelo próprio Direito e lhe permitirem assumir a necessária responsividade. Ora, auto e heteroreferência, como operações interiores ao sistema jurídico – respectivamente voltadas para a abertura cognitiva (observação do ambiente) e para o fechamento operacional (observação do próprio sistema) –, não existem uma sem a outra. O sistema jurídico funcionalmente diferenciado, pois, constrói tanto os conceitos quanto os interesses, redundância e variação, por meio da argumentação jurídica. Não poderia ser de outra forma, pois é justamente a diferenciação do sistema em relação ao ambiente o que o permite se configurar como sistema, algo que pressupõe o reconhecimento do ambiente de que se deve diferenciar (e, portanto, a heteroreferência) (CAMPILONGO, 2012, p. 157).

Por sua vez, o **compelimento à normatização** pressupõe que a justiça jurídica não tem meios para criar uma sociedade justa, mas, apenas, “operações e estruturas do Direito, de atos jurídicos e normas jurídicas, que, em comparação, são ao mesmo tempo altamente especializados e pobres”, elementos que oferecem limitadas possibilidades decisórias (TEUBNER, 2011, p. 45). O sistema jurídico precisa reduzir a complexidade do caso e das correspondentes experiências de irracionalidade e de alteridade, “da infinitude interna do homem individual, [...] da racionalidade própria e da normatividade própria dos diferentes discursos”, a uma simples norma decisória casuística, nos moldes da “re-entry” (TEUBNER, 2011, p. 45).

Os três compelimentos sistêmicos acima abordados demonstram que o Direito moderno, ao cogitar sua auto-transcendência, compele sua fórmula de contingência, mas não como um impulso cego. Ora, a justiça jurídica não confunde a injustiça do Direito e a mundana, mas, sim, restringe-se ao problema especificamente jurídico da conexão

entre estrutura e operação, entre norma e decisão. Nesse ponto, como Teubner (2011, p. 44) destaca, a justiça jurídica diferencia-se do direito livre em sua versão radical, consubstanciada por excelência em um famoso manifesto de Kantorowicz. Tal documento foi publicado pelo autor com o pseudônimo de Gnaeus Flavius (2009, p. 2013 – tradução nossa) e denunciou a insuficiência da hermenêutica metodológica, com destaque para a relevância da intuição e do sentimento jurídicos, como fica patente no seguinte excerto: “Em nenhum lugar a primazia da vontade é mais inquestionável do que na Ciência do Direito, por mais que observações empírico-sociológicas possam ensinar o que a metafísica da vontade de Schopenhauer, como nós mesmos, amplamente rejeitamos. Em verdade, é a vontade de alcançar uma decisão previamente fornecida que orienta o raio de alcance das posições jurídicas estabelecidas por essa decisão”. Para Kantorowicz, que denuncia a impossibilidade de colmatação metódica e não-discrecional do intervalo entre norma e caso, o juiz, em sua livre, criativa e voluntarística busca por uma resposta justa – a maior das metas do direito – para cada caso, a ser encontrada no direito livre, vivo e espontâneo, exterior ao direito estatal, poderia decidir sem estar balizado por critérios positivos ou científicos previamente fixados. Enquanto tal perspectiva desemboca, “ultima ratio”, em um quase-voluntarismo dotado de certa dimensão irracionalista; a justiça jurídica, embora não subscreva o racionalismo atacado pelo defensor do direito livre, tampouco se satisfaz meramente com o teor radical do manifesto de Kantorowicz¹⁵. De todo modo, a leitura de Teubner sobre a justiça jurídica, como fórmula de contingência, conserva um compromisso com a adequação social, ou seja,

¹⁵ A ênfase voluntarista do autor pode ser visualizada no seguinte excerto do famoso manifesto: “A relação entre a vontade e a mente será sempre ocultada pelo fato de a mente, “ex post facto” [...], querer saber as verdadeiras circunstâncias minuciosamente e, particularmente, no que diz respeito à prática jurisdicional, pelo fato de a vontade jurídica – felizmente, com frequência – demandar o resultado ao qual a mente interpretante teria chegado sem sua orientação. Mas qual dos dois, a longo prazo, permanece sendo a verdadeira força-motriz se torna óbvio quando um teórico ou prático se sente obrigado pela leitura de um texto legal a deduzir um resultado que joga em sua cara uma questão importante sobre uma convicção jurídica livre e poderosa (um ‘resultado indesejado’).” (FLAVIUS, 2009, p. 2013 – tradução nossa). A despeito da conotação radical dessas palavras, devemos reconhecer, desconstrutivamente, a contradição intrínseca ao texto do manifesto, patente em um trecho deveras mais moderado, o qual nos parece resumir a proposta do autor diante da indecidibilidade entre vinculatividade e discricionariedade: “Demandamos [...] que o juiz, vinculado por seu juramento, decida um caso no nível máximo em que este possa ser decidido de acordo com o texto da lei. Ele pode e deve abandonar o texto, em primeiro lugar, quando o código aparentar não oferecer uma decisão indiscutível; em segundo lugar, se não é provável, de acordo com sua convicção livre e conscienciosa, que a autoridade estatal à época da decisão não teria considerado uma decisão tal como exigida pelo direito. Em ambos os casos ele deve chegar à decisão que, de acordo com sua convicção, o poder estatal atual teria chegado se tivesse o caso individual em mente. Se ele não tiver como alcançar uma convicção desse tipo, deve decidir de acordo com o direito livre. Finalmente, em casos desesperadores ou apenas quantitativamente questionáveis [...], ele deve decidir de acordo com a vontade livre.” (FLAVIUS, 2011, p. 2025 – tradução nossa). Em obras posteriores, como “The definition of Law” (1958) e “Some rationalism about realism” (1934), Kantorowicz parece confirmar, até mesmo por não estar a utilizar uma linguagem de manifesto, uma posição teórica mais comedida do que um mero voluntarismo irracionalista. Contudo, em nossa pretensão desconstrutivo-constitutiva, tomaremos a liberdade de assumir a imagem do Kantorowicz dos trechos mais radicais do manifesto como figura ilustrativa da pretensão de transcendência radical de uma justiça que não se permite limitar por fronteiras sistêmicas.

com uma complexidade adequada, bem como com a possibilidade de que o direito justo fosse de outro modo, ponto em que se pode visualizar uma aproximação entre sua face desconstrutiva – justiça como por-vir – e a perspectiva do teórico do direito livre.

Por outro lado, parece-nos que a abordagem sistêmica do direito, com os seus três compêndios, encontra alguma aproximação – para continuarmos no âmbito de propostas que se debruçaram sobre a temática da demanda por uma heterorreferência do Direito no período entre o final do século XIX e o início do século XX – com Gény (1925, p. 520 e ss.), para quem existiria um mundo de produção jurídica adaptável às transformações sociais, passível de uma livre investigação científica e que não se esgotaria nas fontes formais. Senão, vejamos.

Ainda que apenas como fonte subsidiária, Gény admitia o recurso científico a fontes substanciais, as quais compunham a natureza viva das coisas. O autor dividia tais fontes em quatro tipos de dados: a) os dados naturais ou reais, como o clima, a anatomia e a conjuntura econômica; b) os dados históricos, os quais envolvem uma regulação pelo “Direito postulado historicamente pela vida”, nunca chegando ao jurista como fatos brutos; c) os dados racionais, de caráter necessário e universal; e d) os dados ideais, ou seja, as aspirações de um povo em um dado momento histórico (AFTALÍON, VILANOVA, RAFFO, 1999, p. 260; 760). Gény (1914, vol. II, p. 355 e ss.) distingue, fundado em Bergson, entre o dado, ou seja, os elementos objetivos identificados pela livre investigação científica, e o construído, produto da técnica. O dado figura como matéria na sua relação com o construído, que cumpre o papel de uma forma. A técnica indica quais os princípios encontrados nos dados pela livre investigação que, por serem demasiadamente gerais, não podem regular o Direito autonomamente, motivo pelo qual precisam ser considerados pela forma especificamente jurídica (técnica), seja a das fontes formais, seja pela apreensão científica da realidade jurídica.

Parece-nos que há uma semelhança entre o dado, como elemento do ambiente, e o construído, como tradução desse elemento para a linguagem do sistema jurídico, com seu respectivo código binário. Em outras palavras, o material descoberto pela ciência no ambiente seria, mediante “re-entry”, relevante para as operações jurídicas, ou seja, convertido em um material propriamente jurídico. É de se notar, aliás, que Luhmann (2014, p. 282) chega a mencionar a noção de técnica de Gény para se referir às formas do sistema jurídico. Não há, em Luhmann, uma defesa por um direito livre, no sentido de uma heterorreferência radical que redunde em alopoiese. Contudo, parece-nos que uma livre investigação científica, como na intuição de Gény, mas adaptada à policontextualidade de uma sociedade altamente

diferenciada, permite a preservação da adequada combinação entre abertura cognitiva e fechamento operacional do sistema jurídico.

Dadas as relações estabelecidas entre Derrida e Luhmann – autores envolvidos na paranóia mútua visualizada por Teubner em torno da justiça jurídica – e os pensamentos de Kantorowicz e Gény, consideramos que os sotaques distintos do teórico do Direito Livre e do defensor da Livre Investigação Científica – respectivamente, a hipertrofia, em forma de direito livre, da responsividade e da heterorreferência; e o destaque à necessidade de preservação da consistência e da autorreferência do direito mediante a proposta de que a demanda por uma heterorreferência do direito seja submetida a uma exigência de conversão técnica dos dados juridicamente relevantes em um construído – permitem a visualização de uma relação paranoica entre ambos. Por tal motivo, desenvolveremos uma leitura desconstrutivo-constructiva da relação entre Kantorowicz e Gény de modo que eles sejam compreendidos, respectivamente, como **ancestrais** de Derrida e Luhmann, autores contemporâneos cuja relação paranoica está no cerne do metaeixo de abordagem do modelo teórico proposto por este trabalho.

A despeito da paranóia mútua entre autopoiese e desconstrução, Teubner (2011, p. 45) destaca a concordância entre Luhmann e Derrida quanto ao fato de teorias da justiça radicais, ainda que, de início, irrite drasticamente o Direito, se tornarem ineficazes ao longo do tempo no que se refere a tal propósito, pois uma crítica sem contra-proposta não se sustenta de modo duradouro (TEUBNER, 2011, p. 46). Ora, essas teorias excluem a si mesmas do discurso da justiça jurídica, a qual compele a uma auto-transcendência do direito que precisa ser retraduzida em normas, argumentos e decisões. As teorias da justiça não podem, portanto, pretender produzir livremente novas estruturas com a pretensão de superar o intervalo entre estrutura e operação, dado que o entendimento da justiça como transcendência radical do Direito não pode ignorar “as demandas reversas da transcendência do Direito de, em nome da onipresença, realizar a justiça na imanência do Direito” (TEUBNER, 2011, p. 45). Nesse sentido, devemos notar que os próprios compelimentos sistêmicos geram uma pressão inovativa sobre o Direito, de modo que “a combinação de alta indeterminação (auto-transcendência) e alta determinação (o compelimento à forma do jurídico) estimula o desenvolvimento de energias criativas. No ‘espaço imaginário’ da *re-entry*, as fantasias jurídicas de construção encontram sua grande chance” (TEUBNER, 2011, p. 47). Qualquer esforço de introdução do caos na ordem submete as normas, atos decisórios e construções doutrinárias à justiça jurídica, demandando que tais elementos sejam continuamente substituídos por outros mais justos. Essa dimensão comparativa entre graus mais altos e mais

baixos de justiça ecoa o justo por-vir de Derrida, que, a despeito do fracasso inevitável, mantém um contínuo aperfeiçoamento dos esforços pela justiça. Como Teubner (2011, p. 47) afirma, “mais justo que os outros seria, assim, um ordenamento jurídico que permitisse e promovesse sua auto-transcendência em diferentes dimensões da alteridade de forma mais radical que os outros, mas que também produzisse decisões, argumentos e normas que se manifestassem como mais justos diante de outros ordenamentos jurídicos”.

Por outro lado, segundo Teubner (2011, p. 48), o compêlimento à normatização é desrespeitado quando a justiça jurídica cede ao “incontrolável impulso à universalização de si própria”, o qual resulta na “justicialização”, que expande a sua lógica de dupla face – auto-transcendência do Direito e seu re-disciplinamento jurídico – para toda a sociedade”, em uma busca pela construção de um mundo justo com base exclusiva no código binário do Direito (o que, em si, já constitui uma injustiça). Nesse contexto, Teubner defende que cada subsistema só pode oferecer respostas limitadas, motivo pelo qual não devemos admitir projetos totalitários de racionalidades parciais, tal qual o dos direitos humanos como o ideal de uma sociedade justa. Surge, então, o desafio de buscar uma possibilidade de consideração dos direitos humanos como categoria jurídica sem extrapolar os limites da autotranscendência do Direito em uma sociedade policontextual¹⁶. Ideias frutíferas para a resolução de tal problema podem ser encontradas nas contribuições políticas de Douzinas, na perspectiva compreensiva de Esser, na teoria analítica da argumentação de Peczenik e nas propostas de diálogo intercultural de Panikkar e Boaventura Santos, como veremos no próximo tópico.

2.2.4 Eixos político (Douzinas), compreensivo (Esser), analítico (Peczenik) e cultural (Panikkar e Boaventura Santos)

Douzinas (2009, p. 29), autor cujo pensamento constitui o cerne do **eixo político** do modelo hermenêutico proposto por este trabalho, argumenta, em uma perspectiva derridariana, que a conversibilidade de irritações do ambiente para os termos de uma semântica jushumanista obedece a possibilidades convencionalistas, dado que, em tempos de pluralismo, não é possível encontrar uma referência moral fundamental que configure como pré-positivamente vinculante um dado conteúdo normativo. Essa visão se aproxima, em certo sentido, ainda que com outros pressupostos, da tese de Ross (2001, p. 205 e ss.) sobre a inexistência de referentes mundanos para os direitos subjetivos, os quais funcionariam como

¹⁶ Neste trabalho, estudaremos a categoria jurídica “direitos humanos” em sentido lato, independentemente de sua positivação via fontes de direito internacional.

um mero conceito adequado a simbolizar a cópula deôntica entre antecedentes e consequentes normativos.

Por sua vez, Luhmann (2001, p. 155), em posicionamento um tanto semelhante ao do derridariano Douzinas – o que corrobora a tese de Teubner sobre a viabilidade de realização de uma leitura produtiva sobre a paranóia mútua entre autopoiese e desconstrução, bem como explicita um ponto de **entrelaçamento do metaeixo paranoico com o eixo político** do modelo proposto pelo presente trabalho – sustenta (mencionando, inclusive, a relação entre a desconstrução derridariana e os paradoxos) que “cada fundamentação dos Direitos Humanos (e fundamentação no duplo sentido da produção de validade e de apresentação de razões justificadoras) exige um gerenciamento de paradoxos”. Luhmann (2001, p. 155) explica que o paradoxo dos direitos humanos, no modelo contratualista, residia no fato de que a concepção moderna de contrato social, qual seja, a de uma união pactuada, apresenta um círculo vicioso de fundamentação. Ora, a máxima *pacta sunt servanda* só existe por conta do contrato social, mas este próprio contrato só é vinculante devido a tal máxima. Posteriormente, os direitos humanos envolvem-se em um novo paradoxo, o qual diz respeito ao fato de que embora o discurso sobre a matéria realize uma distinção entre direitos humanos e direitos estabelecidos convencionalmente, esta forma consiste em uma unidade de uma diferença. Tal paradoxo, durante muito tempo escondido, supostamente encontra hoje a sua solução, de modo manifesto, por meio da positivação dos direitos pré-positivos em forma de texto. Se inicialmente os textos em questão tinham caráter de mera declaração, como o “Bill of Rights” e a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” francesa; com o tempo se tornou costumeira a inclusão de disposições nas constituições, com a pretensão de conferir aos direitos pré-positivos a estabilidade das normas jurídicas constitucionais. De todo modo, não é paradoxal a “necessidade de positivação do direito pré-positivo” (LUHMANN, 2001, p. 156)? Ainda que seja comum uma espécie de essencialização da linguagem utilizada nesses textos positivos, muitas vezes formulados de modo descritivo – com afirmações sobre o “ser”, do tipo “A dignidade humana é intocável” (art. 1o. da Lei Fundamental Alemã) –, com a pretensão de conferir um tom jusnaturalista aos direitos humanos; e ainda que se possa dizer que os textos positivos apenas reconhecem direitos existentes pré-positivamente; o caráter verdadeiro ou não de premissas desse tipo é irrelevante, pois o que se deve destacar é a necessidade de uma positivação dependente do Estado, o que torna obscura a validade dos direitos humanos em uma sociedade global.

As premissas consolidadas nos dois parágrafos anteriores permitem que se afirme a inexistência de limites ontológicos à recognoscibilidade de direitos, os quais podem ser

estendidos ou retirados de quaisquer áreas ou pessoas, de forma a restarem apenas limites convencionais, quais sejam, os resultados de lutas políticas e os efeitos da lógica limitada e limitadora do direito (DOUZINAS, 2009, p. 262). Nesse sentido, a sedimentação de valores históricos como direitos humanos inalienáveis – à la Reale (2002), para quem, embora os valores sejam históricos, os ciclos culturais ou civilizações são delimitados por certas constantes e variáveis cognoscitiva e praticamente objetivadas, tornando certos valores um núcleo cuja referência não mais se alterará com o tempo, atuando universalmente “como se” fossem inatos e, portanto, constituindo “invariantes axiológicas” – consistiria, segundo Douzinas (2009, p. 263 e ss.), em um capital simbólico congregado na noção de direitos humanos e retoricamente postulado. Para o autor de origem grega, um tipo tal de reivindicações de direitos – ou, como poderiam dizer Jhering (1946) e Heck (1947) (autores que caracterizamos como **ancestrais** do eixo político do modelo ora proposto), lutas políticas pelo reconhecimento de interesses – tem um simultâneo apelo a um: 1) elemento de identidade, de caráter universal, porém indeterminado, da “natureza” humana, o qual legitimaria o pleito de igualdade de tratamento perante os demais seres humanos, expediente que não pressupõe nenhum elemento natural em sentido metafísico; e um 2) elemento de diferença, dada a distância entre a natureza humana abstrata e as características concretas dos reivindicantes, o que os legitima a exigirem um tratamento diferenciado que respeite suas identidades específicas. Nas palavras de Douzinas (2009, p. 263), “reivindicações de direitos humanos envolvem uma dialética paradoxal entre uma exigência impossível de igualdade universal, historicamente identificada com as características do homem ocidental, e uma reivindicação igualmente irrealizável de igualdade absoluta”. As lutas por direitos humanos, pois, segundo o autor, são uma operação retórica: de afirmação de semelhança e diferença; e de determinação prática de seu sentido. Pode-se, então, falar em uma espécie de “vôo de sentido”, o qual pretende encontrar o reconhecimento de interesses pelo sistema jurídico mediante “re-entry” e tem força retórica suficiente para, eventualmente, irritar o sistema de modo que este reconheça, por exemplo, direitos “humanos” para animais. De tal maneira, se é verdade, por um lado, que o homem serve como valor-chave do discurso dos direitos humanos, de maneira a estabelecer clivagens a respeito de pretensões normativas vedadas como contrárias à dignidade humana; por outro, “dignidade” e “direitos humanos” são significantes vazios, o que reitera (!) o mencionado convencionalismo necessário em tempos de pluralismo. Ora, o discurso e a prática dos direitos humanos têm como um de seus objetivos justamente fixar o sentido desse significante vazio, dado que “essa falta de definição, que é também a definição da falta, é logicamente necessária e eticamente

inevitável” (DOUZINAS, 2009, p. 374). “Direitos humanos”, portanto, derridarianamente, é uma noção iterativamente revisitada e desprovida de conteúdos estáveis, visto estar sempre submetida a um diferimento que deixa meros rastros.

Douzinas (2009, p. 374) explica que as alegações de direitos humanos traduzem uma denúncia de injustiça, entendida como o esquecimento de que a natureza humana (o universal) está constituída na e por meio da sua transcendência pelo mais particular, em sua singularidade não-repetida. Não há, pois, um elemento geral axiomático, idôneo a definir uma sociedade justa ou a prescrição de suas condições de existência. Ora, os direitos humanos não têm um tempo, espaço ou ideologia próprios. Apresentam, isso sim, uma passividade em relação à demanda do Outro e uma lógica de continuidade expansiva movida retoricamente. Nesse sentido, a crítica radical de injustiça feita pelo discurso dos direitos humanos situado no ambiente do sistema jurídico à positividade deste é justamente uma fonte privilegiada da paranóia de Luhmann em relação às ameaças da justiça derridariana e de sua pretensão de transcendência que nem sempre respeita as fronteiras dos sistemas funcionalmente diferenciados.

Se nem mesmo o homem, tendo em vista que o seu valor culturalmente estabelecido é determinado etnocentricamente pela tradição ocidental, pode, segundo Douzinas, servir como referência moral para a fundamentação de um discurso dos direitos humanos; visualizamos, por um lado, com um espaço para o desenvolvimento de uma perspectiva funcional e pós-convencional sobre os direitos humanos, em moldes luhmannianos, mas, por outro, derridarianamente, com um espaço para o desenvolvimento de críticas desconstrutivas radicais por uma justiça que não respeita limites. Nesse cenário, parece correta a afirmação de Douzinas (2009, p. 272-3) segundo a qual não existe um metaprincípio a servir como fundamento moral último para que a razão jurídica viabilize uma escolha entre reivindicações conflitantes ou mesmo justifique a extensão dos direitos a novas esferas de reivindicação. Consolidados os elementos centrais do eixo político do modelo proposto por este trabalho, o que fazer, no que concerne ao evento da compreensão jurídica, diante de tal afirmação? Mergulhar em um relativismo jurídico?

O **entrelaçamento do eixo político com o eixo compreensivo** de nosso modelo hermenêutico pode ser perpetrado quando notamos que Douzinas, com seu sotaque derridariano, vê a razão prática como uma parte limitada da faculdade do juízo, dada a dimensão irracional atributiva de sentido intrínseca à atividade hermenêutica. Semelhante percepção, segundo a qual o impulso compreensivo fundamental é desprovido de racionalidade, visto ser simultaneamente limitado e possibilitado pela pré-compreensão do

intérprete, está presente no realismo estadunidense de Frank, bem como na tradição da ontologia heideggeriana e da hermenêutica gadameriana. No pensamento jurídico da segunda metade do século XX, tal premissa foi resgatada por Esser (1961; 1983), autor cuja proposta, por um lado, assume a hermenêutica filosófica gadameriana como matriz e, por outro, é qualificada pelo estudioso italiano Giuseppe Zaccaria (2004) como (neo-)realista (no sentido estadunidense), mormente devido à influência desta vertente de pensamento sobre a obra do jurista alemão durante o tempo em que ele viveu nos Estados Unidos.

O **entrelaçamento do metaeixo paranoico com o eixo compreensivo** de nosso modelo é estabelecido quando propomos uma leitura de Esser – autor central do **eixo compreensivo** do modelo proposto pelo presente trabalho, contexto axial, aliás, em que, não à toa, o realismo estadunidense figura como **ancestral** das teses defendidas pelo professor alemão –simultaneamente compatível com o pressuposto derridariano de que a compreensão, consiste em um “hunch” irracional e, de outro, com os compelimentos sistêmicos, segundo os quais se tenta retrospectivamente adequar tal produto violento à linguagem pretensamente racional do direito. Ora, foi justamente para tentar controlar a antecipação de sentido que Esser se preocupou em diferenciar descoberta e fundamentação da decisão, de modo análogo à distinção de Reichenbach. Nesse contexto: por um lado, a antecipação de sentido – momento compreensivo inicial – funcionaria como o contexto de descoberta da decisão; por outro, a necessidade de fundamentação retrospectiva da decisão com base em normas jurídicas – como notou Dickinson, em sua crítica ao próprio realismo estadunidense – demonstraria que as regras não são juridicamente irrelevantes. É justamente tal exigência de “re-entry” (Luhmann/Teubner) das decisões na linguagem do sistema jurídico o que minimiza a discricionariedade. Para Esser (1961, p. 299; 325), o juiz, ao deparar-se com um caso, esboça uma solução antes mesmo de fazer considerações legais e dogmáticas. Porém, uma convicção subjetiva e irracional de justiça não é suficiente para fundamentar a decisão do juiz – como parecia querer Kantorowicz, ancestral derridariano, na maior parte do texto de seu manifesto –, dado que lhe é necessário traduzir (“re-entry”) os princípios colhidos do ambiente do direito para a linguagem do sistema jurídico – ou, nas palavras do ancestral luhmanniano Gény, converter o dado em construído –, de modo a conservar o fechamento operacional do Direito.

Ponto especialmente relevante de aproximação entre Esser e Luhmann é o compelimento à fundamentação, tendo em vista que ambos os autores buscam se situar no fugidivo intervalo da dicotomia conceitos-interesses. Em Esser (1961, p. 10), a dogmática cumpre a função de controle de concordância, visto que a remissão a seus conceitos significa

uma retomada de pontos de vista decisórios já conhecidos pelo sistema, o que significa reconhecer aos conceitos uma função heurística. O autor chega a considerar o direito como um sistema sempre provisório, o qual se renova quando as decisões judiciais são provocadas por problemas e/ou argumentos novos. Configura-se, assim, um processo circular de descoberta de problemas, formação de princípios e consolidação do sistema (LARENZ, 2005, p. 312 e ss.) – ou, nas palavras de Morris Cohen, um sistema autocorretivo, figura que pode, como já afirmamos, ser aproximada à perspectiva luhmanniana. Para Esser, a dogmática cumpre uma função estabilizadora – tal qual no Llewellyn maduro, de “The Common Law Tradition” (1960) – mediante uma transformação de questões de valoração (em linguagem sistêmica, de justiça extrajurídica, relacionada a interesses extrajurídicos) em questões de conhecimento (em linguagem sistêmica, questões de justiça especificamente jurídica). Por outro lado, Esser vê o juiz como um mediador entre o direito e a vida, um intérprete das tensões renovadoras surgidas na sociedade, cuja tarefa consiste em racionalizar e objetivar os interesses subjetivos e sociais. De tal maneira, a dogmática, em sua função de controle de concordância, serve como referência para uma adequação entre a responsividade ao horizonte intersubjetivo de expectativas (heterorreferência) e a consistência conceitualmente conferida pelos conceitos (autorreferência) ao sistema jurídico.

Esser reconhece que o juiz precisará desistir de uma conjectura decisória toda vez que não for possível encontrar uma fundamentação para tal resposta na linguagem do sistema jurídico. Ao assumir que o contexto de justificação serve como referência para uma crítica da qualidade decisória, Esser parece buscar reformular o pensamento realista estadunidense ao combinar uma visão do descobrimento da decisão como elemento discricionário e irracional – visão semelhante à de Frank – a uma neutralização epistemológica que assume como parâmetro de vinculação a tradição do jogo de linguagem jurídico, especialmente no que concerne à relevância do discurso sobre as fontes do direito. Nesse ponto, podemos visualizar um **entrelaçamento do eixo compreensivo do nosso modelo com o respectivo eixo analítico**. Senão, vejamos.

A temática das fontes do direito como componentes de uma espécie de “ideologia comum” foi estudada por Alf Ross, autor que, assim como Olivecrona, é citado por Peczenik (2005, p. 170) como constituindo uma das raízes de seu pensamento¹⁷. Não à toa, pois, Aulis

¹⁷ Sobre a noção de “ideologia comum”, vejamos as seguintes palavras de Ross (2001, p. 103): “O processo mental pelo qual o juiz decide fundar sua decisão em uma regra de preferência a outra não é uma questão de capricho e arbítrio, variável de um juiz para outro, mas sim um processo determinado por posturas e conceitos, por uma ideologia normativa comum, presente e ativa nas mentes dos juizes quando atuam como tais. [...] Essa ideologia é o objeto da doutrina das fontes do direito. Constitui o fundamento do ordenamento jurídico e consiste

Aarnio (*in* PECZENIK, 2009, p. 1) afirma que a teoria da argumentação jurídica de Peczenik está vinculada à tradição do realismo escandinavo, da qual Olivecrona e Ross são dois grandes expoentes – ponto em que se caracteriza a relação de **ancestralidade** entre a mencionada vertente realista e as teses do professor polonês, as quais constituem o cerne do **eixo analítico** do modelo proposto por este trabalho. Dado o fato de Ross subscrever expressamente certas teses do realismo estadunidense – peculiaridade, aliás, destacada pelo próprio Peczenik (2009, p. 214) –, não surpreende que tanto Esser (com seu vínculo de ancestralidade com os realistas estadunidenses) quanto Peczenik (com sua relação de ancestralidade com os realistas escandinavos) busquem no contexto de justificação aquilo que Douzinas (2009, p. 262) – ainda que em outro contexto – descreve, mediante uma subscrição da crítica de Derrida ao logocentrismo, como uma aparência de racionalidade que esconde a irracionalidade fundante – ponto em que podemos visualizar um **entrelaçamento da face desconstrutiva do metaeixo paranoico com o eixo analítico** de nosso modelo.

Em Peczenik (1983, p. 105), a noção de ideologia comum de Ross é reinventada, com inspiração no segundo Wittgenstein, e integrada a uma concepção de realidade material, de maneira a compatibilizar as pretensões verificacionistas de Ross a uma abordagem coerentista. Peczenik (1983, p. 105 – tradução nossa) fala, então, em uma “ideologia jurídica”, ou seja, “uma construção teórica que objetiva constituir uma totalidade coerente a partir de práticas fragmentárias e normas materializadas e introjetadas pelos tribunais, autoridades, juristas e alguns leigos. Estas pessoas agem e falam *como se* estivessem aceitando a ideologia jurídica”. De tal maneira, para o professor polonês, uma decisão precisa ser compatível com a ideologia jurídica, entendida esta como um conjunto de pontos de partida aceitos, expressa ou tacitamente, que constituem uma forma de vida e se modificam de acordo com a prática jurídica. A tarefa da ideologia jurídica, na perspectiva do autor polonês, é, mediante um esforço, atribuir um certo grau de ordem interior “ao conjunto incessantemente cambiante de convicções normativas e cognitivas” (PECZENIK, 1983, p. 110 – tradução nossa). Tal ideologia, portanto, é um elemento consubstanciado na tradição e tem em seu cerne elementos como as fontes do direito, as normas que estabelecem essas fontes como tais e as “normas de raciocínio” (normas de interpretação, tais quais as que

em diretivas que não concernem diretamente ao modo como deverá ser resolvida uma disputa legal, mas que indicam a maneira pela qual um juiz deverá proceder a fim de descobrir a diretiva ou diretivas decisivas para a questão em pauta. [...]. Está claro que essa ideologia só pode ser observada na conduta efetiva dos juizes. [...]. A ideologia das fontes do direito é a ideologia que, de fato, anima os tribunais, e a doutrina das fontes do direito é a doutrina que concerne à maneira na qual os juizes, efetivamente, se comportam. Por ‘fontes do direito’, por conseguinte, entender-se-á o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão”.

prescrevem o uso da analogia, do argumento “a contrario”, dos métodos clássicos de interpretação e dos critérios de resolução de antinomias). Todos esses elementos servem como referência para que seja realizada a “re-entry” (conversão do “dado” em “construído”) necessária à preservação da justiça especificamente jurídica – ponto em que podemos visualizar um **entrelaçamento da face autopoietica do metaeixo paranoico com o eixo analítico** de nosso modelo. Nesse ponto, é pertinente fazer menção às seguintes palavras de Alexy (2001, p. 224), autor que compartilha com Peczenik – inclusive mediante produção intelectual conjunta (1990) – a inspiração dialógico-argumentativa:

[...] as formas de justificação interna não clamam reproduzir o curso das deliberações à medida que estas acontecem na mente de quem toma a decisão. Uma distinção clara tem de ser feita entre o processo de descoberta [...] e o processo de justificação [...]. [...] Aqui a única matéria de interesse é que as reflexões de quem toma a decisão precisam levar à justificação que corresponda às formas descritas. Naturalmente, isso não quer dizer que as exigências do processo de justificação não exerçam uma influência recíproca sobre o processo de descoberta.

Em tempos de pluralismo, o ir-e-vir entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação acima descrito depara-se com as irritações geradas sobre o Direito pelos demais subsistemas e com o conseqüente desafio de que as decisões judiciais alcancem uma autotranscendência mediante “re-entry”, de modo a conservar tanto a auto quanto a heterorreferência necessárias à própria preservação do sistema como diferenciado do seu ambiente. Nesse sentido, assim como Peczenik nota que a ideologia jurídica – a qual não é um sistema coerente, mas, sim, uma coleção de convicções normativas e cognoscitivas que objetivamos organizar coerentemente (FETERIS, 2007, p. 233-5) – envolve uma conformidade com os pontos de partida da comunidade jurídica e está condicionada pela forma de vida dos integrantes dessa comunidade; Esser fala em um horizonte intersubjetivo de expectativas, o qual demanda uma responsividade ao pluralismo daqueles que o compõem e às diferenças irrenunciáveis entre eles. Encontramos nas obras de Esser e Peczenik dois “insights” que proporcionam possibilidades de enfrentamento da questão dos conflitos culturais contemporâneos, ponto em que podemos visualizar um **entrelaçamento dos eixos compreensivo e analítico com o eixo cultural** de nosso modelo. Senão, vejamos.

Zaccaria (2004, p. 382) enxerga em Esser uma reivindicação pluralista consistente em uma afirmação do caráter irrenunciável das diferenças que devem ser tuteladas e respeitadas em sua irrepetível especificidade, sem que isso signifique uma absolutização de tais diferenças, o que proporciona ao sistema jurídico o papel de assegurar a persistência das relações de coordenação e colaboração com os indivíduos. Como satisfazer um ideal desse tipo diante do fato dos conflitos culturais contemporâneos e do caráter policontextual de uma

sociedade hipercomplexa? Parece-nos ser possível dizer, desconstrutivamente, que o gérmen para uma tentativa de solução desse problema já estava presente nos escritos de Esser, dado que o autor discorreu, ainda que com ênfase nos contextos do direito internacional privado e do direito comparado, sobre uma postura de deferência (“comity”) como “princípio de razão” (“reasonable principle”) que possibilitaria a um ordenamento remeter a outro, com o propósito de conciliação entre sistemas normativos, ou seja,

a possibilidade gnoseológica de reconhecer como vinculante, a partir de um ordenamento estatal, um conceito jurídico distinto. [...]. Os critérios para uma definição extraestrutural da natureza de uma instituição jurídica não podem ser deduzidos de sua posição dogmática, mas apenas de sua função comum nos diversos círculos jurídicos interessados. A missão e o modo de funcionamento de uma figura, e não seu revestimento dogmático, é o que serve à comparação como chave para desentranhar o princípio das versões historicamente tão distintas de instituições equivalentes. [...]. Sem uma comparação que se atenha aos objetos (“comparação funcional”), o juiz só pode entender os conceitos, inclusive os abstratos, da colisão a partir do ordenamento de seu próprio direito objetivo e da estrutura deste. Por sua vez, as instituições que lhe são estruturalmente estranhas só podem ser relacionadas ao ordenamento de direito objetivo do qual “procedem”. [...]. Aí está o motivo da busca por um princípio universal de figuras equivalentes [...]; e este princípio pode ser definido apenas pela similar função que em seu sistema nacional respectivo desempenham as instituições a despeito de sua estruturação distinta. Talvez seja possível chamar isto de um “processo de interpretação”, mas deve-se ficar claro que aqui passamos do dogmático ao sociológico, pois o que aqui figura como critério é o “modus operandi” real da figura singular, tal como se expressa na peculiar tradição judicial do “Direito em ação”, indo além de todo revestimento dogmático. As formas jurídicas positivas e seus conceitos são, em sua singularidade, o produto desta tarefa universal e das valorações especificamente nacionais, dos enlaces doutrinários e metódicos que determinam a posição e o âmbito de funcionamento dos conceitos. Sem sua ponderação histórica e sociológica – “metajurídica” –, não podemos, pois, estabelecer a homogeneidade interior do que Kahn chama de “relações jurídicas comensuráveis”. [...]. Para alcançar uma fórmula universal que abrace construções nacionais díspares, falta tanto a legitimação como também a necessária prática conceitual dogmática. **Inclusive como hipótese de trabalho o universalismo teria que decepcionar, por mais genial que pareça.** Pois todo comparatista parte inconscientemente de seu próprio pensamento de escola e introduz prematuramente na estrutura alheia o mundo conceitual de sua “lex fori”. Só a prática internacional constrói conceitos gerais, e um direito uniforme não é o pressuposto, e sim o produto de processos de adaptação e da formação de um direito autêntico comum. [...]. [...] comparações puramente “empíricas” da prática como um caminho científico para determinar o conteúdo de princípios jurídicos universalmente empregados [...]. [...] esta perspectiva comparatista [...], é verdade, não descobre um novo “sistema” [...], mas, sim, a força unificadora do pensamento problemático judicial (“aberto”) e seus princípios exteriores aos “sistemas”; [...], há uma subvalorização dos pressupostos metódicos de semelhante “empirismo”, que intenta nada menos que uma profunda reorientação da teoria continental das fontes e da interpretação, na medida em que esta se opõe à concepção do processo de formação judicial de regras e princípios a partir das instituições jurídicas autônomas. (ESSER, 1961, p. 428-31 – tradução nossa)

Nota-se do trecho acima que Esser já percebia a inviabilidade hermenêutica de que se possa falar em um universalismo jurídico-axiológico, tendo em vista o caráter historicamente situado que é pressuposto a qualquer tentativa de comparação e aproximação entre ordens jurídicas e seus respectivos conceitos. Por tal razão, o autor considera que uma comparação

desse tipo precisaria assumir um caráter meramente funcional, tendo em vista os papéis análogos cumpridos por conceitos distintos em ordens jurídicas distintas.

Peczenik, como um neo-realista, complementa a busca de Esser por critérios objetivos da razão jurídica, vista por Zaccaria como objetivo comum a ambos. Como explica Aarnio (*in* PECZENIK, 2009, p. 9 – tradução nossa), o professor polonês considera que “valorações diferentes podem competir na sociedade, e é impossível demonstrar que qualquer um destes valores é falso”. Nesse contexto, Peczenik afirma que existem “platitudes” (truísmos e lugares-comuns) vagos, os quais definem a moralidade em geral, mas também “platitudes” um pouco menos vagos que “definem nossa moralidade na sociedade ocidental”, dentre os quais estão os “platitudes” sobre o próprio “platitude” “direitos humanos”: “o núcleo dos direitos humanos talvez seja universal, mas, ao mesmo tempo, permite modificações evolutivas ao longo da história. Uma boa pergunta é se o núcleo universal é composto por algo mais do que ‘platitudes’” (PECZENIK, 2005, p. 132 – tradução nossa). De tal maneira, os problemas do relativismo e do pluralismo podem ser lidos como conflitos entre “platitudes” (“topoi”) e foram definidos, aproximados e distinguidos por Peczenik (2005, p. 108; 110 – tradução nossa) da seguinte maneira:

Uma outra maneira de reduzir o nível de abstração é o deslocamento da filosofia do relativismo às reflexões menos ambiciosas do pluralismo. Este é um parente próximo daquele. [...]. Qualquer ponto de vista normativo – em particular, os morais – é necessariamente relativo? Os pontos de vista normativos – em particular, os morais – necessariamente entram em conflito entre si? A primeira pergunta é a do relativismo, e a segunda é a do pluralismo. [...]. Um pluralista aceita a tese relativista de que não há uma racionalidade hérculea que determine universalmente opiniões morais e interpretações jurídicas otimizadas. Ao mesmo tempo, admite que acordos morais e jurídico-interpretativos são viáveis dentro de uma cultura jurídica ou moral específica. Cada cultura tem seus próprios padrões morais e de racionalidade e contém dentro de si uma única resposta correta específica para todas as suas questões morais e jurídicas. Mas não há uma única resposta correta sustentável através de todas as culturas.

Peczenik, em companhia de Aarnio, abordou a temática dos conflitos culturais em “On values: universal or relative?” (1996), texto em que concluíram que o enfrentamento do problema da relatividade cultural normalmente é acompanhado por uma confusão conceitual entre duas questões distintas. A primeira é referente à pretensão de universalidade de asserções axiológicas “prima facie”, as quais são universalmente válidas, visto serem independentes de preferências individuais e, mesmo sendo culturalmente vinculadas, pressupõem que há algo de comum em todas as culturas. A segunda diz respeito às avaliações “all-things-considered”, que são contextualizadas e relativas a uma cultura específica e a preferências individuais (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 330). Os autores consideram ser

possível suscitar, como uma hipótese antropológica formulada de um ponto de vista externo à própria moralidade de cada sujeito, que a existência de valores básicos em cada cultura não impede a realização de um “esforço de comunicação de um sujeito através das fronteiras de sua própria cultura, o que permitiria a ele se dar conta de que também há algo ‘prima facie’ relevante na cultura estrangeira” (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 323 – tradução nossa).

Os “insights” de Esser e Peczenik mostram que é necessário problematizar o discurso universalista dos direitos humanos no cenário da policontextualidade contemporânea, na qual o direito, como um sistema funcional da sociedade mundial moderna, comporta diversas ordens jurídicas, cada qual com seus programas e critérios, “com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica)” (NEVES, 2009, p. 115). As irritações recíprocas entre, de um lado, ordens jurídicas estatais, e, de outro, ordens jurídicas locais extraestatais – as quais não apresentam princípios e regras secundárias de organização e, por conseguinte, não identificam problemas jurídicos constitucionais, como os referentes aos direitos humanos e às limitações de poder – dão origem a demandas multiculturais por uma abertura radical ao Outro, as quais, pretendendo uma transcendência radical derridariana, não respeitam a linguagem da justiça especificamente jurídica¹⁸.

Diante do exposto, é necessário que a assunção da premissa culturalista de autores como Reale (1977, p. 59 e ss; 2010, p. 115), para quem os valores são históricos e se sedimentam em uma tradição ao longo do tempo na forma de invariantes axiológicas, não seja combinada a uma perspectiva de legitimação do direito positivo com base em um supostamente correlato conteúdo básico e inalienável dos direitos humanos, dotado de pretensões universalistas. Desconstrutivamente, pois, precisa-se notar que as “invariantes axiológicas” são produtos etnocêntricos e, por conseguinte, não podem ser subscritas como análogas a elementos “inatos”. Nesse contexto, são produtivas problematizações como a hipótese antropológica de Peczenik e Aarnio, bem como a crítica de Esser ao universalismo.

¹⁸ Aqui, consideramos que Neves está a subscrever implicitamente a seguinte perspectiva defendida por Teubner (2005, p. 89; 98: “é a invocação — implícita ou explícita — do código jurídico que constitui os fenômenos do pluralismo jurídico, desde o direito oficial do Estado até as normas jurídicas informais dos mercados [...]. Não é a estrutura, tampouco a função, que define o que é propriamente jurídico no pluralismo jurídico, e sim, tão somente, o código binário. [...]. Os ordenamentos jurídicos diversificados do pluralismo jurídico produzem permanentemente expectativas normativas [...] no sentido sociológico. Excluem-se, aqui, meras convenções sociais e regras morais, uma vez e desde que elas não se apóiam no código binário lícito/ilícito. [...] As fronteiras do sistema jurídico, reitera-se aqui, não são definidas pelas instituições jurídicas oficiais. Toda comunicação observadora de ações pelo código do direito constitui parte integrante do discurso jurídico. Isso ocorre também na comunicação entre não-juristas que suscitam pretensões jurídicas mútuas uns contra os outros. Não é a distinção entre lícito/ilícito que separa o direito estatal dos ordenamentos jurídicos das organizações e dos diversos grupos, e sim a maneira diversa de empregar o símbolo operativo de validade”.

Especificamente no que diz respeito à percepção do estudioso alemão a respeito do caráter culturalmente condicionado da construção dos conceitos e instituições jurídicas, podemos notar que sua ideia de equivalência funcional é um tanto semelhante à proposta de diatópico-hermenêutica de Panikkar (*in* BALDI, 2004), complementada por Boaventura Santos (2005) – autores que constituem o cerne do **eixo cultural** do modelo ora proposto, em que a obra de Reale figurará como um **ancestral**. Ora, Panikkar e Boaventura Santos, no contexto do debate jus-humanista entre universalismo e multiculturalismo, afirmam que existem equivalentes homeomórficos, ou seja, termos que, sem serem sinônimos ou traduções, cumprem funções análogas em culturas distintas. De maneira análoga (!) à proposta de Esser, uma produtiva exploração de tal equivalência poderia ser o caminho para evitar os riscos do universalismo, cuja pretensão de “quebra de janelas” pode resultar na transformação de todos os pontos de vista em um único e, conseqüentemente, em uma homogeneização cultural antidiatópica.

O ponto inicial do raciocínio de Panikkar (*in* BALDI, 2004) é a ideia de que a formulação atual dos direitos humanos é um produto ocidental, motivo pelo qual não é suficiente para que se encontre um horizonte adequado para um diálogo intercultural entre tal discurso e outras tradições culturais. O estudioso defende ser necessária a concepção de um modo de compreensão de culturas alheias a partir da nossa própria, o que exigiria colocar um pé em uma cultura e o outro pé na(s) outra(s), de modo a proporcionar um acesso recíproco aos *topoi* culturalmente mais determinantes em cada uma delas. Como diz o autor, o fato de se ter apenas uma língua-mãe não impede, ao menos abstratamente, a possibilidade de se ter uma língua-pai, o que poderia ser aplicado também ao âmbito cultural. Seria possível, segundo Panikkar, integrar uma cultura, a de origem, e integrar-se a outra(s) por meio do diálogo, o que pressupõe que nenhum dos lados do diálogo intercultural pode assumir uma cultura como hierarquicamente superior à outra a partir de critérios estabelecidos unilateralmente. Nesse ponto, surge a relevância dos equivalentes homeomórficos, dentre os quais podem ser citados os seguintes exemplos: os direitos humanos, na tradição ocidental; a “umma”, na tradição islâmica; e o “dharma”, na tradição hindu.

Para que seja possível uma compreensão intercultural como a proposta por Panikkar, é necessária a construção de bases comuns entre as culturas, ou seja, uma linguagem mutuamente compreensível. Nas palavras de Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 210), "os Direitos Humanos são uma janela através da qual uma cultura determinada concebe uma ordem humana justa para seus indivíduos, mas os que vivem naquela cultura não enxergam a janela; para isso, precisamos da ajuda de outra cultura, que, por sua vez, enxerga através de outra janela". Ora, a paisagem humana é vista, através de uma dada janela, de modo

simultaneamente semelhante e diferente em relação à visão que se tem a partir de outra janela. De tal maneira, os Direitos Humanos são universais da perspectiva da cultura ocidental moderna, ou seja, vistos de dentro, aparecem como um todo. Porém, vistos a partir das demais culturas, ou seja, de fora, parecem um mero fragmento do todo, não sendo, portanto, universais. O autor, então, pergunta-se: "se tomarmos a parte pelo todo a partir de dentro, seremos capazes de tomar o *totum in parte* a partir de fora?" (PANIKKAR in BALDI, 2004, p. 228). Em outras palavras: as culturas não-ocidentais podem ver nos Direitos Humanos uma linguagem universal, ou devem apenas encará-la como mais uma dentre diversas formas de ver as coisas? Panikkar considera desejáveis, pois, a maior ampliação possível dos pontos de vista e a percepção, por todos, de que existe, e deve existir, uma pluralidade de janelas, o que proporciona um pluralismo saudável. Também vinculado à perspectiva diatópico-hermenêutica, Boaventura Santos (2005, p. 8; 12) qualifica o debate entre universalismo e relativismo cultural como intrinsecamente falso, motivo pelo qual propõe a assunção de imperativos interculturais que permitam a neutralização dos riscos gerados por ambas as orientações unilaterais¹⁹:

¹⁹ Encontramos na obra de caráter psicanalista junguiano de Carlos Byington (2008, p. 261 e ss.), com sua formulação do Cristianismo como um mito de alteridade, bem como da ciência como um exercício de amor ao Outro e à verdade, um exemplo de leitura que consideramos pretender: representar os círculos mais amplos de reciprocidade das culturas cristã e científica; e, por conseguinte, ir mais longe no reconhecimento do outro e de seus correlatos direitos a ser igual quando a diferença o inferioriza e a ser diferente quando a igualdade o descaracteriza. Byington considera que Jesus Cristo, como herói do mito cristão, funciona como um arquétipo mediador de opostos, ou seja, um arquétipo de alteridade que se insere no "Self" cultural. O mito cristão, segundo o autor, pode ser compreendido como uma proposta de substituir um paradigma de dominância patriarcal, que impõe uma obediência incondicional por meio de um poder normativo agressivo, por um paradigma de compaixão, especialmente pelos menos favorecidos. O amor pelo Outro como a si próprio envolve, inclusive, virar a face ao inimigo, ou seja, elaborar uma relação de antagonismo até mesmo no interior de uma compreensão amorosa. A posição dialética de alteridade tem três características básicas. A primeira delas é uma proposta de direitos iguais de expressão entre o Ego e o Outro. A segunda característica é a mensagem de acolhimento aos oprimidos. A terceira é a pregação da salvação pelo reconhecimento e arrependimento diante do pecado, o qual afasta o homem em relação a Deus. Trata-se de um outro padrão de Consciência e de uma outra posição arquetípica na relação Ego-Outro e Outro-Outro. Nesse contexto, a mitologização da história de Jesus tem uma função amplificadora em relação à sua mensagem, visto atingir o aspecto emocional da fé. Em outros termos, é uma narrativa com potencial eficaz diferenciado em relação a um relato meramente factual. A posição dialética da alteridade estabelece um morrer para renascer, em uma simbologia interna ao processo de individuação e humanização. Na tese de Byington, a implantação desse arquétipo dialético da alteridade na história ocidental por meio do Mito Cristão originou várias das conquistas do humanismo moderno em matéria de ciência, política (notadamente a social-democracia) e arte. Contudo, segundo Byington, muitas vezes os cristãos fizeram e fazem coisas discrepantes em relação à essência do Mito Cristão, dada a dificuldade para que "Ego" entenda a dialética da alteridade e vivencie interativamente os correlatos valores humanistas. Não à toa, pois, segundo o autor, esse Mito foi patriarcalizado durante o seu processo de institucionalização, mormente devido a sua identificação com a Inquisição, a qual perseguia aqueles que o interpretavam no sentido revolucionário da alteridade em diversas dimensões do "Self" cultural. Por tal razão, a relação entre a compreensão dialética do Mito e as conquistas dele caudatárias foi obscurecida na autocompreensão do Ocidente, de maneira que "as grandes aquisições da dialética de alteridade frequentemente passam a ser expressas pelos padrões matriarcais e patriarcais e, às vezes, se fixam e se automatizam de forma intensamente defensiva" (BYINGTON, 2010, p. 266). É um equívoco, pois, igualar o Mito Cristão ao Cristianismo institucionalizado; muitas vezes, são radicalmente antagônicos. Byington entende que o Mito Cristão, em seu

Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorrecto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorrecto. Contra o universalismo, há que se propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. [...] [...] o multiculturalismo pode ser o novo rótulo de uma política reacionária. [...] Para prevenir esta perversão, dois imperativos interculturais devem ser aceites por todos os grupos empenhados na hermenêutica diatópica. O primeiro pode formular-se assim: *das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro.* [...] O segundo imperativo intercultural pode ser enunciado do seguinte modo: uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença, *as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais*

potencial prospectivo, precisava ser elaborado de inúmeras maneiras diferentes para se propagar adequadamente. A institucionalização deveria ter servido para auxiliar a elaboração criativa da mensagem transformadora de Cristo, mas a Igreja manteve a exclusividade da elaboração do Mito, negando aos fiéis durante muito tempo qualquer papel criativo quanto ao seu sentido. Isso é o que o autor chama de patriarcalização defensiva do Mito, cuja expressão legalmente codificada foi a Inquisição. Byington (2010, p. 272) enxergou especialmente nos monastérios e, posteriormente, nas universidades, o espaço de vivência dialética da elaboração dos significados da mensagem do Mito. Por meio do exame de consciência, esse espaço de elaboração, no segundo milênio, teve como objeto, inicialmente, o estudo científico da natureza, já que o comportamento social se submetia ao Direito Canônico. O exame dialético da subjetividade foi extrovertido para a objetividade e canalizado no método experimental. Por sua vez, a elaboração criativa encontrava expressão no Self Cultural nas pretensões de transformação da natureza por meio da alquimia. Nesse contexto, segundo o autor, a ciência moderna expressava uma nova relação com Deus dentro da dialética de Alteridade, o que seria perceptível pelo fato de que os pioneiros dessa empreitada não viam um antagonismo entre ciência e religião, sendo profundamente cristãos – dentre eles, Copérnico, Galileu, Newton, Descartes, Kepler e Leibniz. Ao contrário, percebiam que a dialética de alteridade entre a busca da salvação pela virtude e o pecado era compatível com a relação entre o erro e a busca pela verdade, central ao método científico. Byington (2010, p. 276) chega a falar em uma sintonia ideológica e emocional com o Mito nos autores mencionados, pois o amor à verdade e ao Outro como si mesmo eram, para eles, uma coisa só. De tal maneira, para tais pensadores, “o erro precisava ser identificado e corrigido dentro do método experimental para se conhecer a verdade, da mesma forma que o pecado na confissão, para ser resgatado e propiciar o Bem, a libertação e a salvação. A vivência do pecado, necessária para separá-lo da virtude na elaboração da confissão, é equivalente ao método experimental para se separar a verdade do erro. Ambos precisam do exercício da posição insular matriarcal que, junto com a posição polarizada do método cartesiano, permite a realização da dialética da alteridade”. (BYINGTON, 2010, p. 275). Tal percepção, na opinião do autor, mostra que o conflito ocidental entre ciência e religião foi circunstancial e político, podendo ser explicado pelo conflito entre o Arquétipo da Alteridade e o Arquétipo Patriarcal. Ora, não há, diz Byington, uma oposição estrutural entre ciência e religião, o que significa que aquela luta era entre a ciência e a religião patriarcalizada, em um contexto em que esta deformou a natureza de alteridade do Mito. Porém, uma posição polarizada patriarcal aparece em Descartes como uma condição da posição dialética da alteridade, quebrando a exclusividade patriarcal (e defensiva) da Igreja. Ora, no método cartesiano, todos podem pensar o que quiserem, mas essa imaginação não pode ser identificada com a realidade sem que seja cotejada com o Ego (subjetivo) de modo separado em relação ao Outro (objetivo). Tal seria o modo de se alcançar a verdade: separar o pensamento das coisas para bem-pensar por meio do método experimental, correspondente à elaboração subjetiva e objetiva. Primeiro, estabelece-se uma polarização entre Ego e Outro, para depois se realizar uma dialética entre ambos. Após prosperar perante a censura da Igreja, a ciência moderna, inspirada nessa concepção cartesiana, expulsou o subjetivo do espaço da universidade e do método científico. Assim, enquanto a subjetividade do Ser envolve as emoções, o inconsciente e a fé em relação ao Todo, o método científico, especialmente desde o século XIX, assumiu a tendência de rejeitar tais elementos em busca de verdades exclusivamente objetivas. Assim, a combinação entre materialismo e racionalismo privilegiou a sensação e o pensamento em comparação com o sentimento e a intuição. A ciência, de tal maneira, se afastou da imaginação, da fé, do senso de totalidade e do mandamento ético maior do Mito Cristão (amar ao próximo como a si mesmo). De todo modo, a dialética da Alteridade essencial ao Mito é intrínseca à ciência, pois “o respeito pelo objeto dentro da verdade na pesquisa científica é a expressão do amar ao próximo como a si mesmo, ainda que reduzida à dimensão objetiva” (BYINGTON, 2010, p. 280) – noção que permeia toda a formulação de verdade em que consiste o presente escrito científico.

quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.

O entrelaçamento do **eixo cultural** de nosso modelo hermenêutico com o respectivo **metaeixo paranoico** pode ser realizado mediante recurso à proposta transconstitucionalista de Marcelo Neves, autor que dedica parte dos seus estudos sobre os conflitos entre ordens jurídicas componentes do sistema jurídico global às situações de contato entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais. Dada a assunção da matriz de pensamento sistêmica e de certos pressupostos desconstrutivos pelo professor brasileiro, sua tese se aproxima de Teubner o suficiente para ser desconstrutivo-construtivamente explorada no cumprimento de nossa tarefa de realizar, à luz do metaeixo paranóico de nosso modelo descritivo-enquanto-normativo, uma caracterização sistêmico-analítica: dos limites e possibilidades compreensivos a que estão submetidos os contatos interculturais; e dos limites e possibilidades de resolução dos conflitos (políticos) de interesses envolvidos entre ordens jurídicas estatais e locais extraestatais no cenário do discurso dos direitos humanos em uma sociedade policontextual, conforme veremos, dada a especificidade da temática, em tópico próprio.

2.2.5 O transconstitucionalismo de Marcelo Neves e as irritações recíprocas entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais

Nossa caracterização dos conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais assume como premissa a afirmação de Marcelo Neves (2009, p. 115) segundo a qual as ordens diferenciadas no interior do sistema jurídico não estão isoladas entre si, pois

não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia. [...]. Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado [...], sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica. [...]. [...] conversação (que constitui, a rigor, comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas) [...]. [...] toda ‘conversação’ [...] carrega em si o potencial de disputa. O problema é como solucionar essas disputas sem a imposição *top down* na relação entre ordens. [...]. (NEVES, 2009, p. 117-8).

Neves (2009, XXII), para enfrentar o problema acima descrito, remete ao conceito de “razão transversal” de Welsch, com o propósito de propor a ideia de racionalidades transversais parciais, ou seja, pontes entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais,

bem como entre “ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial”. Nesse contexto, a racionalidade transversal seria uma exigência funcional dotada de pretensão normativa em uma sociedade policontextual e consistiria em um “aprendizado recíproco entre experiências com racionalidades diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, compreensível para o receptor (interferência estável e concentrada no plano das estruturas” (NEVES, 2009, p. 49-50).

A razão transversal não é um hiperintelecto nem atua por decretos, mas, sim, perpetua transições. Não há, pois, uma outorga de jogos de linguagem particulares sobre outros, mas, sim, um metadiscurso supraordenador garantidor dos entrelaçamentos entre jogos de linguagem heterogêneos. Trata-se, pois, de uma narrativa desprovida de um caráter particular, sem qualquer conteúdo e que se expressa tanto descritiva quanto normativamente. No aspecto descritivo, trata-se da enunciação da existência de formas de vida, sistemas de orientação e discursos dotados de diferenças fundamentais. Já no prescritivo, determina que não se deve realizar uma avaliação, desprezar ou buscar uma união forçada das diferentes concepções. Especificamente quanto à última possibilidade, deve-se considerar a impossibilidade de que qualquer supermodelo não seja parcial, ou seja, correspondente a uma narrativa particular. Normativamente, a razão transversal é conduzida por uma “justiça sem consenso” diante da heterogeneidade, ou, em outros termos, por um consenso (metalinguístico) quanto à legitimidade do dissenso e à impossibilidade de acordos conteudísticos (NEVES, 2009, p. 39-40). Nesse contexto, vislumbrando uma relação entre a policontextualidade da teoria dos sistemas, a desconstrução derridariana e a razão transversal de Welsch, Neves (2009, p. 40-1) afirma que

a justiça teria o papel de atuar corretivamente nas formas particulares da racionalidade e também de intervir na relação entre estas, impedindo exclusões, “majorações” e “totalizações”, assim como possibilitando o intercâmbio e o caráter racionais dos conflitos entre elas. Em última instância, ela serviria para manter a “pluralidade do todo”, ou seja, a diferença dos diversos níveis de um mundo discursivo completamente heterogêneo. Nesse particular, o modelo de justiça proposto por Welsch aproxima-se das concepções de justiça de dois autores com pressupostos teóricos bem diversos entre si. Por um lado, a compreensão de justiça nos termos da “desconstrução” como fórmula teórica de Derrida, autor com influência sobre Welsch. Segundo essa concepção, a justiça, ao contrário do direito, não seria “desconstruível”, pois consistiria na própria “desconstrução”. Assim como na ideia de justiça em termos de metanarrativa, a justiça enquanto desconstrução teria um lugar privilegiado. Por outro lado, a ideia de esferas de justiça proposta por Michael Walzer teria certa semelhança com a formulação de Welsch. Isso se manifesta na noção de igualdade complexa por Walzer: “O que a norma da igualdade exige é uma sociedade em que aqueles homens que têm mais dinheiro, mais poder ou mais saber técnico (e esses homens vão sempre existir) sejam impedidos de, apenas por isso, se porem na posse de qualquer outro bem social”.

Mas a concepção de Welsch é mais abrangente e pretensiosa, pois põe a justiça a serviço da razão transversal enunciada em uma metanarrativa compreensiva do todo.

Neves (2009, p. 43), apesar da inspiração em Welsch, considera que o conceito abrangente de razão transversal é incompatível com uma sociedade policontextural, visto se tornar desprovido de sentido para os domínios diferenciados de comunicação – cada qual com suas próprias autonomias e autodescrições da sociedade – diante das relações recíprocas entre estes. Dado que “todo âmbito de comunicações ao pôr-se em conexão com um outro, pode desenvolver seus próprios mecanismo estáveis de aprendizado e influência mútuos”, é mais adequada a concepção de racionalidades transversais parciais estruturalmente vinculadas. Nesse sentido, Neves (2009, p. 43-4) nota que Luhmann também considera inviável que se fale em um “supercódigo” de “integração moral da sociedade” diante da “autoobservação policontextural da sociedade”, o que confere à moral o caráter de mais um sistema social, ainda que dotado da peculiaridade de atuar difusamente nos sistemas e em suas respectivas racionalidades parciais com um código binário (consideração/desprezo) que denuncia as ameaças às suas respectivas autonomias. Em outras palavras, o problema moral da sociedade policontextural é a submissão do código de um sistema ao do outro, o que redundaria em corrupção sistêmica, que pode ser meramente operativa, eventual, mas também pode alcançar um nível estrutural, de modo a inviabilizar a estabilização de expectativas. Pode-se, pois, falar em uma “moral fragmentária do dissenso” como “condição de possibilidade de autonomia e racionalidade dos sistemas e discursos particulares” (NEVES, 2009, p. 48).

Assumida a premissa de que o “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos” combina um modelo de hierarquia dentro de cada ordem jurídica com um modelo heterárquico na relação entre elas, a ideia de racionalidades transversais parciais, ao ser transposta para o âmbito jurídico, abre possibilidades para o enfrentamento adequado da seguinte constatação: embora as diversas ordens jurídicas pertençam ao mesmo sistema funcional e, por conseguinte, compartilhem a diferença lícito/ilícito, o fato de este código ser vazio permite que tal “unidade de uma diferença” resulte na pretensão, por cada uma dessas ordens, de uma reafirmação de suas respectivas identidades mediante o manejo desse código binário. Por outro lado, o mesmo vazio desse código binário torna possível a combinação entre “o fechamento normativo na determinação das normas conforme critérios imanentes à própria ordem” e “a abertura *normativa* no aprendizado recíproco que pode ocorrer em face da solução de casos jurídicos nos quais duas (ou mais) ordens estejam envolvidas” (NEVES, 2009, p. 120). Ora, há um nexos circular entre as ordens jurídicas integrantes do sistema jurídico mundial, o que implica a existência de um espaço para que ordens jurídicas

envolvidas em um caso específico, no plano de sua própria autofundamentação, realizem reconstruções contínuas de suas respectivas identidades mediante um entrelaçamento transconstitucional recíproco: a identidade é reconstruída a partir da alteridade (NEVES, 2009, p. 237). Vejamos, a tal respeito, como Neves (2009, p. 120) descreveu esse fenômeno:

[...] as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. [...]. Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora. Há reconstrução de sentido, que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos de sentido do ‘outro’ são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do ‘outro’ (NEVES, 2009, p. 120).

Se a identidade das ordens jurídicas é reconstruída quando estas consideram a observação do outro, devemos notar que tal reconhecimento da alteridade é necessário pelo fato de que todo observador tem um “ponto cego”, ou seja, “aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação” (NEVES, 2009, p. 297-8). Esse reconhecimento dos limites de observação de uma dada ordem jurídica, traduzido na ideia luhmanniana de que o que *ego* pode ver, *alter* não pode, e vice-versa, Panikkar diz em linguagem diatópica ao utilizar a mencionada alegoria das janelas.

O método do transconstitucionalismo, portanto, não se reduz a um modelo de identidade de uma dada ordem jurídica, mas, sim, tem como ponto de partida a “dupla contingência”, ou seja, a observação recíproca entre *ego e alter*, que podem remeter a pessoas, mas também podem remeter a sistemas. Exemplificativamente, podemos falar de uma dupla contingência entre ordens jurídicas, tendo em vista que “*ego e alter* podem ser não só o direito como sistema funcional abrangente, mas também suas organizações e ordens jurídicas (essas, a rigor, sistemas parciais na diferenciação interna do sistema jurídico, conforme o sistema ou problema social ao qual a ordem está relacionada)” (NEVES, 2009, p. 269). Falar em dupla contingência significa entender que *ego e alter* consideram ser possível que um aja de maneira diversa daquilo que o outro projetou. A tal respeito, Neves (2009, p. 271-2) consigna que:

Embora não possa persistir uma “pura dupla contingência” – pois há os condicionamentos da interação e a “absorção da insegurança” mediante a “estabilização de expectativas” –, a “tentativa de prever precisamente o outro fracassaria inevitavelmente”. Isso importa a suposição mútua de “graus de liberdade” (a ação de *alter* pode ser bem diversa da projetada no vivenciar de *ego* e vice-versa), que converte o comportamento em ação. “O comportamento torna-se ação no espaço de liberdade de outras possibilidades de determinação”. E a própria dupla contingência como “autocatalisadora” dos sistemas sociais supõe a liberdade recíproca na forma de uma “incerteza que se condiciona a si mesma” em um círculo autorreferencial: “Eu não me deixo determinar por ti, se tu não te deixas determinar

por mim”. Disso decorre que a dupla contingência envolve uma combinação de não identidade e identidade. “*Ego* vivencia *alter* como *alter ego*. Ao mesmo tempo que tem a experiência com a *não identidade das perspectivas*, *ego* vivencia a *identidade dessa experiência* de ambos os lados”. A dupla contingência carrega em si a questão do reconhecimento. [...] o reconhecimento entre ordens jurídicas [...] como um problema de dupla contingência. O problema (da negação) do reconhecimento põe-se precisamente quando um dos polos, na relação de observação recíproca entre *ego* e *alter*, não se dispõe a suportar a “liberdade” do outro, tanto porque não considera o seu comportamento como ação (pois não poderia ser diverso do comportamento projetado por *ego*) quanto porque não leva a sério a não identidade de sua perspectiva. Quando o “também-ser-possível-de-outra-maneira” do comportamento de *alter* não faz parte do vivenciar de *ego*, a perspectiva daquele é desprezada. Por fim, se consideramos que “uma das mais importantes consequência da dupla contingência é o surgimento da *confiança* ou *desconfiança*”, podemos afirmar que, na negação do reconhecimento do outro, a *desconfiança* expande-se de tal maneira que impede a construção de interações fundadas na dupla contingência.

Neves (2009, p. 62), tendo em vista a noção de jogos de linguagem, descreve a constituição de uma racionalidade transversal específica como, simultaneamente, uma síntese e uma comutação de sentido. A “re-entry” implica um “espaço imaginário” comum, o que torna possível uma comutação de discurso. Diante de um caso problemático para mais de uma ordem jurídica, os critérios de validade normativa de cada uma delas não são negados, mas, sim, os respectivos conteúdos normativos são construtivamente transformados no processo de concretização, tendo em vista a capacidade de aprendizado recíproco.

Na construção da norma jurídica e da norma de decisão, cada uma das ordens envolvidas pode considerar como dimensão do seu âmbito normativo elementos do âmbito material relevante originariamente para outra ordem, como também incorporar como dimensão do seu programa normativo partes do programa normativo de outras ordens. Ou seja, partindo simultaneamente dos textos normativos e dos casos comuns, podem ser construídas normas diversas tendo em vista os processos de concretização que se desenvolverão na ordem colidente ou parceira. O processamento dos casos vai exigir uma postura indutiva de construções e reconstruções de estruturas de acoplamento no plano das novas operações do sistema. A dinâmica relacional entre estrutura (critérios normativos) e operações (atos jurídicos) para aprendizados recíprocos é intensamente circular [...]. A cada novo caso inesperado, as estruturas reflexivas das respectivas ordens precisam rearticular-se consistentemente para possibilitar uma solução complexamente adequada à sociedade, sem atuar bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas antes contribuindo para estimulá-la a estar disposta [...] em futuros “encontros” para enfrentamento de casos comuns. (NEVES, 2009, p. 124).

Neves reconhece que o panorama acima é prescritivo, dada a existência concreta de conflitos entre ordens jurídicas que se configuram aparentemente como irresolúveis. Ora, não é possível eliminar totalmente as pretensões “imperiais” das ordens jurídicas, sejam de quais tipos forem, sobre as demais. Neves (2009, p. 283) denuncia: de um lado, que instâncias estatais frequentemente se recusam a colaborar e suportar formas de direito locais não-oficiais, o que redundava em opressão das respectivas pretensões jurídicas em nome de uma “unidade estatal”; e, de outro, a existência de comunidades locais separatistas que, postulando

autonomia jurídica, não se abrem para a heterogeneidade do povo e a pluralidade da esfera pública em um Estado Constitucional. Tais são situações de entrelaçamentos negativos, em que não há espaço para um aprendizado recíproco, mas apenas para conflitos de intolerância. Há, portanto, nas ordens jurídicas uma tendência de fechamento ao aprendizado recíproco, o que resulta, “no contexto de um sistema jurídico construído heterarquicamente mediante a relação entre uma pluralidade de ordens normativas, em uma irracionalidade heterobloqueadora, mas que tem igualmente implicações autobloqueadoras para a solução de casos” (NEVES, 2009, p. 126). Esses casos consistem em uma negação de alteridade pela via do autismo, ou seja, pela perda da capacidade de aprendizagem de uma ordem jurídica em relação às demais. A ordem jurídica “autista”, ao ignorar o Outro, mergulha em um excesso de redundância ao absolutizar a consistência interna e desprezar a necessidade de variação para fins de adequação ao ambiente, o que consiste em irracionalidade, entendida esta como a “capacidade de reprodução internamente consistente e externamente adequada de um sistema ou jogo de linguagem qualquer” (NEVES, 2009, p. 46).

Marcelo Neves (2009, p. 220) apresenta alguns exemplos de conflitos entre ordens jurídicas estatais e “ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais” não apresentam a reflexividade típica do constitucionalismo de Estado. Senão, vejamos.

O primeiro exemplo suscitado por Neves consiste na utilização, por tribunais peruanos, do conceito de “erro de compreensão culturalmente condicionado”, previsto no art. 15 do Código Penal (“Quem, por sua cultura ou costume, comete um fato punível, sem poder compreender o caráter delituoso do seu ato ou determinar-se de acordo com essa compreensão, será eximido de responsabilidade. Quando, por igual razão, dita possibilidade se encontra diminuída, a pena será atenuada”) daquele país, combinado com o art. 2o, XIX, da respectiva Constituição (o qual estabelece o direito de toda pessoa à identidade étnica e cultural), para resolver conflitos entre a autonomia cultural dos indígenas e a proteção da liberdade sexual da criança quanto à prática de sexo com menores de quatorze anos, habitual e permitida em diversas comunidades indígenas latino-americanas (NEVES, 2009, p. 219-20).

Um segundo tipo de situação mencionado pelo autor é o de comunidades indígenas habitantes do território brasileiro, como os Suruahá, que viveram isolados voluntariamente até o final da década de 70. O direito consuetudinário desses índios obriga a prática de homicídio de recém-nascidos deficientes. De maneira semelhante, o direito consuetudinário dos índios Yawanawá determina o homicídio de um dos gêmeos logo após o nascimento. Práticas semelhantes também são comuns, por exemplo, entre os Yanomami.

A repercussão dos costumes descritos no parágrafo anterior resultou até mesmo em um Projeto de Lei Federal (PL 1.057), de autoria do deputado federal Henrique Afonso, o qual “dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais”. O projeto qualifica como criminosas condutas como: deixar de comunicar, após contato com as comunidades indígenas, a ocorrência de fatos dessa estirpe às autoridades competentes; deixar, na condição de autoridade, de tomar as providências cabíveis; e praticar homicídio de recém-nascido por razões de “falta de um dos genitores”, “gestação múltipla”, deficiência, “preferência de gênero”, “breve espaço de tempo entre a gestação anterior e o nascimento em questão”, excedência do “número de filhos apropriado para o grupo” e “sinal ou marca de nascença”. O texto do projeto também pretende estabelecer expressamente como crime outras hipóteses, como as de abuso sexual e maus-tratos de crianças e seus genitores por fundamentos culturais e tradicionais. O projeto, segundo Neves, suscitou uma oportunidade de transconstitucionalismo “unilateral” de tolerância e aprendizado, de maneira que a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados convocou uma audiência pública para tratar da questão. Os fundamentos do projeto, que não foi aprovado, segundo Neves, foram “a absolutização do direito fundamental à vida, nos termos da moral cristã ocidental” e “o direito fundamental da mãe à maternidade”, o que gerou críticas de que a proposta teria desconsiderado a autonomia cultural das comunidades e buscaria institucionalizar um genocídio cultural – algo, aliás, que, no plano internacional, poderia encontrar referência em uma interpretação literal do artigo 8º, n.2, da Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, segundo a qual “esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

Na supracitada audiência pública, a antropóloga Rita Laura Segato defendeu um diálogo entre ordens normativas similar ao transconstitucionalismo e concluiu contrariamente ao projeto de lei, tendo em vista a aposta em uma autotransformação do costume. A apresentação de dados empíricos sobre a alta taxa de suicídios entre os Suruahá foi utilizada pela pesquisadora para caracterizar a compreensão de vida desses índios como bastante diferente da cristã ocidental. Para os Suruahá, viver só faz sentido quando não gera um grande sofrimento para o indivíduo e a comunidade. Ao abordar, por sua vez, os Yanomami, a antropóloga explicou que tais índios reconhecem à mulher um direito absoluto sobre a vida de seus filhos recém-nascidos, os quais nem mesmo são considerados vidas humanas quando não

são tocados e/ou erguidos pela mãe, atos que simbolizam o acolhimento cultural e social da criança (NEVES, 2009, p. 223-6). No fundo, esse tipo de conflito, segundo a antropóloga, envolve uma oposição entre o direito à vida do sujeito coletivo e o direito à vida do sujeito individual – ou, nas palavras de Neves, entre uma pretensão de autonomia coletiva e uma pretensão de direito individual. Segundo Neves (2009, p. 226), “submeter aquele, considerado expressão de uma forma ética de vida, a este, considerado expressão de uma moral universal que se apresenta como base dos direitos humanos”, é uma postura que ofende o modelo transconstitucionalista, o qual exige uma postura de autocontenção dos direitos fundamentais perante ordens jurídicas extraestatais e, por conseguinte, não se compatibiliza com a simples imposição unilateral e heterônoma de “direitos humanos” a membros de uma dada respectiva comunidade, visto que uma violência desse tipo seria, paradoxalmente, contrária ao próprio conceito de “direitos humanos”. O professor brasileiro, subscrevendo sugestão de Segato, considera que esse tipo de problema encontraria uma solução adequada mediante o cumprimento, pelo Estado, da tarefa de supervisionar, mediar ou interceder para garantir a correção procedimental de uma livre deliberação dos membros da ordem jurídica local extraestatal em uma “jurisdição étnica” ou “foro étnico”. Nesse contexto, desde que não houvesse abuso por parte dos membros mais poderosos da ordem jurídica local extraestatal, nem uma correlata manipulação das decisões comunitárias – o que retiraria a legitimidade dessa ordem normativa e extinguiria a respectiva autonomia ética –, seria proporcionado aos indígenas um espaço para a resolução de seus conflitos em um caminho próprio, o que não implicaria, por parte do Estado, “simplesmente tolerância do mais poderoso, tampouco intolerância perante o intolerante”, mas, sim, a “capacidade de admitir a autonomia do outro, isto é, da esfera de comunicação, do jogo de linguagem ou da forma de vida diferente do nativo, não submetida aos modelos do constitucionalismo estatal (NEVES, 2009, p. 228). Essa solução, aliás, é compatível com a premissa de Neves (2009, p. 39-40) de que, normativamente, a razão transversal é conduzida por uma “justiça sem consenso” diante da heterogeneidade, ou, em outros termos, por um consenso (metalinguístico) quanto à legitimidade do dissenso e à impossibilidade de acordos conteudísticos.

Contudo, note-se que há situações em que certos interesses individuais e/ou estatais abstratamente reconhecidos pela ordem jurídica estatal impedem que o conflito entre esta e uma ordem jurídica local extraestatal seja resumido a questões de pretensão de autonomia coletiva. Nessas hipóteses, independentemente da escolha por privilegiar a mencionada dimensão particular, não é possível que a postura de autocontenção sugerida por Neves seja concretizada meramente mediante a criação ou reconhecimento de uma instituição judiciária

“étnica”. Exemplificativamente, podemos citar dois outros casos apresentado por Neves, referentes à repercussão das especificidades culturais das comunidades indígenas paraguaias Yakye Axa (Caso 12. 313) e Sawhoyamaxa (Petição 0322/2001), mormente tendo em vista as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao direito de propriedade sobre territórios situados naquele país. Nesses casos – os quais, por envolverem um entrelaçamento entre a ordem jurídica estatal paraguaia, uma ordem jurídica local extraestatal indígena e a ordem jurídica internacional, são qualificados por Neves (2014, p. 206) como situações de “transconstitucionalismo pluridimensional” –, a referida corte não assumiu o conceito técnico-jurídico de propriedade privada previsto na Constituição Paraguaia, mas, sim, “a noção cultural de ‘propriedade ancestral’ das comunidades indígenas sobre os respectivos territórios, “sedimentada historicamente em suas tradições”, o que resultou na prevalência normativa da ordem jurídica local extraestatal e, por conseguinte, na determinação de que o Estado paraguaio providenciasse a devolução dos territórios – titularizados, até então, pelo próprio Estado ou por particulares – aos indígenas (NEVES, 2009, p. 264-5).

Independentemente da dificuldade de aplicação da proposta do “foro étnico” a casos como os descritos no parágrafo anterior, devemos considerar que o sucesso da ideia defendida por Neves e Segato dependeria de uma revolução no desenho institucional da ordem constitucional brasileira no que concerne à resolução de controvérsias, de maneira a se afastar do plano jurídico-hermenêutico e adentrar prescritivamente o plano das instituições judiciárias (“polity” em sentido lato). Ora, a implementação de tal projeto de longo prazo estaria condicionada a uma eventual inovação constitucional e à difícil atribuição de eficácia técnica a uma disposição desse tipo, o que impediria essa proposta de servir de base ao nosso desiderato de apresentação de um modelo hermenêutico descritivo-enquanto-normativo de abordagem integrada das três aporias eleitas como objetos centrais deste trabalho. O problema hermenêutico que nos dispomos a enfrentar neste escrito é premente, dado que diversas situações concretas de paranóia mútua entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais precisarão ser solucionadas pelos tribunais estatais brasileiros (ou de outros países desprovidos de “foro étnico”) até que sejam criadas ou reconhecidas (e se forem criadas ou reconhecidas) pelo Estado brasileiro instituições de “jurisdição étnica”. Ora, o próprio Neves (2009, p. 274), mencionando Teubner, considera que, no contexto de uma necessária desparadoxização contínua da interpretação jurídica, a tarefa do transconstitucionalismo é “reconhecer os limites da própria interpretação, considerando as perspectivas das outras ordens envolvidas, para, dessa maneira, reduzir o momento de violência intrínseco a toda decisão”. Esse resquício de violência é mais uma vez reconhecido

pelo autor brasileiro quando ele afirma que não pode existir um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social, tendo em vista o paradoxo funcional do Direito segundo o qual tais “grandezas” são inversamente proporcionais. Tal paradoxo ecoa o modelo de justiça por-*vir* derridariano e é constitutivo do próprio Direito como sistema diferenciado, pois, sem ele, o Direito perderia seu caráter autopoietico ou seria envolvido por um estado de plena justiça. Nesse contexto, o consenso metalinguístico quanto à legitimidade do dissenso e à impossibilidade de realização de acordos contenciosos descrito por Neves não pode, pois, implicar uma inércia quanto à formulação de propostas hermenêuticas que fundamentem a tomada de decisões que, a despeito de violentas e inexoravelmente injustas, se pretendam, à la Derrida, injustiças melhores do que outras.

Diante do exposto, apesar de uma avaliação qualitativa da proposta do “foro étnico” ultrapassar os limites deste trabalho, arriscamo-nos a afirmar que fundamentar em uma perspectiva taxativa sobre um consenso metalinguístico a respeito do dissenso a escolha da inovação institucional de criação e/ou reconhecimento de um “foro étnico” como caminho de concretização de uma postura de autocontenção equivale – especialmente ao induzir um deslocamento do debate do plano jurídico-hermenêutico para o político-institucional – a hipertrofiar subrepticamente a face particularista da aporia universalismo/multiculturalismo. Por tal razão, optamos por ler o transconstitucionalismo “unilateral” de tolerância e aprendizado como uma combinação entre: a aposta de Segato em uma autotransformação do costume; e uma transposição do padrão de racionalidade transversal postulado por Neves no contexto entre ordens jurídicas compatíveis com a diferenciação funcional do direito ao âmbito dos conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais. Essa leitura, aliás, desconstrutivo-constructivamente, é compatível com ideias presentes no próprio texto de Neves (2009, p. 292), para quem o transconstitucionalismo, como esforço pela fortificação da dimensão normativa de uma sociedade mundial orientada primariamente por expectativas cognitivas, deve, paradoxalmente, fomentar o aprendizado e o intercâmbio mesmo com as ordens jurídicas que estão à margem do próprio transconstitucionalismo. Em outras palavras, o “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e de aprendizado deve ser capaz de encontrar na ordem jurídica local extraestatal elementos que possam servir como um primeiro passo para um diálogo que resulte em autotransformação (NEVES, 2009, p. 132). Poderíamos dizer que tal “unilateralidade”, independentemente de eventual descrença no potencial diatópico das ordens que “não têm princípios e regras secundárias de organização”, se impõe, em um cenário policontextual (o qual não comporta uma racionalidade societal ou uma concepção socialmente abrangente de justiça), à luz da proposta de Teubner (2011, p. 20)

de buscar uma perspectiva de justiça compatível com Luhmann e Derrida: sistemicamente, pela exigência de responsividade à qual o direito funcionalmente diferenciado está, para fins de sua própria preservação como sistema autopoietico, submetido; e desconstrutivamente, pela existência de uma obrigação assimétrica de abertura de “Ego” a “Alter” (inclusive, segundo Teubner, ao “Outro não-racional”)²⁰. Nesse contexto, o transconstitucionalismo envolveria uma compreensão de direitos humanos orientada para uma universalização da ideia de inclusão jurídica, independentemente da pertença a uma comunidade, de modo que caberia à ordem constitucional estatal, no contato com uma ordem jurídica local extraestatal, tomar, independentemente de reciprocidade, a iniciativa diatópica (transconstitucional) de buscar relações de equivalência homeomórfica que: contribuíssem para uma percepção da limitação imposta pelas janelas que estabelecem as fronteiras entre as culturas; e fossem contínua e entrelaçadamente modificadas pelas iterações catalisadas por eventual desenvolvimento, no contexto do contato entre as ordens jurídicas (e entre as culturas correlatas), de um espaço comum interseccional, o qual, assim, poderia contribuir, como quer Segato, para uma autotransformação do costume das ordens jurídicas locais extraestatais.

Por outro lado, embora o sistema jurídico precise ter a sua redundância continuamente desafiada, ele não pode, em nome dessa postura diatópica/transconstitucionalista unilateral de tolerância, permitir que seu fechamento operacional seja destruído pela radicalidade das demandas multiculturais por uma abertura ao Outro, as quais normalmente são formuladas com base em uma retórica expansiva do sentido atribuído ao significante vazio “direitos humanos”. Tal retórica expansiva, nesses casos, é baseada em raciocínio semelhante àquele desenvolvido por Neves e citado anteriormente, segundo o qual, em um paradoxo meramente aparente, uma perspectiva universalista de “direitos humanos” pode acarretar: uma violação a “direitos humanos” de autonomia coletiva; uma hipertrofia do “elemento de identidade” ao qual, conforme descrito por Douzinas, as lutas políticas pelo reconhecimento de interesses na forma de direitos humanos apelam em detrimento do “elemento de diferença” a que tais reivindicações simultaneamente remetem; e uma ofensa ao próprio conceito de “direitos humanos” – aqui, podemos, aliás, notar um violento “vôo de sentido” sobre tal significante e uma aparente tentativa de fundamentação desse impulso com base em uma linguagem

²⁰ “[...] a justiça não pode mais ser fundamentada por referência a uma base racional una, à reciprocidade e à universalização. Na pluralidade dos jogos de linguagem de Wittgenstein, as estruturas idiossincráticas das regras de cada jogo de linguagem não se deixam justificar nem por princípios racionais, nem por valores abstratos, mas tão somente derivam da *praxis* das formas de vida reais. De acordo com Adorno, entre uma justiça universal, no sentido kantiano, e a sociedade moderna, reina uma contradição estrutural; sua incomensurabilidade, com a diferenciação vertical e horizontal da sociedade, transforma o impulso moral da justiça em seu oposto.” (TEUBNER, 2010, p. 20).

“logocêntrica”, segundo a qual existiria propriamente um conceito (fixo?) de “direitos humanos”, o que, paradoxalmente, equivale a hipertrofiar o elemento de diferença mediante uma argumentação baseada em uma noção de identidade semântica. Excesso de heterorreferência semelhante ao gerado pela mencionada retórica expansiva pode ser encontrado, segundo Teubner, nas estratégias de politização do direito formal por meio de uma funcionalização social de suas proposições – proposta, exemplificativamente, por Jhering, Heck e o Kantorowicz do manifesto, autores que pretenderam aumentar a responsividade do direito à política às custas da consistência do sistema jurídico e, no caso dos dois primeiros, também às expensas de sua responsividade aos demais sistemas sociais – ou de sua cientificização social – substituição do uso de argumentos jurídicos artificiais pelo recurso a conhecimentos teóricos, experiências empíricas e recomendações políticas das ciências sociais, o que foi proposto, exemplificativamente, pelo Kantorowicz do manifesto, para quem a funcionalização social das decisões deveria ser menos orientado por expedientes hermenêuticos violentos (como ficções e analogias) e mais por estudos sobre outras áreas, como a economia nacional, a psicologia, a filosofia, a criminologia e a sociologia (FLAVIUS, 2011, p. 2016). É bastante comum, aliás, encontrarmos um híbrido entre as duas estratégias, visto que uma proposta de cientificização social do direito formal inexoravelmente assume, implícita ou explicitamente, dada a violência intrínseco a qualquer pretensão logocêntrica, um resquício político-ideológico, o que é ilustrado pelo supracitado posicionamento da antropóloga na audiência pública sobre o caso dos Suruahá, que, subrepticamente, privilegia a dimensão particularista em relação à universalista mediante um deslocamento do debate para o plano do desenho político-institucional.

A combinação das estratégias de politização formal e cientificização social do direito, ao ser transposta para o plano hermenêutico, dificulta, dada a pretensão de substituir os argumentos jurídicos “artificiais” por “conhecimento” interdisciplinares, o cumprimento do papel de “controle de concordância” (Esser) cumprido pelos conceitos cunhados pela Dogmática Jurídica, problema que vem acompanhado por um escamoteamento do resquício de violência intrínseco a qualquer determinação do sentido de disposições normativas e do próprio sentido dos elementos conceituais a elas entrelaçados. Essa questão foi tangenciada pelo próprio Neves (2009, p. 49), para quem a “politização da justiça” é um exemplo de situação em que um acoplamento estrutural (vínculo estável de aprendizado e influência recíproca entre sistemas autônomos), devido à tendência de corrupção de um dos sistemas acoplados pelo outro (alopioiese), não implica a configuração de uma racionalidade transversal entre ambos. É justamente, segundo Teubner, por meio preservação dos compelimentos

jurídico-sistêmicos, clivagens contra esse tipo de estratégia, que se pode evitar a hipertrofia da face de heterodeterminação do sistema jurídico em relação a sua face de autodeterminação – preocupação que ecoa as ressalvas de Gény, para quem, a despeito de eventuais excessos metafísicos em sua proposta de livre investigação científica, uma abordagem jurídica interdisciplinar: não poderia subordinar o direito a um sociologismo ou qualquer outro saber social; e precisaria assumir o ônus de submeter os dados aos mandamentos de conversão técnica em construído, o que, em linguagem sistêmica, equivale à exigência de “re-entry”.

É diante de um cenário tal, bem como da provocação de Neves (2009, p. 132; 269) quanto à necessidade de que a abordagem jurídico-científica das relações entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas locais extraestatais no que se refere ao discurso dos direitos humanos substitua o provincianismo constitucional estatal por uma postura de (e aqui assumimos a expressão no sentido de Gény) abertura interdisciplinar; que encontramos o desafio desconstrutivo-constutivo de descrever prescritivamente a transcendência entrelaçada dos aspectos compreensivos (do realismo estadunidense a Esser), analíticos (do realismo escandinavo a Peczenik), culturais (de Reale à hermenêutica diatópica) e políticos (da Jurisprudência Pragmática e da Jurisprudência dos Interesses a Douzinas) envolvidos nas indecidibilidades vinculação/discricionariedade, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo em uma sociedade policontextual, mormente (mas não apenas) no que concerne ao desenvolvimento do discurso dos direitos humanos no cenário dos conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais. Durante o cumprimento dessa tarefa, testaremos a aplicabilidade do modelo hermenêutico ora proposta mediante a realização de um **estudo de caso** referente ao conflito entre o Município de Porto Alegre e a Comunidade Indígena Kaingang pelo território do Morro do Osso, o qual ensejou um contato “transconstitucional” entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem jurídica local extraestatal Kaingang²¹. Esperamos, ainda, que os resultados obtidos por este trabalho sejam idôneos a responder as seguintes **questões orientadoras**:

²¹ Anunciamos desde agora que a despeito de a situação configurar potencialmente um caso típico de “transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos na América Latina” (NEVES, 2009, p. 206), restringiremos nosso estudo de caso à relação entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem jurídica local extraestatal Kaingang. Tal opção, congruente com o recorte do objeto eleito por este trabalho, se justifica por três razões. A primeira é a concordância com Neves (2014, p. 226) quanto ao entendimento de que a integração sistêmica da sociedade mundial e a correlata desterritorialização de controvérsias jurídicas não pode ensejar a busca por um novo patamar inviolável, seja este um “localismo como expressão de uma eticidade definitivamente inviolável”, seja: um “internacionalismo como ultima ratio, conforme uma nova hierarquização absoluta”; “um supranacionalismo como panaceia jurídica”; ou um “transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado”. A segunda razão diz respeito à nossa opção por analisar uma decisão judicial prolatada por tribunal brasileiro, e não de outro país ou internacional (como as decisões da Corte Interamericana

Questão 1) É possível ao sistema jurídico alcançar uma autotranscendência submetida aos compêndios à decisão, à fundamentação e à normatização? De que modo?

Questão 2) É possível formular uma descrição analítica do processo de obtenção da hipótese (contexto de descoberta) utilizada, implícita ou explicitamente, como “ratio decidendi” na fundamentação de uma decisão judicial (contexto de justificação)?

Questão 3) Quais os limites e possibilidades compreensivas a que, à luz da indecidibilidade vinculação/discrecionalidade, e diante das irritações ao direito dotadas de uma pretensão de transcendência radical, a “re-entry”, em seu simultâneo compromisso com a abertura cognitiva e o fechamento operacional do sistema jurídico, está submetida?

Questão 4) O que a razão, com as suas limitações, ainda pode nos oferecer analiticamente no que se refere à avaliação da qualidade argumentativa das decisões judiciais?

Questão 5) Qual o papel da noção de direitos humanos no contexto da “re-entry”, no sistema jurídico, de demandas políticas por uma justiça radicalmente transcendente?

Questão 6) Como pode ser descrita a estrutura da paranóia mútua entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas locais extraestatais?

Questão 7) Como poderia ser deflagrada uma relação diatópica entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local extraestatal?

Questão 8) À luz das indecidibilidades vinculação/discrecionalidade, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo, qual o papel das peculiaridades culturais no que concerne à concretização de uma justiça especificamente jurídica no contexto do conflito entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local extraestatal?

Explicitados os contornos da matriz metodológica assumida por este trabalho, bem como da justificativa para a sua realização, desloquemo-nos do nível de linguagem “Lx” para o âmbito dos capítulos de desenvolvimento propriamente dito do presente escrito.

de Direitos Humanos sobre os conflitos entre o Estado paraguaio e as comunidades indígenas Yakye Axa e Sawhoyamaya), dado que a nossa familiaridade com o jogo de linguagem da comunidade jurídica brasileira tende a proporcionar um maior nível de profundidade reflexiva no que concerne à posição de “observador-participante”. A terceira razão é o fato de que o próprio TRF da 4ª Região, tanto em sede de primeiro grau quanto de decisões colegiadas, não expandiu sua riquíssima análise do conflito do Morro do Osso, melhor matéria-prima que identificamos dentre as decisões tribunalícias brasileiras referentes a conflitos entre a ordem jurídica estatal brasileira e uma ordem jurídica local extraestatal, ao âmbito das normas de direito internacional.

3 VÍNCULOS DE ANCESTRALIDADE: INSPIRAÇÕES PARA OS EIXOS POLÍTICO, COMPREENSIVO, ANALÍTICO E CULTURAL

Este capítulo apresentará as principais ideias das tradições teóricas que, na condição de ancestrais dos pensamentos componentes do nível de linguagem “L1” do modelo aqui proposto, servirão de inspiração para que apresentemos, nos dois capítulos seguintes, os eixos compreensivo, analítico, político e cultural de nosso enfrentamento hermenêutico das aporias vinculatidade/discrecionalidade, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo, bem como de suas repercussões no discurso dos direitos humanos. Essas tradições são as seguintes: a Jurisprudência Pragmática de Jhering e a Jurisprudência dos Interesses de Heck (3.1), que figurarão como ancestrais para o eixo político do nosso modelo; o realismo estadunidense (3.2), que servirá como ancestral para o nosso eixo compreensivo; o realismo de Alf Ross (3.3), que funcionará como ancestral do eixo analítico de nossa proposta; e o Tridimensionalismo de Miguel Reale (3.4), que será utilizado como um ancestral para o eixo cultural de nosso projeto teórico.

3.1 ANCESTRAIS POLÍTICOS: A JURISPRUDÊNCIA PRAGMÁTICA DE JHERING E A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES DE HECK

Os ancestrais do eixo político da teoria hermenêutica aqui proposta residem na Jurisprudência Pragmática de Jhering e na Jurisprudência dos Interesses, em que se destacou o pensamento de Heck. Abordaremos neste tópico as teses de ambos os autores, começando, não apenas por critério cronológico, mas também por critério lógico – já que Jhering influenciou Heck –, pela obra daquele.

3.1.1 Jhering e a luta política pelo direito

A transição de Jhering para uma Ciência do Direito de caráter pragmático tem como um dos fatores de estímulo as novidades nas relações econômicas e sociais ocorridas na segunda metade do século XIX, mormente como consequência da Segunda Revolução Industrial e da aceleração da quantidade de tipos de problemas apresentados pelo mundo dos fatos ao sistema jurídico. Nesse sentido, Larenz (2005, p. 60) caracteriza a obra de Jhering como o produto de uma época em que surgiram os seguintes problemas sociais: “o enorme significado que as

ciências da natureza e a técnica começavam a ter então na vida dos homens; o da formação das classes, na esteira da «revolução industrial»; os problemas sociais que nasciam daí”.

No contexto do debate sobre a “função social do direito privado” suscitado no final do século XIX, a obra de Jhering destaca-se por captar, desde a década de 1860, as insuficiências do Pandectismo. Os primeiros ataques de Jhering à vertente epistemológica que viria posteriormente a ser alcunhada, de maneira pejorativa, de “Jurisprudência dos Conceitos” foram proferidos em uma carta que assinou como um “Desconhecido”, no ano de 1861. Apenas em 1884 o autor assumiu a autoria dessa carta e as publicou em conjunto com outros textos críticos ao conceitualismo, notadamente no que diz respeito à dissociação entre esta vertente e a dimensão prática do direito. O homem que, anteriormente, tanto valorizava o pensamento conceitualista estava agora a assumir suas intuições do texto de 1861, em que assume uma perspectiva histórica do Direito que tem como uma de suas premissas fundamentais a de que as proposições jurídicas e os conceitos delas extraídos mediante “concentração” são temporalmente mutáveis.

A Jurisprudência dos Conceitos atacada por Jhering compreendia a atividade do cientista do direito a partir de um viés lógico, e não propriamente por um prisma criativo. O jurista teria como tarefa desenvolver o direito exclusivamente mediante desdobramentos conceituais, sem que pudesse tomar em consideração nessa atividade elementos extrajurídicos. Tratava-se o direito como autorreferente e, portanto, buscava-se imunizá-lo contra as interferências externas, bem ao modo do modelo formalista kantiano, que qualificava as categorias e princípios como pontos de estruturação do conhecimento científico, bem como caracterizava a verdade como coerência principiológica, e não como correspondência entre o pensamento e o real. Não era à toa, pois, que se reduzia a tarefa jurídico-científica à construção lógica de conceitos obtidos indutivamente a partir do direito positivo, conceitos tais que cumpririam uma função heurística, visto facilitar a apreensão do direito, e, em certo sentido, genética, já que proporcionariam novas soluções jurídicas. O direito, pois, seria um sistema completo, cujas aparentes lacunas poderiam ser colmatadas mediante procedimentos de autointegração, sem a necessidade de qualquer tipo de heterorreferência. Ou seja, combinações entre princípios seriam capazes de dar soluções jurídicas a casos concretos, em uma aproximação do modelo das ciências da natureza, que buscavam princípios gerais a partir de fatos empíricos (CAMPILONGO, 2012, p. 145)²².

²² Segue uma síntese da metodologia pandectista suficiente à compreensão de suas repercussões para o presente trabalho: “A jurisprudência dos conceitos (pandectística) desenvolveu-se como um dos ramos da Escola Histórica Alemã, que tinha a construção sistemática do direito num arcabouço lógico-conceitual como uma de

Na perspectiva conceitualista, o caráter materialmente justo das decisões seria garantido pelo fato de os princípios jurídicos serem oriundos do espírito do povo, da realidade cultural. Desonerado do ônus de justificação axiológica das normas, o jurista poderia meramente identificar e descrever tais princípios de modo formal e neutro, em uma espécie de “vinculação entre justiça, redundância e autonomia”, o que resultava em uma desconsideração dos interesses políticos que davam origem aos conteúdos jurídico-normativos. Neutralizavam-se, pois, interesses mediante um discurso conceitualista, o que era reforçado pelo fato de que esses teóricos, de maneira geral, por negarem o direito natural, defendiam o monopólio de produção estatal das normas jurídicas. O direito, em si, já orientaria a racionalização social, não sendo visto como um instrumento a ser compreendido politicamente, mas, sim, como autônomo em relação a esta (CAMPILONGO, 2012, p. 146).

Diferentemente, na visão do Jhering pragmático seria impossível admitir que conceitos jurídicos básicos pudessem ser tratados, por analogia, como “elementos químicos do Direito”, cuja combinação permitiria a dedução de todas as proposições jurídicas²³. A coerência lógica

suas componentes. A importância dessa corrente para o direito moderno pode ser constatada pela influência no método que se passou a chamar de dogmática de estilo formalista, ou seja, ideia de elaboração de conceitos jurídicos gerais sob a base de normas existentes, os dogmas. Ademais, essa escola, que congregava nomes como Puchta, Windscheid e Von Gerber, além de Jhering em primeira fase, contribuiu para a elaboração de conceitos jurídicos cuja importância remanesce até hoje – como, por exemplo, o de negócio jurídico – e para a determinação daquilo que é considerado o caráter diferencial do direito, a partir de um conjunto conceitual próprio. Os teóricos da jurisprudência dos conceitos tinham como ponto comum o método formalista, a busca de soluções jurídicas por meio de operações lógicas, da combinação do raciocínio de indução com o de dedução. [...]. De qualquer modo, partiam da ideia de que a sistematicidade do direito decorreria de sua origem: emanção de um organismo, o espírito do povo. Esse organismo, afirmação da unidade conceitual do direito, estaria representado em princípios orientadores, aos quais se chegaria por indução a partir das normas jurídicas específicas. Os princípios, então, permitiriam uma exposição sistematicamente organizada e unitária do direito. Posteriormente, a partir desses princípios gerais, chegar-se-ia a outros princípios, formando então o que Puchta designou “pirâmide conceitual”. A combinação desses princípios forneceria, por dedução, respostas jurídicas para casos concretos. Dito de outro modo, formar-se-ia um encadeamento entre normas jurídicas específicas e princípios gerais, sempre com mediação de construções conceituais. O modo de raciocinar dos conceitualistas pode ser mais bem entendido a partir de um exemplo concreto, fornecido por Seelmann. Caso se pense nas várias obrigações contratuais (prestação principal, multa moratória, prestações acessórias, indenização), podem-se derivar os conceitos de obrigação primária de prestação, que abarca obrigações primárias e acessórias, e obrigação secundária de prestação, que reúne a multa de mora e indenização. Pensados esses dois conceitos em conjunto, chega-se a uma obrigação secundária de prestação que já intervém na obrigação primária ou mesmo antes que esta exista: a *culpa in contrahendo*. [...]. Via-se o direito como uma entidade definida conceitualmente, passível de ser conhecida a partir da investigação de normas. O sistema jurídico constituía um campo orgânico, lógico, autônomo. Os princípios orientadores desse sistema, por sua vez, estariam latentes no direito positivo, bastando ao jurista buscá-los, organizá-los sistematicamente, tornar evidente o regramento camuflado nas leis e nos costumes. [...] Quanto às principais contribuições da jurisprudência dos conceitos, são basicamente três: (i) o desenvolvimento da teoria da subsunção, com o método silogístico; (ii) o dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico; (iii) a interpretação objetivista, com interpretação a partir de um suposto legislador razoável.” (CAMPILONGO, 2012, p. 143-7). Para um aprofundamento sobre a matéria, ver Larenz (2005, p. 21-44).

²³ Um resumo das ideias do primeiro Jhering e de sua combinação entre conceitualismo e química jurídica – tema que não é de fundamental importância para este trabalho – pode ser encontrado nas seguintes palavras de Larenz (2005, p. 30-3): “[...] ao falar-se aqui de organismo, se entende atribuir «ao Direito as qualidades de um produto da natureza»; e que isto não é um simples modo de dizer, mas algo que JHERING toma ao pé da letra,

de uma proposição não lhe confere automática validade prática, pois os conceitos existem a reboque das relações práticas encontradas na vida. Nesse sentido, Jhering (1946) considerava que as consequências dos conceitos eram determinadas de acordo com a adequação prática aos resultados, o que, porém, a tradição conceitualista escondia sob a aparência de uma consequência lógica, supostamente desconectada de uma justificação vital independente (LARENZ, 2005, p 57-9).

Os elementos acima constituem a base da “Jurisprudência Pragmática” de Jhering (1946; 2001), a qual postula a tese de que o fim, como motivo prático, é a origem do Direito e das proposições jurídicas²⁴. Contribuição fundamental do autor para a Ciência do Direito foi a

mostram-no as suas ulteriores observações sobre o que ele chama o método «histórico-natural» da ciência do Direito. Mais espantoso é, todavia, que JHERING compare logo a seguir e por duas vezes [...] o Direito com uma «máquina» [...]. A utilização indiscriminada de imagens que mutuamente se repelem, como «organismo» e «máquina», é significativa da despreocupação filosófica de JHERING, se bem que, no geral, ele se atenha à de organismo (compreendida, evidentemente, em sentido «naturalístico»), pois a idéia de máquina, mais conforme com o seu modo de pensar do segundo período, assoma neste apenas marginalmente. A função *sistemática* da ciência do Direito, a que, em comparação com a histórica e a interpretativa, JHERING atribui um «nível superior», consiste aqui em desmontar cada um dos institutos e as correspondentes proposições jurídicas nos seus «elementos lógicos», em destilar estes últimos na sua pureza e em deles extrair então, através de combinações, tanto as normas já conhecidas como normas novas. O resultado desta desarticulação e rearticulação lógica é o de que «a ciência, em vez da imensa multidão das mais diversas proposições jurídicas, ganha um número nítido de corpos (!) simples, com que pode, caso lhe peçam, reconstituir de novo aquelas proposições. A vantagem, porém, não se limita apenas a esta simplificação, pois os conceitos conseguidos não são puras decomposições de proposições jurídicas dadas, a partir das quais, só estas últimas se possam reconstruir: vantagem ainda maior reside no incremento que, através disso, o Direito efectua a partir de si próprio — num crescer desde dentro. «Mediante a combinação de elementos diversos, a ciência pode criar novos conceitos e proposições jurídicas: os conceitos são produtivos — acasalam-se e geram novos conceitos» [...]. [...] ao contrário de PUCHTA, não arranca de um conceito fundamental que seja prévio ao Direito positivo e que a este sirva de alicerce mas, pelo contrário, o seu método de construção de conceitos, que se assemelha ao das ciências «exactas» da natureza, repousa exclusivamente na indução. [...]. JHERING compara ainda a Jurisprudência dogmática com outra ciência, a saber: a química. A ciência sistemática do Direito seria a «química jurídica, que procura os corpos (!) simples». Enquanto «sublima os conceitos» a «matéria-prima dada» (que são as regras jurídicas), a construção jurídica permite «o trânsito do Direito do estado inferior de agregação para o superior». A transformação que aqui intervém reside em «a matéria abandonar inteiramente a forma prática e imperativa imediata» e em assumir «a feição de um corpo jurídico» (!) . Os «corpos jurídicos», que é como JHERING chama aos conceitos fundamentais simples obtidos por análise lógica e por abstracção, pensa-os ele agora como dotados de certas qualidades e como aptos a produzir certos efeitos. [...] o «método histórico-natural» da Jurisprudência. Método que na concepção de JHERING permite não apenas, como já se apontou, uma facilitação do domínio sobre a matéria, mas que conduz, também segundo JHERING, à descoberta de proposições jurídicas anteriormente desconhecidas — embora muitas destas não devam a sua origem a nenhuma necessidade prática, mas apenas «à necessidade ou consequência jurídica»: elas «existem» porque «não podem não existir». [...] Com o seu modo de expressão pseudocientífico-natural de «corpos existentes», JHERING vê-se impedido de reconhecer que essa presumida «consequência ou necessidade jurídica» não é mais do que a *consequência lógica* de certas afirmações, da qual de nenhuma maneira resulta a validade prática ou obrigatoriedade dos correspondentes comandos. Realmente, os conceitos jurídicos elementares não «existem» (na medida em que «valem») do mesmo modo que as normas jurídicas: têm, tal como todas as proposições que deles decorram à guisa de conclusão, apenas um valor de afirmação teórica; por mais que se preze este valor, tal nada significa para a validade dessas proposições como comandos normativos. Aliás, é justamente este ponto que vão pôr em evidência o próprio JHERING na sua fase ulterior, e, depois dele, os representantes da Jurisprudência dos interesses, na sua crítica à «Jurisprudência dos conceitos».”

²⁴ As seguintes palavras do autor sintetizam precisamente a sua visão geral sobre o direito: “Dois elementos constituem o princípio do direito: um *substancial*, que reside no fim prático do direito, que produz uma utilidade, as vantagens e ganhos que asseguram; outro *formal*, que se refere a esse fim unicamente como meio, a saber:

sua tese de que toda proposição jurídica precisa ser vista à luz de sua função social, ou seja, teleologicamente. Jhering não está aí falando em um fim autosubsistente e intrínseco ao Direito como um todo unitário, em uma teleologia objetiva e imanente, e sim em fins práticos vinculados a proposições específicas. Os fins servem como referência para a explicação das normas jurídicas e para a sua criação, a qual, de todo modo, pressupõe um sujeito que selecione os fins a serem concretizados. Nesse ponto, Jhering não se restringe a mencionar o legislador, pois, para ele, este não é tanto uma pessoa individual quanto um representante de uma vontade ou impulso comum dos cidadãos. É necessário, pois, investigar na sociedade, entendida como uma cooperação para fins comuns, uma orientação que promova os fins de todos os seus membros e seja consubstanciada em regras estáveis de comportamento cujo cumprimento seja garantido pelo poder coativo do Estado. Segundo Larenz (2005, p. 62), pois, “o Direito é para ele a norma coerciva do Estado posta ao serviço de um fim social. Para compreender a norma jurídica precisa-se menos de uma análise lógica ou psicológica do que de uma análise sociológica”, a qual permite a identificação dos fins úteis e relevantes para o bem-estar de uma sociedade historicamente dada. Para Jhering, o direito é um produto da luta política contínua pela institucionalização de normas protetoras de interesses e do efetivo reconhecimento de tais interesses no plano prático²⁵. O autor, assim, afasta-se da ideia de uma hierarquização objetiva dos fins sociais, visto preferir uma perspectiva de utilitarismo social, em que se nega a autonomia categorial da Moral e um valor próprio do direito (LARENZ, 2005, p. 59-62), que passa, assim, a ser conduzido pelas variações dos interesses dominantes, objeto e condição do direito na sociedade em um dado momento histórico (JHERING, 1946,

proteção do direito, ação da justiça. Este é o fruto e aquele o seu invólucro ou casca protetora. Por si mesmo, o Estado não cria mais que um estado de fato útil ou de gozo (*interesse de fato*) que qualquer [...] tem meios para ou pode, impunemente, a cada instante, destruir ou modificar. [...]. A segurança jurídica do gozo é a base jurídica do direito. *Os direitos são interesses juridicamente protegidos.* Utilidade, bem, valor, gozo, interesse [...]. [...] À ideia do bem se unem as noções do *valor* e do *interesse*. A do valor contem a medida da utilidade do bem; a do interesse expressa o valor em sua relação particular com o sujeito e seus fins. [...] [...] todo direito estabelecido é a expressão de um interesse reconhecido pelo legislador que merece e reclama sua proteção. Os direitos transformam-se à medida que se modificam os interesses da vida; assim, interesses e direitos são, de certo modo, historicamente paralelos. [...] Os direitos são interesses juridicamente protegidos; o direito é a *segurança jurídica* do gozo.” (JHERING, 1946, p. 180-9).

²⁵ “A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça – e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos. Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza. O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.” (JHERING, 2001, p. 1)

p. 184-5).

Segundo Larenz (2005, p. 63), faltou a Jhering investigar os possíveis desdobramentos metodológicos na ciência do Direito para a resposta à questão sobre se “os fins sociais não se subordinam [...] a uma *ordem objectiva, hierárquica e valorativa*, ordem que se exprime na ordem jurídica, concebida como *um todo de sentido*”. Tentar suprir essa lacuna foi uma das missões assumidas pela Jurisprudência dos Interesses, vertente epistemológica que, por explícito reconhecimento feito em diversas oportunidades por Heck, encontra inspiração na Jurisprudência Pragmática do segundo Jhering, inclusive no que diz respeito à crítica do primado da lógica e da concepção de um sistema fechado de conceitos, aspectos centrais na perspectiva do Pandectismo. A despeito da relevância de autores como Stoll e Müller-Erzbach na Jurisprudência dos Interesses, é na obra de Heck (1947) que se encontra a principal referência para o estudo de tal perspectiva sobre o direito, motivo pelo qual nos restringiremos aqui, de modo geral, à análise do pensamento deste autor – aliás, a representatividade de Heck a tal respeito pode mesmo ser ilustrada pelo fato de ele ter sido o responsável por alcunhar de “Jurisprudência dos Conceitos” as propostas de Puchta, Windscheid e mesmo do primeiro Jhering²⁶. Aprofundemos, então, as lições da Jurisprudência dos Interesses em tópico próprio.

3.1.2 A Jurisprudência dos Interesses e a heterorreferência do sistema jurídico

Heck propõe uma ciência do Direito dotada de cariz prático, voltada para um objetivo final, qual seja, a ação sobre a vida, sem um objetivo teórico autônomo. Tal objetivo seria colaborar para o cumprimento da função jurisdicional nos termos de uma decisão objetiva e adequada, função tal que, por sua vez, tem como objetivo a satisfação de necessidades e tendências apetitivas encontradas no mundo da vida, ou seja, de interesses, elemento que deve reger qualquer consideração jurídico-conceitual. Trata-se de uma perspectiva pragmática e teleológica de coordenação dos interesses dos atores sociais. Nesse contexto, a

²⁶ O núcleo da crítica de Heck ao Pandectismo e da sua alternativa para uma adequada compreensão do direito é esboçado, nos seguintes termos, logo no início de “Interpretação da lei e Jurisprudência dos Interesses”: “A errônea jurisprudência conceitualista, aquele método de inversão que antes de entrar em vigor o Código Civil quase não tinha impugnadores, poucos defensores conserva hoje e, pelo contrário, cada vez encontra maior aplauso a ideia fundamental do movimento reformador no sentido de atribuir ao juiz maior liberdade. [...] a forma de interpretação das leis que melhor satisfaz os interesses práticos é constituída pela investigação histórica dos interesses. É uma interpretação histórica – adota os métodos da investigação histórica – mas não exclusivamente subjetiva: deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados pelo ato legislativo, mas a sua ação retrospectiva deve ir mais longe, até aos interesses determinantes da lei, aos *interesses causais*. [...] Se a toda essa atividade de determinação do direito se quiser chamar interpretação, esta será histórico-teleológica.” (HECK, 1947, p. 5; 9).

heterorreferência ocupa papel relevante, pois o sistema dela depende, visto que os princípios, a despeito de seu papel de sistematização, não oferecem soluções concretas sem que se remetam aos interesses que deram origem a uma regulação legal ou negocial. A própria formulação de conceitos deveria considerar a finalidade do direito, qual seja, a de tutelar interesses vivos, até mesmo porque princípios, em si, não proporcionam uma consideração adequada de suas próprias consequências possíveis (CAMPILONGO, 2012, p. 148)²⁷. O direito, pois, não evoluía apenas mediante esforços conceituais, mas, sim, pelas lutas políticas entre forças sociais dotadas de interesses conflitantes, as quais resultavam em inovações legislativas.

A relevância da heterorreferência era tamanha que não conferia às leis propriamente um elemento que, convencionalmente, teria sido concebido, nos termos de um ato de vontade, para delimitar interesses, e sim, propriamente como produtos causais de interesses materiais, nacionais, religiosos e éticos, existentes na comunidade jurídica e lutando pelo predomínio (HECK, 1947, p. 19). Nesse sentido, Heck pretendia que fosse realizada uma investigação histórica rigorosa dos interesses reais que causaram a criação de uma lei (uma variação no sistema jurídico mediante heterorreferência) para fins de uma consideração hermenêutica adequada desta como resolução de um problema jurídico concreto (CAMPILONGO, 2012, p. 148). Como explica Larenz (2005, p. 65-7),

também para HECK, como para JHERING, o legislador como pessoa vem a ser substituído pelas forças sociais, aqui chamadas «interesses» (o que é justamente uma forma de sublimação), que, através dele, obtiveram prevalência na lei. O centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador e da sua vontade entendida psicologicamente, primeiro para os motivos e, depois, para os «factores causais» motivantes. A interpretação, reclama HECK, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, «aos interesses que foram causais para a lei». O legislador aparece simplesmente como um «transformador», não sendo já para HECK nada mais do que a «designação englobante dos interesses causais» (GA, págs. 8 e 64) — fórmula que STOLL também viria a fazer sua. À concepção de que certos interesses são «causais» para a norma jurídica, na medida em que determinam no legislador «representações, idéias de dever ser» que se transformam em comandos, chama HECK a «teoria dos interesses» (B, pág. 73). [...] HECK — e o uso permanente do termo «causalidade» não deixa lugar a dúvidas — pensa num nexo causal *real*. Ele vê os interesses relevantes na formação do Direito — incluindo o interesse geral da comunidade jurídica na paz e na ordem — como se não fossem, já em si, abstrações, mas «factos» (no sentido das ciências positivas), e, enquanto factos, «causas eficientes» no processo do acontecer. [...]. O conceito positivista de ciência, a que, talvez inconscientemente, HECK, no fundo, adere, só conhece, fora da lógica e da matemática, «ciências causais». Um «facto» é conhecido cientificamente quando é reconduzido às suas *causas* — físicas, biológicas ou históricas. Ora também a interpretação da lei é para HECK sobretudo «explicitação

²⁷ Nas palavras do próprio Heck (1947, p. 12): “O escopo [...] da decisão judicial dos casos concretos é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos interesses e a jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo [...] na elaboração de conceitos.”

de causas» (*GA*, pág. 50). Se os interesses encontrados pelo legislador, qualquer que seja a sua natureza, constituem as verdadeiras «causas» do preceito legal (e não apenas a ocasião para o legislador de os regular de uma ou de outra maneira), então há que descobrir precisamente essas causas para se entender correctamente os preceitos, enquanto «efeitos» seus.

A legislação seria o produto de uma relação causal entre interesses e atividade legiferante, produto este que serviria como critério de resolução de conflitos concretos de interesses: “A antiga expressão <<vontade do legislador>> tem conteúdo real, simplesmente o conceito de vontade não é psicológico, mas normativo – é um *conceito de interesse*. O legislador não é um <<fantasma>>, é uma designação que engloba todos os interesses causais. [...]” (HECK, 1947, p. 10). Nesse sentido, como diz Larenz (2005, p. 69), o “interesse”, como categoria teórica, era “tanto objeto como critério de valoração, como ainda «fator causal»”. Essa espécie de confusão a respeito da posição da ideia de “interesse” na proposta de Heck pode ser explicada, segundo Larenz (2005, p. 67-8), por uma oscilação entre se vincular e superar a chamada “teoria genética dos interesses”, ou seja, a compreensão do interesse como uma causa para o surgimento de novas leis. Segundo Larenz, caso Heck houvesse assumido essa teoria de maneira rígida, incorreria em uma transposição do positivismo e do naturalismo científicos para o campo jurídico-científico. Porém, a tese de Heck fica no meio do caminho. Senão, vejamos.

Por um lado, Heck, a despeito de buscar uma independência quanto a um sistema filosófico específico, produz uma teoria típica do pensamento de seu tempo, o que significa apresentar um conceito implícito de ciência em que os interesses ideais (liberdade, segurança, justiça, responsabilidade) e materiais estão no mesmo patamar – o de tendências apetitivas –, de modo a refletir uma cultura economicista típica do pensamento naturalista. Por outro lado, Heck – no que foi acompanhado por Stoll – transcende a teoria genética dos interesses ao assumir a ideia de “interesses” também como objeto de uma valoração legislativa orientada a ordenar os interesses conflitantes tendo em vista um ideal social. Nesse sentido, como pensa Stoll, uma proposição jurídica sempre envolve, ainda que de modo indireto, um juízo axiológico sobre conflitos de interesses, ou seja, uma tomada de posição que, segundo Larenz (2005, p. 68), não pode se esgotar em uma explicação causal. No fim das contas, o fato de a categoria teórica “interesse” aparecer ainda como critério em Heck e em Stoll constitui justamente o ponto de encontro entre a perspectiva causal (interesse como causa) e a perspectiva axiológica (interesse como objeto de uma decisão axiológica) entre as quais – como fica claro quando Heck (1947, p. 19) afirma que “os comandos legais não só se destinam a resolver conflitos de interesses, mas são também, como todos os comandos ativos,

verdadeiros produtos dos interesses. [...] na vida corrente, [...] todos os comandos se fundam nos interesses” – oscila a vertente epistemológica em questão.

De todo modo, Heck, apesar de aparentar ter por trás de seu pensamento uma orientação positivista em sentido filosófico, não comungava de um positivismo jurídico, entendido este como uma perspectiva de formalismo conceitual. Como escreve Campilongo (2012, p. 149), Heck “prefere sempre a ‘obediência inteligente’ de acordo com os interesses legítimos à [...] legalista. Uma concepção desse tipo se coaduna com a percepção da complexidade social, que impede o legislador de prever todos os conflitos possíveis. [...] tornava-se possível (i) integrar lacunas; (ii) estabelecer exceções, caso as soluções legais fossem inadequadas; e (iii) corrigir erros de expressão presentes na lei”. Em tal modelo, a valoração pessoal por parte do juiz era necessária, o que fazia dessa autoridade, em certo sentido, um criador auxiliar das normas aplicadas, ainda que subordinado ao legislador (HECK, 1947, p. 240). Nesse sentido, os interesses serviriam como orientações que possibilitariam ao juiz dirigir os rumos das leis, as quais, por natureza, seriam desgovernadas. Em outros termos, certa indeterminação, indecidibilidade, discricionariedade seria intrínseca às estruturas jurídicas, de modo que a aceitação da inexistência de lacunas consistiria apenas em uma ficção necessária²⁸.

Para Heck, a lei não dispõe de um catálogo completo de soluções passíveis de aplicação subsuntiva, nem é possível que se resolva essa insuficiência explícita pela via do método de inversão da Jurisprudência dos Conceitos, nos termos do qual se poderia extrair inferencialmente dos conceitos jurídicos colhidos por abstração a partir de disposições legais específicas novas proposições jurídicas que não estivessem presentes na lei (LARENZ, 2005, p. 70)²⁹. Não seria possível, pois, resolver todas as lacunas mediante uma dedução de normas

²⁸ Essa questão gerou controvérsias até mesmo quanto à terminologia a ser assumida pela vertente de pensamento, dada a reticência de Heck a reconhecer que o juiz inexoravelmente realizará uma valoração dotada de algum tipo de traço subjetivo. A tal respeito, vejamos as seguintes palavras de Larenz (2005, p. 72-3: “não é por acaso que tanto HECK como STOLL preferem às expressões «valor» e «critério de valor», que traduzem alguma coisa de objectivo, a expressão «juízo de valor», que concerne a um acto de pensamento subjectivo. [...]. Significativas são também as explicações com que HECK se pronuncia contra a substituição da fórmula «Jurisprudência dos interesses» pela fórmula «Jurisprudência valorativa» [...]. Por um lado, deseja manter a ligação com JHERING, «a cujas iniciativas essencialmente se reconduz o movimento de reforma». JHERING tratou o interesse como conceito fundamental e «não falou de valorações». Mas por outro lado, acentua-se que quem investiga «só tem, em regra, que averiguar os juízos de valor do legislador» (o que HECK considera uma investigação das causas, já que o legislador não é para ele senão a designação englobante dos «interesses causais!»), sendo «apenas em casos excepcionais (que lhe compete) valorar por si próprio». STOLL, ao contrário, preferia a denominação «Jurisprudência de valoração» [...], embora entendesse que não se tratava de uma diferença substancial, mas somente terminológica”.

²⁹ Larenz (2005, p. 70) aqui considera que Heck leu de maneira simplista o problema dos conceitos, visto que restringe a sua consideração àqueles conceitos jurídicos que a ciência do Direito “«retira por abstracção dos preceitos legislativos singulares» [...], esquecendo — e aqui se manifesta outra vez a sua atitude positivista de base — que há muitos conceitos jurídicos cujo conteúdo decorre de outra fonte que não um dado complexo de normas. Decerto que o conceito de obrigação solidária, no sentido do Código Civil, só pode extrair-se do conjunto das disposições desse Código sobre relações obrigacionais solidárias. Nada mais nos pode dizer esse

a partir de princípios gerais induzidos do direito positivo, como queria a Jurisprudência dos Conceitos (CAMPILONGO, 2012, p. 149-50). Diante de uma lacuna, a função do juiz seria a de reconstruir o ponto de vista axiológico do legislador, ponderando os interesses em jogo mediante um apuramento das causas que originaram a lei. Não é à toa, pois, que, para Heck, “lacuna” é um conceito crítico-normativo-axiológico, visto indicar a falta de algo que se considera desejável (LARENZ, 2005, p. 71). Nesse sentido, a analogia, por exemplo, justifica-se pela verificação de interesses que apresentam certa identidade, o que exige que sejam valorados identicamente, sem que se possa resolver a questão mediante uma mera subsunção (LARENZ, 2005, p. 71-2).

Devemos ressaltar que Heck insiste na necessidade de evitar que a expressão “Jurisprudência dos Interesses” seja substituída por “Jurisprudência Valorativa” (tal qual preferia Stoll), o que justifica fundado em duas razões. A primeira delas é o fato de Jhering, em quem se inspirou, trabalhar com o conceito de “interesse”, e não com o de “valor”. A segunda razão é a de que o valor a ser considerado pelo intérprete é aquele relativo ao juízo do legislador, de maneira que a compreensão da perspectiva legislativa deve ser perpetrada nos moldes de uma investigação das causas. A valoração do intérprete por si mesmo é excepcional, cabível apenas quando for possível descobrir juízos legislativos suficientes para a resolução de um problema e, ainda assim, essa valoração por si mesmo deve ser composta por ponderações orientadas pela ciência prática do Direito. Larenz (2005, p. 72) conclui que Heck e Stoll, presos ao conceito positivista de ciência, irrelevam o fato de que juízos de valor não podem ser aplicados sem que realize uma reconstrução hermenêutica de seus próprios sentidos. Ora, em vez de admitirem que os juízos de valor se confundem com os conteúdos dos valores e os critérios de valoração – o que implicaria deixar de lado o entendimento da ciência do Direito como dotada de caráter factual ou causal –, os autores conservam os resquícios da teoria genética dos interesses e configuram os juízos de valor como fatos

conceito do que o que resulta destas disposições, vistas na sua relação, e assim tornadas «inteligíveis». Mas já de modo algum isto é válido para conceitos como o de «pessoa», o de «acção», o de «causalidade» e o de «imputação». Que um simples acto reflexo, fora do controlo da consciência, não é uma «acção», ou que o desencadeamento de uma cadeia causal pode produzir conseqüências *ad infinitum*, pelo que a responsabilidade pelas conseqüências longínquas de um acto vem a exigir uma «imputação» que excede o mero reconhecimento da causalidade em si mesma — eis juízos que não podem ser obtidos exclusivamente das normas da lei e que, contudo, têm um grande significado para o problema da aplicação do Direito. A censura ao «método da inversão» não tem, portanto, aqui cabimento, visto os conceitos em jogo não serem verdadeiramente conceitos de gênero obtidos por abstracção a partir de normas de um certo Direito positivo; ou são categorias ontológico-reais ou são categorias éticas, de cujo conteúdo só nos podemos aperceber com o auxílio das disposições jurídico-positivas, mas sem que esse conteúdo proceda de tais disposições. Todavia, ainda que só colha para a derivação de novas proposições jurídicas dos conceitos de gênero que foram previamente construídos, por via indutiva, a partir das normas existentes, a crítica ao «método de inversão» é, nessa medida, uma crítica legítima. Em vez de uma derivação lógico-formal a partir de um conceito superior, HECK exige, e com razão, em face de uma lacuna da lei, que se proceda a uma «*formação valor ativa do preceito*» [...].”

psicológicos referentes ao legislador. Portanto, “não é por acaso que tanto HECK como STOLL preferem às expressões «valor» e «critério de valor», que traduzem alguma coisa de objectivo, a expressão «juízo de valor», que concerne a um acto de pensamento subjectivo”, o que resulta na manutenção da confusão entre “uma ciência causal, que «explica» processos fáticos a partir das suas causas, e uma ciência valorativa, que «compreende» os valores (como alguma coisa que desde sempre existiu) interpretativamente” (LARENZ, 2005, p. 72-3).

No que diz respeito ao papel da construção de conceitos e do sistema jurídico, Heck ataca o modelo do sistema lógico-formal de conceitos gerais e abstratos de Puchta, o qual não poderia ser utilizado como fonte de descoberta de novas proposições jurídicas e consistiria em um mero sistema externo, sem valor genético. Este sistema e os seus elementos – exemplificativamente, os conceitos de “direito subjetivo” e “ato ilícito” –, construído a partir do direito positivo, se restringiriam a contribuir para a formulação e ordenação externa do conteúdo jurídico. A formulação conceitual em questão, ao proceder indutivamente, desprezaria o específico e se limitaria ao comum, abstrato e essencial, o que implicaria um distanciamento em relação às representações sociais de fins que deve orientar a atividade jurídico-científica. Em vez, pois, de se ater a uma ordenação dos textos legislativos, seria necessário, segundo Heck, que a ciência do direito considerasse os conceitos de interesses, “que servem para a apreensão conceptual dos interesses reconhecidos como prevaletentes, como, por exemplo, a «situação dos interesses», o «interesse no desenvolvimento», o «interesse da estabilidade», etc” (LARENZ, 2005, p. 73). Por um lado, pois, os conceitos lógico-abstratos servem à construção e ordenação do sistema externo, de caráter científico e que, para Stoll, permitiria ao juiz realizar subsunções, as quais facilitam a continuidade e a celeridade na resolução de casos, bem como confere certo grau de irrefutabilidade às decisões. Por outro, os conceitos de interesses contribuem para a interpretação e aplicação dos textos normativos, de modo a constituir um sistema interno, o qual resulta de um “nexo objetivo entre as soluções dos problemas que propicia a investigação dos interesses” e, portanto, independe da atividade científica, visto estar pronto nas relações da vida, apenas no aguardo de ser reproduzido (LARENZ, 2005, p. 75). Exemplificativamente, “o «conceito ordenador» do direito de crédito [...] significa [...] o direito subjetivo que uma pessoa, o credor, tem de exigir uma ação ou uma prestação a outra pessoa, o devedor. Pelo contrário, o «conceito de interesse» da obrigação consiste em esta servir o escopo de satisfação do credor através de um sacrifício imposto ao devedor” (LARENZ, 2005, p. 75). Criticamente, porém, Larenz (2005, p. 75) afirma que

HECK não deixa [...] de voltar à idéia de um sistema de normas como um sistema

de *decisões de conflito* com carácter geral, sistema que ele apenas logra conceber na forma de um sistema de conceitos ordenadores. Toda a decisão de conflitos, afirma ele, pode «fazer intervir o conteúdo total da ordem jurídica». Os problemas «deparam-se-nos como complexos de problemas e as decisões como grupos de decisões». Se os elementos comuns vierem a ser reconhecidos «e reunidos na exposição», resultarão «conceitos de grupo, de generalidade sempre crescente». O processo de síntese completa-se através de uma classificação, que torna explícito o «sistema interno» como o conjunto interligado das normas e das decisões de conflitos nelas realizadas. Donde não é de admirar que o «sistema interno» exposto em conceitos gerais abstractos e ordenadores seja para HECK essencialmente idêntico «àquela classificação do Direito que já era até aqui determinante para a legislação e para a ciência» — quer dizer, o «sistema externo». Tanto mais surpreendente se torna, assim, que HECK persista em manter com tal energia a distinção entre as duas espécies de sistemas, bem como a distinção entre os «conceitos preceptivos», construídos com puros fins de ordenação, e os «conceitos de interesses».

O equívoco de Heck, segundo Larenz (2005, p. 75-7), está, pois, em não perceber que só se pode falar em subsunção a conceitos preceptivos colhidos em uma norma se tais conceitos forem adequadamente compreendidos, ou seja, compatibilizado com os respectivos critérios de valor. Em outros termos, o juízo de ponderação sobre uma situação de fato complexa e a correlata avaliação dos interesses em conflito à luz dos critérios axiológicos oferecidos pelo ordenamento jurídico tem como premissa as seguintes ideias: “o resultado interpretativo determina [...] o conteúdo preciso do «conceito preceptivo»”; e o legislador “antes de se servir de um dos conceitos aprontados pela ciência jurídica supostamente com simples «fins de ordenação», seja para designar um elemento da previsão, seja para designar um elemento da estatuição, tem de verificar se ele é idôneo para produzir a delimitação ou a valoração que se pretende” (LARENZ, 2005, p. 76).

Expostas as teses de Jhering e Heck, as quais constituem, devido ao destaque à dimensão da relação entre heterorreferência e interesses, ancestrais do eixo político da teoria hermenêutica ora proposta; iniciemos o estudo do realismo estadunidense, tradição de pensamento que pode ser considerada um ancestral do eixo compreensivo de nossa proposta.

3.2 INSPIRAÇÃO COMPREENSIVA: PANORAMA SOBRE A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO ESTADUNIDENSE (OU DE HOLMES AO REALISMO)

Assumimos com Alf Ross (2001, p. 98) que tanto o realismo estadunidense quanto o realismo escandinavo interpretam a vigência do direito tendo como critério a efetividade social das normas jurídicas, de maneira que a diferença entre uma norma vigente e, exemplificativamente, um projeto de lei é que aquela tem um conteúdo ativo, e não

meramente potencial. Vejamos, primeiramente, como tal contínuo entre a dimensão fática e a dimensão normativa se desenvolve no realismo estadunidense.

Uma demanda por heterorreferência fundada em investigações empíricas encontrou espaço no mundo da “common law” desde o final do século XIX, mais propriamente como uma alternativa a perspectivas tais quais o idealismo jusnaturalista do período pré-revolucionário típico do pensamento de Blackstone e o conceitualismo de autores como Christopher Langdell e Joseph Beale (GOLDING, 2010, p. 108). Contra a teoria declaratória da decisão judicial compartilhada por tais orientações, Oliver Holmes (1963, p. 5), com sua famosa afirmação de que “a vida do direito não tem sido a lógica; tem sido a experiência”, abriu caminho para o posterior surgimento da Jurisprudência Sociológica e do realismo estadunidense. Holmes, influenciado pela perspectiva histórica de Sir Henry Summer Maine; pelos pragmáticos de Cambridge; e pelo utilitarismo de Mill, Bentham e Austin; nega que o direito seja, como queria Langdell – de modo similar à Jurisprudência dos Conceitos –, um conjunto de direitos absolutos e doutrinas fixas com base nos quais se pode realizar um desenvolvimento lógico. Ora, para Holmes, as disposições legislativas e as decisões politicamente orientadas dos tribunais são as referências para o desenvolvimento do direito – em outras palavras, o direito desenvolve-se tendo como base elementos da experiência, e não elementos lógicos (GOLDING, 2010, p. 106-8).

Porém, é importante ressaltar que Holmes não se recusava a realizar análises conceituais, nem negava a vinculação dos juízes às regras. O ponto central do que o autor estava a destacar é o seguinte: o juiz fundamenta suas decisões de maneira a fazer parecer que o resultado alcançado é uma mera extensão lógica de leis ou outros elementos previamente autorizados. Especialmente nos casos mais polêmicos, essas fundamentações consistem em falácias, pois a decisão envolve o recurso a premissas de valor e a realização de juízos de conveniência. O magistrado, na perspectiva de Holmes, teria o dever de tomar partido na ponderação das possibilidades de alcance de um maior grau de bem-estar da sociedade moral, ou seja, discricionariedade (GOLDING, 2010, p. 106-10).

Notemos que um entendimento tal, ao estabelecer uma conexão entre direito e moralidade, desafia frontalmente a visão jurídica conceitualista. Contudo, na interpretação de Golding (2010, p. 110), a inevitabilidade dos juízos de valor e de conveniência admitida por Holmes não afeta o caráter positivista do núcleo de seu pensamento, já que julgamentos desse tipo seriam extrajurídicos, ou seja, recairiam “sob o domínio da discricionariedade dos juízes, [...] uma vez que [...] não seriam predeterminados pelo direito existente – discricionariedade em sentido forte, como a chama Ronald Dworkin”.

De todo modo, Holmes (1897) defendia que as leis são meras previsões gerais das decisões dos tribunais e que, portanto, o direito é uma previsão sobre o que os tribunais efetivamente farão. Esse posicionamento é continuado por um amigo de Holmes, Chipman Gray, autor que também criticava a teoria declaratória e o conceitualismo. Para Gray (1963, p. 125), “todo o direito é criado pelos juízes”. Ora, os magistrados têm a efetiva possibilidade de desconsiderarem as leis, motivo pelo qual estas não são direito, mas apenas um fator de motivação para as decisões, uma tentativa de criação de direito, cujo resultado só será descoberto quando os magistrados decidirem. O direito, pois, seria apenas aquilo que os tribunais aplicam, de maneira que os poucos membros da Suprema Corte Americana teriam o condão de determinar o que é o direito. Gray, ao distinguir as fontes do direito em relação ao próprio direito, demonstrou notar intuitivamente, ainda que sem substratos teóricos para aprofundar a matéria sistemicamente, algo semelhante ao entrelaçamento hierárquico entre o Legislativo e o Judiciário, o que fica mais claro quando analisamos as seguintes palavras de Martin Golding (2010, p. 122) sobre o seu pensamento:

As cortes são órgãos do Estado, o qual lhes estabelece limites ao requerer que atos do órgão legislativo lhes sejam vinculantes. Mas, uma vez que a interpretação da legislação ainda é um problema das cortes, a legislação constitui antes uma fonte do direito e não o próprio direito. [...]. Se, em verdade, todo direito é direito criado judicialmente (porque a decisão judicial sempre envolve algum elemento de interpretação), a eficácia das regras e a previsibilidade das decisões são colocadas em questão.

Outro autor inspirado por Holmes e vinculado à doutrina da discricionariedade judicial foi Benjamin Cardozo (1920). Famoso pelo desenvolvimento de estudos críticos à prática judiciária e à lisura dos agentes nela envolvidos pela via da intertextualidade entre direito e literatura, o autor entendia que o juiz, diante de situações problemáticas, lacunosas, tinha a obrigação de valorar interesses contrapostos com o objetivo de alcançar o maior equilíbrio social possível. Esse desiderato implicava comumente a necessidade de escolher entre duas ou mais possibilidades logicamente possíveis, problema que não poderia ser resolvido puramente com base nas regras da lógica ou em critérios científicos previamente identificados. Caberia, pois, ao magistrado, em tais situações, a adoção de um posicionamento valorativo, o qual seria necessariamente influenciado pelas suas crenças e valores sobre as necessidades sociais adquiridos na experiência (COSTA, 2002, p. 128).

Todos os pensadores acima foram determinantes para que se abrisse caminho à perspectiva da jurisprudência sociológica, que ganhou contornos sólidos com Roscoe Pound (1954) e sua tese da engenharia social. Manifestamente influenciado pelo pragmatismo de William James, pelas críticas de Jhering ao conceitualismo, pelo culturalismo jurídico neo-

hegeliano (Josef Kohler) e por Holmes, Pound qualificava o juiz como um “social engineer”, não lhe cabendo apenas aplicar regras a casos concretos, mas, sim, propriamente, encontrar soluções jurídicas capazes de incrementar a ordem econômica e social mediante um esforço intelectual consciente (COSTA, 2008, p. 258)³⁰. Vejamos as palavras do próprio Pound (1954, p. 296 – tradução nossa) a tal respeito:

Um jurista é alguém cuja tarefa é auxiliar a administração da justiça; no processo prático de promoção e manutenção da relação ideal entre homens mediante uma composição de suas relações e uma ordenação de sua conduta pela via de uma aplicação sistemática da força de uma sociedade politicamente organizada. Com engenheiro social eu quero dizer, em analogia com o engenheiro industrial, alguém cuja tarefa é fazer que um processo ou atividade social alcance seu propósito com o mínimo de desgaste e de desperdícios. O direito é a mais desenvolvida forma de controle social. [...] o controle social organizado é necessário para garantir a segurança dos direitos [...].

Golding (2010, p. 115-20) explica que o nome atribuído à vertente em questão foi erroneamente confundido com socialismo. Ora, Pound, embora defendesse a mudança das leis como forma de ajuste à nova realidade social tecnológica, nunca postulou mudanças radicais

³⁰ A respeito da influência de Holmes sobre Pound (1954, p. 301 – tradução nossa), vejamos suas palavras: “Pode-se perguntar o motivo pelo qual as cortes não podem fazer ao menos grande parte do que é necessário. [...] Como o Sr. Justice Holmes bem frisou, a criatividade legiferante do judiciário deve ser ‘apenas intersticial’. Ela aplica uma técnica autoritativa a materiais legais autoritativos. Mas há épocas e lugares em que são demandados novos materiais autoritativos a serem concretizados pelas decisões judiciais, materiais tais que são introduzidos pelo legislador [...]. os tribunais de apelação têm estantes abarrotadas. Elas são oprimidas com um trabalho muito além daquele da época de formação de nossa comunidade política, e a grande maioria do material estritamente jurídico que elas têm que considerar em qualquer caso, salvo os mais simples de todos, é enorme. Ademais, elas não são organizadas e equipadas para conduzirem o tipo de pesquisa necessária, nem podemos, de modo razoável, esperar isso delas”.

³¹ No seguinte trecho, Pound (1954, p. 296 – tradução nossa) expressa a influência de Kohler, Jhering e James em seu pensamento: “Mas o que são direitos? [...]. Jhering nos ensinou a falar, em vez disso, em interesses, e eu, seguindo-o, bem como seguindo William James, há muito tempo refleti sobre as demandas – desejos ou pretensões – que os homens fazem e sobre as necessidades de organizar a satisfação dos homens a partir dos bens da existência. Depois eu passei a refletir, ao invés, sobre as expectativas razoáveis dos homens na sociedade civilizada; razoáveis no sentido de serem compatíveis com a satisfação de expectativas alheias na medida do possível tendo em vista a multiplicidade de expectativas individuais e a insuficiência dos meios para satisfazê-las por completo. Todo mundo está em busca de satisfazer todas as suas expectativas ao máximo a partir de uma quantidade limitada de bens existentes. Embora eu tenha encontrado no método de Kohler uma grande ajuda no que diz respeito a ensinar mais de um campo do direito, no ensinamento da Jurisprudência eu prefiro, há bastante tempo, assentar-me na ideia de interesses de Jhering, que os define como pretensões, demandas ou desejos que homens afirmam *de facto*, questão sobre a qual o direito deve fazer algo, como Llewellyn mostrou de maneira convincente, para que a sociedade perdure. [...] Um interesse é uma demanda ou desejo que os seres humanos, individualmente ou em grupos, buscam satisfazer, ou que, conseqüentemente, deve ser considerado na ordenação das relações humanas em sociedades civilizadas. O direito não cria interesses. Ele classifica-os e reconhece-os em um número maior ou menor; ele define a extensão a que dará efeitos aos interesses que reconhece tendo em vista (a) outros interesses, (b) as possibilidades de assegurá-los efetivamente por meio direito [...]. Conseqüentemente, para determinar o escopo e o objeto de um sistema jurídico, temos que (1) listar os interesses que demandam reconhecimento, generalizá-los e classificá-los; (2) determinar os interesses que o direito deve reconhecer e buscar garantir; (3) determinar os princípios com base nos quais tais interesses devem ser definidos e limitados para que sejam garantidos; (4) considerar os meios pelos quais o direito pode assegurá-los quando reconhecidos e delimitados; e (5) considerar as limitações das ações judiciais efetivas, as quais podem impedir o reconhecimento ou a fixação completa de interesses [...]” (POUND, 1954, p. 296 – tradução nossa)

na estrutura social. Igualmente, o termo “sociológico” leva-nos a pensar que a proposta do autor seria empirista, o que não é propriamente verdade, sendo, aliás, devido a sua preocupação normativa que não podemos chegar a enquadrar Gray e Holmes como partidários de sua proposta epistemológica. A preocupação fundamental de Pound tinha cariz utilitarista e dizia respeito aos interesses sociais em conflito em um caso concreto, os quais deveriam ser objeto de juízos discricionários na conversão do *law in books* em *law in action*, com o objetivo de concretizar um ideal de justiça distributiva e de compensar as deficiências dos produtos legislativos, os quais “(1) não têm continuidade; (2) não têm coordenação, visto que ninguém de tais agências, em regra, sabe o que os outros fizeram ou estão fazendo; (3) diferentes agências são limitadas em escopo e, frequentemente, em meios [...]; (4) nenhuma delas tem condições de tornar disponível o progresso do conhecimento científico” (POUND, 1954, p. 301 – tradução nossa). Em outros termos, falta racionalidade na atividade legiferante, motivo pelo qual os juízes, os quais já contribuem para esta com sua experiência, precisam assumir uma função complementar de engenheiro social (POUND, 1954, p. 297).

A Jurisprudência Sociológica precisa ser diferenciada daquilo que viria a ficar conhecido como realismo jurídico estadunidense, vertente que radicalizou a opção sociológica mediante um rompimento da perspectiva teleológica das concepções sociologistas anteriores. A rejeição de Pound à Jurisprudência mecânica queria enfatizar que as regras e os precedentes eram guias decisórios, incapazes de gerar autonomamente uma decisão. Em outros termos, haveria um grau de discricionariedade entre suas formulações e suas materializações, mas isso não significava, para o autor, que as cortes pudessem “dispensar a aplicação de técnicas autorizadas e ideais autorizados a materiais dotados de autoridade [...]. A reivindicação de Pound era pela sensibilidade com relação aos fatos dos casos” (GOLDING, 2010, p. 116-7). Ora, Pound considera que “se não podemos dar uma resposta que seja absolutamente demonstrável para todo mundo e totalmente convincente para o filósofo, não se conclui que não podemos ter um bom esquema viável daquilo que estamos tentando fazer, e sermos capazes de fazer uma boa aproximação prática daquilo que procuramos alcançar” (POUND, 2002, p. 543). Com a estatuição de tal premissa, o autor frisa que mesmo que o direito não comporte uma correspondência absoluta entre teoria e prática, é justamente por ser possível um aperfeiçoamento contínuo da ordem jurídica e dos elementos autorizados como guias para a decisão judicial que o direito e tais orientações conseguem se sustentar. A relação controvertida entre Pound e o pensamento realista estadunidense fica clara no seguinte excerto:

O retrato que esbocei do juiz anglo-americano não é o que traçaram nos últimos anos aqueles que se chamavam de realistas [...]. [...] realismo jurídico se relaciona mais ao realismo na arte do que ao realismo filosófico [...]. O realista em arte diz que o feio existe na natureza, sendo, portanto, verdadeiro. De sorte que, para ser verdadeiro, é preciso pintar o horrendo. Mas quando afirma que o feio é real pode querer dizer que existe, ninguém o nega, ou querer dizer que é significativo, o que é discutível [...]. Soubemos sempre que o processo judicial não está em absoluto de acordo, em todos os tempos e em todos os lugares e em todos os sentidos, com o ideal que dele formamos. Apesar de todos os controles com que o cercamos, não se mostra em todas as ocasiões inteiramente como o desejaríamos. Mas lutar pelo ideal – repito – muito contribui para que o realizemos. Reveste-se de importância a aproximação do ideal que dele formamos e não das deficiências que continuamente procuramos controlar e reduzir ao mínimo. (POUND, 1976, p. 98 – tradução nossa).

Por outro lado, é bem verdade que Pound chegou a apoiar o movimento realista em seus momentos iniciais, assim como que muito do que os realistas vieram a propor encontra lastro em sua filosofia do direito. Ora, como nota Golding (2010, p. 117), “a ênfase de Pound na sensibilidade a fatos teve um grande e muitas vezes desconhecido impacto no tratamento jurídico realista dos precedentes”, o que viria a ser consubstanciado na expressão “situation-sense” de Llewellyn. Este autor realista, em especial, apresenta em seus escritos teses compatíveis com a distinção entre “law in books” e “law in action” de Pound (como a distinção entre “paper rules”, “working rules” e “real rules”), bem como, ao cunhar uma lista do que chamou de “steadying factors” – elementos estabilizadores das decisões judiciais –, ecoa, com as categorias “legal doctrine” e “known doctrinal techniques”, a relevância das técnicas, ideais e materiais no que concerne à temática da autorização interpretativa.

O realismo jurídico estadunidense segue a tradição do país de rejeitar investigações jusfilosóficas de ordem metafísica ou materialmente ideológica, o que resultou em uma negação de todo fundamento absoluto da idéia de direito. Os realistas adotam uma concepção do direito como ciência social empírica, já apresentada por Gray e Holmes. A radicalização realista considera tão-somente a realidade jurídica, isto é, o direito efetivamente existente ou os fatos sociais e históricos que lhe deram origem, como fica claro na seguinte conversa entre Karl Llewellyn, Jerome Frank e Walter Cook (1933, p. 3-4 – tradução nossa), formulada para fins didáticos:

Walter: o direito que o Legislativo coloca nos livros não significa muito senão na medida em que existam meios para os efetivar e que os oficiais responsáveis realmente utilizem esses meios com eficiência.

Karl: [...] saber se o direito significa algo ou não é algo que depende dos homens. O direito funciona – ou não funciona – na medida em que os oficiais fazem algo ou não fazem nada. E se eles fazem algo, o direito funciona de acordo com o que eles fazem. Tudo depende de quem são os oficiais. [...]. As regras não são verdadeiro direito quando congeladas.

Jerome: Você não quer dizer que *qualquer* coisa que um oficial faça equivale ao funcionamento do direito. [...]. O que você quer dizer é que o direito funciona quando um oficial faz algo que *controla a conduta* de outra pessoa. [...]. O homem

central não é o congressista [...]. [...] é o juiz. Quando ele diz “10 dólares ou 10 dias”, *são* 10 dólares ou 10 dias. [...]. Então algo efetivamente acontece. É no tribunal que o direito deixa de ser palavras bonitas e se torna real.

Karl: [...]. O juiz está lá para assentar a questão para você. Você pode não gostar o modo como ele faz isso; mas ele faz. [...]. [...] o que ele diz é o direito; é como o direito funciona.

Frank e Llewellyn foram dois dos realistas mais destacados, tendo ambos escrito suas principais obras por volta do ano 1930, época de grande crise do estado liberal estadunidense e de questionamento sobre suas instituições. Para Frank (1970), não é possível conhecer o direito relativo a uma situação senão *a posteriori*, ou seja, até que um tribunal decida a questão, não se pode dizer que há uma norma jurídica que regule esse problema, como fica claro a partir de sua posição em outro excerto da já mencionada conversa didática:

Walter: [...] As regras funcionam, também, quando ajudam o advogado a aconselhar o cliente. Se ele não as tivesse, não seria capaz de pensar sobre o caso do cliente. [...].

Jerome: Não, não são as regras. Não se o jurista for bom. Se ele conhecer sua profissão, não estará de olho nas chamadas regras de direito, mas naquilo que ele imagina que um *tribunal irá fazer*, se uma lide vier a surgir. E o que um tribunal irá fazer está muito longe de ser claro e gerar certezas. É verdade que as pessoas *querem* que o direito gere certezas. Elas querem tanto que se enganam pensando que ele o faz. [...]. Lembre-se que a única coisa que importa é o modo como o conflito efetivamente é decidido. A certeza do direito é a certeza do resultado. [...] não há como assegurar o resultado de ações judiciais, nunca houve e nunca haverá. Por exemplo, quem será o juiz neste caso particular? [...]. As regras podem ser as mesmas para todos, mas os resultados não serão. [...]. Que diferença faz o que as leis dizem, ou a Suprema Corte diz, se o juiz da corte inferior não sabe ou não se importa? (COOK; FRANK; LLEWELLYN, 1933, p. 7-12 – tradução nossa)

Inspirado pela psicanálise, Frank (1970) afirmava que o mito da certeza jurídica tinha como uma de suas motivações satisfazer uma necessidade emocional de segurança que era profundamente enraizada no inconsciente das pessoas, depositando-se no direito o papel substitutivo da autoridade ilimitada do pai após a descoberta das limitações e da falibilidade deste (COSTA, 2010, p.150). Portanto, a segurança jurídica e a generalidade das leis (“Bealismo”, termo derivado do nome do conceitualista Joseph Beale) seriam ficções a que recorreremos devido à permanência de um comportamento infantil, o qual só poderia ser superado pelo desenvolvimento da maturidade emocional (GOLDING, 2010, p. 128-29). A relação entre tal condicionamento psicológico e o caráter meramente retrospectivo da fundamentação decisória é sintetizado por Frank (1970, p. 108 – tradução nossa) nos seguintes termos:

Os psicólogos ensinam que o processo de julgamento raramente começa com a premissa da qual a conclusão é posteriormente ‘derivada’. Ao contrário, o ato de julgar começa com a formação de uma conclusão mais ou menos vaga; o homem começa com essa conclusão e depois busca encontrar premissas que a fundamentem. Se não conseguir encontrar um argumento legítimo que ligue sua conclusão às

premissas, ele irá, salvo se for arbitrário ou louco, rejeitar a conclusão e procurar uma outra.”

A criatividade (e, conseqüentemente, o juízo axiológico), pois, para Frank (1970, p. 138; 208 e ss.), é um elemento essencial na atividade judicante. Segundo o autor, os magistrados têm discricionariedade quanto à transição entre, de um lado, a generalidade e a abstração das normas (premissa maior do silogismo decisório) e, do outro, os enunciados sobre os fatos concretos (premissa menor). O direito, portanto, é incerto, indefinido e cambiante, o que, segundo o autor – em uma clara demonstração da tendência pragmática dos realistas estadunidenses –, não deixa de constituir um valor social relevante, tendo em vista a viabilidade de um reajuste contínuo entre o direito e as novidades sociais, políticas e econômicas.

Partindo da distinção feita por Gray entre direito efetivo e fonte do direito, os realistas afirmam que as “normas” mencionadas pelo juiz na sentença muitas vezes nada mais são do que um disfarce para justificar a sua decisão efetiva, fundada em uma convicção íntima (Frank), constituindo uma tentativa de justificação aparente de sua sentença perante a doutrina tradicional (GOLDING, 2010, p. 130-2). Nesse sentido, Oliphant (1928), que aparenta ser partidário de um ceticismo sobre as regras, considerava inviável a suposta extração metodologicamente objetiva de uma *ratio decidendi* vinculante para casos posteriores, como se supõe no sistema de *stare decisis*. Em perspectiva compatível com o behaviorismo, entende que as decisões judiciais são respostas a estímulos fáticos não correspondentes aos elementos de fundamentação expostos nas decisões judiciais, motivo pelo qual os juízes deveriam reconhecer o seu caráter político, sem qualquer determinação lógico-principiológica pelos precedentes (GOLDING, 2010, p. 128). As regras, em geral, teriam estreita aplicabilidade, pois embora elas influenciem decisivamente os juízes, é bastante comum que haja uma discrepância entre os textos normativos e os elementos determinantes das decisões judiciais, situação em que cabe ao cientista do direito identificar qual a efetiva *ratio decidendi* que motivou o julgador, em sua convicção íntima, a responder um problema concreto de uma dada forma. Nesse contexto, caberia, para Oliphant, uma tentativa de remoção da camuflagem ferada pelos textos normativos utilizados como elemento formal de fundamentação das decisões (GOLDING, 2010, p. 148-9).

Por sua vez, Llewellyn acredita que o mito básico do direito objetivo é sustentado pelo próprio reforço que recebe no discurso judiciário, o qual ainda se pretende como atividade silogística. Apesar de suas divergências com Frank, Llewellyn (1960, p. 12-54 – tradução

nossa) também recorre a estudos da psicologia para atacar o modelo lógico-dedutivo defendido pelos pensadores conceitualistas, como podemos notar no seguinte trecho:

Quando os psicólogos começaram a investigar como as pessoas chegam a decisões, a questão com a qual estavam preocupados era: como as pessoas chegam a uma decisão em geral, a qualquer decisão, quando se deparam com uma situação-problema? Basicamente, eles chegaram à conclusão de que se a situação em questão era efetivamente problemática, tal qual um quebra-cabeça, raramente a efetiva decisão era tomada mediante uma dedução acurada e precisa, no estilo da lógica formal. O processo comum era, em vez disso, o de uma intuição imediata – um salto a algum resultado que reduzisse a tensão; ou então o de uma sequência de experimentos mentais na forma de imaginação, em que se revisavam as várias possibilidades até que se chegasse a uma ou mais que apeteassem o sujeito. Em qualquer situação corriqueira, uma fundamentação racional para o resultado representava uma tarefa subsequente de testar a decisão diante da experiência e da aceitabilidade, conferindo-lhe um lastro e tornando-a persuasiva para si mesmo e para os outros. [...] a psicologia mostra que embelezar os resultados de uma decisão do jeito que se quer é um dos maiores esportes humanos (e um que se desenvolve peculiarmente dentre os especialistas em palavras).

Llewellyn (1960, p. 56) nega que seja inútil buscar sinais das efetivas motivações dos magistrados nas fundamentações de suas decisões. Se é verdade que não basta analisar o tom, a ênfase e o arranjo linguísticos, é possível buscar uma reconstrução das orientações emocionais e dos pré-conceitos mediante uma observação circular entre a parte e o todo da fundamentação decisória, bem como entre esta e as tendências daquele que a elaborou. Uma onda de estudos críticos das fundamentações decisórias iniciou-se na década de 1930 e submeteu tais documentos a estudos sobre os contextos em que foram redigidos e o “background” dos magistrados envolvidos e de suas linhas argumentativas. Uma maneira de realizar um desiderato tal era analisar conjuntamente, à luz de uma contextualização temporal, a vida dos magistrados e aquilo que eles produziam. Deveras relevante também foi, segundo Llewellyn (1960, p. 57 – tradução nossa), que um grupo de relevantes advogados estadunidenses, ainda nos anos 1920, tenham

começado a ler todo problema jurídico em que estavam interessados não apenas em termos de “doctrine” ou princípio, nem à luz do que tinha efetiva e estritamente decidido, mas, sim, tendo como referência o “tom” que poderia indicar o quão longe aquela corte, amanhã, sustentaria a decisão de hoje ou a expandiria. Uma leitura tal, embora, em intenção, voltada para o futuro, está, de fato, ainda mais voltada para o passado: busca-se na fundamentação decisória revelar o que motivou de maneira mais determinante o tribunal a efetivamente decidir daquela forma. Pressupõe-se que, quando considerada em conjunto com a época e o que se sabe sobre os juizes envolvidos, bem como lida com sensibilidade, a fundamentação decisória fornece tal revelação. Ademais, pressupõe-se também que há processos decisórios constantes o suficiente para que se possa contar com eles [...]. [...] mostrou-se que esta abordagem das fundamentações funciona na vida prática do direito. Contribuiu-se para uma advocacia mais segura. Casos foram ganhos nos tribunais de apelação. Seus praticantes alcançaram o patamar mais alto e se mantiveram lá. Aqui estava a melhor prática, pronta para alimentar a teoria. O que faltava ser feito era transformar essa prática em um procedimento padronizado para a prática de qualquer um (assim como para os estudos investigativos) [...]. Mas um “procedimento” significa mais do

que os ‘insights’ do craque do ofício. Ele deve ser comunicável a uma variedade mais ampla de homens inferiores. Deve ser moderadamente confiável. Deve aproximar-se de termos objetivos: deve produzir resultados “iguais” ou similares [...] nas mãos de diferentes usuários competentes e cuidadosos. (LLEWELLYN, 2011, p. 57 – tradução nossa)

A perspectiva realista estadunidense desloca o foco dos estudos jurídicos, anteriormente voltado ao estudo das regras, para uma análise da conduta dos agentes judiciários, especialmente dos juízes (o que Llewellyn reconhece como uma abordagem behaviorista), e do modo como as decisões eram efetivamente tomadas, perspectiva de inspiração um tanto cientificista (COSTA, 2010, p. 151). Nesse ponto, foi relevante o papel do pensamento nominalista e instrumentalista de Walter Bingham (1912), para quem as regras e princípios são meras generalizações organizadas, para fins de classificação, dos resultados da abordagem dos fenômenos jurídicos concretos pela ciência do Direito. As regras, conceitos e princípios não têm, pois, nenhum caráter prescritivo, e sim são, em verdade, analogamente às leis naturais, produções científicas fundadas em fenômenos concretos e dotadas da pretensão de estabelecer relações de causa e consequência para prever eventos futuros. Os fenômenos naturais e as decisões judiciais são elementos fáticos individualizados, de maneira que a generalidade das leis naturais e das regras, princípios e conceitos jurídicos só existem em pensamento (GOLDING, 2010, p. 121-5).

Por sua vez, em formulação mais moderada do que a de Bingham, Llewellyn (1930), com o propósito de distinguir entre, de um lado, as descrições dos comportamentos judiciais e os fatores que os influenciam, e, de outro, as prescrições que orientam as decisões e que figuram em suas fundamentações, estabeleceu uma classificação em que as regras podem ser qualificadas como “paper rules”, “working rules” ou “real rules”. O autor afirma que uma “paper rule” é “aquilo que, tradicionalmente, se entende por regra jurídica: a ‘doctrine’ aceita em uma época e lugar – o que os livros dizem que ‘o direito é’” (LLEWELLYN, 1930, p. 448 – tradução nossa). Contudo, tal definição, isoladamente, não permite que capturemos a diferenciação entre tal categoria e a das “working rules”, visto que, rigorosamente, estas também são regras jurídicas no sentido tradicional. Em verdade, quando o autor utiliza a expressão “paper rules”, pretende se referir a “uma regra à qual não se pode atribuir qualquer correspondência na prática”, enquanto uma “working rule” é “uma regra à qual se pode atribuir uma correspondência na prática, ou então uma prática conscientemente normatizada”. Portanto, as “paper rules” são regras que, ao contrário das “working rules”, não são efetivamente aplicadas, ou seja, não funcionam. Por sua vez, Llewellyn (1930, p. 448 – tradução nossa), reconhecendo explicitamente a influência de Holmes na consolidação do

conceito, define as “real rules” como “concebidas em termos de comportamento [...]. Elas são descritivas, e não prescritivas. [...] seriam chamadas pelos cientistas do direito de práticas tribunalícias, e não de regras”. Llewellyn preocupa-se, de pronto, em esclarecer que, “obviamente”, de maneira alguma sua intenção é qualificar as regras jurídicas como irrelevantes, mas apenas destacar que frequentemente elas não são aplicadas na prática e que, portanto, elas não podem ser utilizadas como referência fundamental para a previsibilidade das decisões judiciais. Ora, segundo o autor, “sejam puras ‘paper rules’, sejam padrões aceitos pelas autoridades, elas continuam presentes, e sua presença continua sendo uma relevante [...] realidade”, a qual aparece como “regra de dever-ser autoritativo, endereçada aos agentes oficiais, dizendo-lhes o que devem fazer”, mas pode ser desconsiderada totalmente, desconsiderada parcialmente ou efetivamente aplicada (LLEWELLYN, p. 23 – tradução nossa). Por tal razão, a atividade jurídico-científica, para cumprir seu propósito de descrever as futuras decisões judiciais, precisa se fundar em descrições de regularidades comportamentais, ou seja, em “real rules”.

Alexandre Costa (2002, p.151-2) explica que enquanto a “Sociological Jurisprudence” tinha como traço a elaboração de um modelo hermenêutico-prescritivo de aplicação do direito, os realistas estadunidenses limitaram-se a elaborar um modelo descritivo da atividade jurisdicional. Como típico empirismo, situa a ênfase de suas indagações no tema da efetividade do direito, de forma a negligenciar questionamentos deontológicos. Não há uma busca por uma metodologia de alcance da resposta jurídica correta na tradição realista, dado que o cientista passa a ser um sujeito previsor de resultados prováveis dos conflitos jurídicos, o que proporcionaria subsídios para uma movimentação estratégico-argumentativa adequada das partes, em sua tentativa de influenciar a tomada de decisão do juiz. A substituição da perspectiva do juiz pela perspectiva do advogado vem acompanhada por um discurso externo ao direito, em que um observador descreve a regularidade dos fatos decisórios em um dado sistema jurídico, não se colocando como elemento interno a tal sistema. O realismo presta-se, pois, a identificar, por via indutiva, os padrões de comportamento típicos dos juízes e as técnicas jurídicas (*crafts of Law*) utilizadas por cada tribunal. “O realismo não pode (nem tem pretensões a) elaborar uma teoria hermenêutica dogmática, dado que o discurso dogmático é sempre um discurso interno (parte do dogma de que as normas têm algum sentido e que vinculam o juiz) e prescritivo (na medida em que oferece critérios para o agir e não apenas descrições de fatos)” (COSTA, 2010, p.152).

A despeito do aparente déficit de prescritividade do pensamento realista estadunidense, devemos notar que mesmo Frank, com todo o seu ataque ao caráter ilusório da

racionalidade jurídica, defendia um ideal de juiz, o qual consistiria em um sujeito consciente de seus pré-conceitos e disposto a aproveitá-los positiva e racionalmente para tentar encontrar a decisão mais justa e objetiva possível. Por sua vez, Llewellyn (1960, p. 5; 509-11) – responsável, como ele mesmo afirma, por cunhar o termo realismo e caracterizar o movimento como um método, uma tecnologia de análise das práticas decisórias, e não propriamente como uma filosofia –, em sua obra madura, defendeu que quatorze fatores de estabilização (“steading factors”) se desenvolveram paulatinamente no sistema jurídico estadunidense e contribuíram para que os seus tribunais de apelação se tornassem mais previsíveis, a despeito da necessidade de realização de escolhas entre possibilidades de aplicação dos materiais autorizados. As ferramentas técnicas de previsão e estabilidade seriam, pois, manejadas em um “processo diário de escolha criativa e de reformulação dos resultados e ‘doctrines’” à luz de um senso situacional relevante para a resolução de qualquer problema jurídico (LLEWELLYN, 1960, p. 5 – tradução nossa). Vejamos especificamente, em tópico próprio, quais são os fatores de estabilização identificados por Llewellyn.

3.2.1 Llewellyn e sua lista de fatores de estabilização

De maneira um tanto surpreendente quando consideramos a tradição descritivista do movimento, o Llewellyn maduro deixa claro que não está apenas a apresentar fatores de estabilização presentes na prática judiciária estadunidense, mas também, em certa medida, a fomentar a sua observância – ainda que sempre ciente das ambiguidades presentes na obediência a tais fatores, inclusive no que concerne aos seus efeitos benéficos ou nocivos em matéria de previsibilidade das decisões –, o que indica a presença simultânea de um tom prescritivo em sua tese, conforme podemos notar no seguinte trecho: “[...] não apenas é difícil como também é insensato manter a descrição dissociada de meus juízos de valor e desejos. Repito que não desejo permitir que nem mesmo o leitor casual imagine que eu estou interessado apenas em fatos, ‘e não’ em metas e ideais; nem que eu vejo a previsibilidade dos tribunais de apelação como a única meta valiosa” (LLEWELLYN, 1960, p. 48 – tradução nossa). A partir de tal premissa, o estudioso conclui, em tom positivo, que os fatores de estabilização proporcionam não apenas um maior grau de previsibilidade – elemento que pode ser induzido mediante uma observação factual –, mas também uma despersonalização das decisões – ponto em que se faz importante notarmos sua indignação quanto à descontextualização de sua afirmação de que o direito é, em si mesmo, o que os magistrados decidem diante dos casos, ideia que teria, para o autor, sido difundida equivocadamente como

o cerne da proposta do realismo estadunidense (LLEWELLYN, 1960, p. 48; 511). De tal maneira, ainda que seja verdade que as opiniões divergentes demonstram que os casos mais polêmicos proporcionam, em tese, diversas respostas, algumas totalmente contrárias entre si; os “*steadying factors*”, a partir dos materiais autorizados, mitigam a perplexidade gerada pelo fato de que os magistrados costumam decidir primeiro da maneira que querem e apenas posteriormente encontrar fundamentos que se ajustem a sua decisão. Não é à toa, pois, que, recorrendo a Fuller, o autor menciona a relevância da presença ou da falta de uma “‘*ponte conceitual*’ para uma boa solução de qualquer problema novo, mormente ao considerarmos a possibilidade de que uma das partes utilize argumentos fundados em materiais autorizados para caracterizar eventual inovação como demasiadamente drástica e a demanda fática correspondente como pouco intensa” (LLEWELLYN, 1960, p. 59; 221 – tradução nossa).

O primeiro “*steadying factor*” é chamado por Llewellyn (1960, p. 19) de “*Law-conditioned officials*” e diz respeito à experiência no trato com o direito que os membros de um tribunal desenvolvem ao longo de sua trajetória profissional. O pensamento de tais magistrados é juridicamente condicionado, de maneira a não equivaler ao de um leigo ou mesmo ao de um jurista pertencente a outra comunidade jurídica.

O segundo fator de estabilização é a “*legal doctrine*”, a qual: em situações que não geram maiores dúvidas, controla a decisão; em situações que geram dúvidas, guia a decisão; e em situações significativamente problemáticas, deve ser tomada em conta pelas decisões, as quais devem estar em moderada consonância com ao menos parte de sua linguagem e espírito. A “*legal doctrine*” é composta não apenas pelas regras de direito fundadas na lei e nos precedentes, mas também por “linhas de organização e compreensão de tais materiais: conceitos, ‘ramos’ do direito com sua diferente importância, princípios difundidos [...]”, e comporta, caso considerada isoladamente, diversas possibilidades compreensivas de resolução de um caso”.

Existem diversas respostas em potencial nos materiais que compõem a “*legal doctrine*”, de modo que tais elementos, ao mesmo tempo, cumprem uma função de estabilização e comportam possibilidades de variação (LLEWELLYN, 1960, p. 20 – tradução nossa), o que abre espaço para uma oscilação entre cânones opostos na prática judiciária (“*thrust and parry*”)³². Tais cânones compõem justamente o terceiro “*steadying factor*”

³² “*Thrust-and-parry*” é uma expressão utilizada na língua inglesa para designar figurativamente um embate discursivo. Sua origem está em movimentos básicos da esgrima, esporte em que: o “*thrust*” (“*estocada*”) consiste em uma ofensiva praticada mediante um movimento horizontal do(a) florete/espada/sabre em direção ao oponente; e o “*parry*” (bloqueio) é a ação de utilizar a espada para neutralizar um “*thrust*”.

indicado (com inspiração em Pound) por Llewellyn (1960, p. 22), qual seja, as “known doctrinal techniques”, técnicas reconhecidas como corretas para fins de utilização da “legal doctrine”. Segundo o autor, “dentre essas técnicas, muitas são expressamente [...] formuladas e ensinadas; muitas são raramente formuladas de maneira expressa ou ensinadas, mas ainda assim são conhecidas e aprendidas; muitas são sentidas e usadas de maneira padronizada, mas são aprendidas e, de fato, utilizadas sem que os seus usuários tenham consciência de que as estão utilizando” (LLEWELLYN, 1960, p. 22 – tradução nossa). Llewellyn afirma que tais técnicas, conscientes ou não, determinam as possibilidades de aplicação da “legal doctrine” pré-selecionadas e as excluídas, motivo pelo qual se faz relevante que os magistrados busquem refletir sobre as técnicas que estão a utilizar, em vez de buscarem ignorar, como era típico do pensamento formal-conceitualista, a origem da resposta pretensamente correta alcançada.

O jogo concertado de estocada-e-bloqueio (“thrust and parry”) de cânones mencionado por Llewellyn (1960, p. 522-6) envolve oscilações como as dos seguintes exemplos, todos retirados de precedentes de tribunais estadunidenses, dentre os quais alguns optam por uma formulação geral e outros apõem uma exceção a esta: uma lei não pode ir além de seus textos, salvo se for necessário para concretizar seus propósitos; leis “in pari materia” devem ser compreendidas em conjunto, mas tal conceito não envolve leis cujos propósitos são distintos ou leis que aparentem ter sido elaboradas para gerar uma modificação dos propósitos gerais ou políticas que embasaram diplomas normativos anteriores; leis que criem novas sanções, responsabilidades ou direitos não podem ter efeito retroativo, salvo em situações nas quais se faça necessário para promover os fins da justiça; definições e regras hermenêuticas presentes nos textos legais são vinculantes, mas não serão estendidas além do necessário e cederão diante da intenção manifestada no texto normativo; os títulos não determinam o sentido, mas podem servir como guia quando houver dúvida ou obscuridade no texto; preâmbulos não ampliam o escopo do texto, mas podem ser consultados para determinar a *ratio* envolvida e, conseqüentemente, a adequada construção dos termos legais; se a linguagem é clara e não apresenta ambiguidades, deve ser considerada como um dado, salvo se a interpretação literal implicar conseqüências absurdas ou contrárias ao propósito legal manifesto; palavras e expressões construídas judicialmente antes do surgimento da legislação devem ser compreendidas à luz de tais construções, salvo se a lei exigir claramente que assumam um sentido diferente; palavras devem ser consideradas em seu significado comum, salvo se forem termos técnicos ou artísticos, mas palavras populares podem apresentar um significado popular e vice-versa, de modo que devem ser interpretadas de modo a se adequarem à

intenção evidente e/ou conferirem operacionalidade à lei; toda palavra ou disposição deve produzir efeitos, mas pode ser considerada supérflua caso seja incompatível com o todo da lei; quando uma mesma linguagem é utilizada em contextos similares ao longo da lei, deve ser compreendida de modo semelhante, salvo quando for necessário atribuir diferentes sentidos ao termo para que a lei conserve sua consistência; as palavras devem ser interpretadas de acordo com as regras gramaticais, salvo quando isso for contrário ao propósito legal; a expressão de algo exclui o seu oposto, mas a linguagem podem admitir diversas situações em que os casos expressos são meramente exemplificativos; palavras ou disposições restritivas ou qualificadoras devem ser referidas ao antecedente mais próximo, salvo quando o sentido evidente exigir uma construção distinta; sinais de pontuação não controlam o sentido claro e evidente da linguagem, mas determinam a escolha interpretativa quando a lei for aberta a mais de uma construção; deve-se presumir que a escolha dos termos pelo legislador foi apropriada, de maneira a não admitir uma intercambialidade fundada em conjeturas, mas os termos “e” e “ou”, quando necessário para dar sentido à lei, constituem exceções; existe uma distinção entre termos permissivos e obrigatórios, mas tal distinção deve ser flexibilizada à luz da intenção.

As “known doctrinal techniques” envolvem grande margem de indeterminação quanto aos resultados que produzirão e, de maneira geral, não apresentam guias explícitos sobre como trabalhar com tal espaço lacunoso. De todo modo, não é como se não existisse nenhum tipo de guia implícito, pois existe uma espécie de “law of leeways” no espaço em que os tribunais trabalham. Como diz Llewellyn (1960, p. 59 – tradução nossa), “as cortes trabalham dentro daqueles incríveis intervalos (‘leeways’) conferidos por nosso sistema de precedentes (e conferidos, *é claro*, [...] também por nosso sistema de trato das leis e de outros materiais autorizados baseados na cristalização de palavras”. A regra de ouro, nesse ponto, é a de que “o grau de necessidade determina o grau e a maneira em que se configura como correta e apropriada a exploração de técnicas formalmente disponíveis corretas e adequadas para manejar materiais autorizados” (LLEWELLYN, 1960, p. 22 – tradução nossa). Quanto maior for a necessidade sentida – nos termos de um “felt sense”, ou seja, de uma compreensão ainda não formulada em palavras –, mais amplo será o intervalo (“leeway”) disponível para uma reformulação do caráter de “pedigree” dos materiais autorizados (LLEWELLYN, 1960, p. 220). Em outras palavras, decisões como as que superam orientações consolidadas dos tribunais pressupõem a existência de uma necessidade significativa demandando um movimento desse tipo e, por conseguinte, o respeito ao “law of leeways”, o qual servirá como um guia, ainda que implícito, para as decisões, e não como uma autorização para um

decisionismo. Ora, ambigüamente, o “know-how” a respeito das “known doctrinal techniques” por profissionais treinados, por um lado, permite que se formulem construções linguísticas simultaneamente flexíveis e claramente orientadas – algo que uma vinculação à literalidade tende a vedar –; enquanto, por outro, a limitação da abrangência de cada técnica autorizada estabelece uma bitola para a atuação dos magistrados (LLEWELLYN, 1960, p. 22).

O quarto fator de estabilização, “responsibility for justice”, é o sentimento do magistrado de que sua resposta precisa ser justa, ainda que o sentido dessa justiça seja variável dependendo do problema ou do juiz. É verdade, porém, que esse impulso por justiça pode se chocar total ou parcialmente com a “legal doctrine”. De todo modo, o uso do jogo de linguagem típico da tradição e a assunção de uma postura voltada para objetivos sedimentados intuitivamente alcançados contribuem para a redução das variações decisórias (LLEWELLYN, 1960, p. 23).

O quinto “steadying factor” é chamado de “one single right answer” e refere-se à antiga ideologia de que existe uma única resposta para um problema jurídico. Antigamente, essa crença estava vinculada à ideia de que o magistrado deveria descobrir um direito pré-dado, a regra verdadeira, a decisão justa. Tal crença influenciava não apenas o modo de explicitação das razões decisórias, mas também a própria maneira de pensar e a própria atitude emocional do julgador diante de um caso. “Mesmo juízes que sabem em suas mentes que respostas variáveis seriam juridicamente permissíveis se depararão com um forte impulso de sentir que apenas uma delas é a correta” (LLEWELLYN, 1960, p. 24 – tradução nossa). Porém, na perspectiva do autor, existem respostas melhores do que outras, mas não necessariamente uma única resposta que possa ser considerada correta. Ele acredita que tal “steadying factor”, nos casos menos problemáticos, desencoraja, por questões de praticidade, a investigação de alternativas de resposta, e, nos casos mais problemáticos, aumenta as chances de que a decisão seja um tanto aleatória, algo que teria menos chances de acontecer casos fossem investigadas e cotejadas as diversas possibilidades decisórias. Esse fator, de estabilização, segundo o autor, tem o efeito positivo de conservar a autoconfiança dos juristas e a fé dos cidadãos na lei, mas isto não chega a compensar seu efeito negativo, qual seja, reforçar o caráter quase inconsciente da utilização das “doctrinal techniques”, com o resultado de “ocultar os rearranjos e a criação, o que não apenas reduz a previsibilidade, mas também obsta o estudo e o pensamento racionais sobre os valores e custos relativos de quaisquer objetivos em conflito e das várias medidas disponíveis ou imagináveis” (LLEWELLYN, 1960, p. 24)

O sexto fator de estabilização é “an opinion of the court”. As decisões são submetidas à pressão para que se siga uma posição já manifestada por um tribunal nas razões decisórias, algo que, inclusive, contribui para que a parte derrotada reconheça que a decisão lhe tratou com a devida consideração. O sentimento de que é necessário seguir alguma posição tribunalícia influencia muitas vezes a própria decisão que se toma, até mesmo pelo fato de que a fundamentação decisória tem como uma de suas funções a de mostrar como deve ser a resolução adequada para um tipo de caso no futuro. As fundamentações decisórias, pois, assumem a condição de expressão de grupo e orientam o modo de adesão a tal grupo pelos demais magistrados. Ademais, devemos considerar que a possibilidade de divergência gera uma pressão pela previsibilidade dos resultados. É verdade, porém, que a indeterminação do direito também diz respeito às próprias posições dos tribunais (LLEWELLYN, 1960, p. 26)

O sétimo “steadying factor” é chamado pelo autor de “a frozen record from below” e refere-se à ideia de que um tribunal não pode apreciar novos fatos, mas apenas aqueles elementos probatórios colhidos em primeira instância. Ainda assim, o tribunal tenderá a avaliá-los com base em máximas de experiência e deverá se abster de modificar a versão dos fatos fixada pela instância inferior quando houver uma divergência razoável sobre as provas. De todo modo, é verdade que, por outro lado, normalmente a responsabilidade pela justiça impele o tribunal a encontrar, com alguma frequência, elementos probatórios ocultos sob a aparência do que foi dito a respeito dos fatos na decisão inferior (LLEWELLYN, 1960, p. 28).

O oitavo fator de estabilização é chamado de “issues limited, sharpened, and phrased in advance” e refere-se à pré-determinação da decisão pela “legal doctrine”, pelos procedimentos, pelos textos legais, pela experiência dos próprios juristas e pelos precedentes. Devido a tais elementos, a escolha entre duas alternativas de resposta é consideravelmente previsível, ainda que, em nome da busca por justiça, muitas vezes um tribunal reformule sua posição, algo que acontece de maneira mais frequente do que a maior parte dos juristas se dá conta. De todo modo, esse tipo de modificação é relativamente rara e acontece apenas quando existe uma efetiva sensação de que é necessária (LLEWELLYN, 1960, p. 29).

O nono “steadying factor”, “adversary argument by counsel”, diz respeito ao papel da troca de argumentos entre as partes na fixação dos elementos fundamentais a serem considerados pelo tribunal ao decidir. Os esforços persuasivos das partes envolvem arranjos de dados compostos para fins de indução do tribunal à decisão que lhes interessa, os quais indicam os elementos autoritativos relevantes para o problema em questão e destacam certas alternativas decisórias, o que resulta em uma pressão sobre os magistrados para que estes não

desconsiderem os materiais autorizados. Porém, é verdade que a qualidade dos “briefs” é, de maneira geral, ruim, o que acaba por esconder aspectos de fato e/ou de direito significativos para a questão, de maneira a induzir o magistrado a não perceber a sua existência. Ademais, deve-se considerar que quando uma das partes é muito mais preparada do que a outra, as razões favoráveis à parte mais frágil tornam-se menos destacadas (LLEWELLYN, 1960, p. 30-1).

O décimo fator é chamado de “group decision” e refere-se ao fato de que a necessidade de se tomar uma decisão em colegiado tende a gerar uma perspectiva mais ampla e menos extremista do que uma decisão tomada por um único indivíduo. A pluralidade do tribunal gera clivagens contra pré-conceitos, contra a corrupção, contra influências indevidas de diversos tipos e contra decisões precipitadas. Ademais, um colegiado costuma decidir com maior continuidade, visto que eventuais modificações de posição de um membro provavelmente serão questionadas por outro(s), bem como que, de maneira geral, há membros que se importam mais em preservar a tradição, enquanto outros estão interessados em como determinar as decisões futuras, o que tende a produzir um equilíbrio entre as duas orientações. O outro lado dessa continuidade é o fato de os colegiados muitas vezes postergarem indefinidamente a decisão sobre um dado tema devido às divergências entre os seus membros, o que redundaria em uma inércia prejudicial. Devemos considerar, porém, que há tribunais que se afastam dessas tendências, seja pelo fato de um magistrado específico dominar o grupo, seja pela posição de deferência em relação ao entendimento do relator de cada caso – especialmente neste último caso, a previsibilidade diminui significativamente (LLEWELLYN, 1960, p. 31-3).

O décimo-primeiro fator, “judicial security and honesty”, está vinculado às garantias institucionais de independência dos magistrados. Ora, se os membros de um tribunal pudessem ser retaliados ou beneficiados tendo em vista o conteúdo de suas decisões, essas seriam muito mais aleatórias do que previsíveis e, obviamente, a frequência de soluções injustas seria muito maior. É óbvio, segundo o autor, que existem casos isolados em que um magistrado se deixa influenciar pelo interesse em ascender na carreira e/ou em colher os frutos de se destacar em um caso bastante noticiado e, conseqüentemente, conseguir popularidade ou prestígio, mas tais situações são excepcionais, ao contrário do que ocorreria se os magistrados não tivessem independência funcional. O contraponto de tal garantia, porém, é a possibilidade de que o tribunal se sinta desonerado de um dever político de prestar contas à sociedade (“accountability”) quanto à qualidade de suas decisões (LLEWELLYN, 1960, p. 33-4).

O décimo-segundo fator, denominado “a known bench”, concerne ao peso da sedimentação das posições de um dado tribunal nos casos posteriores. Ora, o conhecimento detalhado das decisões anteriores de um dado colegiado decisório contribui significativamente para que se possa prever – o que é fundamental na estratégia das partes – quais serão os seus entendimentos posteriores. Essa peculiaridade envolve, inclusive, uma tradição a respeito das relações entre cada juiz especificamente considerado com os demais, o que chega até mesmo a se impor aos novos magistrados quando estes ingressam em um dado tribunal. É verdade, porém, que essas tradições são modificáveis, o que, eventualmente, acontece com alguma rapidez, mormente quando o juiz de personalidade dominante ingressa em um tribunal e consegue se impor sobre os demais. O contraponto a tal fator de estabilização é a circunstância de que alguns tribunais apresentam grande nível de variação quanto a suas turmas, seções ou mesmo a sua composição, o que torna mais difícil a previsão dos resultados decisórios (LLEWELLYN, 1960, p. 34).

O penúltimo “steadying factor”, “the general period-style and its promise”, consiste na “maneira geral e difusa por todo o país, em uma dada época, de compreender a profissão, a perspectiva geral, o know-how, o tipo de coisas às quais os homens do direito são sensíveis e pelas quais lutam, o tom, o sabor e o aroma do trabalho e de seus resultados” (LLEWELLYN, 1960, p. 34 – tradução nossa). O autor fala em um “estilo de época” no mesmo sentido em que utilizamos a expressão nas artes, na música ou na arquitetura, bem como de modo semelhante a diferentes tipos de economia, como a industrial e a agrícola. Segundo Llewellyn (1960, p. 36-9), o “period-style” de sua época – “grand style” – vê os precedentes como muito persuasivos, mas os testa perante três tipos de razão antes de aceitá-los: a reputação do juiz que o fundamentou; os princípios, entendidos como uma generalização ampla dotado de significado jurídico manifesto e de uma função ordenadora sobre as regras; e a política (“policy”), no sentido de consequências futuras da aplicação de uma dada regra. Busca-se o melhor direito para o futuro, mas tal direito melhor deve ser construído a partir daquilo que o passado oferece. Realiza-se uma reavaliação constante da tradição, a qual, ao mesmo tempo que confere solidez, oferece possibilidades futuras mediante reformulações. Ainda que haja exceções, em geral os juízes evitam renovações drásticas ou revoluções. No que diz respeito à previsibilidade, esse estilo tem três vantagens: limita os fluxos de incerteza intrínsecos ao conflito entre os comandos autorizados e o sentimento de uma demanda por justiça; insiste que uma resposta aceitável precisa satisfazer tanto a razão quanto a linguagem, inclusive quando o ponto crucial de dificuldade diz respeito a um texto cristalizado, postura que permite que se evite boa parte das divergências; e a busca por melhores orientações para o

futuro permite que a produção e o incremento contínuos das regras possam ser entendidos e razoavelmente aplicáveis por todos, de maneira que há uma possibilidade considerável de que muitos juízes, a despeito de suas peculiaridades pessoais, cheguem às mesmas conclusões a partir das mesmas regras.

Em contraste, o “formal style”, ideologia ortodoxa que antecedeu o “grand style”, só podia proporcionar previsibilidade quando as regras eram claras, algo que, aliás, não é muito comum no “common law”. No “formal style”, as regras eram os critérios das decisões judiciais, enquanto a “policy” e as modificações do sistema jurídico eram matérias legislativas, e não dos tribunais, os quais deveriam se limitar ao proferimento de decisões dotadas de fundamentação exposta em forma dedutiva, com aparência de irrefutabilidade, de caráter apodítico. Nesse contexto, os princípios teriam apenas uma função de generalização sistemática e de resolução dos casos anômalos em que as regras não se encaixam. O bom senso era virtude desconsiderada pela perspectiva formalista, pois o juiz deveria ir de encontro a qualquer dimensão emotiva ou senso de justiça, elementos que gerariam o risco de contrariar a lei e afastar, assim, o juiz de seu dever. Nesse modelo, a criatividade consciente e as modificações graduais geradas pelas decisões não deixavam de existir, mas elas ficavam escondidas, em vez de serem explícitas nas fundamentações. Assim, tais inovações eram ocultadas do público e, de certo modo, do próprio magistrado que as praticava, ponto em que o núcleo da crítica do autor pode ser apreendida do seguinte excerto:

É claro que apenas por casualidade uma fundamentação decisória relata precisamente o processo decisório. De fato, insisto categoricamente que tal relato não é de maneira alguma uma função da fundamentação decisória [...]. Como já foi questionado desde os anos vinte, se uma fundamentação decisória é apenas uma ‘racionalização’ de uma decisão previamente alcançada, oferecer uma justificação para mero consumo público pode constituir uma ilusão artificialmente arquitetada. [...]. Fatores vitais podem deixar de ser mencionados; pseudofatores podem ser anunciados; a ênfase e o sopesamento de fatores pode ser amplamente enviesada; quaisquer declarações de “policy” podem não ocorrer por revelação, mas meramente para consumo; a própria declaração dos ‘fatos’ pode ser apenas um arranjo argumentativo realizado por um jurista mediante seleção, omissão, ênfase e distorção, tudo com o tom adequado para tornar o resultado tolerável [...]. (LLEWELLYN, 1960, p. 56 – tradução nossa)

Outro problema do “formal style” era ter como resultado certa passividade quanto ao distanciamento entre as regras escritas e as demandas sociais. Tal perplexidade gerou uma dicotomia improdutiva no que diz respeito ao grau de previsibilidade das decisões: de um lado, “juízes que queriam fazer o certo, mas não sabiam como”, e, de outro, juízes que, frequentemente, ignoravam as demandas por justiça, visto se sentirem vinculados a um dever de aplicar “o direito”, mas, eventualmente, de modo um tanto aleatório, cediam à justiça

mediante decisões logicamente inconsistentes, decisionismo, distorções fáticas e/ou distorções dos materiais autorizados (LLEWELLYN, 1960, p. 39-41 – tradução nossa).

Os juízes do “grand style”, de maneira geral, estão preocupados, em primeiro lugar, em decidir o caso corretamente, ainda que procurando bases autorizadas para tanto, e não em privilegiar “a lei” em relação à justiça. Os supostos riscos de que a continuidade das decisões e o papel de orientação da “legal doctrine” fossem desconsiderados não se confirmaram. O trato com as leis foi incrementado pela consideração das políticas legislativas, com a consequente tentativa de concretizá-las, o que contribui para a previsibilidade dos resultados. Ainda assim, muitas vezes os tribunais se veem indecisos entre, de um lado, aplicar a lei de maneira rígida e, de outro, concretizar as políticas legislativas para além da literalidade dos textos normativos. Por outro lado, se o reconhecimento da existência de diversas possibilidades de resposta contribui, em tese, para a previsibilidade, por outro, a falta de explicitação a tal respeito nas fundamentações decisórias (ou a sua presença meramente difusa em algumas decisões) muitas vezes dificulta que as partes possam concretamente encontrar uma previsibilidade na atuação dos tribunais. É de notar também que, no “grand style”, os juízes, embora libertos da desconsideração da especificidade dos problemas que era típica do “formal style”, muitas vezes resolvem os casos apenas com base na particularidades destes, o que, segundo Llewellyn, é menos produtivo, por questões de continuidade, previsibilidade e coerência, do que um esforço para a integração de um caso específico em um grupo de casos semelhantes e recorrentes, em respeito simultâneo à tradição e à preocupação com as decisões futuras (LLEWELLYN, 1960, p. 43-5).

O último e mais importante fator de estabilização, chamado de “professional judicial office”, é referente à autocompreensão do juiz quanto ao caráter de imparcialidade e retidão intrínseco a sua atividade profissional. Essa retidão envolve uma postura ativa de busca por uma percepção equânime das posições das partes e uma consideração adequada do problema como um todo. Trata-se de uma postura “aberta, verdadeiramente aberta, a escutar, a se informar, a ser persuadido, a responder às boas razões”, a qual é estimulada pelo fato de que o juiz espera ser reconhecido como digno de sua profissão pela comunidade jurídica e pelos homens comuns, ainda que, convenhamos, existam variações no temperamento dos juízes (LLEWELLYN, 1960, p. 50 – tradução nossa).

Após expor os quatorze fatores acima abordados, Llewellyn (1960, p. 216) identifica e defende um ideal de regularidade razoável das decisões (“reasonable regularity of decision”), segundo o qual a tensão incessante entre o “felt sense” e o resultado sugerido pelas palavras correntes deve ser resolvida de maneira a produzir um resultado sustentável, o qual não gere

perplexidades ou revoltas. Um resultado será bom, pois, se parecer moderadamente satisfatório à luz das condições em que foi produzido e transmitir uma sensação de naturalidade e obviedade à luz dos materiais autorizados. Caso tal resultado seja excelente, chegará mesmo a orientar as resoluções de casos posteriores, até mesmo porque “diante de uma situação fática, [...] a injustiça enseja um olhar não apenas para trás, mas também para frente, [...] não apenas para a prática anterior, mas também para a boa prática, a prática correta, a correta orientação prática [...]. [...] a ideia de ‘justiça’, como um todo, é inescapavelmente projetada [...] prospectivamente, e não apenas retrospectivamente” (LLEWELLYN, 1960, p. 60 – tradução nossa). Aliás, podemos aqui notar que o autor demonstra estar no meio do caminho entre o seu próprio “felt sense” (!) e uma formulação explícita e consciente do paradoxo existente entre a autoreferência e heterorreferência do sistema jurídico, ainda que em perspectiva epistemológica distinta da sistêmica e vinculando a noção de justiça apenas à heterorreferência:

O direito e a justiça não precisam estar em conflito ou mesmo em uma tensão demasiada, podendo, ao contrário, apresentar um harmônico funcionamento diário. Em comum com a maioria dos juristas, e sem dúvida com a maioria dos sabichões do direito, eu considerava que existia uma luta perpétua entre, de um lado, as demandas pela regularidade e pela forma dos precedentes, e, de outro, qualquer reajuste dinâmico de um sistema em continuidade ao que precisa ser feito. Pound, corretamente, destacou tendências cambiantes nesta luta, o que eu também enxerguei. Eu precisei ir até os Cheyennes para acordar para o fato de que a tensão entre, de um lado, a forma, o precedente ou outra tradição, e, de outro, necessidades percebidas exige, em sua natureza, ser uma tensão adstrita a uma situação específica. Não precisa ser uma tensão contínua no sistema jurídico como um todo, porque um sistema jurídico adequadamente resiliente pode ocasionalmente, ou mesmo quase regularmente, absorver problemas específicos e transformá-los cada vez em um novo padrão para ação – ou mesmo uma nova regra de direito – útil como guia de orientação para o futuro. [...]. Em um sistema desenvolvido, esta é a regra que dá o tom (LLEWELLYN, 1960, p. 513 – tradução nossa).

Ao defender o “reasonable regularity of decision”, Llewellyn confronta o antigo ideal de certeza e conserva apenas a expectativa de que haja uma regularidade razoável, o que confere espaço para ajustes perante as diversas necessidades suscitadas pelos problemas concretos. Segundo o autor, pois, o ideal de regularidade razoável situa-se no intervalo entre a regra e a discricionariedade, visto ir de encontro “por um lado, à ‘certeza’ do resultado ou à ‘universalidade’ da regra, e, por outro, à ‘livre discricionariedade’ ou à escolha ‘arbitrária’ ou desprovida de um padrão” (LLEWELLYN, 1960, p. 216-7 – tradução nossa). Nesse ponto, faz-se pertinente mencionar o que o autor chama de “the law of lawful discretion”, segundo a qual

nenhuma discricionariedade pode ser completamente livre; nenhuma discricionariedade pode ser completamente única em seu exercício [...]. Para ser uma discricionariedade correta, [...] (ainda que não haja nenhuma regra, precedente ou probabilidade de repetição), a ação que afeta qualquer homem ou grupo deve ser

desenvolvido com um sentimento, explícito ou implícito, de boa vontade, de prontidão, de fazer o mesmo de novo se, como e quando um caso similar surgir. Não é necessário [...] que haja nenhuma regra. Tampouco é necessário que haja qualquer esforço para formular uma regra ou expressar uma justificativa. A questão diz respeito, ao contrário, a uma atitude, uma atitude que, em primeiro lugar, é interior ao ator [...]. (LLEWELLYN, 1960, p. 216-7 – tradução nossa)

Indicativos da postura acima descrita, segundo Llewellyn (1960, p. 218 – tradução nossa), seriam: a prática decisória em consonância com os objetivos básicos do sistema jurídico, com o seu modo de funcionamento e com a consideração de “intervalos” (“leeways”) reconhecidos no jogo das decisões mediante uma postura de uso da experiência com boa-fé; e a prática operacional discricionária orientada por uma busca consciente ou não por um padrão que guie a abordagem daquilo que, no momento de sua decisão, parece ser um caso dotado de unicidade. *A contrario sensu*, é antijurídica a atuação que desrespeita tais elementos e, por conseguinte, ultrapassa os limites compartilhados da prática decisória cotidiana sem que haja uma necessidade fática demandando uma atuação desse tipo: “o que é adequado e esperado em um caso extremo se tornaria um abuso, uma usurpação judicial, se feito na prática diária em casos corriqueiros” (LLEWELLYN, 1960, p. 220 – tradução nossa).

Não é à toa, pois, que Llewellyn faz questão de ressaltar que “mesmo quando um homem ou tribunal trabalha sob, com e mediante regras de direito (ou de prática, ou dos dois tipos) explícitas, trabalhar corretamente envolverá a obediência à ‘Law of lawful discretion’”, bem como que “qualquer busca por uma regularidade razoável [...] tem o poder de moldar a conduta em direção ao objeto dessa busca, transformando-a nesse próprio objeto” (LLEWELLYN, 1960, p. 219-20 – tradução nossa). Tal afirmação parece revelar, mais uma vez, um ponto intermediário entre o “felt sense” e a formulação do potencial da exigência de justificação para fomentar uma melhor descoberta, o que parece imunizar Llewellyn, ainda que parcialmente, da crítica de Golding (2010, p. 39 e ss.) à negligência realista quanto à distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação, diferença que proporcionaria a percepção de que ainda que, intimamente, a norma efetivamente determinante das decisões judiciais não seja aquela exposta no catálogo normativo escrito e apresentada formalmente como fundamentação da decisão, a admissão de que as regras e os princípios são elementos necessários da justificação do discurso jurídico impõe sua consideração como direito (materiais autorizados), no que uma postulação radical, tal qual a de Frank, estaria equivocada.

Uma crítica relevante ao realismo estadunidense (mormente a Bingham) foi feita por Golding (2010, p. 124) e diz respeito ao fato de tal vertente não abordar a perspectiva do observador interno do sistema jurídico, o que significa uma omissão a respeito da necessidade

de explicação da vinculatividade do direito e do caráter autoritativo reconhecido às decisões dos órgãos competentes. Essa questão foi abordada por uma outra vertente realista, vinculada à escola de Uppsala, caracterizada por uma perspectiva psicologista e inspiradora do esforço de Alf Ross para combinar tal elemento psicológico com o comportamentismo dos estadunidenses, conforme veremos no próximo tópico, referente à tradição de pensamento que pode ser considerada um ancestral do eixo analítico de nossa proposta.

3.3 ANCESTRAL ANALÍTICO: O REALISMO DE ALF ROSS E A PERSPECTIVA SEMÂNTICA DE VALIDADE

Miguel Reale (2002, p. 329 e ss.) chama de posturas neo-empiristas aquelas normalmente designadas como pertencentes ao realismo escandinavo. O autor brasileiro considera pensamentos como o de Alf Ross e o de Olivecrona filosoficamente coerentes com a tradição empirista, visto estabelecerem entre *fato* e *norma* uma linha de continuidade estrita, de forma a afastar qualquer dualismo entre realidade e valor. Nessa linha de pensamento somente se admitem regras de direito suscetíveis de verificação empírica, isto é, estabelecidas em função de fatores observáveis, ou, então, redutíveis logicamente a enunciados normativos já comprovados (verificação analítica). No contexto empirista, a regra jurídica é pretensamente considerada vazia de conteúdo axiológico, — não sendo boa, nem má, mas tão-somente "jurídica", — de tal modo que a "validade" repousa sobre um "juízo probabilístico" sobre a sua futura aplicação pelos órgãos judicantes.

Os quatro realistas escandinavos de maior destaque assumem uma perspectiva antimetafísica. Axel Hägerström deu o pontapé inicial da perspectiva realista escandinava, com sua teoria sobre a inexistência factual de direitos subjetivos e deveres jurídicos, bem como com sua consequente afirmação de que os conceitos jurídicos fundamentais devem corresponder a forças reais independentes das faculdades humanas naturais, liberadas pelas fontes do direito. Por sua vez, Lundstedt, baseado nessas ideias, negou à ciência jurídica uma hierarquia científica e afirmou que o direito subjetivo é uma posição favorável em relação a uma pessoa em razão da pressão psicológica exercida nos demais membros da sociedade. Seu pensamento é notavelmente utilitarista, adotando o critério do bem-estar social, encontrado com base nas convenções sociais, como substitutivo ao de justiça nas investigações jurídico-científicas. Esse caráter convencionalista do direito também se manifesta na obra de Karl Olivecrona, para quem o direito, composto por normas jurídicas concebidas como imperativos, é um instrumento de controle social pela via de uma organização coercitiva e se

impõe a legisladores e juízes como um fato, sem que isso signifique que não possa ser modificado por tais agentes. Já Alf Ross, autor que subscreveu a tese de que o direito subjetivo é um conceito expletivo e convencional que apenas serve para designar de maneira mais simples a cópula deôntica entre o antecedente e o conseqüente da norma jurídica, vê o direito como fato do ser e as normas jurídicas como normas do ser, enunciativas do modo como efetivamente se conduzem os aplicadores do direito, e não de como deve ser tal comportamento. Vejamos, a tal respeito, algumas palavras de Alf Ross (2001, p. 64-5) sobre o seu projeto realista, o qual está situado entre o psicologismo e o condutivismo:

o princípio da verificação deve se aplicar também a este campo do conhecimento, ou seja, que a ciência do direito tem que ser reconhecida como uma ciência social empírica. Isto significa que não devemos interpretar as proposições acerca do direito. Nossa interpretação, baseada na análise precedente, é que o conteúdo real das proposições da ciência do direito se refere às ações dos tribunais sob certas condições. Em conformidade com isso diz-se amiúde que uma regra é direito vigente quando é aplicada na prática dos tribunais. [...]. Se alguém indaga qual é o direito vigente hoje em relação a uma determinada matéria, o que indubitavelmente deseja saber é como serão decididos os conflitos presentes se submetidos aos tribunais. Neste caso obviamente não interessa saber quais regras até agora os tribunais têm seguido ao elaborar suas decisões, a menos que haja razão para crer que continuarão atuando do mesmo modo. Inversamente, uma regra pode ser considerada direito vigente a despeito de não ter sido até agora aplicada pelos tribunais, por exemplo caso se trate de uma lei recentemente promulgada. É considerada vigente se sob algum fundamento além da prática prévia dos tribunais houver razão para supor que a regra será aplicada em qualquer decisão jurídica futura.

Ross foi influenciado por Hägerström em sua assunção de um conceito materialista de realidade, de uma crítica filosófica da linguagem tipicamente neo-empirista e de uma concepção semântica de validade. Assim como membros do Círculo de Viena (exemplificativamente, Carnap) e como o próprio Hägerström, Ross concebe os valores como expressões subjetivas de sentimentos e desejos, isto é, desvinculados de propriedades reais dos objetos. Por tal razão, não se pode atribuir a um valor o predicado de verdadeiro ou de falso, o que significa não se pode produzir qualquer conhecimento objetivo sobre aspectos morais, ponto em que se caracteriza o seu emotivismo ético, tipicamente antimetafísico. A filosofia, para Ross, é desprovida de propósitos ontologizantes e consiste em um método de análise lógico-linguística da ciência (CAFFÉ *in* ROSS, 2001, p. 10).

Ross contrapõe seu empirismo a duas vertentes idealistas, isto é, segundo as quais a validade é captada racionalmente, independentemente de fenômenos sensíveis, temporal e espacialmente situados. O primeiro tipo de idealismo confrontado por Ross é o axiológico, nos termos do qual a ideia de justiça é: elemento materialmente constituinte do direito; confere a este força obrigatória e validade; e serve como ideal para a avaliação e a legitimação

de um dado direito positivo. O segundo tipo de idealismo recusado por Ross é o formal, segundo o qual o Direito, como ciência, desconsidera questões éticas ou políticas e apenas aprecia a vigência do direito positivo no plano fático. Nesse modelo, o direito-objeto não é descrito a partir dos fenômenos sociais, políticos ou axiológicos, mas, sim, tendo como referência um ideal de validade, categoria formal que expressa uma propriedade presente em toda norma jurídica existente, independentemente de seu conteúdo (CAFFÉ *in* ROSS, 2001, p. 11).

Diferentemente, em Ross, a validade não se opõe à realidade, visto não consistir em uma ideal material axiológico (validade como justiça) ou em uma categoria formal deontica (validade formal). O direito, para o professor dinamarquês, seria um conjunto de fatos sociais compreendido em termos de efetividade, de modo que a existência do direito não exige, para sua identificação, qualquer tipo de recurso apriorístico, moral ou ideológico. Ross recusa os esforços tradicionais pela busca por uma essência do direito no plano real e debruça-se sobre uma compreensão do direito como “palavra que não designa uma natureza ontológica, um direito em si, mas é utilizada como instrumento semântico para descrever sistemas ou ordens normativas nacionais desenvolvidas que se apresentam empiricamente à nossa investigação científica” (CAFFÉ *in* ROSS, 2011, p. 12).

Ross (2001, p. 59; 79) entende como direito vigente o sistema de normas que servem como um esquema de interpretação para os fenômenos jurídicos em ação, isto é, de normas que são efetivamente obedecidas por serem vivenciadas como socialmente obrigatórias. Esse sistema será aplicado pelo juiz e por outras autoridades jurídicas, os quais são os verdadeiros obrigados a aplicar o direito com uma postura desinteressada³³. Se o direito, para o autor, é um meio de comunicação e controle social dotado de efetividade, a sua concepção de vigência precisa envolver um elemento social, físico, qual seja, a efetividade da norma, observada externamente tendo como referente o fato de sua aplicação. Porém, a tal elemento precisa ser

³³ “No que diz respeito às normas jurídicas em sentido próprio, isto é, as normas dirigidas ao juiz e que funcionam como padrões para sua decisão, é mister que definitivamente se tenha como pacífico que o juiz é motivado, primeira e principalmente, por impulsos desinteressados, pelo puro sentimento do dever, e não pelo temor das sanções legais ou por quaisquer outros interesses. As sanções legais que atingem a um juiz em função da forma como executa suas tarefas somente são possíveis em casos de desvios judiciais extremos (suborno e similares) e dificilmente têm um papel efetivo na prática. O motivo que leva os juizes a respeitar as normas não se encontra, portanto, na justiça retributiva. No que toca aos juizes dos tribunais superiores, o interesse em granjear ou preservar certa reputação profissional e fazer carreira pode desempenhar um papel, mas raramente o decisivo. Se os tribunais forem considerados coletivamente, encabeçados pela Corte Suprema, não haverá apelação possível contra as decisões que, de fato, adotem. A meu ver, é mister ter como ponto pacífico acima de qualquer dúvida (embora eu admita que é difícil suprir uma prova meticulosa disto) que jamais seria possível edificar um ordenamento jurídico eficaz se não existisse no seio da magistratura um sentimento vivo e desinteressado de respeito e obediência pela ideologia jurídica em vigor. É mister supor que as normas jurídicas em sentido próprio são observadas tão ‘voluntariamente’ como as normas do xadrez.” (ROSS, 2001, p. 79)

somado um outro, de cariz psicológico, que é a experiência interior da normatividade pelo juiz, o qual a sente como socialmente obrigatória e, portanto, vinculante para a sua conduta decisória³⁴. Ora, as normas jurídicas, para Ross, têm nos juízes os destinatários das ações que elas prescrevem. Tais normas compõem uma ordem de regulação do exercício da força, seja quanto a suas condições e limites, seja no que diz respeito à competência para a exercer. Uma norma vigente é um esquema racional, ideal e abstrato de interpretação que efetivamente dirige a interpretação e a aplicação do direito em ação nos tribunais como um todo coerente de significado, o que proporciona certo grau de previsão quanto aos resultados dos conflitos judicializados. Não há, pois, na teoria realista de Ross a distinção idealista entre um âmbito dos fatos e relações sociais e um mundo de validade racional do direito. Uma norma, portanto, não é válida, em sentido sintático – relação entre normas –, como ocorre no idealismo formal, por ser coadunável com patamares normativos superiores (CAFFÉ *in* ROSS, 2011, p. 12). O autor, em uma perspectiva semântica, prefere assumir uma noção de vigência em que combina o sentimento de sua obrigatoriedade social pelos magistrados e a sua efetiva aplicação nos tribunais, ou, em outros termos, a “relação entre o conteúdo ideal normativo e a realidade social” (ROSS, 2001, p. 97). Nesse contexto, Ross (2001, p. 59-60) define o direito como

o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata. O teste da vigência é que [...] aceitando o sistema de normas como um esquema interpretativo [...] podemos compreender as ações do juiz (as decisões dos tribunais) como respostas plenas de sentido a dadas condições e, dentro de certos limites, podemos predizer essas decisões - do mesmo modo que as normas do xadrez nos capacitam a compreender os movimentos dos jogadores como respostas plenas de sentido e predizê-los. [...] somente os fenômenos jurídicos no sentido mais restrito - a aplicação do direito pelos tribunais - são decisivos para determinar a vigência das normas jurídicas. Contrastando com as idéias geralmente aceitas, é mister enfatizar que o direito supre as normas para a conduta dos tribunais, e não para aquela dos indivíduos particulares. A efetividade que condiciona a vigência das normas só pode, portanto, ser buscada na aplicação judicial do direito. [...]. O fator decisivo que determina que a proibição é direito vigente é tão-somente o fato de ser efetivamente aplicada pelos tribunais nos casos em que transgressões à lei são descobertas e julgadas. Não faz diferença se as pessoas acatam a proibição ou com frequência a ignoram.

A validade normativa em Ross (2001), portanto, não é transcendente ou independente da experiência, mas sim apoiada na própria realidade dos fatos, o que significa uma superação da dualidade validade-eficácia (ser-dever-ser), que o autor reputa metafísica. Ross identifica

³⁴ “Ross [...] entende que a validade das normas jurídicas está relacionada com o comportamento da autoridade aplicadora (Ross fala, genericamente, nos tribunais). Validade é, pois, um conceito relacional que manifesta a experiência social de uma conduta como obrigatória: dizer que uma norma vale é dizer que ela é aplicada pelos tribunais com a consciência de sua obrigatoriedade. Pode-se dizer, em certo sentido, que Ross tem uma concepção semântica de validade: a norma é um signo que prescreve uma realidade comportamental, e sua validade verifica-se por uma relação signo/objeto, norma/comportamento de aplicação por parte dos tribunais.” (FERRAZ JR., 2003, p. 180).

as duas categorias, entendendo que as normas são aplicadas (têm eficácia) porque os julgadores se sentem vinculados por estas normas, reduzindo os enunciados prescritivos a meros enunciados descritivos. O elemento eficaz do direito, à luz da filosofia analítica da linguagem, é compreendido pelo autor como um fenômeno comunicativo de controle social do comportamento dos magistrados.

Ross (2001, p. 75 e ss.) tenta explicar a vinculatividade dos magistrados aos conteúdos legislativamente postos com base no efetivo reconhecimento da autoridade dos preceitos legais pelos juízes. Esse raciocínio acaba redundando em uma espécie de critério de *pedigree*, o qual é logicamente pressuposto pelos juízes não apenas em relação aos legisladores, mas também a si próprios, como autoridades competentes para julgar, ponto em que se supre a lacuna quanto à perspectiva do observador interno, questão não abordada pelos realistas estadunidenses. Esse reconhecimento dúplice por parte dos juízes implica a admissão de que o conteúdo de suas decisões está condicionado e determinado pelos conteúdos legislativos, mas essa validade semântica só é identificável tendo como referência o efetivo comportamento do magistrado, motivo pelo qual não se separam as categorias de ser e dever-ser, eficácia e validade³⁵.

Diante do exposto, julgar equivaleria performativamente a reconhecer-se vinculado a uma norma decisória, bem como a uma norma de atribuição de competência para a realização do ato judicante. De tal maneira, o conteúdo das decisões judiciais estaria condicionado e determinado pelos conteúdos legislativos ou dos precedentes, mas, paradoxalmente, tal conteúdo só seria verificável como juridicamente vinculante quando de sua efetiva aplicação pelos magistrados, o que caracteriza a validade normativa como um fenômeno empiricamente observável. Essa descrição sobre uma vinculatividade que só se verifica empiricamente a partir de um ato decisório que lhe atribua sentido pode ser lida, sistemicamente, como uma constatação da hierarquia entrelaçada entre o Legislativo e o Judiciário. A jurisdição

³⁵ “Normas de competência são normas de conduta indiretamente formuladas. [...] [...] o conteúdo real do enunciado que afirma que as regras constitucionais referentes ao poder legislativo são direito vigente é uma previsão de que as normas de conduta criadas pela legislação em conformidade com a Constituição serão aplicadas pelos tribunais. [...] A interpretação segundo a qual o direito é constituído por regras respaldadas pela força é inadmissível [...]: resultaria na exclusão, do domínio do direito, de partes essenciais que estão indissolavelmente conectadas às normas de conduta em sentido figurado, as quais têm o respaldo da força. Em primeiro lugar, tal interpretação excluiria todas as normas de competência, visto não serem estas respaldadas pela força. Com base no ponto de vista que estamos criticando, sempre constituiu um problema saber como ser capaz de reconhecer como direito grandes áreas do direito constitucional e administrativo que são compostas de normas dessa espécie. Razões de coerência lógica nos obrigam a negar que tais áreas do direito possuam caráter jurídico, o que é disparatado, não tanto porque contradiz concepções correntes, mas porque tais normas - na qualidade de normas de conduta indiretamente formuladas - se acham numa coesão inseparável de significado com as normas de conduta diretas. Em segundo lugar, essa interpretação alijaria as próprias normas que respaldam a aplicação do direito, nomeadamente, as normas secundárias que garantem as normas primárias de conduta.” (ROSS, 2001, p. 76-8).

estabelece o que é legal e o que é constitucional, de maneira a controlar o sentido normativo das decisões legislativas, mas, ao mesmo tempo, está vinculada aos textos legais. Esse desenho institucional obsta o estabelecimento de uma hierarquia unilateral do processo legislativo (e, portanto, do sistema político) em relação ao sistema jurídico. Não seria adequado, pois, igualar a vinculação do juiz à lei a uma subordinação do juiz a essa mesma lei. A vinculação do juiz à lei precisa levar em conta o pressuposto linguístico de que os textos legais precisam da atividade compreensiva do juiz para fins de um desvelamento de sentido e de sua correlata aplicação a um caso real. A lei vincula a jurisdição, mas a própria validade da lei está subordinada ao sentido desvelado pela jurisdição, de maneira que ambos os níveis de linguagem – o da lei e o da decisão judicial – constituem simultânea e reciprocamente linguagem-objeto e metalinguagem.

Ross assume um realismo psico-sociológico, ou seja, situa-se entre, de um lado, o realismo psicológico típico de seus antecessores Hägerström, Lundstedt e Olivecrona e, do outro, o realismo comportamentista dos estadunidenses. O autor explica que todo realismo interpreta a vigência do direito tendo como critério a efetividade social das normas jurídicas, de maneira que a diferença entre uma norma vigente e um projeto de lei é que aquela tem um conteúdo ideal normativo de caráter ativo, o que faz do direito um direito em ação. A divergência determinante entre os tipos de realismo mencionados pelo autor, pois, está na definição do que é “ser ativo”: segundo Ross (2001, p. 98), na teoria psicológica, “o direito é aplicado porque é vigente”, enquanto na teoria comportamentista “o direito é vigente porque é aplicado”.

No realismo psicológico, a vigência da norma tem como critério a sua aceitação pela consciência jurídica popular, elemento que determinaria o comportamento do juiz. Nesse contexto, a efetiva aplicação da norma assume caráter meramente derivado e secundário. Como explica Ross (2001, p. 97-8),

O critério efetivo não é a aplicação como tal, mas sim o fator determinante por trás dela. [...]. A objeção principal ao realismo psicológico é que consciência jurídica é um conceito que pertence à psicologia do indivíduo. Ao vincular o conceito de direito vigente à consciência jurídica individual, esse ramo do realismo converte o direito num fenômeno individual que se acha num plano idêntico ao da moral. [...]. Uma tal definição é inaceitável. É preciso pressupor que, ao menos dentro de certos limites, é possível definir um ordenamento jurídico nacional como um fenômeno externo intersubjetivo e não como uma mera opinião subjetiva que pode ser medida por meio de uma pesquisa de opinião. Se há razões plausíveis para supor que uma dada regra será adotada pelos tribunais do país como fundamento para suas decisões, então essa regra é direito nacional vigente, tal como entendem os juristas geralmente essa expressão [...].

Enquanto no tipo de realismo acima descrito a realidade do direito está nos fatos

psicológicos, no realismo comportamentista a realidade do direito está na prática dos tribunais, ou seja, o critério de vigência normativa é a existência de fundamentos para que se suponha que tal norma será utilizada pelos tribunais como base decisória – perspectiva que Ross (2001, p. 100) vincula explicitamente ao realismo estadunidense³⁶. Invertendo a prioridade atribuída pelo realismo psicológico à consciência jurídica dominante, tal elemento, no realismo comportamentista, é meramente derivado e secundário. De todo modo, para Ross (2011, p. 98; 129-30), esse tipo de realismo também não é suficiente, como se nota no seguinte excerto, em que o autor critica explicitamente o realismo estadunidense:

é impossível prever a conduta do juiz por meio de uma observação puramente externa do costume. Só é possível atingir uma interpretação sustentável da vigência do direito por meio de uma síntese do realismo psicológico e do realismo comportamental [...]. Minha opinião é comportamentista na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos. [...]. Mesmo uma lei pode, consoante as circunstâncias, ser desconsiderada pelo juiz. Isto fez Gray negar que as leis, como tais, são direito. Segundo Gray, não passam de um fator de motivação, uma tentativa de criar direito e não podemos conhecer o resultado da tentativa até constatar os tribunais aceitam a lei como a interpretam. Por isso, afirma esse autor que o direito consiste unicamente naquelas regras que são aplicadas pelos tribunais, e que todo o direito, portanto, é criação do juiz. Entretanto, este ponto de vista é ilógico. Quais regras são aplicadas na prática é observado no comportamento dos tribunais até o presente, o que implica, por conseguinte, que Gray faz referência aos precedentes como a fonte que por si mesma cria direito. Contudo, não entendo porque Gray não adota, relativamente aos precedentes ou jurisprudência como fonte, a mesma posição que adota frente à lei. Também aqueles não passam de fatores motivadores e não sabemos com certeza nenhuma que influência terão sobre as

³⁶ Transcrevemos aqui nota de rodapé em que Ross (2001, p. 100) estabelece um elo entre o realismo comportamentista e a obra de diversos autores do pensamento jurídico estadunidense, desde Holmes, passando por Gray e Cardozo e chegando efetivamente ao realismo com Frank: “Essa linha de pensamento foi seguida por John Chipman Gray (*The Nature and Sources of Law*) (1909), que definiu o direito como ‘as regras que os tribunais... formulam para a determinação dos direitos e deveres,’ e fez a notável afirmativa de que ‘o direito de uma grande nação é constituído pelas opiniões de meia dúzia de velhos senhores, alguns deles, pode-se concebê-lo, de inteligência bastante limitada,’ porquanto ‘se meia dúzia de senhores constituem a mais alta corte de um país, nenhuma regra ou princípio que eles se recusem a seguir será direito nesse país.’ Op. cit., 84 e 125. A partir deste ponto a idéia foi conduzida às suas conclusões lógicas extremas por Jerome Frank - *Law and Modern Mind*, 1930 - a saber, à conclusão de que o direito não consiste em absoluto em regras, mas tão-só na soma total das decisões individuais. ‘Podemos agora arriscar uma definição rudimentar e provisória do direito do ponto de vista do homem médio: para qualquer pessoa particular leiga, o direito, relativamente a qualquer conjunto particular de fatos, constitui uma decisão de um tribunal no tocante a esses fatos na medida em que essa decisão afeta essa pessoa. Enquanto um tribunal não tiver se pronunciado sobre esses fatos, não existirá direito sobre o ponto. Antes de tal decisão, o único direito disponível é a opinião dos advogados acerca do direito aplicável a essa pessoa e a esses fatos. Essa opinião referencial não é realmente direito, mas meramente uma conjectura do que decidirá o tribunal. O direito, portanto, acerca de uma dada situação, é (a) direito efetivo, isto é, uma decisão específica passada referente a dita situação ou (b) direito provável, isto é, uma conjectura quanto a uma decisão específica futura.’ Op. cit., 46. Benjamin Cardozo não aprova os excessos do realismo, mas aceita a idéia fundamental: ‘Eu contemplo um vasto e pouco preciso conglomerado de princípios, regras, costumes, usos e padrões morais, prontos para ser incorporados numa decisão conforme certo processo de seleção a ser praticado por um juiz. Se estiverem estabelecidos de sorte a justificar, com razoável certeza, a previsão de que encontrarão o respaldo do tribunal no caso de sua autoridade ser questionada, então direi que são direito.’ *Selected Writings* (1947), 18.

decisões jurídicas futuras. O problema se reduz ao seguinte: se uma regra tiver somente que ser reconhecida como direito vigente se pudermos dizer com certeza que será aplicada pelos tribunais no futuro então nenhuma regra poderá ser reconhecida como direito vigente. Tal foi a conclusão a que chegaram Jerome Frank e outros realistas norte-americanos, ao afirmarem que o direito não consiste em regras, mas sim exclusivamente no conjunto das decisões jurídicas específicas.

Luiz Fernando Coelho (2004, p. 358) vê o realismo de Ross como um realismo linguístico, o qual se distingue do realismo axiológico dos culturalistas (como Reale) e do realismo estadunidense. Segundo o autor, o pensamento de Alf Ross teria sido o apogeu de uma combinação entre o condutivismo social – a conduta verbal do juiz (decisão) é reveladora de consistência e pré-decidibilidade, ou seja, a norma vigente é aquela que se pode imaginar que virá a ser aplicada pelas instituições judiciárias – e psicologismo – compreensão da consistência como um todo coerente de significado e motivação, cuja possibilidade envolve o pressuposto de que o juiz está influenciado pela experiência ideológica da consciência jurídica dominante. Nesse contexto, cabe à ciência do Direito, vista como uma ciência social empírica, expor sistematicamente a ideologia esquemático-interpretativa do direito vigente, representada pelas diretrizes objetivas da consciência jurídica dominante que são as fontes do direito, elementos psicológico-empíricos de orientação ideológica das decisões dos magistrados e, conseqüentemente, do comportamento dos cidadãos, os quais nutrem expectativas com base nessa identificação de critérios comuns às decisões jurídicas³⁷.

Para Ross (2001, p. 68), afirmar cientificamente que o conteúdo real de um dispositivo “A” é direito vigente significa prever que se o Judiciário for provocado para verificar a

³⁷ Vejamos a explicação de Ross (2001, p. 80) sobre as razões pelas quais os cidadãos se orientam indiretamente pelas normas de conduta dirigidas aos magistrados: “[...] as normas de conduta em sentido figurado, ou seja, aquelas que podem ser derivadas das normas de conduta propriamente ditas [...]. A consciência de que o comportamento contrário a essas normas de conduta traz consigo o risco de juízo, sentença e execução, indiscutivelmente gera um forte motivo para agir de uma maneira lícita. [...] Mas esta não é a razão única. A maioria das pessoas obedece ao direito não só por receio da polícia e das sanções sociais extrajurídicas [...], mas também por acato desinteressado ao direito. O cidadão comum, também, é animado - num maior ou menor grau - por uma atitude de acato ao direito, à luz do qual os governantes aparecem como "poderes legítimos" ou "autoridades", as exigências do direito como credoras de acato e a força que é exercida em nome do direito não é considerada como mera violência, mas sim justificada na qualidade do que respalda o direito. Quando as regras do direito estão bem estabelecidas, essa atitude se torna automática, de sorte que nenhum impulso surge no sentido de contrariar o direito. [...] Esse componente de motivação desinteressada, de cunho ideológico, é com freqüência descrito como consciência moral produzida pela tradicional observância do ordenamento jurídico. A ambigüidade do termo "moral" [...] pode gerar mal-entendidos. É verdade que a atitude que consideramos pode ser genuinamente reprovadora do ato ilícito, porém isso não é essencial. Comumente, essa atitude encerra mais caráter formal: é dirigida às instituições e importa o reconhecimento de sua ‘validade’ como tais, independentemente do fato das exigências nas quais se manifestam poderem ser aprovadas como ‘moralmente certas’ ou ‘justas’. O direito é o direito, e tem que ser observado - dizem as pessoas - e aplicam esta máxima mesmo aos casos nos quais as exigências do direito estão em conflito com idéias de justiça aceitas. Para distinguir esta atitude da genuína atitude ‘moral’, a expressão consciência jurídica ‘formal’ ou ‘institucional’ será aqui empregada para as primeiras, enquanto as últimas serão chamadas de consciência jurídica ‘material’ ou ‘moral’”.

existência dos fatos condicionantes de tal disposição, o juiz, não havendo circunstâncias modificadoras do fundamento de “A”, a assumirá como elemento essencial de sua decisão.³⁸ É de se notar, porém, que mesmo após reiteradas decisões que verifiquem “A”, esta disposição continuará sendo uma predição incerta quanto às decisões futuras. Em outros termos, é possível dizer que “A” ainda é direito vigente, mas não é possível garantir que continue a ser no futuro, ainda que, convenhamos, um enunciado sobre o direito atual faça necessária referência ao futuro. Para ilustrar o seu ponto de vista, Ross remete ao realismo de Frank, especificamente no que diz respeito ao papel da subjetividade do juiz quanto à avaliação das provas produzidas, bem como ressalta a incerteza quanto à própria interpretação das regras³⁹. Ross considera que o juiz não é motivado, ao decidir sobre qual é o direito vigente, apenas pelos fatores ideológico-jurídicos. Nesse ponto, o autor introduz, ainda que sem o uso explícito dessa terminologia, a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação para explicar a divergência entre as teorias conceitualistas e o pensamento realista estadunidense – mormente no que diz respeito aos questionamentos sobre as regras feitos pelo jovem Frank, por Felix Cohen, por Llewellyn e por Dickinson, todos mencionados por Ross:

que relação existe entre os argumentos e a sentença (parte dispositiva), a qual naturalmente é o que realmente desejamos predizer? [...]. O ponto de vista tradicional não questiona que a sentença (parte dispositiva) seja o resultado do raciocínio realizado nos argumentos. A decisão, de acordo com essa opinião, é um silogismo. Os argumentos contêm as premissas, a sentença (parte dispositiva), a conclusão. Em oposição a este parecer, alguns estudiosos de época mais recente têm sustentado que o raciocínio feito nos argumentos não passa de uma racionalização da sentença (parte dispositiva). Com efeito - dizem - o juiz toma sua decisão em parte guiado por uma intuição emocional e em parte com base em considerações e propósitos práticos. Uma vez estabelecida a conclusão, o juiz encontra uma adequada argumentação ideológica jurídica que justifique sua decisão. Usualmente

³⁸ “[...] um enunciado sobre o direito vigente da atualidade não se refere ao passado. Por outro lado, tampouco parece se referir ao que ainda está por vir. [...]. [...] os enunciados que concernem ao direito vigente da atualidade têm que ser entendidos como enunciados alusivos a decisões futuras hipotéticas submetidas a certas condições: se se instaurar uma ação em relação à qual a regra jurídica particular apresenta relevância, e se nesse ínterim não houve nenhuma modificação no estado do direito (quer dizer, nas circunstâncias que condicionam nossa asserção de que a regra é direito vigente), tal regra será aplicada pelos tribunais. As condições indicadas determinam, ao mesmo tempo, o método de verificação. Para verificar uma proposição acerca do direito vigente é preciso satisfazer as condições prescritas e observar a decisão. O fato de que eu próprio possivelmente não esteja numa posição para pôr em marcha esse processo carece de relevância. O significado de uma asserção está satisfatoriamente definido se ela puder, em princípio, ser verificada, isto é, independentemente de dificuldades técnicas ou obstáculos. [...] [...] "aplicação" na prática jurídica só pode significar que nas decisões nas quais se supõe existirem os fatos condicionantes de tal regra, esta forma parte essencial do raciocinar que funda a sentença e que, portanto, a regra em questão constitui um dos fatores decisivos que determinam a conclusão a que chega o tribunal.” (ROSS, 2001, p. 67)

³⁹ Aqui Ross (2001, p. 30) fala que há uma interpretação “psicologista” em Frank, mas não devemos confundir o emprego da expressão, aqui relacionada aos pré-sentimentos subjetivos que influenciam ao juiz, com o uso feito do adjetivo “psicológico” por Ross para caracterizar o realismo que prioriza a consciência jurídica dominante. Entendemos, pois, que o realismo de Frank, como é típico da tradição realista estadunidense, comportamentista, dado que a interpretação psicologista mencionada por Ross é justamente um elemento que busca explicar hermeneuticamente as variações de conduta por parte dos juizes.

isto não será difícil para ele. A variedade das regras, a incerteza de sua interpretação e a possibilidade de elaborar construções diversas sobre as matérias em debate geralmente permitirão que o juiz encontre uma roupagem jurídica plausível com que revestir sua decisão. A argumentação jurídica encerrada nos considerandos do silogismo não passa de uma fachada que visa a dar suporte à crença na objetividade da decisão. [...] se o ponto de vista tradicional é admissível, o conhecimento acadêmico do direito vigente e de sua interpretação proporciona o melhor fundamento possível - com a exceção das questões da prova - para predizer o resultado das futuras decisões jurídicas. Se é possível predizer as premissas jurídicas, também é possível predizer a conclusão. Segundo a teoria antagônica, o conhecimento da ideologia jurídica é de pouca valia porque não motiva os juízes. Aliás, duvida-se se é de algum modo possível atingir uma autêntica compreensão do que sucede quando um juiz toma uma decisão e granjear conhecimento de como predizer o resultado de disputas legais. (ROSS, 2001, p. 68)

Na concepção de Ross, nem tanto nem tão pouco: as asserções sobre o caráter de direito vigente de uma dada regra não podem garantir com certeza absoluta que esta será aplicada, mas apenas indicar um maior ou menor grau de probabilidade de que isso aconteça. Em outros termos,

a asserção de que uma regra é direito vigente é altamente relativa. Pode-se também dizer que uma regra pode ser direito vigente num maior ou menor grau, o qual varia com o grau de probabilidade mediante o qual podemos predizer que será aplicada. Este grau de probabilidade depende do material de experiência sobre o qual é edificada a predição (fontes do direito). A probabilidade é elevada e a regra detém um correspondente elevado grau de vigência se a predição se baseia numa doutrina bem estabelecida apoiada numa série ininterrupta de precedentes incontroversos; ou se se baseia numa injunção legislativa cuja interpretação foi estabelecida numa prática extensa e coerente. Por outro lado, a probabilidade é baixa, e a regra detém um correspondente baixo grau de vigência se a predição se baseia num precedente único e dúbio ou mesmo em "princípios" ou "razão". (ROSS, 2001, p. 70)

Reale (2002, p. 331-2) tece críticas ao neo-empirismo, vertente que, como qualquer empirismo, esbarraria em dificuldades insuperáveis ao afrontar o problema da *validade* ou da *obrigatoriedade* do Direito. O jusfilósofo considera que os realistas escandinavos furtam-se a indagar sobre o fundamento do dever ou da obrigatoriedade jurídica, o que fica patente quando Lundstedt, Olivecrona e Hägerström condenam qualquer elemento axiológico, buscando o Direito que é, com abstração do Direito que deve ser. Segundo Reale, os realistas escandinavos falham nesse desiderato, dado que todas as modalidades de empirismo pressupõem uma subreptícia "avaliação" do "fato observável", problema identificado por Bagolini e exemplificado pela propositura da realização do bem social como objetivo da ciência sociológica do direito. Impede-se, assim, o fechamento de um sistema científico que admita às normas jurídicas um conteúdo qualquer, o que impõe o reconhecimento da essencialidade dos motivos axiológicos na experiência do Direito. Analisemos, pois, no próximo tópico, a visão tridimensionalista de Reale sobre a experiência jurídica, tradição de pensamento que pode ser considerada um ancestral do eixo cultural de nossa proposta.

3.4 ANCESTRAL CULTURAL: AS INVARIANTES AXIOLÓGICAS E A NOÇÃO DE CONJETURA NO TRIDIMENSIONALISMO DE MIGUEL REALE

Reale vê a realidade social (fatos) como lastro existencial do direito, mas não o esgota no puro fenômeno do poder, visto considerar que os fatos e as normas são inexoravelmente entrelaçados aos valores, o que caracteriza a sua teoria tridimensional como específica ou concreta (MASCARO, 2009, p. 326). Em oposição aos modelos de tridimensionalidade genérica ou abstrata, nos quais as esferas fática, jurídica e axiológica do direito são vistas de modo estanque e artificial, sem correspondência no plano prático; a teoria de Reale (2002, p. 514) parte do pressuposto de que não pode haver qualquer investigação sobre o direito que desconsidere a interação real dos três elementos em uma dinâmica processual, de mútua implicação, sob pena de incapacidade da superação das análises – como as de teor moralista, normativista/legalista e sociologista – em separado das três mencionadas esferas do direito. Estudaremos, inicialmente, como se dá a interação entre fato, valor e norma na obra do professor brasileiro, bem como aprofundaremos sua abordagem específica quanto às características dos valores e a sua sedimentação histórico-cultural.

3.4.1 Aspectos gerais do tridimensionalismo concreto de Miguel Reale

Reale (2002, p. 29 e ss.) assume filosoficamente uma postura ontognoseológica, descrita como uma teoria do conhecimento que não exclui a trajetória da filosofia do conhecimento ao buscar o ser, já que este e o conhecer devem restar integrados. Essa teoria tem duas ordens de pesquisa: as condições do conhecimento do ponto de vista do sujeito e do ponto de vista do objeto. Contudo, essa apreciação de caráter estático é sucedida por uma correlação dinâmica entre sujeito e objeto (dialética da complementaridade). O autor compreende os valores historicamente, e não de maneira ideal. Os valores não seriam dados neutros e imóveis, recepcionáveis de modo passivo pelo intérprete em sua projeção aos fatos. O ente humano, na perspectiva de Reale, é o único em que se confundem ontologia e axiologia, visto que ele é enquanto deve-ser. Há, isso sim, uma integração conhecimento-realidade em uma tensão dialética própria, de natureza complementar, entre teoria e práxis (MASCARO, 2009, p. 331).

Segundo Adeodato (2002, p. 87), fato, valor e norma são apreendidos e compreendidos como qualidades essenciais de toda e qualquer experiência jurídica, o que

denota uma redução eidética nos moldes husserlianos. Contudo, conforme explica o mesmo comentador, Reale adota a fenomenologia de Husserl como método, mas a rejeita como metafísica idealista, o que resulta em uma soma entre uma descrição fenomenológica do direito – com uma correspondente essência surgida dos dados imediatos da consciência – a uma valoração crítica e histórica. Trata-se, em outras palavras, de uma combinação entre a intuição eidética, estática, e a intuição axiológica do direito, dinâmica.

Adeodato (2002, p, 87) reconhece a influência de Kant em Reale na busca por uma unidade concreta entre fato, valor e norma, bem como na assunção do método como condição de possibilidade do conhecimento jurídico e na conseqüente preocupação com o rigor e os pressupostos metodológicos, o que funciona quase como princípios transcendentais da estrutura tridimensional, dentre eles a irredutibilidade entre ser e dever-ser. No entanto, o intérprete considera que Reale se afasta do criticismo transcendental puro, já que este admite uma estrutura predominantemente lógico-formal do ato de conhecer e, por conseguinte, minimiza o elemento estimativo ou axiológico, responsável pela dinâmica do conhecimento como historicidade. Ao contrário, em Reale o valor não seria meramente transcendente, mas, sim, imanente à estrutura do ato de conhecimento.

Segundo Reale (2002, p. 189), nenhum valor se realiza sem influenciar na realização dos demais, motivo pelo qual se pode afirmar que o mundo da cultura é solidário, dada a interdependência entre seus fatores. Essa implicação recíproca é associada por Reale há uma polaridade, ou seja, uma tensão entre valores opostos. Surge, assim, a “dialética de implicação e polaridade”, na qual a contradição entre oposições axiológicas não se resolve, mas, sim, atua em sínteses relacionais de seus elementos interdependentes (REALE, 1977, p. 309 e ss.). Tal dialética também pode ser enxergada, no contexto da proposta tridimensionalista concreta de Reale, na irredutibilidade entre fato e valor, elementos que, embora não sejam idênticos, mantêm uma relação recíproca de implicação. Como explica Ferraz Jr., (2011, p. 396), a norma, para Reale, é a síntese integrativa (elemento mediador) entre o fato e o valor. De tal maneira, o estudo da norma, como valor lógico, implica o estudo da ação normada, ou seja, da norma como vivência – nexu decorrente do sentido dado pela vivência de um valor –, o que exige a apreciação do direito como fenômeno social, mas em sua idealidade normativa. O Direito seria uma ciência de normas, tanto do ponto de vista lógico-esquemático como do axiológico. Nesse contexto, Reale entende a criação do legislador como uma apreensão direta do direito vivo, a qual se diferencia de sua individualização na criação do juiz, atividade, por sua vez, que precisa se restringir ao âmbito estrutural das normas e funcionar em razão destas.

A fenomenologia da ação de Reale admite cinco modalidades diferentes de conduta humana teleologicamente consideradas, quais sejam: a religiosa, a moral, a convencional, a econômica e a jurídica. Esta última é entendida como o estabelecimento de uma bilateralidade atributiva, pela qual os agentes se obrigam a determinados comportamentos, visando a realizar ordenadamente os valores da convivência, objetivos predominantes na comunidade e tendentes a normatizarem-se (REALE, 2010, p. 107). Nesse contexto, Reale (2010; 2002, p. 585) trabalha uma teoria dos modelos jurídicos, entendidos estes como “a estrutura normativa da experiência destinada a disciplinar uma classe de ações de forma bilateral atributiva”. Trata-se, pois, como explica Mascaro (2009, p. 329), de um conjunto de soluções ontognoseológicas temporárias para a tensão entre valores e condutas jurídicas. Ora, a interação entre os fatos e os valores é sempre histórica, contingente, motivo pelo qual as normas também o são. A origem das normas jurídicas (nomogênese jurídica) não é encontrada, em Reale, na mera vontade do legislador ou em uma racionalidade lógica e necessária, mas, sim, na junção entre um complexo axiológico e um complexo fático, fenômeno de caráter histórico-social em que figuram diversas possibilidades normativas, contexto em que a norma surge propriamente quando o legislador opta, mediante um ato de vontade (ideológico), por uma delas (MASCARO, 2009, p. 329).

Segundo Ferraz Jr. (2011, p. 396), a norma, no pensamento de Reale, deixa de ser um "esquema" ou uma "medida" apriorística(o) de validade da "realidade" (caso), ou seja, uma condição *a priori* de uma decisão certa, para implicar, isso sim, o sentido de totalidade do ordenamento, de maneira a se configurar como um modelo operacional (funcional) jurídico-positivo que contém um "fato", um “momento situacional”, como componente intrínseco. Esse modelo operacional está relacionado a modelos dogmáticos/hermenêuticos científicos/doutrinários, estruturas teóricas (princípios gerais do direito) que procuram captar e atualizar o valor da norma na sua plenitude e também são dotados, a rigor, de natureza operacional, e não de um caráter meramente esquemático. Articulam-se, assim, no momento de compreensão normativa, os pressupostos teóricos e o momento de estabelecimento volitivo da regra. A imperatividade, pois, não se situa no querer psicológico do legislador ou em uma validade absoluta, mas sim, resulta do processo de objetivação de valores, que se realiza, por sua vez, mediante manifestações concretas da vontade. Trata-se, portanto, de qualidade vinculada a uma prescrição axiológica, cuja obrigatoriedade se dá em virtude da pressão objetiva que os valores exercem no meio social (FERRAZ JR, 2011, p. 396 e ss.).

Se, em um primeiro momento, esse elemento de pressão objetiva pode remeter ao papel das fontes do direito como diretrizes ideológicas objetivas descrito por Ross, devemos observar que Reale se afasta da postura neo-empirista ao qualificar o critério de *pedigree* com a atribuição de um caráter axiológico historicamente construído à norma jurídica, de forma a preservar o elemento da experiência jurídica sem reduzi-lo a um padrão empirista de cientificidade. Nesse contexto, os modelos dogmáticos cumprem o papel de instâncias crítico-axiológicas sobre o elemento ideológico-volitivo da ponência legislativa, função que se coaduna com a manifesta preocupação do autor em apresentar uma ideia de normatividade pautada em um ideal de legitimidade material que pressupõe considerações de justiça.

Ferraz Jr. (2011, p. 396) entende que Reale vê a norma, enquanto texto (suporte ideal), como um juízo lógico idôneo a qualificar uma experiência humana como jurídica, mas isso não exclui o fato de a norma conter, em sua estrutura, um campo próprio e um programa que constitui o seu sentido prospectivo. O direito seria a combinação entre a norma e a situação normada: não há uma tríade separada entre norma, realidade e caso, mas, sim, uma concreta totalidade significativa. Com essa ideia de norma: o âmbito de seu repertório — o "complexo fático" — não pode ser analisado de maneira isolada por uma sociologia que ignore o momento normativo; o programa que lhe é imanente e que lhe confirma e garante o sentido — "complexo axiológico" — não pode ser avaliado sem que se estabeleça um vínculo com o seu próprio repertório; e a própria norma, em sua textualidade, não pode ser reduzida a um mero "suporte ideal", pois isto resultaria em um formalismo abstrato (FERRAZ JR., 2011, p. 297).

No normativismo concreto de Reale, a norma conecta-se intimamente com a mutabilidade histórico-concretizadora dos valores, em cujo contexto um valor sempre irá, ao mesmo tempo, pressupor um fato como condição de sua realizabilidade e transcender este mesmo fato. A característica da realizabilidade dos valores implica a colocação do problema da relação direito-realidade dentro da norma mesma, o que elimina qualquer oposição entre direito como norma e direito como conduta, bem como inviabiliza a caracterização da norma jurídica como uma mera referência abstrata para a valoração (FERRAZ JR., 2011, p. 392). Reale considera a interpretação como um momento de intersubjetividade, visto ser um ato que busca captar e trazer para o praticante o ato de outrem, não de acordo com uma visão pessoal, e sim como um significado objetivamente válido, o qual, contudo, deve receber do intérprete uma contribuição para constituir seu sentido. A duplicidade inicial dos pólos do ato interpretativo não é irreduzível, pois sujeito e objeto, dotados de potencial axiológico, constituem uma síntese integrativa em que se configura a intersubjetividade, já que o objeto,

como fato-valor-norma, não é mera coisa, mas, sim, uma “intencionalidade objetivada” compreendida criticamente pelo intérprete (FERRAZ JR., 2011, p. 396).

Ferraz Jr. (2011, p. 397) explica que Reale, ao tentar superar a desorganização do pluralismo metodológico, exige a demonstração da norma como uma estrutura complexa dotada de qualidade experimental. Nesse contexto, os modelos hermenêuticos (também chamados de dogmáticos, doutrinários ou científicos) – tenham estes caráter metodológico, axiológico ou complementar-supletivo – são produtos de um processo multidimensional em que um valor é escolhido interpretativamente. O papel de tais modelos hermenêuticos é justamente o de reduzir o número de objetivos jurídicos, de maneira a possibilitar o controle dos sentidos⁴⁰. Conclui-se que Reale entende como consequência da dialética de implicação e polaridade a correlação entre ato interpretativo e ato normativo, o que significa que não se pode, salvo artificialmente, separar a regra e a situação regrada, as quais se encontram na norma jurídica, entendida esta como uma experiência de síntese entre os complexos fático e axiológico perpetrada por uma decisão política e que, a despeito de constituir o cume de um processo histórico, nunca esgota a riqueza histórica dos valores, dada a característica de inexauribilidade que é intrínseca a estes.

Segundo Mascaro (2009, p. 326), para que entendamos a relação entre poder, valores jurídicos e justiça em Reale, precisamos compreender que, para ele, os valores não são compreendidos como objetos ideais – modelos estáticos eternos e derivados de uma natureza imóvel (jusnaturalismo racional), tampouco como dotados de caráter divino (jusnaturalismo teológico), ou muito menos como meramente dependentes das normas jurídicas (normativismo). Os valores, para Reale, são objetos culturais e, portanto, são enquanto

⁴⁰ Reale (2010, p. 110 e ss.) distingue três categorias de modelos hermenêuticos/dogmáticos/científicos/doutrinários. A primeira delas é a dos modelos hermenêuticos de caráter metodológico, os quais correspondem às dez notas distintivas de sua proposta de “interpretação estrutural”, quais sejam: a unidade do processo hermenêutico; a natureza axiológica do ato interpretativo; a natureza integrada (contextual) do processo interpretativo; os limites objetivos do processo hermenêutico, representados pelos modelos jurídicos positivos; a natureza histórico-concreta do ato interpretativo; a natureza racional do ato interpretativo; o problematismo e a razoabilidade (razão histórico-conjetural) do processo hermenêutico; a natureza econômica do processo hermenêutico, segundo a qual o modelo jurídico sempre deve ser preservado quando passível de conciliação com as normas superiores do ordenamento; a destinação ética do processo interpretativo; e a globalidade de sentido do processo hermenêutico. A segunda categoria de modelos hermenêuticos é a dos modelos axiológicos em sentido estrito, ou seja, aqueles em que “prevalece primordialmente o seu aspecto estimativo” (a rigor, segundo o autor, “o valor é sempre um elemento constitutivo da experiência jurídica” e “todo modelo jurídico é um ente axiológico). Dentre tais modelos, que, em geral, estão vinculados a “invariantes axiológico-jurídicas” historicamente consolidadas, o teórico tridimensionalista destaca: a formulação segundo a qual “o que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido” – modelo intrinsecamente ligado ao valor “liberdade”; e a garantia ao direito adquirido – implicitamente vinculada, independentemente de previsão legal ou constitucional expressa, ao valor “segurança jurídica”. O terceiro tipo de modelo hermenêutico apresentado por Reale é o dos modelos supletivos, ou seja, os expedientes de integração de lacunas, dentre os quais o autor destaca a “analogia legis” e o recurso aos princípios gerais do direito (entendido como “analogia iuris”).

devem-ser. Ora, tais elementos são dotados da característica da referibilidade, ou seja, implicam uma tomada de posição humana, o que significa que algo que vale o faz: por referência a algum supote na realidade social e normativa; e para alguém. Em outras palavras, os valores apresentam um significado vetorial, o qual caracteriza o ser do homem como um dever-ser.

Segundo Reale (2002, p. 308 e ss.), os valores não podem ser tomados como exatas decorrências dos fatos sociais, pois estão em um plano que não se esgota em uma suposta identidade de origem e fins na realidade, o que torna possível, aliás, uma crítica axiológica e um aperfeiçoamento de tal realidade. Assim como a cultura não coincide com a experiência, mas, sim, sem a exaurir, dela emerge historicamente; o pensamento e a consciência que o sujeito tem de um valor sempre ficam aquém da objetividade desse mesmo valor. Não há, pois, um abismo entre abstrato e concreto, entre valor e realidade, mas, sim, um nexo de polaridade e implicação, o que significa que, por um lado, a história não teria sentido sem o valor, mas, por outro, este não se reduz ao real, nem pode coincidir com ele, sob pena de se converter em dado (realização integral) e perder a sua essência de superar a realidade em que se revela (REALE, 1977, p. 23).

Os valores, no historicismo axiológico de Reale, apresentam também o traço da preferibilidade – uma dimensão teleológica racionalmente reconhecida como motivo de conduta – e são passíveis de ordenação hierárquica (embora sejam, a rigor, incomensuráveis). Para o autor, embora os valores sejam históricos, é possível o reconhecimento de conquistas valorativas dotadas de permanência, visto que os ciclos culturais ou civilizações são delimitados por certas constantes e variáveis cognoscitiva e praticamente objetivadas, o que viabiliza a configuração de um núcleo de valores inalteráveis ao longo do tempo. Tais valores atuariam universalmente “como se” fossem inatos e são chamados por Reale (2002, p. 514; 2010, p. 115) de invariantes axiológicas. Aqui, devemos observar o que ele chamou de duas faces da deontologia, noção sintetizada nas seguintes afirmações feitas do autor: "O Direito Positivo pressupõe a justiça como condição de sua legitimidade; A justiça põe o Direito Positivo como condição de sua realizabilidade" (REALE, 2001, p. 30).

A primeira face da deontologia diz respeito justamente à questão da preferibilidade. Reale indica o valor da pessoa humana como invariante axiológica, fonte de todos os valores sociais, donde a sua caracterização dos direitos humanos como horizonte da legitimidade do poder no mundo contemporâneo, cenário que teria se estabelecido com a sedimentação cumulativa dos seguintes patamares axiológicos da legitimidade do poder: na Grécia, a liberdade de pensamento; em Roma, a percepção de que os valores autônomos do Direito são

mais amplos do que a mera legislação; com o Cristianismo, o reconhecimento da igualdade dos homens independentemente de restrições geradas pela noção de cidadania; com o Liberalismo, o Estado de Direito como reconhecimento de que o governo existe para servir à cidadania e ao indivíduo, o qual se torna, assim, titular de um "direito a ter direitos"; e com o Socialismo, o princípio de uma exigência de igualdade concreta como um direito de participar do bem-estar social (LAFER, 1992, p. 233).

Reale, ao abordar a segunda face da deontologia, trata do caráter justo ou injusto da norma posta por uma autoridade política que ordena funcionalmente os demais valores do direito. Segundo Lafer (1992, p. 231-2), Reale atribui potencial axiológico ao fato social justamente por ver a sociedade como depositária de valores e o sujeito da experiência jurídica como ser social. Nesse contexto, a justiça não se restringe à subjetividade do homem justo, mas, sim, é dotada da objetividade do bem comum social. Cronológica e filosoficamente, o problema fundamental do direito, segundo Reale (2002, p. 273), desde as teogonias, diz respeito ao questionamento sobre o que é o justo. Em outras palavras, a experiência jurídica tem a justiça como valor-fundante preferencial, motivo pelo qual embora nem todo direito seja justo – o que pode ocorrer devido à própria correlação entre o justo e outros valores, ao anacronismo entre o direito positivo e novos pleitos de justiça ou à eventual preponderância, na experiência jurídica, de razões de segurança, ordem e paz –, deve sempre, como queria Stammler, tentar sê-lo. Contudo, Reale considera impossível estabelecer um paradigma ideal de justiça e uma categorização formal dos critérios aferidores do justo ou do injusto, pois qualquer estudo sobre a justiça desvinculado do respectivo cenário histórico-cultural resulta em inconsistência. Ao mesmo tempo, considera ser impossível combinar uma compreensão do ordenamento jurídico-positivo e uma tentativa de abstrair a ideia de justiça (LAFER, 1992, p. 232; 236).

Diante do exposto, faz-se relevante o seguinte questionamento de Lafer (1992, p. 237: dado que o próprio Reale indica a inexistência de elementos axiológicos que delimitem o contorno da justiça, é viável a aceitação de sua conclusão segundo a qual a justiça é o elemento legitimador da ordem jurídico-positiva? Uma solução para tal problema pressupõe a abordagem da relação estabelecida por Reale entre justiça, conjectura e verdade, conforme veremos em tópico próprio.

3.4.2 A aporia entre verdade e conjectura na perspectiva de Reale sobre a justiça

A conjectura, no pensamento de Reale, é uma forma de pensar que – sem se confundir: com a *doxa* criticada por Platão; a rigor, com uma analogia (se esta for entendida, de maneira simplista, como o mero estabelecimento de uma semelhança com algo demonstrável na experiência direta); com uma simples retórica; ou com um produto de fé –, por um lado, transcende as evidências empíricas fornecidas pela experiência; mas, por outro, ao apresentar resultados plausíveis, precisa fundamentá-los com base na própria experiência (MASCARO, 2009, p. 336). A conjectura serve, pois, ou como um ponto hipotético e provisório de partida, possivelmente confirmável pela via de novos processos cognoscitivos, ou como uma espécie de “verdade prática” que contribui, ao atenuar o estado de dúvida, para a expansão das ciências estabelecidas (REALE, 2001, p. 25).

A idéia de conjectura, na visão de Adeodato (2002, p. 88 e ss.), inspirado em Gehlen, figura, na teoria do conhecimento no Ocidente, em uma dicotomia com a noção de verdade estruturada, respectivamente, de acordo com as perspectivas essencialista – em que a linguagem figura como mero elemento instrumental de descoberta de uma verdade metodologicamente alcançável por todos – e retórica – em que a linguagem é o máximo de acordo possível, tendo papel constitutivo de um ambiente comum a todos e levando a uma noção reduzida, contextual e contingente de objetividade. Reale, na visão de Adeodato (2002, p. 91 e ss.), nega tal dicotomia ao usar o termo “heurística” nos moldes de Gonseth, ou seja, ao não considerar, ao contrário do que fazem os retóricos, todo conhecimento como conjectural. O suposto caráter holístico-essencialista da ontologia não a afasta de Reale, que reconhece legitimidade gnoseológica à conjectura sem negar a possibilidade de verdades e o conhecimento científico, em cujo pátio dos objetos há espaço para a conjectura como ato gnoseológico em todas as regiões ônticas. Ora, a conjectura prepara, como metafísica (vanguarda da ontologia), o terreno para o conhecimento mais rigoroso do experienciável (ciência) – não é à toa, pois, que Reale, à luz da distinção kantiana entre conceitos ostensivos (“princípios regulativos” do conhecimento) e conceitos heurísticos, admite uma qualificação de conceitos e formas de conhecimento como mais ou menos ostensivos. Em certos momentos, Reale parece mais próximo da perspectiva antropológica que vê o homem como gnoseologicamente carente e que se opõe à ontologia essencialista, mas a sua aceitação da conjectura, ao não ser acompanhada pela retórica, não se sobrepõe à sua pretensão de uma ontologização objetiva da realidade. Em sua obra, pois: não há conhecimento sem base conjectural; e condiciona-se a validade do convencionalismo lingüístico à atitude do espírito direcionada ao real, ainda que se afirme, socraticamente, que a linguagem, como “logos”, é o lugar da verdade.

Adeodato (2002, p. 96) identifica na obra de Reale a presença do problema retórico do direito, consistente na falta de uma certeza que tenha como critério a referência a objetos universais (holismos). Nesse contexto, Reale vê a constante autocrítica da conjectura como um temperamento à sua admitida “hierarquia holística da certeza”, em uma perspectiva que não desconsidera a realidade e a percepção. A conjectura de Reale é intencional (Husserl), o que a distingue do pensamento analítico ou experimental e lhe permite admitir uma noção de razoabilidade jurídica, mas não chega a caracterizar uma retoricização do pensamento do tridimensionalista. Conclui, pois, Adeodato que uma possível solução para a aporia entre verdade e conjectura, entre essência e retórica, estaria na dialética de implicação-polaridade, a qual conduz a unidade do pensamento de Reale ao problema da complementaridade, donde continuamos o raciocínio com o aporte da interpretação de Celso Lafer sobre o tema

Lafer (1992, p. 232 e ss.) identifica um desafio para Reale na escolha feita pelo poder. Ora, Reale, não sendo hegeliano, não identifica o real com o racional, motivo pelo qual recusa a homologia entre eticidade e positividade. Assume, assim, o critério da validade ética como distinto da validade social e da validade jurídica, nos moldes do dualismo de Radbruch, o que explica a tensão entre as duas faces da deontologia. Reale reconhece a correlação essencial entre a justiça e a realidade do Direito, mas não aceita a justiça como argumento prático razoável para a solução das incertezas da razão jurídico-prática, e sim como uma condição transcendental da experiência de qualquer ordem jurídica e de sua correlata pluralidade axiológica. Nesse contexto, a justiça cumpre a função de ordenar hierarquicamente hierárquica os demais valores, não se submetendo, portanto, a um sentido historicamente sedimentado, ao contrário de cada um dos valores eventualmente convertidos em invariantes axiológicas.

Segundo Lafer (1992, p. 237-41), a perspectiva de Reale sobre a justiça seria uma conjectura plausível, sustentável heurísticamente pela interação dos paradigmas kantianos do conhecer preciso dos conceitos (“in casu”, dos conceitos sobre o direito e a justiça) e do pensar mais abrangente das ideias regulativas (entendendo-se, “in casu”, a justiça como ideia regulativa). Dado que o pensamento problemático e o correlato discurso conjectural surgem quando a razão se depara com antinomias, pode-se notar que enquanto Kant se valeu da conjectura apenas no trânsito entre idéias (razão pura) e fé (razão prática) – motivo pelo qual saltou diretamente da incerteza para a fé na forma de imperativos categóricos –, Reale foi mais longe ao: conjecturar no âmbito da razão prática; não se resignar com a mera fé; e postular, na forma da justiça, transcender a muralha ontognoseológica que limita o homem. Na interpretação de Lafer, Reale estabeleceu: uma relação entre liberdade e experiência

axiológica, dado que esta, sem aquela, é impossível; e um vínculo entre justiça e igualdade, dado que esta, assim como qualquer tipo de convivência ordenada, é impossível sem aquela. Nesse sentido, os direitos humanos de primeira geração (dimensão), consubstanciando a noção de liberdade, dão condições mínimas à realização de uma tarefa infinita guiada pela justiça como um princípio de reflexão (ideia reguladora) que envolve um direcionamento a um horizonte evolutivo de redução das desigualdades, consubstanciado nos direitos humanos de segunda geração (dimensão). É assim, portanto, que, no pensamento de Reale, o direito positivo tem a justiça como condição de sua legitimidade, não sendo à toa, pois: que ele vê o direito natural como uma ideia que torna a experiência jurídica legítima, ou seja, uma conjectura inevitável desenvolvida como um discurso crítico contínuo; que ele demonstra ter apreço por Rawls, notadamente no que concerne aos traços de um pensamento conjectural presentes na obra do estudioso estadunidense, bem como à revisibilidade do conteúdo de uma justiça como “fairness” que, baseada em um princípio de liberdade e outro de igualdade (este, especificamente, voltado a uma horizonte evolutivo de redução das desigualdades), serve como elemento fundante de um pacto de convivência continuamente atualizado.

Lafer (1992, p. 240) conclui que Reale, em sua dialética de implicação e polaridade (e, aqui, estava certo Adeodato em residir a solução para a aporia na ideia de conjectura), delinea a justiça – entendida esta como *validatio cognitionis* de toda ordem jurídico-positiva – no contexto do horizonte de outras "invariantes axiológicas" reveladas no processo histórico-político, como conjectura plausível de mediação entre a “pragma” consubstanciada no caráter realizável dos valores (elemento empírico, cognoscível, retrospectivamente acessado) e o “logos” consubstanciado no caráter inexaurível do dever-ser, compreendido este como dotado de um significado profético (elemento evolutivo, pensável, prospectivamente postulado).

Reale, a despeito de considerar a justiça como um elemento crítico-conjetural intrínseco à cientificidade da atividade hermenêutica, é acusado de entender o Estado e o direito positivo como o momento superior da juridicidade, o que configuraria uma espécie de positivismo eclético, no qual se poderia ainda encontrar um dado traço de discricionariedade. Em tal linha de raciocínio, seria possível visualizar as seguintes características positivistas na obra de Reale: o reconhecimento da sanção como um elemento jurídico fundamental; a assunção de um enfoque deontológico, o que permite o exercício político-ideológico pela via de atos de vontade; e a elaboração da norma como integração valor-fato objetivável por meio do caráter de intersubjetividade conferido pelas fontes aos modelos jurídico-positivos (MASCARO, 2009, p. 337). A dialética de implicação e polaridade expressa-se: no plano teórico, como uma relação sujeito-objeto; e, no plano prático, como uma relação entre valor

e realidade. Reale, pois, não supera a dicotomia sujeito-objeto e a cisão razão-realidade, mas busca diluí-la. Ademais, Czerna (1999, p. 26) mostra que o reconhecimento de três elementos inicialmente autônomos denota a conservação de uma abstração moderna na tentativa de fundamentação de unidade plena do direito em Reale, tarefa impossível de ser cumprida sem a superação de dualismos como a dicotomia sujeito-objeto. Diante de tais elementos, não logra êxito ao buscar na história um critério de justiça resolutorio do problema hermenêutico da discricionariedade judicial.

Certos traços da obra de Reale se aproximam do pensamento de Morris Cohen, estudioso que abordou, mediante recurso ao que chamou de princípio da polaridade, a tensão entre vinculatividade e discricionariedade. Dada a insuficiência da abordagem do professor brasileiro no que concerne a tal aporia, buscaremos, em tópico próprio, “insights” produtivos na obra do autor estadunidense para que possamos caracterizar adequadamente essa indecidibilidade ao longo do trabalho.

3.4.3 Morris Cohen: vinculação e discricionariedade como opostos polares

O professor estadunidense Morris Cohen, crítico tanto à postura conceitualista quanto à do realista – mormente, neste caso, pelo incômodo com a tese de que o estudo factual seria suficiente para constituir uma ciência do Direito, como se as respostas às questões políticas de algum modo viessem a saltar dos resultados das investigações jurídico-científicas – no pensamento jurídico de seu país de origem, buscou reconstruir uma noção metafísica de direito natural (ponto em que, de certo modo, se assemelha a Reale, para quem, como visto, o direito natural é uma conjectura inevitável que, dado o seu potencial crítico, legitima a experiência jurídica), propondo uma concepção científica do direito que, mesmo sem negar a inseparabilidade entre ética e direito, mantém a distinção entre as esferas do dever-ser e do ser (GOLDING, pp. 139 e ss.). Cohen (*in* COHEN; COHEN, 1951) afirma que o fracasso do absolutismo conceitualista, fundado em uma filosofia da ciência defeituosa (positivismo como culto ao fato) ou numa má metafísica (nominalismo), não implica a adoção de uma postura realista absolutista. O emprego do postulado da plenitude do ordenamento por esse autor pressupõe a tese (semelhante à de Reale) de que ideais de justiça, apesar de indeterminados e sujeitos a revisão, são indispensáveis ao direito, o que deve ser entendido nos moldes de uma distinção entre direito e ética que mantém um vínculo entre as duas esferas (assim como ocorre no culturalismo de Reale), sob pena de impossibilitação da crítica ética do direito.

Morris Cohen (*in* COHEN; COHEN, 1951, p. 697 – tradução nossa) propõe uma

metafísica alternativa, a qual recusa a restrição da realidade às coisas e eventos situados no espaço e no tempo e tem como ideia central o princípio da polaridade – o qual remonta a Anaximandro (o determinado surge do indefinido com a aparição dos opostos) e Heráclito (tudo nasce do “conflito” e o equilíbrio entre forças opostas é o que dá forma às coisas) –, formulável nos seguintes termos: “[...] opostos como [...] unidade e pluralidade, o fixo e o fluxo, [...] o ideal e o real, o reale o possível [...], como [...] pólos de um ímã, estão mutuamente envolvidos quando aplicados a qualquer entidade significativa. [...]. O ser e o não-ser de qualquer coisa são sempre opostos e nunca idênticos, ainda que toda determinação envolva tanto a afirmação quanto a negação. (COHEN *in* COHEN; COHEN, 1951, p. 697 – tradução nossa). Certos conceitos, pois, são opostos polares, implicativos mutuamente (de modo semelhante à tensão entre valores opostos na dialética realeana de implicação e polaridade), no sentido de não poderem ser entendidos um sem o outro: só podemos conceber a ideia de discricionariedade tendo como pano de fundo as regras a que os juízes estão submetidos.

Morris Cohen critica a tradição da abordagem lógica do processo de decisão judicial – o “formal style”, nos termos de Llewellyn –, a qual teria caracterizado a discricionariedade do julgador como uma ausência do direito. Tal perspectiva, segundo o autor, desconsidera o caráter provisório – podemos, desconstrutivamente dizer, para utilizarmos a linguagem de Reale, conjectural – de qualquer previsão legal e a consequente necessidade da discricionariedade para tornar definido o que, de outro modo, continuaria indefinido. O autor critica, nesse ponto, a oposição – que, em verdade, não se restringe ao âmbito jurídico – entre os juristas intelectuais e os juristas místicos. Estes desconfiam da razão tradicional, dado que a lógica poderia servir para justificar estrategicamente qualquer coisa, e preferem apostar suas fichas na intuição, no bom senso e no sentimento; enquanto aqueles confiam completamente na capacidade de raciocínio e não acreditam que nenhum tipo de decisão segura possa ser alcançado de outra forma, motivo pelo qual depositam maior esperança nas regras do que nas próprias decisões, o que resulta em desconsiderar as consequências absurdas que uma aplicação lógica das regras gera em diversos casos. O autor conclui que “aquele que abomina a ideia do juiz como um autômato lógico está apto a cair no erro oposto, qual seja, ver como irresistível a força dos preconceitos. Mas o juiz que percebe antes mesmo de escutar uma argumentação que todos os homens são tendenciosos tem mais chances de fazer um esforço consciente de imparcialidade do que aquele que acredita que chegar à posição de magistrado o torna um órgão emissor de verdades logicamente infalíveis” (COHEN *in* COHEN, 1951, p. 552 – tradução nossa).

Morris Cohen, por recusar a tese de que os juízes sejam meros descobridores, critica a “teoria fonográfica” do direito – ponto em que se aproxima de Reale, que, em seu historicismo axiológico, denuncia as insuficiências do legalismo e do conceitualismo. Para Cohen, princípios e máximas jurídicas tidas como auto-evidentes são frequentemente criados pelos juízes com base em elementos ideológicos não-demonstrados: “como todos os outros esforços humanos, o direito precisa de experiências, as quais envolvem um salto para um futuro desconhecido” (COHEN *in* COHEN, 1951, p. 550 – tradução nossa) – ou, em linguagem realeana, uma conjectura. Por outro lado, o fato de o juiz ter um amplo espaço de discricionariedade não significa que não possamos esperar dele uma conformidade ao direito – ponto em que Cohen (*in* COHEN, 1951, p. 697) se assemelha a Ross no que concerne à concepção da discricionariedade como aporética e necessariamente relacionada a uma vinculatividade que lhe é pressuposta.

Segundo Cohen, a criatividade normativa dos juízes não é ilimitada e arbitrária, sendo regulada pelo postulado científico da completude do ordenamento. Esse princípio metódico, procedimental, permite a tradução da discricionariedade em linguagem lógico-normativa pela via: da testabilidade das regras em relação a suas implicações em outras decisões; e do estabelecimento de similaridades a respeito dos juízos nelas presentes como justificados ou justos. Como diz o autor, “é apenas pelo fato de todo caso estar mais ou menos relacionado a casos prévios – nenhuma situação humana pode estar completamente dissociada de todas as situações prévias – que toda decisão tende a fixar a direção imediata do fluxo da decisão” (COHEN *in* COHEN, 1951, p. 697 – tradução nossa). Notemos, pois, que o autor enxerga um sistema jurídico de cunho cientificamente autocorretivo (autoobservação) – ponto em que identificamos uma aproximação com a função crítica dos modelos dogmáticos na tese de Reale –, o que encontra reflexos também na própria capacidade decisória dos juízes, como se pode depreender da afirmação de que “os sentimentos de correção e erro do juiz devem ser lógica e cientificamente treinados. A mente treinada vê em um momento de intuição aquilo que a mente sem treino só pode ver depois de dar muitos outros passos” (COHEN *in* COHEN, 1951, p. 550 – tradução nossa).

Parece-nos que a caracterização da tensão entre vinculação e discricionariedade como opostos polares mutuamente implicativos apresentada por Morris Cohen, ao se aproximar da dialética de implicação e polaridade de Reale (para quem há uma correlação entre ato interpretativo – o qual teria como referência um elemento vinculante – e ato normativo, de caráter discricionário), pode ser recepcionada como compatível com a obra do professor brasileiro. Também Ross (entrelaçamento hierárquico entre um elemento vinculante – legal

ou jurisprudencial – e uma atribuição discricionária de sentido por parte do aplicador do direito), Llewellyn (“law of lawful discretion”) e mesmo Heck (concepção do magistrado como simultaneamente subordinado à valoração legislativa e dotado da função de criador auxiliar das normas a serem aplicadas) têm uma percepção semelhante sobre o intervalo aporético que se pode visualizar entre os extremos da vinculação e da discricionariedade. Nenhum dos cinco autores, contudo, oferece propostas satisfatórias para o seu adequado enfrentamento. Será no pensamento de dois autores influenciados, respectivamente, pelas tradições realistas dos estadunidenses (Esser) e de Ross (Peczenik) que buscaremos a configuração, respectivamente, dos eixos hermenêutico e analítico da proposta alternativa oferecida por este trabalho, conforme veremos no próximo capítulo. Já no que diz respeito aos eixos político e cultural do nosso modelo, as contribuições de Jhering e Heck (ancestrais políticos) – no que diz respeito à relevância da heterorreferência do sistema jurídico – e de Reale (ancestral cultural) – quanto à sedimentação dos elementos histórico-culturais como invariantes axiológicas –, a despeito de serem inspiradoras, são insuficientes para um adequado enfrentamento da pluralidade de interesses e das divergências culturais em uma sociedade policontextural, motivo pelo qual recorreremos, no quinto capítulo deste trabalho, à hermenêutica diatópica de Panikkar e Boaventura Santos, bem como à noção de “vôo de sentido do significante ‘direitos humanos’” de Douzinas.

4 EIXOS COMPREENSIVO E ANALÍTICO: O MODELO HERMENÊUTICO DE ESSER E SUA COMPLEMENTAÇÃO APOFÂNTICA PELA TEORIA DIALÓGICA DA ARGUMENTAÇÃO DE PECZENIK

Neste capítulo, apresentaremos uma proposta de compatibilização entre os pensamentos de Esser (autor que, por ocupar posição central no eixo compreensivo do modelo ora proposto, terá suas principais ideias apresentadas no tópico 4.1) e Peczenik (autor que, por ocupar posição central no eixo analítico do modelo concebido pelo presente trabalho, terá seu núcleo de pensamento explicitado no tópico 4.2), autores que, respectivamente, têm como **ancestrais** as tradições realistas estadunidense e escandinava. O cumprimento dessa tarefa exigirá a demonstração da possibilidade de estabelecimento de uma relação entre as dimensões hermenêutica e analítica da linguagem à luz do suposto binômio contexto de descoberta-contexto de justificação das decisões judiciais, o que buscaremos perpetrar mediante o entabulamento de conversações entre, de um lado, as obras dos dois autores, e, do outro: as noções de raciocínio analógico e abdução em Kaufmann (4.3), as quais contribuirão para que realizemos uma análise sobre a formulação de hipóteses no contexto das decisões judiciais; e os sentidos de discricionariedade e a concepção narrativa de coerência encontrados na obra de Dworkin, bem como a ideia de formulação de verdade presente na hermenêutica de Pareyson, elementos que servirão como referência para o esboço de uma caracterização da indecidibilidade entre vinculação e discricionariedade (4.4). O capítulo envolverá, ainda, em seu tópico de encerramento (4.5), um estudo de dois “insights” presentes nas obras de Esser e Peczenik – respectivamente, as noções de “equivalência funcional dos conceitos” e a “comunicação através das fronteiras culturais” –, elementos que servirão como pontos de contato entre, de um lado, os eixos compreensivo e analítico de nosso modelo hermenêutico, e, de outro, os respectivos eixos político e cultural.

4.1 ESSER: COM E CONTRA O REALISMO ESTADUNIDENSE

Josef Esser, qualificado por Giuseppe Zaccaria (2004; 1984) como realista, no sentido estadunidense, e efetivamente influenciado pelos autores desta vertente epistemológica no tempo em que viveu nos Estados Unidos, construiu uma tese inspirada no pensamento problemático típico do “common law”. Para tanto, o autor retoma a relação entre a tradição moral e a tradição jurídica com base na hermenêutica de Gadamer. Senão, vejamos.

Hans-Georg Gadamer (1999), inspirado pelo giro ontológico heideggeriano, questionou a validade do método como caminho seguro para se alcançar uma dada resposta. Os fundamentos para a postura iconoclasta do filósofo em relação ao método são encontrados na noção de linguisticidade inerente ao modo-de-ser no mundo, segundo a qual não é possível encontrar nas sentenças locucionais a plena expressão da verdade filosófica. O filósofo de Marburg entende que é na tradição linguisticamente partilhada que se formam os pré-conceitos, possibilitadores dos esboços pré-compreensivos determinantes das antecipações de sentido. Nesse ponto, assume grande relevância a ideia de linguisticidade da compreensão, tendo em vista ser no *medium* lingüístico que se dá o compreender, ou seja, mais propriamente, no “‘como’ hermenêutico”. E essa compreensão mesma pressupõe uma interpretação inexoravelmente reflexiva em relação ao sentido antecipado, consistindo ambas na força-motriz do círculo hermenêutico gadameriano (GRONDIN, 1998, p. 173).

O círculo hermenêutico de Gadamer (1999, p. 400 e ss.) seria descrito de modo mais adequado como uma espiral hermenêutica, visto passar pela expansão contínua do horizonte compreensivo do sujeito sem retornar a um ponto inicial ou, tampouco, funcionar como um mero ciclo. Ora, o compreender do sujeito sempre aprofunda a sua imersão na tradição, não no sentido de empacar na antecipação de sentido, mas, sim, de alargar o âmbito pré-compreensivo, donde a própria compreensão também volta a se desenvolver. Esse movimento de ir-e-vir entre pré-compreensão e compreensão, na filosofia gadameriana, está intrinsecamente ligado à noção de *applicatio*. Ao entender toda atividade compreensiva como direcionada ao mundo prático, Gadamer pressupõe esse direcionamento como o sentido mesmo do que se pode entender por aplicação. De tal maneira, fundem-se, em uma unidade, compreensão, interpretação e aplicação; todo pré-compreender já é acompanhada por um interpretar (reflexivo) e direcionado para uma dada aplicação⁴¹.

⁴¹ “O compreender deve ser pensado menos como uma ação da subjetividade do que como um retroceder que penetra um acontecer da tradição, no qual é o que tem de fazer-se ouvir na teoria hermenêutica, demasiado dominada pela idéia de um procedimento, de um método [...] A antecipação de sentido, na qual está entendido o todo, chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo. [...]. O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”, pois isso sim, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão.” (GADAMER, 1999, p. 436; 439-40)

Pressuposto fundamental do pensamento de Hans-Georg Gadamer é a historicidade do ser. A cadeia comunicativa em que se insere o sujeito traça os limites e as possibilidades de seu horizonte compreensivo, donde surge a noção de ser finito. Nesse contexto, o filósofo adota, ainda, a consciência da história efetual como um princípio hermenêutico de alta importância, o qual implica estar atento para o fato de que a compreensão é condicionada não apenas espacialmente, mas também temporalmente. Tal consciência, pois, envolve a tentativa de visualização da própria situação hermenêutica e da produtividade da distância temporal, de maneira a experienciá-las diligentemente (GRONDIN, 1998, p.190). O filósofo de Marburg, mais uma vez acompanhando Heidegger, não busca um afastar-se dos preconceitos, mas sim o reconhecimento (reflexivo) da situação hermenêutica do “dasein”, de maneira a evitar, na medida do possível, os pré-conceitos negativos e aproveitar os positivos, com o objetivo de evitar que a antecipação de sentido resulte em velamento da objetividade das coisas mesmas⁴². Para o alcance de tal desiderato, nada melhor do que a distância temporal, a qual proporciona um maior grau de reflexividade a respeito de um evento em cotejo com a tradição partilhada, numa interpretação em que se reconhece uma espécie de reunião da historicidade mediante uma fusão de horizontes⁴³. Gadamer (1999, p. 305) reconhece que o conceito de consciência da história efetual, intrinsecamente ligado à interpretação da própria pré-compreensão, implica que, por um lado, nossa consciência é cunhada por tal história, mas, por outro, precisamos reconquistar tal consciência. Podemos enxergar uma reconquista desse tipo tanto como “a exigência por um esclarecimento da nossa historicidade, no sentido da elaboração de nossa situação hermenêutica”, quanto como uma percepção dos limites estabelecidos por esse esclarecimento. Esse último aspecto está intrinsecamente ligado aos temas da temporalidade e da finitude do ser; “a consciência histórico-efetual é a mais unívoca expressão filosófica para a consciência da própria finitude. O reconhecimento da finitude humana não gera, todavia, nenhuma atrofia da reflexão [...] obstrutivo era antes o direcionamento histórico da compreensão para um ideal de conhecimento metafisicamente

⁴² “El Dasein tiene, por consiguiente, en varios sentidos, una primacía sobre todo otro ente. En primer lugar, una primacía *óptica*: el Dasein está determinado en su ser por la existencia. En segundo lugar, una primacía *ontológica*: en virtud de su determinación por la existencia, el Dasein es ‘ontológico’ en sí mismo. Ahora bien, al Dasein le pertenece con igual originariedad — como constitutivo de la comprensión de la existencia — una comprensión del ser de todo ente que no tiene el modo de ser del Dasein. Por consiguiente, el Dasein tiene una tercera primacía: la de ser la condición de posibilidad óptico---ontológica de todas las ontologías. El Dasein se ha revelado, pues, como aquello que, desde un punto de vista ontológico, debe ser interrogado con prioridad a todo otro ente” (HEIDEGGER, 2002, p.40, §7)

⁴³ “[...] num sentido verdadeiramente hermenêutico, isto é, com a atenção posta no que foi dito: a linguagem em que nos fala a tradição, a saga que ela nos conta. Também aqui se manifesta uma tensão. Ela se desenrola entre a estranheza e a familiaridade que a tradição ocupa junto a nós, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. E esse entremeio (Zwischen) é o verdadeiro lugar da hermenêutica” (GADAMER, 2002, p. 391).

condicionado.” (GRONDIN, 1998, pp.191-192). O homem está inexoravelmente condenado a sua temporalidade, finita, e a ser trabalhada pelo ser-aí com base em sua estrutura pré-conceituosa da compreensão, de maneira a proporcionar uma percepção das possibilidades próprias a partir de uma situação existencial.

A influência de Gadamer fica clara em Esser (1983) quando este reconhece que a pré-compreensão possibilita – e, ao mesmo tempo, condiciona – o juiz, ao entrar em contato com o caso, a realizar uma antecipação de sentido, uma conjectura, quanto ao seu entendimento da norma e da solução a oferecer. Como explica Larenz (2005, p. 292), “a pré-compreensão do juiz põe em marcha, segundo esta concepção, não só o processo do compreender, no termo do qual se acha a solução a encontrar, mas também dirige o processo, passando pela «escolha do método», no sentido do resultado já antecipado na «convicção de justiça»”. Esse processo se dá preliminarmente a qualquer contato com a lei ou com considerações dogmáticas, o que nos permite aproximar a ideia de uma convicção antecipada de justa ao que o realista estadunidense Hutcheson (2014, p. 285 – tradução nossa), em terminologia assumida por Esser, chamou de “hunch” (intuição), como no trecho a seguir: “[...] o juiz realmente decide por sentimento, e não por juízo; ‘hunching’, e não ‘raciocinando’, e esse raciocínio aparece apenas na opinião [...]. [...] o impulso vital, motivador, da decisão é um senso intuitivo do que é certo ou errado para um dado caso”. Nas palavras de Esser (1961, p. 299; 325 – tradução nossa) – que cita diversas vezes, de maneira expressa, o autor estadunidense –, o “hunch” é o “triumfante precursor do juízo justo”, ou seja, o elemento primário da sentença, dotado de caráter volitivo, o qual, porém, precisa ser reformulado e explicitado em linguagem jurídica na fundamentação decisória, de maneira semelhante à descrição feita pelos realistas estadunidenses quanto à atividade judicante:

O salto característico da compreensão da justiça de um caso à construção conceitual recebeu na teoria estadunidense o peculiar nome de “hunch” (intuição). A desilusão das partes diante de uma convicção que não está fundada logicamente obriga o juiz a revestir de uma aparência construtiva o seu raciocínio, que, em última instância, foi realizado “ad hoc”: “Pois ainda que o juiz possa ser arbitrário, não pode aparentar sê-lo. Deve, ao menos, parecer razoável, e se não há uma categoria que, ao menos aparentemente, apóie sua opinião, sentir-se-á incomodado”. Ou seja, que aquele “hunch”, “que é o triunfante precursor do juízo justo”, inclusive no sistema aberto é utilizado apenas quando recebe um fundamento construtivo. Exige o uso de conceitos e categorias jurídicas, inclusive as que se precise inventar para tal propósito.

Esser, seguindo Gadamer também quanto à questão do método, considera este como destituído de papel constitutivo no resultado interpretativo. O método, para Esser, não tem uma dimensão a-histórica e universal válida em qualquer contexto textual-normativo e em qualquer circunstância fática (LARENZ, 2005, p. 288). Seu modelo casuísta é hermenêutico-

filosoficamente fundado na irrepetibilidade das situações jurídicas e na impossibilidade de encontrar um metamétodo que elucide qual dos métodos é mais adequado diante de um problema jurídico. Aliás, a influência do realismo estadunidense em sua obra é manifesta no seguinte excerto, em que o autor menciona até mesmo a ideia de uma hierarquização dos métodos de interpretação, compreendidos de maneira instrumentalmente semelhante às “known doctrinal techniques” do Llewellyn maduro:

Que os princípios interpretativos são [...] mais do que simples regras rotineiras dos práticos [...] se infere de sua [...] importância quanto à possibilidade de uma interpretação vinculante, cuja existência depende da vinculação a uma convenção clara. [...] [...] uma doutrina da hierarquia dos meios de interpretação também é necessária se não queremos incorrer [...] na armadilha escondida na secreta escolha do meio ou da consequência “adequada”, da qual o juiz faz uso instintivamente, dando assim razão a quem disse: “A interpretação é, assim, o resultado de seu resultado” (Radbruch). [...] O corrente é fingir não notar esta técnica de escolha prévia e secreta dos meios hermenêuticos e silenciar todo o processo pré-seletivo daquilo que será aplicado; se prefere continuar com a ficção [...] [...] uma interpretação qualquer contém a determinação da vontade e do juízo de valor [...], evidente a qualidade jurídica da norma de interpretação [...]. [...] o “problema de subsunção”: “O caso cabe na regra?” não constitui uma pergunta meramente lógica e a interpretação não é só comprobatória (cognoscitiva), mas, sim, constitui também sempre um ato volitivo que decide em função de ideias de valor. [...] Que os princípios interpretativos constituem uma parte de todo direito positivo [...] não se nota porque [...] não prescrevem paradigmaticamente nenhuma conduta, procedimento ou ação determinadas, ou seja, não as enlaçam conceitualmente [...] a um suposto de fato, e sim, em lugar de uma vinculação substancial, expressam apenas a vinculação a um cânone reconhecido. Mas o que define uma interpretação como positivamente justificada não é um esquema de tais cânones, e sim o inverso: a escolha entre estes é determinada pelo objeto a ser interpretado [...] (ESSER, 1961, p. 148 – tradução nossa).

O excerto acima coloca em cena o problema da discricionariedade judicial, trabalhado por dois críticos do realismo estadunidense: Morris Cohen e Dickinson.

Vimos no capítulo anterior que Morris Cohen considera os conceitos de vinculatividade e discricionariedade como opostos polares, implicativos mutuamente, de maneira que só podemos conceber a ideia de discricionariedade tendo como pano de fundo as regras a que os juízes estão submetidos. Em linguagem sistêmica, há um paradoxo na relação entre discricionariedade – entendida como a indeterminação das operações do sistema jurídico – e vinculatividade – pano de fundo estrutural a que os juízes estão submetidos. Para Cohen, qualquer previsão legal é uma mera hipótese, elemento conjetural, o qual só pode ser confirmado mediante uma determinação posterior a ser perpetrada na decisão judicial. Entende, pois, que toda decisão envolve um impulso emocional e criativo, o qual, porém, pode ser, em alguma medida, domado – embora nunca afastado – caso o juiz tenha consciência disso e busque reforçar sua imparcialidade. Portanto, o fato de o juiz ter um amplo espaço de discricionariedade não significa que não possamos esperar dele decisões

juridicamente orientadas, pois a criatividade em questão não é ilimitada e arbitrária. É necessário, pois, que a discricionariedade seja traduzida em linguagem lógico-normativa pela via da testabilidade das regras em relação a suas implicações em outras decisões e do estabelecimento de similaridades a respeito dos juízos nelas presentes como justificados ou justos.

Por sua vez, Dickinson (1931) buscou mostrar que o reconhecimento da discricionariedade judicial não significa que as regras sejam irrelevantes juridicamente, pois a sua vinculatividade é respeitada na maioria dos atos de condutas dos homens e em muitas das decisões judiciais (ponto reconhecido até mesmo por um realista estadunidense como Llewellyn). Ademais, as regras, ao possibilitarem a exclusão de outras regras possíveis, funcionam como minimizadores de discricionariedade, ainda que a técnica jurídica não possibilite uma justiça e uma certeza absolutas. De tal forma, o problema da discricionariedade estaria relacionado com as hipóteses de lacunas a respeito de uma norma que sirva diretamente como decisória para o caso (problema da completude do ordenamento) ou como critério determinante a respeito de quais interpretações, dentre as plausíveis, é a juridicamente correta (problema da coerência do ordenamento na figura das antinomias de valor), o que possibilitaria uma crítica jurídica dos julgamentos como corretos ou não. O realista Felix Cohen (1935; 1959) – filho de Morris Cohen – rebate essa tese pela via da afirmação de que decisões jurídicas podem ser criticadas apenas no plano ético (GOLDING, 2010, p. 133-7).

Segundo Larenz (2005, p. 168), Esser entende que a escolha dos critérios da interpretação pelo juiz é arbitrária, bem como que o resultado obtido previamente pelo magistrado delimitaria previamente a direção de utilização dos métodos, dos precedentes, das formulações dogmáticas e das valorações particulares requeridas. Nesse contexto, é admissível, pois, que o juiz, “quando a norma em questão carece de interpretação, forme em primeiro lugar o seu convencimento do que seria aqui a decisão «justa», por vias distintas da aplicação «canônica» da lei, e só então, de certo modo para efeitos de controlo, passe a procurar fundamentar na lei o resultado previamente obtido” (LARENZ, 2005, p. 168). Diante disso, poderia parecer que Esser assume um relativismo ético como o presente na tese de Felix Cohen, o que redundaria em uma negação dos posicionamentos de Dickinson e Morris Cohen a respeito da discricionariedade. No entanto, tais questões não são tão simples.

Quanto à questão do relativismo ético, notemos, com base em Zaccaria (p. 2005, 379-86), que Esser não prescinde da noção de justiça, visto atribuir aos magistrados uma função de mediação entre o direito e a vida, bem como ver o juiz tal qual um intérprete das tensões

renovadoras surgidas na sociedade e ligadas ao desenvolvimento da pessoa humana. Tal perspectiva fica clara quando consideramos a seguinte afirmação de Esser (1961, p. 349 – tradução nossa): “O que não se acredita concretamente ser razoável (“reasonable”) não pode ser justificado dedutivamente com base em um princípio”. A função do magistrado seria, pois, a de proferir um “rectus ordo”, de forma a concretizar a justiça pela via principiológica, em uma tarefa de racionalização e objetivação de interesses subjetivos e sociais – ponto em que sua tese ecoa a de Pound – orientada à colmatação da lacuna entre ser e dever-ser sedimentada pelo conceitualismo sistemático-escolástico. Não é à toa, pois, que o autor alemão afirma que interpretar é decidir com base em padrões

que não são dados com a palavra que se deve interpretar, mas, sim, que o intérprete deve introduzir no objeto, atendendo às finalidades que são compulsórias para ele e para a sua época. Estes padrões não são fornecidos pelos meios de interpretação isolados, mas, sim, pela ordenação conferida pelos princípios jurídicos. Visto “de cima”, à luz destes princípios, o texto positivo é sempre incompleto. [...] [...] também não se pode negar uma influência recíproca entre doutrina e prática na formação dos “princípios gerais”, pois cada fase dogmática do mesmo pensamento [...] proporciona novos pontos de vista dogmáticos. Assim o próprio princípio, frequentemente, recebe logo o nome de uma teoria [...]. [...] das fórmulas doutrinárias não sai nada que não tenha sido previamente buscado e aprovado pela jurisprudência. O ato volitivo determina o alcance do princípio e da norma (ESSER, 1961, p. 312; 329 – tradução nossa)

O primado do caso em Esser ecoa Frank (1973, p. 14 e ss.; 146 e ss.), autor que abordava o problema da seleção das circunstâncias relevantes no contexto do caso a ser decidido. Na visão do autor estadunidense, não é possível estabelecer regras apriorísticas que controlem as decisões por conta da impossibilidade de prever o contexto fático dos casos posteriores e quais dos fatos serão contestados – “os fatos são divinações” (“facts are guesses”). Ora, o juiz não é treinado para desvendar fatos, sendo a estruturação do enunciado fático tarefa de resultados sempre indeterminados, não sendo o contraditório um método racional de busca da verdade. Daí Frank afirmar que nunca foi um cético contra as regras, mas sim contra os fatos, o que Golding (2010, p. 128-33) interpreta como uma modificação de seu pensamento surgida após suas experiências como juiz da Corte de Apelações dos EUA para o Segundo Circuito. A tal respeito, ainda que em tom bem mais ameno do que o de Frank, Esser (1961, p. 332), que expressamente menciona o autor estadunidense, considera que a seleção das circunstâncias fáticas relevantes, ainda que se procure passar por meramente factual, é o ato de valoração decisivo para a determinação do sentido normativo, antes mesmo que se torne visível a valoração do texto, a qual se desenvolverá em uma relação de circularidade hermenêutica com a construção do enunciado fático: “a seleção dos elementos do caso que se consideram relevantes influi de antemão sobre a interpretação jurídica, do mesmo modo que

esta repercute sobre aquela. Esta dupla qualificação de suposto de fato e conceito jurídico é uma parte da interpretação. Portanto, seus critérios não poderão ser encontrados na matéria previamente dada – nem nos fatos nem na lei. No “common law” faz tempo que se percebeu claramente este círculo em que se move a interpretação”. Ademais, outro realista estadunidense, Llewellyn, frequentemente citado por Esser, também percebeu, ainda que não partindo dos pressupostos da hermenêutica filosófica, o problema do déficit hermenêutico, inexorável e agravado pelas estratégias dos advogados, quanto às questões de fato no processo de conversão da situação real para situação de fato em bruto e, posteriormente, situação de fato autoritativamente considerada, visto que a pré-compreensão (sentimentos prévios, na terminologia de Frank) influencia na revivência do juiz, nos moldes de uma circularidade convergente entre norma e fato (LARENZ, 2005, p. 391-9).

Esser, ao abordar a tensão hermenêutica entre norma e caso, compreende os princípios como “pensamentos jurídicos gerais”, os quais não são retirados da lei, e sim da realidade e das circunstâncias do caso, mas são artificialmente reconduzidos a lugares particulares do sistema jurídico, em uma fundamentação artificial que confere a tais princípios a aparência de terem sido colhidos na própria lei. Tais “pensamentos jurídicos gerais” são, na qualidade de princípios, dotados de eficácia independentemente da lei e justificam-se a partir da natureza das coisas ou da instituição em causa (sentido do ser inscrito nas próprias relações humanas) e da convicção geral, composta por valorações extraleais. Nesse contexto, Esser considera que os conceitos previamente conhecidos pelo intérprete-aplicador servem como orientação para que este busque no direito uma “coerência sistematizante, para finalmente confirmar a aplicabilidade, transformando o pré-entendimento em entendimento” (PORCHER JÚNIOR, 2015, p. 7). Podemos dizer, em linguagem sistêmica, que há aqui uma exigência de “re-entry” do conteúdo político-moral dos princípios extrasistemáticos no sistema jurídico, o que fica mais claro no seguinte trecho:

Tanto se são máximas doutrinárias como se são pensamentos extraídos de casos singulares, tais princípios, ao excederem os limites de sua incorporação já realizada, não são outra coisa que “guides”. Constituem [...] princípios informativos. Com razão lhes atribui Ago, neste sentido, um caráter decisivamente pré-jurídico [...]. Mas o que justamente precisaria ser comprovado é se tal eficácia é imediatamente positiva inclusive na falta de reconhecimento institucional ou se são só os tribunais que convertem os princípios em “efetivos”, ou seja, elementos do direito positivo. [...] os princípios que estão à margem do direito material se convertem em ‘normativos’ quando obtêm reconhecimento dentro de um determinado círculo de problemas. (ESSER, 1961, p. 115 – tradução nossa)

Aqui, se faz pertinente a menção de Esser (1961, p. 15 – tradução nossa) a Feuerbach, segundo a qual “a partir de um determinado limite, é impossível ‘retornar para derivar diretamente o geral do particular, motivo pelo qual não sobra alternativa que não a de

começar procurando a regra independentemente do dado’. Do que deduz: ‘aqui devo, portanto, sair do positivo para voltar a entrar no positivo’”, ou, mais uma vez, em termos sistêmicos, preciso colher, mediante abertura cognitiva, conteúdos a serem processados pelo sistema de acordo com seu código e programa próprios, de maneira a respeitar seu fechamento operativo. O juiz, assim, não cria direito “do nada”, mas, sim, com base material nos referidos princípios e base formal no próprio sistema jurídico, o que permite a Esser defender que a sua proposta não é dotada de caráter subjetivista, já que tal substrato é colhido na intersubjetividade consensual da tradição, de maneira a legitimar a transformação dos princípios pré-positivos, meros pontos de partida, em proposições e instituições jurídicas positivas qualificáveis como injunções vinculativas para uma situação concreta, em consonância com a noção gadameriana de *applicatio* (LARENZ, 2005, p. 192)⁴⁴. Vejamos, a tal respeito, as seguintes palavras de Esser, novamente ilustrativas quanto à ideia de “re-entry” (1961, p. 68-72 – tradução nossa):

[...] a sentença judicial [...] pode converter-se em agente transformador de princípios pré-positivos em preceitos e institutos positivos. Mas para a construção de novas normas particulares, que ampliem o círculo fechado do ordenamento positivo, o juiz tem que recorrer a princípios extrassistemáticos (tópicos). Em casos em que só o círculo mais amplo do ordenamento positivo, a constituição, fornece princípios mais ou menos formais, o juiz deve buscar seus critérios materiais de valor no âmbito pré-positivo dos princípios da ética jurídica e da convicção geral [...]: da “public policy” e do “common sense”. Mas semelhantes princípios [...], no tratamento regular dos casos, já estão na base da escolha das normas e na seleção dos supostos de fato: tanto no processo silogístico como no raciocínio jurídico de um caso a outro caso [...]. Eles controlam a aplicação da lei e o trabalho conceitual, que aparentam obedecer à mecânica lógica. Se o trabalho conceitual se desvia do “são” sentimento jurídico, entram em ação os princípios e procedem por sua conta a formar novas normas e preparar seu reconhecimento técnico. [...]. Aqui nos interessam as formas mentais constantes, nas quais se realiza de um modo típico a transformação de juízos pré-jurídicos de valor em autênticas avaliações jurídicas. As representações fundamentais que subministram uma base especificamente jurídica para a interpretação e a argumentação, facilitando assim o enlace do pensamento técnico com os padrões sociais de valor no sistema fechado e no aberto [...].

Contudo, apesar de sua inclinação para o “case-law” e para o pensamento problemático, reminescente do “situation-sense” de Llewellyn, é justamente para superar o ceticismo realista que Esser não quer renunciar a toda a formação do sistema na Jurisprudência. Ora, a despeito de sua simpatia pelo “case law”, Esser deixa claro que este

⁴⁴ “[...] quando o juiz é incapaz de tornar preciso um argumento dogmático ou não sabe extrair com exatidão a substância positiva das resoluções anteriores – ou seja, a ‘rule’ propriamente dita. [...]. Sempre que se trabalhe com um franco espírito de criação do direito, à margem de interpretação doutrinária, é inevitável que surja a pergunta de qual é a fonte de que dimana a autoridade e a força persuasiva da nova fórmula de solução, pois [...] o juiz não a tira ‘do nada’. Aqui, a remissão aos pensamentos e princípios jurídicos ‘descobertos’ oferece uma legitimação das normas formuladas pelo juiz que, ao menos, deixa o ‘sistema’ a salvo. (ESSER, 1961, p. 12 – tradução nossa)

não pode subsistir a longo prazo sem um nexos de dedução valorativa a partir de critérios em forma de conceitos-quadro-materiais desenvolvidos pela dogmática, que torne as resoluções particulares racionalmente comprováveis e o seu conjunto um sistema sempre provisório e renovado na medida do desenvolvimento jurisprudencial (LARENZ, 2005, p. 312 e ss.). Assim, após diferenciar o sistema fechado típico do “civil law”, que seria representado pela idéia de codificação, e o sistema aberto característico do casuísmo do “common law”, Esser (1961, p. 57; 190; 10 – tradução nossa) – em concepção que se aproxima da de Morris Cohen no que diz respeito à busca por uma limitação da discricionariedade mediante um procedimento autocorretivo do sistema jurídico – explica no seguinte trecho como as dimensões problemática e sistemático-conceitual do direito devem ser reflexivamente e continuamente integradas:

Com efeito, a estrutura axiomáticamente fechada ou problemáticamente aberta de um sistema jurídico depende de que os pensamentos básicos sejam “principia” no sentido aristotélico, a partir dos quais se “conclui” dedutivamente, ou critérios pragmáticos (“topoi”) da justiça material ou, se for o caso, dos fins fixados pela política jurídica, que renunciam a uma conexão dedutiva coerente e atacam o problema, em sua entidade aparentemente isolada, com base, livremente, nos ditames da razão reconhecidos em geral, do “common sense”, como pontos de ataque “retóricos” (no sentido antigo) da argumentação. [...]. Os princípios “de um caso”, diferentemente dos princípios de um sistema jurídico, não são de natureza formal, ou seja, dogmática, mas, sim, expressam de maneira imediata um juízo de valor. O papel dos princípios no Direito do caso está claramente determinado de maneira heurística, com referência à situação do problema discutido, enquanto que no Direito codificado está dogmáticamente determinado, ou seja, referido à situação conceitualmente delimitada de cada problema dentro do sistema. A esta diferença há que se opor imediatamente uma restrição: no direito das leis subsistem grandes zonas em que os princípios se formam abertamente sobre o problema singular não previsto, princípios que apenas lentamente adentram sistemáticamente o aparato das leis, enquanto também os princípios do Direito do caso passam de seu papel originário de guias ao de pontos de início de um pensamento institucional e, portanto, sistemático. Todos os princípios tendem à formação de um sistema e a um esquema de hierarquização lógica pelo qual a “matéria” se reduz a um mínimo de axiomas universalmente utilizáveis e praticamente fecundos, bem como de conceitos que se prestam à dedução. Assim, em todas as culturas jurídicas o mesmo ciclo é repetido: descobrimento de problemas, formação de princípios e articulação de um sistema. O que a tradicional controvérsia metódica apresenta como um suposto conflito entre, de um lado, um pensar “aberto” e problemático, e, de outro, um pensar “fechado”, conceitual e dedutivo é em grande parte um metabolismo necessário e que implica a tensão entre as novas experiências da prática casuística e as energias formais da escola.

Esser (1961, p. 303) afirma, pois, que mesmo no “common law” já encontramos uma combinação entre o pensamento problemático-argumentativo e o pensamento sistemático-conceitual-constutivo. Nesse contexto, a reflexão sobre o caso adquire “significado racional mediante uma seleção comprovável de circunstâncias juridicamente relevantes, até que se chegue àquele ‘hunch’ que surge com a coincidência do ato volitivo (juízo de valor) com o descobrimento ‘cognoscitivo’ da possibilidade de ser enquadrado no sistema” (ESSER, 1961,

p. 303 – tradução nossa). A construção, em vez de ser mecânica, é um trabalho cujos resultados se submetem a uma comprovação conceitual e racional em termos de “plausibilidade jurídica”, ou seja, de “reconhecimento positivo das valorações em um típico conflito de interesses. Pressupõe, portanto, a inteligência do problema objetivo e do sentido simbólico dos conceitos em um sistema de instituições positivas. [...] a construção é compreensão da vida e do sistema” (ESSER, 1961, p. 303 – tradução nossa)

Esser considera a prática judicial como a verdadeira fonte do direito, representando a interpretação uma articulação entre “lex scripta” e “ius non scriptum”, que conforma em primeira mão a verdadeira norma positiva como “Law in action”. Este elemento consiste na convergência entre a doutrina, que é uma ciência prática, e a própria prática, ou seja, em uma “integração entre o conhecido e o novo na lei”, visto que “toda aplicação do que existe já é uma nova elaboração e vice-versa” (ESSER, 1961, p. 360; 364; 400 – tradução nossa). Nesse processo a dogmática, dotada de uma função estabilizadora que se apresenta como se fosse axiologicamente neutra (à la Llewellyn, em função típica de “steady factor”), possibilita uma transformação de questões de valoração em questões de conhecimento ou de verdade, convertendo as questões de justiça em questões juridicamente operacionais, nos moldes do que Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003), com fundamento em Bourdieu, chama criticamente de astúcia da razão dogmática, ou seja, a redefinição dos conflitos sociais em termos jurídico-científicos abstratos, o que resulta em uma seleção prévia dos conteúdos determinantes das decisões. Como explica Esser, os institutos consolidados envolvem uma dimensão ético-substancial, ainda que sejam heurísticamente traduzidos em fórmulas teóricas e conceituais. Por sua vez, quando há um conflito entre duas ou mais teorias, há ali também, em verdade, uma multiplicidade de valores em colisão. Deve-se notar, pois, que sempre se trata da realização de

juízos de valor, baseados em critérios pré-jurídicos, ou seja, éticos e de política social, os quais, contudo, precisam ser transformados em verdades jurídicas para que possam se encaixar em um complexo dedutivo já existente com vigência positiva. Em 99 por cento dos casos esta tarefa é cumprida pelos métodos tradicionais de interpretação, e o problema conjunto da relação entre a fixação pré-jurídica de valores e a formulação de normas pode designar-se, em um profundo sentido, como um problema de interpretação. Mas inclusive nos sistemas fechados aparentemente bem refletidos existem aqueles problemas de valoração não resolvidos, nos quais o juiz deve apelar a verdades pré-jurídicas sem conexão axiomática com os princípios do direito. [...]. Este trabalho de tradução do ético ou político ao plano do jurídico [...] contradiz também a ideia histórica ou política do suposto caráter autônomo das regras e figuras positivas frente a todo o ‘metajurídico’. O trabalho judicial significa o restabelecimento continuamente renovado da comunicação entre valores éticos substanciais [...] e os valores formais e institucionais do direito. (ESSER, 1961, p. 75-7 – tradução nossa)

Esser (1961, p. 77) considera que a determinação do sentido da integração entre, de um lado, os valores éticos e substanciais, e, do outro, os valores formais e institucionais do direito independe de que seja explicitada uma tradução (ou uma “re-entry”) de um postulado ético ou político ao plano jurídico mediante a indicação de “topoi de transformação” específicos deste âmbito de pensamento, como está explícito no seguinte excerto:

[...] os meios do pensamento jurídico, na medida em que sirvam ao desenvolvimento de juízos de valor extrajurídicos. Apenas o positivismo conceitualista do século XIX – no qual o simbolismo das deduções da lógica impediu a percepção do incessante trabalho de valoração jurídica e de ética substancial – acreditou que estes juízos não eram em absoluto de incumbência dos juristas. Justamente os “topoi” gerais de avaliação substancial, no processo de interpretação e elaboração, renunciam à proibição positivista de realização de prévios juízos de valor. Mas a missão imposta ao juiz há de permitir que se tome uma decisão segundo os critérios da justiça e da conveniência objetiva dentro dos limites de tais “topoi” jurídicos. Deve conter, pois, uma questão de ordenamento que, com base em um fim indicado pela política jurídica, apenas discursivamente pode ser acessado pela razão jurídica, ou seja, de modo que sua problemática imanente e sua respectiva solução constituam um assunto de adequação jurídica. (ESSER, 1961, p. 89 – tradução nossa)

Em outros termos, o autor está a revelar que percebe adequadamente a distinção entre o contexto de descoberta da decisão, em que ocorre a integração entre elementos pré-positivos e positivos, e o contexto de justificação da decisão, em que se busca meramente reconstruir apofanticamente, de maneira inexoravelmente imperfeita, a decisão em termos jurídica e logicamente adequados⁴⁵.

Quanto ao problema da discricionariedade, devemos perceber preliminarmente que Esser distingue entre o achamento da decisão, com o que se chegaria a uma conclusão materialmente adequada ao caso fundada naquilo que se considera antecipadamente como justo, e a fundamentação da decisão, realizada posteriormente pela via da escolha e utilização do método adequado a demonstrar a compatibilidade da decisão encontrada por outras vias com o Direito legislado e com a dogmática, nos moldes de uma instrumentalização e uma comutabilidade dos métodos (LARENZ, 2005, p. 195). Estes servem, pois, para viabilizar um retrospectivo controle de concordância (ESSER, 1983, p. 33) – ideia já levantada por Isay, ainda que este autor, diferentemente, considerasse os valores como irracionalizáveis –, pois forcem o juiz a abandonar uma solução que a princípio anteviu sempre que esta se não revele

⁴⁵ “a chamada lógica jurídica, [...] embora não seja uma pura técnica de dedução axiomática, e sim designe a lógica objetiva e a avaliação conservadas no conceito jurídico. O papel da lógica jurídica não poderia ter a importância constitutiva que de fato possui se não fosse um reflexo de valorações últimas e decisões de justiça. E isto não só com base em conceitos ‘guarnecidos’ de ideias de valor, mas também no contínuo paralelismo em que discorrem o pensamento finalista e a fórmula lógica, a qual expõe o juridicamente adequado apresentando-o simplifadamente como uma necessidade mental. Tal necessidade só é, pois, derivada, condicionada pela finalidade. O valor puramente heurístico de semelhantes fórmulas demonstra-se, por exemplo, em sua aplicabilidade polifacetada.” (ESSER, 1961, p. 73 – tradução nossa)

como susceptível de fundamentação em termos dogmáticos (LARENZ, 2005, p. 81)⁴⁶. A tal respeito, vejamos as seguintes palavras de Esser (1961, p. 326 – tradução nossa):

O caminho que desde o descobrimento da posição pré-positiva do juiz, realizado por Bülow, dirigiu ao reconhecimento por parte de Isay dos elementos volitivos na interpretação [...]. [...] sabemos que no direito toda reprodução de normas é, na verdade, produção, e que toda reconstrução pressupõe uma construção própria [...]. [...] a “interpretação” de um texto não é o início de um processo cognoscitivo, mas, sim, depende da compreensão que se tenha adquirido da situação objetiva e da finalidade do ordenamento atual, sob a perspectiva de princípios existentes que historicamente nos são dados como “positivos”. A interpretação é, pois “o resultado de seu resultado”, como escreve, de maneira precisa, Radbruch. O elemento volitivo, o “hunch” da sentença, é o primário. “O meio da interpretação não é eleito senão quando se já tenha decidido o resultado, os chamados instrumentos de interpretação, na realidade, servem apenas para fundamentar sobre o texto o que já tenha sido descoberto graças a um ato criador de complementação do “texto”. “O erro de crer que a regra singular já residia no texto “como a estátua no bloco de mármore” só pode ser aceito como uma saudável trava à arbitrariedade judicial”.

Podemos novamente estabelecer uma relação com o pensamento de Morris Cohen, que não encara o postulado da completude do ordenamento como o reconhecimento de uma preexistência histórica de um princípio governante para os casos novos, o que levaria à teoria fonográfica (declaratória) da decisão judicial, mas, sim como um princípio metódico-procedimental impositivo da relação entre existência lógica (validade) e fundamento jurídico da decisão. Em outras palavras, para Morris Cohen, toda decisão pode ser retrospectivamente reconstruída em linguagem lógico-dedutiva. Essa ideia, de certa forma, na linguagem de Dewey (1924) – autor que, sem aproximações com o realismo, foi influenciado por Holmes e Pound – se assemelha à noção de lógica de exposição, ou seja, uma lógica pela qual as regras são coerentemente organizadas e os juízes expõem reconstrutivamente as razões justificantes das conclusões, às quais eles podem, inclusive, ter chegado de outra maneira (GOLDING, 2010, p. 144). Tal lógica de exposição se assemelha ao contexto de justificação (fundamentação da decisão, na terminologia de Esser), em que a lógica formal se faz relevante, dado o propósito de tentar conferir às regras jurídicas o maior grau de coerência possível (DEWEY, 1924, p. 17). Dewey fala, ainda, em outro tipo de lógica, a de procura e

⁴⁶ No seguinte trecho, Esser (1961, p. 10 – tradução nossa) indica, ainda no início de sua exposição fundamental sobre a relação entre os princípios, os problemas e a dogmática, a relevância da doutrina como parâmetros da qualidade decisória: “Este sistema, que poderíamos chamar de funcional, não é de modo algum idêntico ao histórico e dogmático que obtém sua concretude na estruturação positiva das leis [...]. A este último chamaremos de sistema doutrinário ou teórico. Os princípios de valoração e de ordem que a prática desenvolve, inventa ou pretende extrair da lei [...] são sempre descobertos e comprovados em uma problemática concreta, de modo que é o problema, e não o sistema em sentido racional, o que constitui o centro do pensamento jurídico. [...] o petrificado sistema doutrinário, com sua lógica de conceitos, revela-se cada vez com maior clareza como um obstáculo para a moderna jurisprudência, enfrentada com a discussão de problemas ético-jurídicos e com a necessidade de formular princípios. Só que há que se perguntar se justamente estes ‘obstáculos’ não constituem garantias de direito insubstituíveis e importantes referências de controle”.

descoberta, que diz respeito ao modo como os magistrados chegam às decisões e envolve juízos de consequências prováveis como um critério instrumental de eleição das regras jurídicas e princípios a serem aplicados diante de um problema jurídico concreto (GOLDING, 2010, p. 143). Ora, diante de um problema jurídico complexo, para o qual não se encontre facilmente premissas previamente dadas a permitirem que se alcance uma conclusão, percorre-se o caminho oposto, ou seja, criam-se enunciados possíveis e testam-se as suas consequências diante do problema. O autor, portanto, trata as regras jurídicas como hipóteses que devem ter a sua qualidade de premissas orientadoras da resolução do problema testadas no contexto da situação concreta. Nesse sentido, a lógica de procura e descoberta funciona mediante cálculos de probabilidades sobre as consequências, e não de deduções lógicas fundadas em antecedentes. Dewey considera que a justificação judicial é o que está sujeito à análise crítica, mas entende, em uma espécie de reformulação teórica da tese de Pound, que a utilização da lógica de procura e descoberta é especialmente apropriada a uma abordagem politicamente orientada da atividade judicante, de forma a auxiliar o juiz no seu papel de “engenheiro social”. A tal respeito, Golding (2010, p. 144) explica que a lógica de exposição conserva sua relevância pelo fato de que

fundamentos são oferecidos de maneira que a decisão não apareça como uma sentença arbitrária, e para que possa indicar uma regra a ser usada em casos similares no futuro. [...] A exposição de uma decisão pelo juiz não precisa ser uma exata reconstrução do processo de descoberta; as intuições e bons sentimentos que ocorreram no processo, os ajustes e começos, não são fundamentos que justifiquem a decisão perante outros, apesar de poderem sugerir premissas.

Como diz o próprio Golding (2010, p. 143), se os realistas estadunidense tivessem atentado para a distinção de Dewey entre os dois tipos de lógica, não teriam atacado a utilização da lógica como reconstrução da relação entre premissas e conclusão (lógica de exposição/contexto de justificação/fundamentação da decisão), mas apenas a suposição de que o contexto de descoberta/lógica de procura e descoberta/achamento da decisão também seria lógico-abstrato. Diferentemente, Esser, a despeito da influência que recebeu daquele realismo, nota a relevância de uma lógica de procura e descoberta quando reconhece que o juiz, ao tentar qualificar suas enunciações jurídica e fática como objetivas, testa as hipóteses de fundamentação de sua decisão tendo como critério o caráter justo ou injusto de suas prováveis consequências (ZACCARIA, 1980, p. 57).

Esser destaca a fundamentação da decisão como o processo que se submete à crítica da comunidade jurídica e à possibilidade de revisibilidade jurisdicional. De tal forma, embora se funde na hermenêutica filosófica para elaborar um modelo descritivo do contexto de

descoberta, não nega a relevância do momento artificial da justificação, tanto interna quanto externa, da decisão, o qual se dá pela via de uma epistemologia em moldes não-constitutivos (dimensão apofântica da linguagem)⁴⁷. É aqui que Esser (1961, p. 29-30 – tradução nossa) reflete uma tentativa de reformular o pensamento realista estadunidense ao, por um lado, albergar o elemento da discricionariedade, representado pelo achamento da decisão e central no desenvolvimento daquela escola, e, por outro, neutralizá-lo epistemológico-reflexiva-artificialmente pelo elemento de vinculatividade, representado pela fundamentação da decisão com base em um entrelaçamento entre conceitos e princípios – ponto em que, em certa medida, se aproxima do Llewellyn maduro e de seus “steadying factors” – , como fica claro no seguinte trecho:

[...] os princípios do direito não são elementos estáticos de uma construção escolástica fechada, e sim ‘topoi’, pontos de vista discricionários da estimação dos tribunais, base autorizada e jurídica da argumentação. Notemos aqui que, de um ponto de vista puramente empírico, não é possível apelar a princípios ‘necessários’ do direito [...]. Se é importante a ‘investigação empírica do processo judicial’ para o estudos dos princípios efetivos do direito, é também, na mesma medida, incapaz de fundamentar tais princípios. A desculpa do ‘realismo jurídico’ é que pelo menos ‘explica’ o processo, ou seja, faz da perspectiva sociológica uma perspectiva psicológica. [...] este empirismo extremo nos oferece uma nova visão prévia dos elementos pré-positivos dos princípios do direito – se se aceita que o direito positivo é criado exclusivamente e pela primeira vez nos ditames judiciais. [...] ‘o processo judicial é apenas um aspecto da ordem jurídica, e de modo algum o esgota’. Se a ‘experiência dos letrados’ não basta para explicar ‘a vida do direito’, [...] sem princípios pressupostos [...], então há que se reintroduzir a ‘superada’ suposição de uma ‘lei por trás da lei’, e converter a afirmação do ‘legal realism’: ‘o direito não pode ser outra coisa que jurisprudência’ nesta outra asserção: ‘o direito não é meramente o resultado do funcionamento do processo judicial, é uma parte da consciência social como pauta de conduta concretizada em regras jurídicas: uma parte da cultura’.

A aporia entre discricionariedade e vinculatividade manifesta-se em Esser (359 – tradução nossa) nos termos do que ele chama de “antinomia entre realismo e fidelidade à lei”, dualidade que ele considera resolúvel pela via da conexão funcionalmente necessária “entre princípio e precedente, enunciado fático e aplicação segundo conceitos formados jurisprudencialmente, lacunas na lei e casuística, textos e ‘ideias jurídicas’ interpoladas”. O que sustenta o ideal de vinculatividade é a vontade constante e firme de manter um sistema que se aperfeiçoa continuamente com base nos precedentes e na doutrina. Nos termos aporéticos da hierarquia entrelaçada entre Legislativo e Judiciário de Luhmann, como percebe Esser (1961, p. 359), “o juiz tem apenas que aplicar a lei, mas sem deixar de seguir

⁴⁷ A respeito da diferença ontológica, aduz Jean Grondin (1998, p.61): “Heidegger exprime este não-estar-expresso, pela diferença entre um ‘como’ ‘hermenêutico’ e outro ‘apofântico’ (ou expressável). Mais originariamente do que o ‘como’ apofântico, isto é, como a expressão dos fenômenos, que se exprime em locuções ou enunciados, atua um ‘como’ hermenêutico, que realiza uma pré-compreensão interpretante elementar das coisas do meio, ao nível do ser-aí”.

aperfeiçoando-a, e [...] este aperfeiçoamento é parte da lei”, pois o magistrado está vinculado a desenvolvê-la em termos previamente estabelecidos pela tradição, em sentido gadameriano (ponto em que, mais uma vez, ecoa o Llewellyn maduro). Ora, Esser (1961, p. 108) critica a criação de direito meramente baseada em princípios nos termos de uma livre investigação científica (Gény). Para o autor, se forem desconsideradas as tradições doutrinária e jurisprudencial presentes na consciência social, a criação do direito será arbitrária. Portanto,

só se pode chamar de jurídico, no sentido de “justiciável”, um procedimento que seja racionalmente comprovável segundo notas suscetíveis de precisão, pois assim demonstra possuir uma fundamentação inequívoca e complexa. Abrir mão das possibilidades de dedução axiomática obriga também que se estabeleça um aparato de fixações metódicas para o procedimento do desenvolvimento judicial dos problemas. [...]. A norma nem já é existente, nem é “criada” livremente, mas, sim, é reintegrada, na qualidade de “rule”, com base na adequação efetiva ao caso e no programa até então reconhecido. Para esta cooperação entre liberdade e vinculação constituem [...] garantias equivalentes o pensamento axiomático da lógica jurídica e o raciocínio jurídico sobre precedentes e atendo-se ao problema. (ESSER, 1961, p. 108 – tradução nossa)

Não é à toa, portanto, que Esser: vê positivamente a Jurisprudência dos Interesses; criticaria a doutrina do direito livre na versão do manifesto de Kantorowicz, bem como a postura do “Bom Juiz” Magnaud; e rejeitaria qualquer tese que reunisse as seguintes características: 1) redução da sentença a um ato decisionista do juiz; 2) defesa de um pensamento emocional irracionalista; 3) desconsideração do sistema intersubjetivo de direito e de valores no qual se insere a solução satisfatória do caso concreto. Apesar, portanto, de ser decisivamente influenciado pelo realismo estadunidense, reconhece não apenas os seus méritos, mas também as suas insuficiências, tendo em vista a alegação geral (temperada no Llewellyn maduro, convenhamos) daquela vertente de que as regras fixas são fictícias e se subjugam à criatividade de cada sentença, bem como a tese de Frank – alcunhada por Esser de psicologista – de que o direito é mera ilusão de segurança para fins do preenchimento de necessidades já explicadas pela psicanálise:

esta teoria da “realistic school” torna obscuro o que seja o direito existente – explicando-o como uma “anticientífica” necessidade de autoridade – e rejeita todo intento de explicar e prever a produção de uma série de sentenças uniformes que não seja de caráter estritamente sociológico e psicológico, do mesmo modo que declara vão o afã de conhecer os princípios que as informam. Contudo, esta escola abriu caminho para o conhecimento de tais princípios ao destruir a ilusão das “regras estabelecidas” e da “certeza jurídica” [...]. Com isto, o princípio torna-se pela primeira vez consolidado como ponto de partida necessário não apenas a uma argumentação livre, mas também a uma série unitária de sentenças, configurando uma nova concepção de “sentença jurídica” [...], que não se sustenta na garantia dos precedentes, e sim em um pensamento sistemático e institucional. [...]. Verdade é que a escola realista, dado o seu empirismo, não pode reconhecer o princípio como fonte positiva de direito. Em congruência com seu ponto de partida pragmático, conclui: “Os princípios e regras não são, em si e por si, direito, mas apenas ensaios

de explicação das implicações contidas em um juízo [...] são experimentos, e não conclusões definitivas”. (ESSER, 1961, p. 246-7 – tradução nossa)

Consideramos que a teoria de Esser, deveras rica no que diz respeito ao aspecto da compreensão jurídica (dimensão hermenêutica), a despeito de atribuir à Dogmática Jurídica uma função de controle de concordância à qual as decisões judiciais devem ser criticamente submetidas, não desenvolve de maneira suficiente uma dimensão teórico-analítica adequada a descrever os critérios de avaliação da qualidade decisória. Nesse contexto, consideramos que a teoria da argumentação jurídica de Peczenik, autor ligado à tradição do realismo jurídico escandinavo, permite suprir a fragilidade do modelo de justificação descrito por Esser. Estudemos em tópico próprio, pois, a teoria da argumentação de Peczenik.

4.2 O PENSAMENTO NEO-REALISTA ESCANDINAVO DE PECZENIK

Dividiremos nosso estudo do pensamento de Peczenik em quatro partes: aproximações e distanciamentos em relação ao realismo de Alf Ross (4.2.1); o papel da justificação e das transformações no coerentismo do autor polonês (4.2.2); a perspectiva jurídico-científica defendida pelo autor à luz das noções de derrotabilidade e equilíbrio reflexivo (4.2.3); e a justificação da Dogmática Jurídica nos níveis metateórico e ontológico (4.2.4).

4.2.1 Convergências e divergências entre Peczenik e o realismo de Alf Ross

Aleksander Peczenik (1989) foi professor universitário na Universidade de Estocolmo, de 1969 a 1975, e na Universidade de Lund, a mesma em que Vilhelm Lundstedt foi estudante e Karl Olivecrona lecionou, de 1975 a 2004, o que obviamente lhe proporcionou uma ampla convivência com o pensamento do realismo escandinavo, donde a descrença do autor polonês em qualquer tipo de discurso metafísico-transcendental fundante. O autor, assim como os realistas escandinavos, assume-se como um cético, de maneira a recusar validade epistêmica a qualquer discurso que não se reporte à realidade, mas vai mais longe do que eles, visto questionar o próprio ceticismo. Ora, falta uma base material para que tanto uma perspectiva metafísica quanto uma anti-metafísica possam ser racionalmente fundadas. Da mesma maneira, não há verificar qualquer suporte empírico para o nihilismo moral e para a desconstrução do conhecimento. Ou seja, Peczenik assume um ceticismo “epistemológico”, mas reconhece que não é possível “viver ceticamente”, pois a vida em sociedade exige que acreditemos em algumas coisas – mesmo com a consciência de que não será possível

conferirmos um status rigorosamente “científico”, mas apenas derrotável (“defeasible”), a tais crenças (GRAÇA NETO, p. 136 e ss.).

Aarnio, na introdução da obra de Peczenik “On law and reason” (2009, p. 1), descreve o autoreconhecimento de Peczenik como um neo-realista, ou seja, um tipo de pensador que defende um estudo teórico do Direito que utilize diversas disciplinas jurídicas, da Filosofia e das Ciências Sociais, tanto no que diz respeito à análise dos conceitos jurídicos fundamentais, como o de “direito válido”, quanto no desenvolvimento de comparações entre a pesquisa jurídica e as disciplinas científicas estabelecidas. As análises desse tipo, na perspectiva neo-realista, devem apresentar exemplos de sua aplicação aos conceitos jurídicos e servir como referência para uma descrição das regras sedimentadas de interpretação jurídica, o que confere a tal proposta o caráter de uma teoria voltada para a prática. O neo-realismo, diferentemente do realismo escandinavo tradicional, não rejeita a utilização de conceitos vagos e “metafísicos” no pensamento jurídico-científico, mas, sim, assume como tarefa a especificação do que é valioso na pesquisa jurídica e do que está vivo na prática jurídica. Portanto, como afirma Aarnio, “o neo-realismo é construtivo, e não, como o realismo jurídico clássico, destrutivo” (AARNIO *in* PECZENIK, 2009, p. 1 – tradução nossa).

Os membros da Escola de Uppsala eram não-cognitivistas, ou seja, consideravam que os enunciados jurídicos e morais, por veicularem em juízos de valor, não transmitiam conhecimento verdadeiro, visto não poderem ser empiricamente verificáveis na realidade material, entendida esta como a realidade física. Seria impossível, pois, produzir conhecimento verdadeiro no âmbito dos juízos de valor, os quais meramente expressariam sentimentos, sensações, inclinações, atitudes subjetivas dos seres humanos – elementos, aliás, que podem ser confusos, imprecisos e/ou contraditórios. De tal maneira, ao contrário do que pensam os cognitivistas, os não-cognitivistas entendem que enunciados desse tipo não podem ser considerados falsos ou verdadeiros. Nesse contexto, a aprovação ou a reprovação de uma conduta, pois, seria mera expressão subjetiva, vinculada a um sentimento (GRAÇA NETO, 2009, p. 157), algo que se pode notar também na seguinte posição de Alf Ross sobre a justiça:

A justiça não é uma orientação para o legislador, já que [...] é impossível [...] extrair da ideia formal de igualdade qualquer tipo de exigência relativa ao conteúdo da regra ou do ordenamento. Empregadas nesse sentido, as palavras não têm nenhum significado descritivo. Uma pessoa que sustenta que certa regra ou conjunto de regras [...] é injusto não indica nenhuma razão para sua atitude. Simplesmente se limita a manifestar uma expressão emocional. Tal pessoa diz: “Sou contra essa regra porque é injusta”. O que deveria dizer é: “Esta regra é injusta porque sou contra ela”. Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto. Não é o modo adequado de obter entendimento mútuo. É impossível ter uma discussão racional com quem apela para a “justiça”, porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra. Suas palavras são persuasão, não argumentos. A ideologia da justiça

conduz à intolerância e ao conflito, visto que, por um lado, incita à crença de que a exigência de alguém não é meramente a expressão de um certo interesse em conflito com interesses opostos, mas, sim, que possui uma validade superior, de caráter absoluto, e, por outro lado, exclui todo argumento e discussão racionais que visem a um acordo. (ROSS, 2001, p. 320)

Peczenik (2009, p. 214), ao abordar criticamente o pensamento de Ross, afirma que o autor dinamarquês, por ter sido aluno de Kelsen e de Hägerström, combinou, em uma teoria coerente, ideias do realismo escandinavo e do Círculo de Viena, o que ainda foi incrementado com a recepção de algumas teses do realismo estadunidense. No previsionismo de Ross, o direito é um fenômeno social, supraindividual, cujos padrões de ação constituem uma ideologia comum (objeto da doutrina das fontes do direito) e, conseqüentemente, um complexo interpessoal de significado e motivação⁴⁸. Sua teoria previsionista assume três premissas filosóficas, respectivamente colhidas do empirismo lógico, de Hägerström e de Kelsen: “a) uma proposição sobre a realidade deve implicar um certo procedimento por meio do qual se pode testar a verdade de uma proposição [...]; b) toda proposição significativa deve se referir a dados observacionais concernentes a fatos físicos ou experiências mentais; e c) o direito é composto por regras que orientam exercício monopolista da força física” (PECZENIK, 2009, p. 215 – tradução nossa). Peczenik (2009, p. 215-8) apresenta quatro objeções à teoria de Ross. Senão, vejamos.

A primeira objeção diz respeito ao fato de que a definição do direito como algo previsível não explica como algumas leis são consideradas válidas mesmo quando não se espera que elas sejam aplicadas (desuso), nem a situação inversa, em que normas

⁴⁸ Segundo Ross (2001, p. 102-3), a previsibilidade das decisões pressupõe que “o processo mental pelo qual o juiz decide fundar sua decisão em uma regra de preferência a outra não é uma questão de capricho e arbítrio, variável de um juiz para outro, mas sim um processo determinado por posturas e conceitos, por uma ideologia normativa comum, presente e ativa nas mentes dos juizes quando atuam como tais. [...]. Essa ideologia é o objeto da doutrina das fontes do direito. Constitui o fundamento do ordenamento jurídico e consiste em diretivas que não concernem diretamente ao modo como deverá ser resolvida uma disputa legal, mas que indicam a maneira pela qual um juiz deverá proceder a fim de descobrir a diretiva ou diretivas decisivas para a questão em pauta. [...]. Está claro que essa ideologia só pode ser observada na conduta efetiva dos juizes. É a base para as previsões da ciência do direito no que respeita à maneira pela qual os juizes reagirão no futuro. A ideologia das fontes do direito é a ideologia que, de fato, anima os tribunais, e a doutrina das fontes do direito é a doutrina que concerne à maneira na qual os juizes, efetivamente, se comportam. Partindo de certas pressuposições, seria possível desenvolver diretivas quanto a como deveriam proceder na eleição das normas de conduta nas quais baseiam suas decisões. Porém, é evidente que a menos que sejam idênticas às que são, de fato, seguidas pelos tribunais, tais diretivas são destituídas de valor como fundamentos para previsões relativas à conduta futura dos juizes e, por isso mesmo, não servem para determinar o que é direito vigente. Qualquer doutrina normativa das fontes do direito que não se adegue aos fatos carece de sentido se pretender ser algo mais que um projeto de um direito novo e melhor. A doutrina das fontes, como qualquer outra doutrina acerca do direito vigente, é descritiva de normas e não expressiva de normas; é uma doutrina que se refere a normas, não uma doutrina que consiste em normas. [...]. Por ‘fontes do direito’, por conseguinte, entender-se-á o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão”.

consideradas inválidas retrospectivamente foram aplicados durante certo período de tempo.

A segunda objeção é relativa ao caráter polêmico da determinação do que deve ser previsto e de como isto deve ser feito, tendo em vista que um previsionismo radical, segundo o qual o direito válido fosse composto por decisões de autoridades cuja ocorrência fosse prevista em um determinado caso, seria insustentável. Um previsionismo desse tipo busca fundamento não apenas na existência de regras preexistentes, mas também nas decisões judiciais anteriores e nas ideologias, personalidades e trajetórias dos magistrados que as proferiram. Ora, é difícil realizar previsões que não sejam fundadas exclusivamente em regras preexistentes. Ademais, é difícil determinar o que é o direito válido quando a previsão não se confirma em uma decisão futura

A terceira objeção é referente à circunstância de que o principal fundamento para uma previsão quanto à aplicação de uma regra em decisões futuras é o fato de essa regra ser válida, ou seja, ter sido promulgada de acordo com os padrões formais de validade. A partir de tal premissa, devemos notar que um previsionista moderado – ou seja, que não se atreva a querer prever uma decisão particular, mas apenas a prevalência da aplicação de uma regra na maior parte dos casos, e que se utilize apenas do direito preexistente como base para suas previsões, – incorre em um círculo vicioso ao afirmar simultaneamente que uma lei será aplicada por ser válida e que (nos termos da concepção semântica de validade de Ross) uma lei é válida porque será aplicada.

A quarta objeção formulada por Peczenik está relacionada à anterior, visto que a possibilidade de um círculo vicioso explica o fato de Ross ter decidido abordar a existência de uma ideologia comum. O autor polonês considera que, nesse ponto, Ross não tem como satisfazer suas próprias exigências verificacionistas, pois a ideia de que o direito válido compõe uma ideologia individual não pode consistir em uma hipótese empírica. Ora, trata-se de conjecturar que muitas decisões seriam compreensíveis se explicadas à luz do direito como um todo, o que é uma linguagem demasiadamente vaga e, por conseguinte, não é passível de verificação em termos sociologistas⁴⁹.

⁴⁹ Aqui, Peczenik cita um excerto da obra de Ross que, na tradução brasileira, é composto pelas seguintes palavras: “Quando o fundamento da vigência do direito é buscado nas decisões dos tribunais, pode parecer que o encadeamento do raciocinar esteja atuando de forma circular, visto que é possível alegar que a qualificação do juiz não é meramente uma qualidade fatural, já que deriva necessariamente do direito vigente, em particular das regras do direito público que regem a organização dos tribunais e a designação dos juizes. Antes de poder verificar se uma certa regra do direito privado é direito vigente, portanto, precisarei estabelecer o que é direito vigente nesses outros aspectos. E qual o critério para isso? A resposta é que o ordenamento jurídico forma um todo integrando as regras do direito privado às regras do direito público. Fundamentalmente, a vigência é uma qualidade atribuída ao ordenamento como um todo. O teste da vigência está no sistema na sua integridade, utilizado como um esquema interpretativo, fazer-nos compreender, não só a maneira de agir dos juizes, mas também que estão agindo na qualidade de juizes. Não há ponto de apoio de Arquimedes para a verificação,

Diante das objeções descritas acima, Peczenik (2009, p. 218) conclui que Ross não conseguiu adequadamente definir o que é o direito válido, pois sua teoria apenas oferece uma escolha entre uma definição previsionista e o conformismo quanto à impossibilidade de alcance de uma definição a tal respeito. O programa previsionista de Ross, embora pretenda ser preciso e conferir um alto grau de fixidez ao direito, não consegue cumprir sua tarefa, visto que, no plano teórico, precisa recorrer a termos obscuros como “ideologia comum supraindividual”. Ademais, no plano prático, “torna-se necessário aceitar como direito válido qualquer coisa que as cortes tendam a dizer”, algo que se torna problemático quando consideramos que os juízes podem dar ao direito um menor grau de fixidez do que a própria doutrina tradicional das fontes do direito. Por outro lado, optar por não definir o direito seria: abrir mão de qualquer criação de fixidez do direito; “gerar uma lacuna entre as crenças cotidianas dos juristas e a filosofia do direito”; retirar dos juristas a possibilidade de submeter a uma avaliação racional o uso de conceitos como “direito válido” e “direitos”; estimular o legislador a considerar seu próprio poder um instrumento de alcance de quaisquer metas políticas – ironicamente, aqui Peczenik diz que os legisladores suecos modificam o direito com frequência e que isso ocorria especialmente durante o apogeu do realismo escandinavo (PECZENIK, 2009, p. 218 – tradução nossa). Em outros termos, essa alternativa inviabilizaria qualquer pretensão de desenvolvimento de um pensamento racional e coerente sobre a prática jurídica.

Peczenik não abandona a pretensão realista de construir uma teoria do direito estritamente baseada na verificação material, mas esta verificação não se limita, em sua proposta, a procurar um exame do elo entre o enunciado e os dados da realidade física, e sim busca uma adequação entre o enunciado e a rede discursiva da qual ele faz parte. Influenciado pelo segundo Wittgenstein, Peczenik entende a realidade material como realidade do discurso, o que implica um “giro discursivo” que admite uma fundamentação dos enunciados normativo-valorativos da argumentação jurídica, espécie de argumentação moral, pela via do discurso racional e coerente. Aqui, o autor polonês parece pretender reformular a noção de “ideologia comum” de Ross e integrá-la a uma nova concepção de realidade material, de maneira a compatibilizar as ideias de “todo coerente” e verificação. Nessa nova visão, “a ideologia jurídica é uma construção teórica que objetiva constituir uma totalidade coerente a partir de práticas fragmentárias e normas materializadas e introjetadas pelos tribunais, autoridades, juristas e alguns leigos. Estas pessoas agem e falam *como se* estivessem

nenhuma parte do direito que seja verificada antes de qualquer outra parte” (ROSS, 2001, p. 60)

aceitando a ideologia jurídica” (PECZENIK, 1983, p. 105 – tradução nossa). A tarefa da ideologia jurídica, na perspectiva do autor polonês, é, mediante um esforço, atribuir um certo grau de ordem interior “ao conjunto incessantemente cambiante de convicções normativas e cognitivas” (PECZENIK, 1983, p. 110 – tradução nossa). Assim, Peczenik consegue conceber um estudo científico da realidade material do direito que confere à argumentação jurídica um papel de destaque, de maneira a criar um novo âmbito de fundamentação e, conseqüentemente, contrariar a visão dos realistas escandinavos clássicos, como os membros da Escola de Uppsala, que

repetidamente desconstruíam a argumentação jurídica como mera fachada que camuflava o fato de os juristas se orientarem por seus sentimentos e emoções. Hoje não seria possível argumentar – contrariamente aos realistas e de maneira similar ao “espírito” das teorias jusnaturalistas – que asserções normativas e asserções valorativas na argumentação jurídica podem encontrar bases sólidas em vez de serem uma mera expressão de sentimentos? Por conseguinte, não seria possível argumentar que a Dogmática Jurídica, ao mesmo tempo valorativa e apresentando a si mesma como um tipo de ciência, nos proporciona o conhecimento da interpretação jurídica moralmente fundamentada? (PECZENIK, 2014, p. 1 – tradução nossa).

Peczenik distingue as teorias morais naturalistas, segundo as quais existem condutas humanas naturalmente boas ou ruins, e as não-naturalistas, ou seja, que não consideram as qualidades morais como intrínsecas aos tipos de conduta, e sim como elementos que pressupõem a captação e avaliação das circunstâncias específicas da conduta por aquele que a julgue moralmente. Nas teorias não-naturalistas, os julgamentos morais sobre condutas não são conseqüências lógicas delas próprias, mas, sim, resultados culturais socialmente determinados (GRAÇA NETO, 2009, p. 153). Segundo Peczenik (2014, p. 40 – tradução nossa), existem teorias cognitivistas não-naturalistas, ou seja, que considerem “juízos de valor como proposições teóricas sobre propriedades ‘não-naturais’ de pessoas, estados de coisas, objetos, ações, etc.”, mas é difícil afirmar algo preciso sobre esses traços. De todo modo, o autor considera o “não-naturalismo” mais plausível do que o naturalismo, pois as ações são motivadas pelo significado dos juízos de valor, e não por meras descrições fáticas: “a tradição cultural – quando é um fato – nos motiva a um tipo particular de ação, qual seja, o sopesamento e o balanceamento. Mas esta motivação não deriva logicamente da descrição da tradição cultural. Ao contrário: esta deflagra a motivação. Trata-se, aí, de uma conexão causal, e não de uma necessidade lógica” (PECZENIK, 2014, p. 2 – tradução nossa).

Diante do exposto, precisamos estudar mais detidamente o modelo argumentativo de Peczenik, inclusive quanto ao papel do procedimento de sopesamento e balanceamento em sua perspectiva de fundamentação jurídica.

4.2.2 Coerentismo, justificação e transformações

Peczenik funda-se no coerentismo, perspectiva filosófica que remonta ao Círculo de Viena, mormente ao pensamento de Otto Neurath. O autor polonês considera o conhecimento como um sistema coerente vinculado a evidências experimentais. No âmbito jurídico, tal perspectiva pressupõe a captação de dados exteriores e dados componentes do universo discursivo do direito. Os dados (como as leis, os precedentes e os eventos políticos relevantes) funcionam, nesse contexto, como um “input” de conhecimento a ser considerado pelos pesquisadores jurídicos, aos quais cabe sua organização em um sistema coerente de crenças e preferências, o qual servirá como o critério de aceitabilidade jurídico-argumentativa (PECZENIK, 2014, p. 5).

Segundo J. C. Hage, autor de prefácio à segunda edição do escrito de Peczenik “On Law and Reason” (2008, VI), o coerentismo do autor polonês deve ser entendido à luz da distinção formulada por Raz entre coerentismo epistêmico e coerentismo constitutivo. O primeiro tipo de coerentismo entende a coerência como um teste para a determinação de algo como conhecimento sobre um domínio objetual, enquanto o segundo tipo de coerentismo compreende a coerência como uma característica de um domínio. No coerentismo epistêmico, uma teoria do direito só tem caráter de conhecimento jurídico se for suficientemente coerente, enquanto no coerentismo constitutivo a coerência é uma característica do próprio direito, e não, meramente, um traço do conhecimento (é o caso da teoria do direito como integridade de Dworkin). Em Peczenik, há um trabalho epistêmico sobre a coerência com a finalidade de produção de uma teoria da natureza do direito. O autor formulou uma teoria da coerência do direito, e não do conhecimento do direito, o que significa que, para o professor polonês, o direito é aquilo que a teoria mais coerente sobre “tudo” – objetos naturais, mundo social, âmbito do dever-ser e padrões de adoção e rejeição de teorias – diz que é. Trata-se, nesse ponto, de uma inversão na ordem entre epistemologia e ontologia, pois Peczenik, em vez de reconhecer primeiramente a existência de uma realidade e, em seguida, derivar uma teoria sobre essa realidade – de maneira que a realidade seria independente do conhecimento, mas o contrário não seria verdadeiro –, considera que primeiramente existe o conhecimento jurídico, na forma de uma teoria justificada coerentemente, e, em seguida, surge o direito-objeto. Em outros termos, a realidade jurídica seria produzida pelas teorias científicas sobre o direito, o que é compatível com a premissa de que o direito integra a realidade social e esta, por sua vez, depende de nossas visões sobre ela.

Peczenik (2001, p. 292) concorda com Wolenski quanto ao fato de que o conhecimento é uma “crença verdadeiramente fundamentada”. Nesse contexto, conhecer algo significa: acreditar nesse algo; que esse algo é verdadeiro; e que a crença em questão é corretamente fundamentada. A coerência reside justamente no plano da fundamentação da crença. Para Peczenik (2001, p. 292 – tradução nossa), o conhecimento tem caráter epistêmico, ou seja, “o conceito de conhecimento não é logicamente equivalente a nenhuma combinação de conceitos naturais (não-epistêmicos)”. Em convergência com Lehrer, o autor vê a coerência como o elemento de aglutinação entre o mundo natural como o concebemos e o mundo do valor epistêmico como o concebemos. Epistemologicamente, a coerência diz respeito à relação entre um sistema de crenças coerente e a verdade. A coerência converte-se em conhecimento quando há um encaixe adequado entre aceitação e realidade. A afirmação coerentista de que a fundamentação depende da coerência não imuniza o coerentismo em relação a questionamentos, pois apenas significa que a justificação do que aceitamos é dependente de um sistema de aceitação composto por pretensões gerais sobre nossa competência e confiabilidade. A justificação coerentista submete-se à inexistência de uma base inquestionável do conhecimento, de maneira que o coerentismo se configura como apenas uma dentre diversas crenças concorrentes. Em tal contexto, o coerentismo tem na circularidade justamente o elemento que evita o regresso “ad infinitum”. Nas palavras de Peczenik,

um sistema coerente de aceitações e preferências é como uma rede de círculos argumentativos, a maioria deles bem grandes. Metaforicamente, uma cadeia de argumentos [...] morde o seu próprio rabo e, por conseguinte, pode ser representada como um círculo. Em uma cadeia tal, p1 sustenta p2, p2 sustenta p3 etc... e pn sustenta p1. A “sustentação” é algo que só se explica como sustentação razoável: p2 deriva de p1 em conjunto com uma outra premissa, digamos, r1. Esta premissa r1 é razoável, o que implica ser um membro de um outro círculo desse tipo. Esta circularidade torna impossível provar logicamente que a coerência implica a verdade. (PECZENIK, 2001, p. 292 – tradução nossa)

A virtude do coerentismo na concorrência com outras crenças é a de que ele exige que se alguém quiser reputar um sistema coerente de aceitações e preferências justificado pessoalmente por outra pessoa como desprovido de justificação objetiva, o responsável por uma alegação tal precisará vencer a concorrência com o sistema desafiado. Para tanto, o desafiante precisará apelar para o seu próprio sistema de aceitações e preferências e demonstrar que tal sistema é mais razoável do que o sistema desafiado – um ônus que se impõe inclusive a quem decidir desafiar o próprio coerentismo.

No contexto do direito, Peczenik diferencia dois níveis de justificação. O primeiro deles é o da justificação contextualmente suficiente, ou seja, aquele em que se descreve o que

é a interpretação jurídica. O segundo nível é o da justificação profunda, ou seja, o da justificação da justificação. Tal nível se refere a “como podemos justificar a avaliação de uma interpretação jurídica como razoável” (AARNIO *in* PECZENIK, 2009, p. 5 – tradução nossa). Gostaríamos de destacar, nesse momento, o nível da justificação contextualmente suficiente, visto ser neste que se fazem relevantes os conceitos de “salto” e “transformação”, centrais no modelo hermenêutico do autor polonês. Para tanto, precisamos remontar à distinção entre justificação interna e justificação externa, canônica nas teorias da argumentação. Vejamos, a tal respeito, as palavras de Aarnio (*in* PECZENIK, 2009, p. 6 – tradução nossa)

Vamos imaginar uma situação interpretativa em que A, que está interpretado uma lei, alcançou um resultado, R, sustentado por uma certa justificativa, J. O problema é como R deriva de J. Há uma ponte que conecte a justificação ao resultado? Na interpretação jurídica, a justificação é fundada nas fontes do direito, como as leis, os precedentes, os materiais legislativos, etc. Como é possível alcançar uma certa interpretação com a ajuda das fontes do direito? [...]. Jerzy Wróblewski escreveu sobre dois tipos de justificação [...]. A justificação interna é guiada pelas regras. Seu resultado é uma consequência dedutiva da justificação. Por outro lado, a interpretação jurídica normalmente exige uma valoração. Isto é necessário, e. g., porque as fontes do direito devem ser classificadas de acordo como uma dada ordem de prioridade. Ademais, o intérprete pode ser forçado a se basear em analogias. Em outros casos, ele pode precisar se sustentar em bases morais, e assim por diante. Nesse sentido, as valorações devem ser encontradas no material de justificação. É sempre possível reconstruir (“ex post facto”) a justificação interna como uma inferência logicamente correta, em que a conclusão deriva de uma certa norma jurídica, do material fático, de certas regras de interpretação jurídicas e de uma valoração. O problema continua sendo, porém, o de saber por qual razão as premissas foram estabelecidas daquela maneira específica. Aqui adentramos a justificação externa, ou seja, a justificação da escolha das premissas.

Os elementos da justificação externa servem justamente para conferir algum tipo de certeza à interpretação jurídica, visto que servem como uma maneira de evitar que sejam apresentados resultados arbitrários. Nesse contexto, as transformações podem ser explicadas mediante uma análise das justificações interna e externa. Ora, a derivação de um resultado R envolve a adoção de uma norma jurídica específica como premissa maior. No exemplo de Aarnio, essa norma é encontrada, como vimos, a partir de uma lei. Porém, o sentido normativo respectivo não precisa ser diretamente compatível com os termos da lei, visto ser possível, por exemplo, remeter a algum outro tipo de fonte, como os trabalhos legislativos preparatórios ou um precedente. Assim, “uma nova inferência pode ser construída; a primeira premissa na primeira inferência é a conclusão da segunda inferência. Isto significa que a primeira premissa é justificada mediante uma referência a uma nova fonte do direito. Desta maneira, arranjamos uma cadeia de inferências que finalmente cria uma justificação externa aceitável. A transformação, então, está justificada” (AARNIO *in* PECZENIK, 2009, p. 6 – tradução nossa).

Ainda que o raciocínio jurídico envolva a apresentação de razões, sopesamentos e contrarrazões, é possível que uma decisão seja justificada internamente, ou seja, que seu resultado final seja exposto como uma conclusão lógica das razões de maior peso. Uma correção lógica desse tipo pressupõe a inserção de um arranjo complexo de premissas adicionais ao raciocínio para evitar que este apresente uma lacuna. Tais premissas adicionais são obtidas mediante expedientes de justificação externa, visto que, quando inseridas na justificação interna, não se mostram como indiscutíveis, ainda que sejam razoáveis⁵⁰. Um passo de uma premissa particular para uma conclusão é um “salto” (“jump”) quando o resto do arranjo não é completamente composto por premissas certas, pressupostas e/ou provadas. “A contrario sensu”, quando é possível converter o passo do arranjo de premissas à conclusão em um passo logicamente dedutivo mediante a inserção de uma premissa analiticamente verdadeira, não há um salto. Portanto, “deve-se ou deduzir a conclusão de premissas contestáveis ou realizar raciocínios não-dedutivos, logicamente incorretos, a partir de premissas incontroversas”. (PECZENIK, 2009, p. 109 – tradução nossa). Peczenik define o “salto” da seguinte maneira:

um salto de um arranjo de premissas “S” a uma conclusão “q” existe se apenas e se [...] “q” não deriva dedutivamente de “S”; e [...] não se pode expandir ou modificar “S” de maneira que surja um arranjo de premissas “S1”, o qual satisfaça as seguintes

⁵⁰ Como Alexy (2001, p. 223; 225-6) explica, o objeto da justificação externa é a validade das premissas usadas na justificação interna: “[...] em casos mais complexos toda uma série de premissas [...] é necessária na justificação de julgamentos jurídicos, premissas que não podem ser inferidas de qualquer outro estatuto. Em muitos casos até mesmo a norma da qual se parte não é uma norma da lei positiva. A exigência de poder deduzir leva a precisamente o posto de um encobrimento do elemento criativo na determinação da lei: essas premissas que não derivam da lei positiva são trazidas à luz. Esse talvez seja o aspecto mais importante da exigência da justificação interna. É tarefa da justificação externa justificar essas premissas que não podem ser derivadas diretamente da lei positiva. Seria outro mal-entendido pensar que o modelo dado acima falhe ao não levar suficientemente em conta o jogo recíproco entre fatos e norma ao dizer que começa unilateralmente da norma a ser composta e, portanto, não faz justiça à exigência de ‘olhar para trás e para frente’. [...]. A fim de justificar as regras necessárias para os passos individuais no processo de análise é necessário considerar mais de perto tanto as peculiaridades do fato quanto as características da norma. Isso ocorre no contexto da justificação externa, dentro da qual todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico são permitidos. As regras a serem apresentadas na justificação interna, que lançam uma ponte sobre a falha entre uma norma e uma descrição dos fatos, pode, se assim o quisermos, ser vista como o resultado do processo caracterizado pela metáfora de andar para a frente e para trás. [...]. É possível classificar as formas de argumento e as regras de justificação externa em seis grupos: regras e forma de (1) interpretação, (2) argumentação dogmática, (3) uso de precedentes, (4) argumentação geral prática, (5) argumentação empírica e (6) as assim chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. [...]. A primeira tarefa de uma teoria de justificação externa é a análise lógica das formas de argumento juntas nesses grupos. O resultado mais importante dessa análise é o entendimento da necessidade de e das possibilidades de ligá-los. O exame do inter-relacionamento de diferentes tipos de formas de argumento tornará claro acima de tudo o papel da argumentação empírica e da prática geral no discurso jurídico”. Ainda que com menor nível de detalhamento, uma lista de expedientes um tanto semelhante é apresentada por Peczenik (2008, p. 129 – tradução nossa) no seguinte excerto: “A justificação jurídica contextualmente suficiente é sustentada por premissas como [...] precedentes [...]; – razões jurídicas tradicionais, como a analogia “legis”; vários métodos jurídicos, como a interpretação teleológica das leis; – normas de raciocínio jurídico tradicionais [...]; e – juízos axiológico-jurídicos, referentes, exemplificativamente, à certeza jurídica, à justiça, à razoabilidade, etc”.

condições: [...] a conclusão “q” deriva dedutivamente de “S1” e [...] “S1” é composta apenas por premissas certas, premissas pressupostas na cultura considerada e premissas provadas (PECZENIK, 2009, p. 96 – tradução nossa).

As premissas dos três tipos acima descritos são razoáveis e evitam a caracterização de um salto. Porém, é possível falarmos na existência de “saltos” razoáveis, os quais têm como critério a razoabilidade das premissas envolvidas. Os saltos razoáveis são descritos por Peczenik (2009, p. 97 – tradução nossa) no seguinte excerto:

Um salto do arranjo de premissas “S” à conclusão “q” é razoável se for possível converter o salto em uma inferência dedutivamente correta mediante a inserção de novas premissas a “S” ou mediante a modificação de algumas premissas já pertencentes a “S” e, de tal maneira, criar um arranjo de premissas finito e logicamente consiste que contenha apenas:

1. velhas premissas já pertencentes a “S”; e/ou
2. novas premissas certas; e/ou
3. novas premissas que são pressupostas [...] dentro de uma prática particular pertencente à cultura considerada; e/ou
4. novas premissas provadas; e (sempre)
5. novas premissas razoáveis, ainda que não sejam certas, pressupostas em uma prática particular pertencente à cultura considerada ou provadas.

Embora o conceito de razoabilidade seja difícil de definir, pode-se afirmar que uma premissa razoável não foi falsificada e não é arbitrária. Uma premissa é, pois, razoável se, e apenas se, as seguintes condições forem satisfeitas:

1. a premissa não tiver sido falsificada [...]. Quanto mais tentativas de falsificação de uma premissa tiverem falhado, mais razoável é a premissa.
2. A hipótese de que a premissa não deriva logicamente de um arranjo de premissas altamente coerente não foi corroborada em um grau suficientemente alto. [...]. A relação entre asserções razoáveis e dados!

No que diz respeito às relações lógicas entre as premissas e a conclusão, Peczenik (2009, p. 97 e ss.) faz ainda uma distinção entre sustentação fraca, razoável e forte. A sustentação fraca existe quando uma asserção pertencente a um arranjo de premissas sustenta uma asserção logicamente derivada deste arranjo. Uma sustentação desse tipo é fraca porque pode ser obtida mediante a inserção arbitrária de uma premissa adicional. Porém, se assumirmos uma teoria da coerência, podemos avaliar a razoabilidade do arranjo de premissas e, conseqüentemente, de uma sustentação. Nesse contexto, pode-se falar que há uma sustentação razoável quando uma asserção pertencente a um arranjo de premissas razoáveis é sustentada por uma asserção logicamente derivada daquele mesmo arranjo. Por sua vez, uma sustentação é forte quando: uma asserção é sustentada por outra asserção pertencente a um arranjo de premissas razoáveis que engloba ao menos um subarranjo do qual a asserção sustentada pode ser logicamente derivada apenas se todos os elementos desse subarranjo estiverem presentes; todas as premissas do arranjo pertencem a pelo menos um subarranjo desse tipo; e a premissa sustentada não pode ser derivada de nenhum subarranjo ao qual a premissa sustentadora não pertença. No contexto da argumentação jurídica, fala-se em uma sustentação forte como aquela fundada em fontes que ocupam uma posição privilegiada na

respectiva ordem de prioridade, de maneira que uma conclusão semelhante não possa ser encontrada mediante premissas jurídicas de outro tipo.

Peczenik (2009, p. 245) explica que juízos de valor são juridicamente relevantes em três contextos. O primeiro diz respeito ao estabelecimento do conteúdo normativo de fontes do direito. O segundo contexto refere-se ao peso autoritativo das fontes e à ordem de prioridade entre elas. O terceiro contexto é relativo ao caráter válido ou não de uma ordem jurídica como um todo. Existem tipos de “saltos” justificadores correspondentes a cada um desses contextos de realização de juízos de valor, ponto em que se faz relevante abordarmos a ideia de transformação na obra do autor:

É possível dizer que saltos resultam em uma transformação do nosso conhecimento sobre o direito e talvez do próprio direito. O termo “transformação” é apropriado para enfatizar o fato de que algumas das premissas adicionadas, as quais convertem o salto em uma inferência dedutiva, podem ser adotadas sem qualquer justificação “certa”. Por exemplo, pode-se em algumas casos embasar em um ato definitivo de sopesamento e balanceamento, dependendo-se de sentimentos e da vontade [...]. (PECZENIK, 2009, p. 245 – tradução nossa)

Analisemos primeiramente a categoria dos saltos que dizem respeito à validade da ordem jurídica como um todo, ou seja, ao terceiro dos contextos de relevância dos juízos de valor mencionados por Peczenik. Tais são os “jumps into the law”, por meio dos quais o conhecimento sobre simples fatos sociais e valores sociais é convertido em um conhecimento sobre o direito válido – metaforicamente, tais fatos são transformados em direito. Trata-se, nesse caso, de uma derivação do que é o direito válido a partir de premissas (fáticas e axiológicas) que não mencionam nem expressam o direito válido. Tal ideia pode dar a impressão de que Peczenik estaria a cometer uma falácia naturalista, ou seja, a derivação de normas com base em fatos, o que violaria a irreduzibilidade entre ser e dever-ser. Contudo, devemos notar que o autor não considera propriamente a ordem jurídica como diretamente derivada de um pano de fundo fático, mas, sim, de uma norma fundamental de justificação, a qual apresenta, em seu antecedente, a descrição da existência de fatos sociais e valores sociais. Exemplos de ordens que, segundo Peczenik, feririam dados valores sociais básicos e, por conseguinte, não poderiam ser consideradas jurídicas seriam o da Alemanha de Hitler e do Camboja de Pol Pot. Há, portanto, para Peczenik, uma espécie de mínimo ético exigível para fins de caracterização de uma ordem como jurídica, motivo pelo qual a norma fundamental de justificação precisa inclui-lo em seu antecedente. Para o autor, há um caráter “prima facie” de correção moral em tudo o que tem um caráter “prima facie” de correção jurídica. Satisfazem-se, assim, as condições fundamentais e necessárias para a caracterização social de um sistema de normas como jurídico (“underpinning reasons”), condições estas que,

para Peczenik, têm caráter moral e, por conseguinte, dispensam uma justificação “ad infinitum” da norma fundamental de justificação (AARNIO *in* PECZENIK, 2009, p. 6 – tradução nossa).

Peczenik (2009, p. 240) explica que, psicologicamente, os juristas reconhecem espontaneamente, sem qualquer tipo de raciocínio, um sistema normativo como um sistema de direito socialmente estabelecido, o que se espelha na facilidade de enumeração de fontes de uma dada ordem jurídica sem que se reflita sobre o status dessa ordem. Essas informações têm caráter bibliográfico, e não propriamente teórico, visto serem adquiridas mediante o ingresso no jogo de linguagem do direito. Em seguida, os juristas aprendem, na prática, a raciocinar juridicamente e a identificar o direito válido como aquele em conformidade com a Constituição. Se o sujeito for questionado sobre a justificativa para que se reconheça a validade da Constituição, ele irá, a partir de simples fatos, derivar uma noção de direito válido, o que redundará na prática de um “jump into the law”, algo que não parece gerar um problema prático – já que os juristas orientados para a prática podem assumir a ordem jurídica como válida sem a necessidade de seu questionamento – , mas consiste em um problema teórico. Para resolver a questão, Peczenik (2009, p. 243 – tradução nossa) elabora uma fórmula para a “Grundnorm” segundo a qual “se existe um grande número de fatos pertencente ao arranjo ‘F1-Fn’, então o sistema normativo ‘N’ é direito válido, ou seja, deve-se observar a constituição de ‘N’ e, conseqüentemente, outras normas a ele pertencentes”. Essa fórmula caracteriza o “jump into the law” como razoável ao transformar a justificação do sistema como válido em uma inferência logicamente correta. A fórmula em questão pode ser concretizada de diversas formas possíveis, visto que será variável em função do paradigma jurídico assumido e de considerações morais. Especificamente quanto à relevância da moral para a concretização da mencionada fórmula, o autor destaca que um juízo axiológico de sopesamento e balanceamento é necessário para fins de: qualificação da quantidade de fatos ocorridos como suficiente para a caracterização de uma ordem jurídica como válida; aferição da efetiva materialização dos critérios que possibilitam tal caracterização; e de avaliação comparativa da relevância concreta de cada um desses critérios (PECZENIK, 2009, p. 244).

Um segundo tipo de salto é o “jump inside the law”, que ocorre nas situações em que “conclusões sobre o direito válido são derivadas de um arranjo de premissas que contém ao menos uma asserção que menciona ou expressa o direito válido” (PECZENIK, 2009, p. 245 – tradução nossa). Há, porém, a necessidade de distinguirmos, dois subtipos de “jumps inside the law”, quais sejam, os “source-establishing jumps” e os “legal interpretative jumps”.

Os “source-establishing jumps” dizem respeito à derivação de conclusões sobre um tipo

de fonte a partir de um arranjo de premissas que envolve ao menos uma asserção sobre outro tipo de fonte. Um salto desse tipo, pois, se refere ao segundo contexto de realização de juízos axiológicos dentre os mencionados anteriormente e é necessário, por exemplo, quando um precedente é utilizado como premissa para a conclusão sobre o papel dos materiais legislativos preparatórios na interpretação das leis. Ora, em um caso tal, é preciso, inicialmente, interpretar o precedente para identificar a sua “ratio decidendi”, o que pressupõe o uso de normas sedimentadas do raciocínio jurídico, as quais precisarão ser entrelaçadas com premissas morais, especialmente princípios morais. Trata-se de hipótese em que o sujeito “deve sopesar e balancear vários precedentes, normas de raciocínio e princípios morais, de maneira a, em última instância, sustentar-se com base em sua própria vontade e em seus próprios sentimentos” para transformar o conhecimento sobre um tipo de fonte em conhecimento sobre outro tipo (PECZENIK, 2009, p. 245 – tradução nossa).

Os “legal interpretative jumps” são realizados mediante a derivação de uma conclusão sobre o sentido de uma norma com base em um arranjo de premissas que envolve ao menos uma asserção sobre a literalidade de uma fonte do direito. Tais “jumps”, portanto, se referem ao primeiro contexto de realização de juízos axiológicos dentre os mencionados anteriormente e também demandam: a inserção de premissas adicionais mediante recurso a normas sedimentadas de raciocínio e princípios morais; e um sopesamento e um balanceamento entre a literalidade da fonte e tais elementos. Assim, o sujeito transforma o conhecimento sobre os termos da fonte em conhecimento do direito interpretado.

Diante de tudo até aqui exposto, podemos notar que Peczenik não considera a interpretação jurídica como uma operação puramente dedutiva, mas, sim, meramente coerente, ou seja, uma espécie de “quebra-cabeça em que várias inferências dedutivas se ajustam de maneira razoável, mas não dedutiva. Toda justificação é um todo concreto. [...] as diferenças peças encontram seus lugares quando se torna possível obter uma visão geral dos contornos da figura. [...] é impossível demonstrar qual é a figura correta. [...]. O cerne da verdade jurídica deve ser encontrado neste relativismo (AARNIO *in* PECZENIK, 2009, p. 6 – tradução nossa).

Peczenik critica modelos de “one right answer”, mesmo os fracos, como o de Dworkin (2003), para quem haveria uma única solução correta, ainda que ela não seja sempre encontrada. Para Peczenik, existem diversas formas de interpretação de uma norma jurídica, questão que deve ser enfrentada com base na ideia de justificação profunda, que se refere à investigação das circunstâncias em que uma interpretação jurídica pode ser justificada, o que envolve o debate sobre o papel das valorações na atividade jurídico-hermenêutica. A

diferença fundamental entre Dworkin e Peczenik a tal respeito é o fato de que o autor polonês é um relativista axiológico, motivo pelo qual rejeita a existência de valores objetivos passíveis de descobrimento por um “Juiz Hércules”. Não é possível, para Peczenik, derivar um valor definitivo, e não meramente “prima facie”, a partir de fatos, o que significa que “valorações diferentes podem competir na sociedade, e é impossível demonstrar que qualquer um destes valores é falso” (AARNIO *in* PECZENIK, 2009, p. 9 – tradução nossa). Falta a Dworkin, na visão de Peczenik (2005, p. 108), notar que existe a possibilidade de que uma conclusão e os argumentos a ela contrapostos sejam incomensuráveis. Por tal razão, em vez de falar em uma resposta correta para qualquer caso, seja ele fácil, seja difícil, o autor polonês entende que nos casos difíceis se dá um salto dos fatos à decisão, de forma a fazer explícita a relação entre a conclusão e a premissa – “uma conclusão jurídica em um caso difícil não é derivada de um arranjo de premissas composto apenas por normas jurídicas e descrições de fatos. A conclusão deriva, isso sim, de um arranjo estendido, o qual inclui premissas razoáveis adicionais, algumas analíticas ou empíricas, outras normativas ou avaliativas” (PECZENIK, 2009, p. 109 – tradução nossa)

Peczenik (2009, p. 253 – tradução nossa) considera que, “all-things-considered”, não se pode falar em direitos preexistentes, mas, apenas, em direitos que se tornam existentes como um resultado do sopesamento, o qual não será arbitrário se orientado por critérios de coerência, como podemos depreender do seguinte excerto:

Quando o juiz interpreta o direito válido, ele depara-se com muitas perguntas, *algumas* relativas a direitos. Mas nem mesmo quando está a se ocupar de direitos ele está necessariamente preocupado em saber quais direitos as partes já têm. Em alguns casos, o direito em questão torna-se existente no momento da interpretação, e não antes. Sem dúvida, o juiz deve prestar atenção nas fontes do direito, nas normas morais socialmente estabelecidas, nas normas do raciocínio jurídico costumeiras e em outros fatores preexistentes. Mas ele também deve conciliar (harmonizar) esses fatores. Ele deve, portanto, realizar um ato de sopesamento e balanceamento, que, em última análise, depende não apenas de seu conhecimento jurídico, mas também de sua vontade e de seus sentimentos. O ponto central da tomada de decisão jurídica é, pois, ou estabelecer e obrigar o cumprimento dos direitos das partes ou, no mínimo, decidir [...] em que grau seus interesses devem ser protegidos. [...]. Bens coletivos e políticas devem ser considerados no processo de sopesamento, mas nunca em um grau que ignore completamente os direitos. [...] o direito interpretado torna-se existente no momento da interpretação, e não antes. A asserção interpretativa não pode ser verdadeira em sentido literal, visto criar, e não descrever o direito interpretado.

É necessário deixar claro o que significa, na teoria de Peczenik, a possibilidade de que valorações distintas entrem em conflito no debate jurídico. O autor está a desconsiderar hipóteses como a falta de conhecimento do intérprete sobre as fontes do direito, a sua falta de dedicação ao alcance de uma resposta jurídica razoável, a vagueza e a ambiguidade

terminológicas dos envolvidos no debate e eventual influência de sentimentos e dos respectivos pré-conceitos negativos em uma proposta interpretativa. O desacordo axiológico de que Peczenik está falando, pois, ocorre no contexto da presunção de um debate razoável, ou seja, que envolve valorações fundadas em razões. Deve-se notar, porém, que há sempre a necessidade de que uma cadeia de fundamentação de razões para a adoção de um valor seja cortada, ponto em que se nota o relativismo axiológico do autor e, conseqüentemente, a possibilidade de assunção de uma entre diversas cadeias de justificação incompatíveis. Apesar desse relativismo, a decisão entre possibilidades de interpretação, por exemplo, de um dispositivo legal deve ser racional, sob pena de se ignorar a expectativa de certeza jurídica gerada pelo direito (AARNIO *in* PECZENIK, 2009, p. 10 – tradução nossa). Tal racionalidade é encontrada nos critérios e princípios de coerência, tais quais os formulados por Peczenik em conjunto com Alexy.

Após abordar a pergunta sobre a possibilidade de “alcançar conhecimento (e, conseqüentemente, acessar a verdade) mediante o recurso à razoabilidade à luz de um pano de fundo consubstanciado em um sistema de aceitações e preferências” e questionar “quais circunstâncias indicam que se passou em um teste tal de de razoabilidade”, Peczenik, em colaboração com Alexy, propôs certos critérios de coerência para uma teoria – entendido este termo aqui em sentido amplo, ou seja, de modo a abarcar teorias descritivas (empíricas, por exemplo), teorias normativas (sistemas de normas) e teorias avaliativas (sistemas de valores).

Alexy e Peczenik (1990, p. 143) afirmam, recorrendo a MacCormick, que uma fundamentação jurídica desprovida de referências expressas ou implícitas a um sistema é uma fundamentação “ad hoc”, ou seja, que não apresenta os traços de generalidade e universalidade, motivo pelo qual não satisfaz as demandas da justiça. Ora, a justiça pressupõe uma fundamentação embasada em um sistema equanimemente (“fairly”) coerente. A coerência é definida pelos autores mediante a seguinte fórmula: “Quanto mais as afirmações pertencentes a uma dada teoria se aproximam de uma estrutura de sustentação perfeita, mais coerente é a teoria” (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 131 – tradução nossa). Nesse contexto, a

dogmática jurídica cria um sistema de conceitos e afirmações que possibilitam coletar, testar e incrementar as opiniões expressas pelas muitas gerações de juristas. Contribui, assim, para a estabilidade e o progresso. Dentro de um sistema tal, afirmações são testadas de maneira muito mais eficiente do que dentro de uma justificação ‘ad hoc’ não-sistemática. Ademais, a construção do sistema resulta em novos ‘insights’, os quais pessoas envolvidas apenas em fundamentações ‘ad hoc’ dificilmente teriam. Por fim, o sistema torna o trabalho de quem decide mais fácil. Quem elabora uma decisão pode sustentar-se em afirmações que já foram testadas muitas vezes e não precisa retornar à tarefa inviável de justificar tudo de vez em cada caso. (ALEXY; PECZENIK, p. 144 – tradução nossa).

Alexy e Peczenik (1990, p. 144) estabelecem uma relação entre o conceito de fundamentação e o de sustentação (“support”). Ora, falar em justificação, em um sentido forte, envolve as ideias de sustentação, coerência, racionalidade e correção. A relação entre tais noções é descrita pelos autores da seguinte maneira: “Se o sistema de normas ou de valores em questão é mais coerente do que qualquer sistema concorrente, então ele é ‘prima facie’ mais bem justificado e mais racional do que qualquer sistema concorrente. [...] existe uma razão ‘prima facie’ para que digamos que se trata de um sistema correto” (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 144 – tradução nossa). Contra quem afirma que essas relações são ilusórias e que os juízos práticos expressam meros sentimentos arbitrários, os dois estudiosos argumentam que a possibilidade de arrumar em um todo coerente as opiniões de um sujeito sobre problemas práticos já indica que esse sujeito é capaz de pensar racionalmente sobre tais questões. Nesse contexto, Peczenik e Alexy (1990, p. 130; 144-5 – tradução nossa), fundados na premissa de que “o grau de perfeição de uma estrutura de sustentação depende do grau de satisfação” de critérios de coerência, estabelecem o seguinte conceito de pensamento racional:

Um esforço para obter um equilíbrio entre os seguintes critérios de coerência: (1) o maior número possível de asserções sustentadas pertencentes à teoria em questão; (2) a maior extensão possível de cadeias de razões que pertençam a essa teoria; (3) o maior número possível de asserções fortemente sustentadas pertencentes à teoria; (4) o maior número possível de conexões entre as várias cadeias de sustentação pertencentes à teoria; (5) o maior número possível de relações de preferências entre os vários princípios pertencentes à teoria; (6) o maior número e a maior complexidade possíveis das relações de sustentação recíprocas entre as várias afirmações pertencentes à teoria; (7) o maior número possível de afirmações universais pertencentes à teoria; o maior número possível de conceitos gerais pertencentes à teoria; o grau mais alto possível de generalidade dos conceitos implementados na teoria; o maior número possível de semelhanças entre os conceitos usados na teoria; (8) o maior número possível de conexões conceituais cruzadas entre várias teorias; (9) o maior número possível de casos cobertos pela teoria; e (10) o maior número possível de campos da vida cobertos pela teoria. Consequentemente, parece suficientemente claro que nós temos não apenas sentimentos e emoções concernentes a questões práticas, mas também juízos mais ou menos bem embasados.

Alexy e Peczenik (1990, p. 145-6 – tradução nossa) reconhecem a existência de três desvantagens dos sistemas coerentes. A primeira é referente ao fato de a coerência ser uma questão de grau, o que implica a sua dependência em relação ao sopesamento e à tentativa de equilibrar demandas parcialmente incompatíveis. O critério da coerência não gera respostas corretas a respeito do caráter mais coerente de um sistema em relação ao outro. O máximo que se consegue é, em alguns casos, afirmar que um sistema é mais coerente em um dado aspecto específico. De tal maneira, escolher entre sistemas é algo que pressupõe uma avaliação que exorbita o critério da coerência. A segunda desvantagem refere-se ao caráter formal da coerência, ou seja, ao fato de esta constituir um critério geral e universal que não

avalia o conteúdo de sistemas normativos. É verdade que a generalidade a universalidade de uma justificação elaborada restringem a irracionalidade e contribuem para o alcance da justiça, mas esses traços da coerência não são capazes de eliminar completamente conteúdos injustos e irrazoáveis de um sistema normativo. A terceira limitação está relacionada à incompletude de todos os sistemas normativos, por mais coerentes que sejam. Ora, “uma criação e uma aplicação de um sistema normativo tornam necessária a formulação de novas afirmações normativas e axiológicas”, o que é decisivo quando consideramos “a transição de normas relativamente gerais para normas relativamente específicas; o sopesamento e o esforço para equilibrar princípios; e a criação de um equilíbrio reflexivo” (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 145 – tradução nossa). De todo modo, Alexy e Peczenik (1990, p. 145-6 – tradução nossa) afirmam que a justificação “demanda a criação do sistema de afirmações mais coerente possível. Consequentemente, é verdadeiro, talvez analiticamente verdadeiro, que se um sistema de normas ou valores for mais coerente do que qualquer sistema concorrente o consenso sobre tal sistema será ‘prima facie’ racional”.

Devemos considerar também que mesmo quando os sujeitos satisfazem as demandas de racionalidade e coerência é possível que alcancem valorações diferentes devido à assunção de diferentes conceitos teóricos, ponto em que a função de sistematização da dogmática jurídica se faz relevante – exemplificativamente, é possível que um sujeito considere um contrato “nulo” e outro o considere “válido” pelo fato de assumirem conceitos diferentes de “nulidade”. O autor polonês vê uma relação de circularidade hermenêutica entre a sistematização conceitual realizada pela dogmática e a interpretação jurídica, como bem descrito por Aarnio (*in* PECZENIK, 2009, p. 9 – tradução nossa):

A interpretação jurídica é impossível sem a formação de conceitos, assim como a sistematização prática deve ser frequentemente corrigida pela interpretação. Este é o caso quando a interpretação precisa de conceitos mais precisos do que aqueles que pode ser oferecidos pela teoria dominante. Há, pois, uma influência recíproca entre a interpretação e a sistematização, o que, em última instância, produz a coerência.

Faz-se, aqui, necessária uma análise mais cuidadosa da visão de Peczenik sobre a Dogmática Jurídica, o que faremos no próximo tópico.

4.2.3 Equilíbrio reflexivo, derrotabilidade e “scientia iuris”

Peczenik (2005, p. 1 – tradução nossa), em seu esforço para realizar uma reconstrução racional – “atividade de explicar dados fragmentários e potencialmente conflitantes mediante referência a objetos teóricos à luz dos quais os dados parecem relativamente coerentes, visto

serem apresentados como parte de um todo complexo e bem-ordenado” – da doutrina, caracterizou a atividade dogmática como dotada de uma dimensão teórica, referente à sistematização, e uma dimensão prática, relativa à interpretação jurídica. Em uma analogia entre a Sociologia e a Dogmática Jurídica, poderíamos dizer que as ciências sociais teóricas cumprem um papel equiparável ao da sistematização jurídica, bem como que a interpretação pode ser comparada às pesquisas empíricas sociológicas. A doutrina é uma fonte do direito que, embora seja desprovida de caráter vinculante, pode ser utilizada na argumentação jurídica não apenas por conta da qualidade contedísticas das razões que oferece, mas também devido à posição de autoridade daqueles que proferem as asserções doutrinárias. Há, porém, aí uma circularidade, ainda que imperfeita, visto que a autoridade de materiais produzidos pelos doutrinadores advém justamente da presunção de que sua qualidade argumentativa é alta, devido ser fundada em argumentos racionais e, portanto, buscar resultados justos e coerentes – converte-se, assim, a razão em autoridade. A doutrina não é, portanto, apenas uma fonte do direito, mas também uma atividade de descrição racional e de refinamento do direito que, ao menos eventualmente, diz o que é o direito. Nesse sentido, a doutrina tem caráter dúplice, visto que, por um lado, é uma fonte do direito relativamente subordinada, mas, por outro, é a melhor apresentação do próprio direito (PECZENIK, 2005, p. 17).

Peczenik (2001, p. 276) considera a dogmática jurídica como uma atividade que busca conhecer o direito existente e sistematizá-lo à luz de princípios abrangentes. É verdade também que a dogmática vê tal direito como historicamente mutável e, visto ser uma prática argumentativa, muitas vezes resulta propriamente em modificações do direito. Ora, ainda que os juristas costumem fazer uma distinção entre abordagens cognitivas sobre o direito (“de lege lata”) e recomendações fundamentadas ao legislador (“de lege ferenda”), em ambos os casos o trabalho dogmático é, de maneira geral, valorativo. Devido aos diversos níveis interrelacionais de atuação dogmática – a qual envolve, exemplificativamente, investigações dos possíveis sentidos de uma lei; análises de casos; tentativas de sistematização do direito à luz de conceitos e princípios; estudos comparativos; teorias hermenêuticas e das fontes do direito; teorias filosóficas sobre a própria dogmática; o uso de ciências auxiliares como a psicologia e a sociologia –, a dogmática está relacionada a investigações filosóficas nos âmbitos da “teoria moral, da teoria política, da teoria da linguagem, da lógica, da epistemologia, da teoria da ciência e da metafísica” (PECZENIK, 2001, p. 276 – tradução nossa).

As teorias dogmáticas normalmente são muito vagas, o que reduz sua utilidade à de uma

ferramenta auxiliar de interpretação. Tal vagueza se explica pela “tensão entre a demanda por precisão científica e a demanda por legitimação política. Lembremos que as teorias são normativas. Se elas fossem precisas, resultariam na produção de regras jurídicas pelos estudiosos e, assim, estariam sujeitas a críticas de que se tratariam de ‘atividade legiferante extraparlamentar’” (PECZENIK, 2001, p. 277 – tradução nossa). Mas o fato é que tal vagueza, por outro lado, gera questionamentos sobre qual a utilidade das teorias concebidas pela dogmática, mormente ao considerarmos que muitas teorias implicam avaliações diferentes quanto à sua adequação a casos específicos. Nesse sentido, as teorias têm um traço normativo, ainda que deveras amplo, o que as pode caracterizar, quando opostas, como propostas de admissão de consequências normativas distintas, o que torna o cientista uma espécie de legislador. Talvez, no fundo, seja esse propriamente o motivo pelo qual as teorias rivalizam entre si: se as consequências normativas de cada teoria não fossem distintas, a disputa entre elas não faria sentido (PECZENIK, 2001, p. 278). Nesse contexto,

O grau de coerência é determinado pelo sopesamento e pelo balanceamento dos critérios. Por exemplo, a cadeia de razões sustentadora pode ser particularmente extensa quando se utilizam conceitos menos gerais e encolher substancialmente quando os conceitos aplicados se tornam mais gerais. Em um caso desses, deve-se realizar um complicado ato de sopesamento para que se responda qual teoria é mais coerente – a mais geral ou a que contém a cadeia de razões mais extensa. (PECZENIK, 2001, p. 295 – tradução nossa)

Para entendermos a visão de Peczenik sobre a dogmática, precisamos analisar seu estudo sobre as fontes do direito. Peczenik (2001, p. 283), inspirado pela teoria das fontes de Eckhoff, busca incrementá-la e assume a premissa de que tais elementos são “razões de autoridade”. Para tanto, Peczenik distingue as fontes em três categorias: as fontes que um participante da argumentação jurídica está formalmente vinculado a utilizar (“must-source”), as que se recomenda a um sujeito tal utilizar (“should-sources”) e as que ele pode utilizar (“may-sources”). Exemplificativamente, em uma ordem jurídica típica do “civil law”, a lei seria inserida na primeira categoria, o precedente seria pertinente (e, em alguns países, os trabalhos legislativos preparatórios) à segunda categoria e os escritos dogmáticos, assim como o direito comparado, caberiam na terceira categoria. O rol em questão não é exaustivo e pode ser rearranjado para se tornar mais complexo, mas apenas definições vagas de categorias como as propostas por Peczenik são universalmente aceitáveis, visto que uma compreensão precisa desses três conceitos variará dependendo da ordem jurídica que se está a analisar e da época de realização da análise.

Característica fundamental das fontes formalmente vinculantes (“must”) é a necessidade de seu uso na argumentação jurídica. Ainda que consequências jurídicas possam ser derivadas

de diversos arranjos de premissas mutuamente independentes, tais consequências devem encontrar lastro, mesmo que apenas indiretamente, em fontes desse tipo. Pode-se dizer que há uma hierarquia entre os três tipos de fonte, a qual foi descrita por Peczenik (2001, p. 285 – tradução nossa) da seguinte maneira:

As fontes mais importantes são razões mais fortes do que as menos importantes. [...]. Razões fortes o suficiente para justificarem a desconsideração de uma fonte menor importante podem ser mais fracas do que as razões exigidas para justificar a desconsideração de uma fonte mais importante. [...]. Se uma fonte mais importante é incompatível com uma menos importante – por exemplo, se uma lei é incompatível com uma visão expressa nos materiais legislativos preparatórios –, aquela tem uma prioridade *prima facie*. Deve-se, pois, aplicar a fonte mais importante, e não a menos importante, salvo quando razões fortes sustentarem a conclusão oposta. [...]. Um acúmulo de várias razões fracas frequentemente prevalece sobre um conjunto de poucas razões fortes. [...]. Quem quiser reverter a ordem de prioridade terá o ônus do raciocínio. [...] as consequências da desconsideração de “should-sources” geralmente são menos relevantes do que as da desconsideração de “must-sources”.

Uma diferença fundamental entre as teorias de Peczenik e Eckhoff é a de que este se restringiu a listar argumentos usados no raciocínio jurídico, sem pretender propriamente estabelecer uma ordem de prioridade entre os tipos de fonte, enquanto aquele quis estabelecer uma ordem de prioridade derrotável. Peczenik teve a intenção de evitar os extremos em que as teorias das fontes normalmente incorrem: introduzir uma ordem de prioridade não-derrotável (o que distorce a prática jurídica) e negar que seja possível o estabelecimento de uma ordem de prioridade. O autor preocupa-se também em esclarecer que uma ordem de prioridade derrotável não se resume a uma fachada (PECZENIK, 2001, p. 286).

Peczenik (2001, p. 288-9), após admitir que o conceito de “razão”, em sentido argumentativo, comporta diversas concepções, define essa palavra como um fato ou uma crença em um fato. A tal respeito, recorre a Pollock para assumir a relação psicológica de sustentação de uma crença com base em outras crenças. Nesse contexto, uma crença é uma razão para que alguém acredite em algo se e apenas se for logicamente possível que o sujeito justifique a circunstância de acreditar nesse algo com base nessa suposta crença. As razões podem ser distinguidas entre razões decisivas (“decisive reasons”) e razões contribuintes (“contributing reasons”). As razões decisivas tornam as suas conclusões necessárias. Algumas delas não admitem possibilidades de exceção, enquanto outras são derrotáveis (“defeasible”), ou seja, podem ter suas consequências afastadas em circunstâncias anormais. Diferentemente, as razões contribuintes não são capazes de determinar as consequências que estabelecem sem que estejam integradas em um arranjo de razões. As razões contribuintes são, pois, razões “pro tanto”, ou seja, nunca são irrelevantes, ainda que possam ser superadas por outras mais fortes em um sopesamento.

Princípios, segundo Peczenik (2001, p. 289), são razões contribuintes, dotadas de razões de uma dimensão de peso. Uma razão principiológica, pois, diante de outra razão do mesmo tipo e em sentido contrário, precisa ser objeto de sopesamento. Nas palavras do autor, ao apresentar sua distinção entre regras e princípios,

todo o uso dos princípios no raciocínio jurídico é voltado para o sopesamento. Não se espera de um jurista que simplesmente siga um princípio. Ele deve confrontá-lo e sopesá-lo contra outros princípios relevantes para o caso. As regras são diferentes. Os papéis lógicos distintos das regras e dos princípios podem ser mais bem caracterizados se assumirmos que as regras excluem a aplicação dos princípios do que se dissermos que as regras pesam mais do que os princípios. Se a aplicação de uma regra exclui a aplicação de um princípio, não há mais necessidade de pesagem, porque o princípio não gera uma razão neste caso particular. [...] se os fatos de um caso satisfazem as condições de uma regra de maneira que esta seja aplicável a este caso, surge uma exceção a todos os princípios que podem identificar os fatos do caso como razões. Casos que têm regras aplicáveis não são, a princípio, julgados, com base em princípios. [...] Regras jurídicas geram razões decisivas para conclusões jurídicas. [...]. Se razões contribuintes colidem com uma razão decisiva, esta vencerá por definição. (PECZENIK, 2001, p. 289 – tradução nossa)

Devemos notar que as regras são razões decisórias derrotáveis. Os casos em que elas podem ser excepcionadas e, portanto, deixam de ser aplicadas são aqueles em que a lei apresenta uma exceção explícita ou logicamente implícita, bem como aqueles em que há razões contrárias à aplicação da regra que pesam mais do que ela. É possível, pois, que se realize um sopesamento entre as razões contrárias e favoráveis à aplicação da regra (PECZENIK, 2001, p. 290).

Devemos notar que a distinção lógica entre regras e princípios não responder como podemos identificar se uma disposição é uma regra ou um princípio. Segundo Peczenik (2001, p. 290), nos casos que, retrospectivamente, podem ser qualificados como fáceis, rotineiros, uma decisão pode ser derivada de uma disposição compreendida como regra sem que seja necessária a realização de escolhas ou de valorações não compartilhadas em geral ou controversas. Diferentemente, nos casos que, retrospectivamente, podem ser considerados difíceis, as disposições não são compreendidas como regras duras, pois há espaço para que se sustente uma exceção, mormente quando a dificuldade do caso se deve a problemas interpretativos. Em casos difíceis, quase todas as disposições são derrotáveis mediante o sopesamento de razões contributivas favoráveis e desfavoráveis a sua aplicação, de maneira que, em situações tais, as disposições apresentam um “comportamento lógico” mais próximo do das regras do que do dos princípios. Um caso difícil, pois, admite que, pela via do sopesamento, seja realizado um desvio em relação à letra da lei, o que pressupõe a inserção de uma premissa adicional razoável de natureza normativa ou axiológica entre a regra (premissa maior) e a descrição do caso (premissa menor).

Idealmente, toda razão pode ser sopesada para fins de justificação. No âmbito jurídico, não apenas valores e princípios são sopesados, mas também regras. Nesse contexto, o fato de as regras serem razões decisivas derrotáveis é essencial para que entendamos o papel da dogmática jurídica. Ora, as teorias concebidas pela dogmática produzem regras derrotáveis e produzem princípios. Segundo o autor, “a dogmática jurídica pode produzir regras gerais ‘subsidiárias’, das quais as regras legais são exceções”, assim como pode ocorrer o oposto (a dogmática produzir exceções a regras legais) (PECZENIK, 2001, p. 292 – tradução nossa). Tradicionalmente, nos sistemas continentais clássicos, as regras gerais de origem dogmática são produzidas por teorias gerais, como as que buscam explicar os institutos da propriedade e do nexo de causalidade. A dogmática, ao produzir

teorias gerais e derrotáveis, está a buscar uma imagem coerente do direito como uma rede de princípios, regras, metaregras e exceções, em diferentes níveis de abstração, conectados por relações de sustentação”. A argumentação desenvolvida em busca da coerência envolve não apenas a descrição e a lógica, mas também passos avaliativos (normativos). Por exemplo, argumentos baseados em analogias legais, a argumentação “a contrario”, o raciocínio baseado em metas, etc. certamente não são puramente descritivos. A escolha entre abordagens na dogmática jurídica também é baseada em pontos de vista normativos, mesmo quando a abordagem escolhida afirma ser “avaliativa”. Os passos do raciocínio avaliativo são justificáveis por razões, as quais, em última instância, são razões morais. Consequentemente, o sistema jurídico, como é apresentado pela dogmática jurídica, não deve ser apenas coerente em seu aspecto interno, mas também harmonizado com seu pano de fundo na forma da moralidade e da filosofia (política). [...]. Dado que este processo é governado pela ideia de coerência, pode ser representado como um equilíbrio reflexivo. (PECZENIK, 2001, p. 292; 298 – tradução nossa)

Uma teoria oferecida pela dogmática é fundamentada, em última instância, se ela pode se adequar ao sistema total de aceitações e preferências do sujeito (suas visões gerais e particulares sobre “o direito, a moralidade, a sociedade, [...] a justificabilidade, a realidade e outras questões filosóficas”) ‘coeteris paribus’” (PECZENIK, 2001, p. 295 – tradução nossa). Nesse contexto, Peczenik (2005, p. 126 – tradução nossa) afirma que a explicação das exceções e dos sopesamentos em um sistema de regras derrotável deve envolver uma rede de razões nos moldes de um equilíbrio reflexivo, noção consagrada por Rawls e reproduzida por Peczenik nos seguintes termos: “indo pra trás e pra frente, às vezes modificando as condições das circunstâncias contratuais, em outras recuando em nossos juízos [...]. Eu presumo que, eventualmente, encontraremos uma descrição da situação inicial que expresse condições e ofereça princípios que combinem com nossos juízos refletidos devidamente polidos e ajustados (Rawls 1971, 20)”. O autor polonês explica que enquanto na teoria de Rawls o equilíbrio reflexivo está envolvido em uma teoria liberal ortodoxa em que o sujeito pode modificar livremente princípios e juízos, a doutrina deve buscar tal equilíbrio, mas não pode

cumprir essa tarefa de maneira propriamente livre. O equilíbrio reflexivo, no âmbito da Dogmática Jurídica, apresenta os seguintes traços: amplitude; restrição; segmentação; e centralização em “platitudes”, ou seja, truísmos e lugares-comuns (PECZENIK, 2005, p. 126). Senão, vejamos.

O equilíbrio reflexivo simples é estreito demais para a doutrina, motivo pelo qual é necessário um equilíbrio reflexivo amplo (“wide”), do tipo que, no campo da moralidade, envolve três arranjos de crenças: um composto por juízos morais particulares; outro integrado por princípios morais; e um terceiro, composto por teorias de fundo, as quais podem ser morais e não-morais. Tais elementos devem ser repetidamente revisados até que se encontre um ponto de equilíbrio. A presença de um arranjo que envolve teorias morais concorrentes é o grande diferencial desse equilíbrio amplo, o qual não se compromete com um modelo moral liberal, dado o fato de a doutrina ser filosoficamente neutra, ou seja, não ser comprometida com teorias morais específicas.

Já no que diz respeito aos ajustes entre princípios e juízos, como dito anteriormente, a doutrina não é completamente livre, pois a busca pelo equilíbrio reflexivo só pode ser realizada de acordo com as condições de possibilidade oferecidas pela cultura jurídica, ou seja, em três situações: “quando é adequado adentrar a justificação profunda; quando se está a interpretar o direito diante de casos difíceis; e quando se está a utilizar conceitos axiológicos abertos” (PECZENIK, 2005, p. 126 – tradução nossa). A consequência dessas restrições é o reconhecimento de que a doutrina é constrangida a obedecer às “must-sources” e às “should-sources”, elementos cujas palavras não podem ser modificadas e que devem ser interpretados dentro dos limites postos pela cultura e pela linguagem jurídicas.

O equilíbrio reflexivo perseguido pela doutrina também envolve a segmentação, o que significa que a despeito de toda teoria jurídica precisar ser coerente em si mesma, de acordo com seus próprios padrões, devemos considerar que, por um lado, existem teorias com abrangências distintas, mas, por outro, há uma estrutura de unificação da doutrina como um todo e, por conseguinte, de todo o sistema de aceitações, raciocínios e preferências pertinentes ao direito. São necessárias, pois, pontes que liguem todos esses elementos e sejam modificáveis de acordo com as novidades culturais. Em outros termos, “a doutrina jurídica tem como objetivo não apenas um equilíbrio interior ao sistema, mas também um equilíbrio que considere nosso conhecimento de fundo sobre a sociedade e a filosofia. O direito está vinculado normativamente à moralidade e à política” e consiste em uma unidade de diversas doutrinas e sistemas doutrinários, unidade tal que constitui a justiça, enquanto a hipertrofia de algum princípio moral constitui a injustiça (PECZENIK, 2005, p. 129 – tradução nossa).

Quanto ao aspecto dos “platitudes”, Peczenik (2005, p. 131) afirma que os filósofos das ciências naturais têm paulatinamente reduzido suas pretensões de precisão, de maneira a reduzir a especificidade de suas teorias profundas, algo que deveria ser seguido também no campo da moral e do direito. Segundo o autor, o pluralismo e o relativismo morais têm como uma de suas causas o confronto entre grandes teorias morais que só são incompatíveis quando formuladas de maneira geral, precisa e repleta de conteúdos, pois, em verdade, quando tais elementos são mitigados, as consequências dessas teorias se tornam similares – até mesmo porque um consenso sobre as consequências precisas de um “platitude” é derrotável, ou seja, meramente “pro tanto”. Ora, todas as grandes teorias morais são fundadas em “platitudes” muitas vezes reconhecidos como relevantes por sujeitos que não as subscrevem. É o caso da autonomia individual kantiana, das práticas em Aristóteles, da utilidade no utilitarismo e da coerência no coerentismo. Nesse sentido, é importante notarmos que a própria ideia de “equilíbrio reflexivo” é um “platitude” procedimental.

Se é verdade que existem “platitudes” vagos, os quais definem a moralidade em geral, há também “platitudes” um pouco menos vagos que “definem nossa moralidade na sociedade Ocidental; dentre estes estão os ‘platitudes’ sobre direitos humanos. O núcleo dos direitos humanos talvez seja universal, mas, ao mesmo tempo, permite modificações evolutivas ao longo da história. Uma boa pergunta é se o núcleo universal acumula algo mais do que ‘platitudes’” (PECZENIK, 2005, p. 132 – tradução nossa). O autor dá alguns exemplos de “platitudes” morais, como não causar dano a outrem – justificável utilitaristicamente ou mediante exemplos específicos – e dizer a verdade – justificável kantianamente ou por meio de menção a sujeitos destacadamente honestos. Peczenik (2005, p. 132 – tradução nossa), então, conclui que “‘platitudes’ são mais estáveis do que juízos particulares e grandes teorias”. E sua estabilidade se torna ainda maior quando alguém os vincula a juízos particulares e grandes teorias. Uma rede de ‘platitudes’ é mais estável do que os mesmos ‘platitudes’ considerados isoladamente. Em outras palavras, um equilíbrio reflexivo entre ‘platitudes’ é mais estável do que qualquer ‘platitude’ isolado”.

Peczenik (2005, p. 132) afirma que existe uma influência mútua entre teorias doutrinárias e regras jurídicas específicas, nos moldes de um equilíbrio reflexivo que gira em torno das fontes do direito e de outros “platitudes”. No plano da epistemologia jurídica, não se pode falar, pois, propriamente de um indutivismo no sentido tradicional, dado que em vez de colher dados para formular teorias ou hipóteses sobre fatos existentes, a doutrina, ao realizar induções, cria novas normas a partir de normas existentes. Um modelo de falsificabilidade, tal qual o de Popper, também não é aqui adequado, pois as teorias doutrinárias são normativas,

de modo que não se faz possível sua qualificação como falsa mediante a observação de dados. Há, no máximo, um contínuo desenvolvimento teórico mediante a tentativa de ajuste das novas teorias à realidade social, à prática jurídica e às fontes do direito, mas mesmo um ajuste tal é mais uma questão de reinterpretação do que de substituição de uma teoria por outra a partir de um caso não explicável pela teoria mais antiga. Remetendo a Aarnio, o autor assume a ideia de que existe uma matriz de pensamento jurídico, ou seja, elementos que, nos moldes da epistemologia de Kuhn, sempre estarão presentes em qualquer paradigma de certa área de conhecimento, quais sejam: pressupostos filosóficos, inclusive o de que o raciocínio jurídico é fundado no direito válido; pressuposições sobre as fontes do direito e sobre o método jurídico; e um arranjo de valores juridicamente relevantes, como os da segurança jurídica e da justiça. Outra peculiaridade do pensamento jurídico diz respeito ao fato de que os paradigmas da área não costumam ser simplesmente superados e abandonados, mas, sim, tendem a conviver com outros paradigmas ou até mesmo ser imitados por eles – o que fica claro, por exemplo, quando consideramos os quatro critérios clássicos de interpretação de Savigny, que integram perspectivas jurídicas contemporâneas, como as teorias da argumentação de Alexy e MacCormick. Já à luz de uma perspectiva epistemológica como a da teoria dos programas de pesquisa, podemos dizer que a doutrina encontra dados de observação nas fontes do direito reconhecidas pelo sistema jurídico, nas normas morais e asserções axiológicas endossadas na comunidade e em outros tipos de dados, tais quais os sociológicos, sobre a comunidade. Nas palavras de Peczenik (2005, p. 134 – tradução nossa),

um cientista tenta interpretar dados observados como mutualmente consistentes e coerentes com o “núcleo duro” da teoria assumida. Analogamente, um pesquisador jurídico tenta interpretar normas jurídicas estabelecidas e asserções morais “pro tanto” como mutuamente consistentes e coerentes com as assunções nucleares da doutrina jurídica de seu tempo. Estas assunções nucleares determinam o programa de pesquisa desenvolvido pela doutrina jurídica. Um programa tal é frutífero (“progressivo”) se continua a produzir teorias coerentes justificantes de normas jurídicas e asserções morais cada vez mais estabelecidas. Um programa é progressivo também se a teoria subsequente explica mais e apresenta menos anomalias do que a sua predecessora. Uma anomalia ou é uma inconsistência lógica dentro de um arranjo de dados jurídicos ou um outro tipo de incoerência dentro desse arranjo, como normas sem sentido não justificáveis por princípios gerais. Um programa de pesquisa degenerado não é mais capaz de produzir teorias novas ou eliminar anomalias.

Peczenik (2005, p. 136) entende que a doutrina envolve teorias de nível intermediário. Por um lado, teorias de nível intermediário tendem a ser mais estáveis do que teorias e princípios morais mais inclusivos, mas, por outro, são menos precisas. As teorias formuladas pela dogmática são teorias de fundo que podem encontrar um equilíbrio amplo com as teorias morais inclusivas e as intuições morais e jurídicas particulares. De tal maneira, uma teoria

jurídico-científica é

justificável de cima para baixo por intuições particulares e justificável de baixo para cima por teorias morais inclusivas. Ao mesmo tempo, em virtude do equilíbrio reflexivo, teorias intermediárias assumem uma função ativa de justificar (além de também serem justificadas) intuições particulares e teorias inclusivas. [...] a extensão das teorias intermediárias é menor do que a das teorias filosóficas, assim como sua abstração e sua posição na hierarquia lógica das teorias são menores do que as destas. Consequentemente, elas podem muito bem derivar de uma das filosóficas abstratas e abrangentes. Elas são, porém, menos controversas do que tais filosofias. Cada teoria intermediária gira em torno de alguns “platitudes”. [...] [...] controversas, como são todas as concepções. Os teóricos entram em conflito, mas continua havendo algo estável que transcende os seus desacordos. [...] o que é estável [...] é o “platitude” [...]. Este “platitude” parece ser objeto de um consenso sobreposto entre juristas. (PECZENIK, 2005, p. 137 – tradução nossa)

O equilíbrio reflexivo amplo da doutrina permite que sejam mitigadas – embora nunca propriamente afastadas por completo – as contingências psicológicas irracionais mediante a revisão, pelo sujeito, de suas próprias crenças, preferências e modos de raciocinar. De tal maneira, é possível inclusive dissolver os conflitos entre as visões iniciais, irracionais, do sujeito e orientações morais presentes na sociedade. É possível, inclusive, que o sujeito tenha interpretado de maneira equivocada tais orientações e, mediante o exercício de busca pelo equilíbrio reflexivo, corrija tal equívoco e ajuste sua interpretação ao contexto social (PECZENIK, 2005, p. 137).

Peczenik (2005, p. 137-8) pretende mostrar, à luz da teoria da coerência, como se pode alcançar um arranjo coerente entre os elementos envolvidos no equilíbrio reflexivo buscado pela doutrina. Mais abstratamente, o autor entende que a argumentação jurídico-científica envolve o conhecimento, a moralidade e a justiça, o que, quando transposto para um nível mais específico, significa ser necessário o enfrentamento dos seguintes elementos: formas especiais de argumentos jurídicos e outras técnicas tradicionais de argumentação, elementos que aumentam a coerência do direito; o uso de conceitos interrelacionados, cujos sentidos mantêm uma relação de dependência recíproca, o que pode ser remetido à ideia de que o direito consiste, tal qual pensava Savigny, em um todo sistemático e dinâmico; a existência de princípios e metas que explicam e justificam as regras jurídicas, o que contribui para a coerência do sistema, como na teoria de Dworkin (2003); a unidade do direito ao longo do tempo, tendo em vista a necessidade de que suas modificações não sejam abruptas – ponto em que se faz relevante a ideia de “romance em cadeia” de Dworkin; e a unidade da ordem jurídica como uma ordem válida. Peczenik (2005, p. 138 – tradução nossa) conclui que “a doutrina jurídica objetiva apresenta o direito como uma rede de teorias, princípios, regras, metaregras e exceções que exibem diferentes níveis de abstração e estão conectadas por meio de relações de sustentação. É típico da doutrina buscar uma totalidade coerente e

relativamente estável ao longo do tempo”.

A doutrina produz uma normatividade relativamente estável. Esta normatividade é baseada na coerência, a qual se aplica ao conhecimento jurídico, à justiça nos termos da lei; e aos conceitos jurídicos. A doutrina, a respeito desses três elementos, produz teorias de nível intermediário com “platitudes” no centro. Os “platitudes” em questão são de pelo menos quatro tipos: “platitudes” sobre a própria teoria da coerência; “platitudes” sobre a moralidade, entendida esta, ontologicamente, como socialmente centrada, visto que todas as normas têm caráter social e histórico, e não universal; “platitudes” sobre a doutrina jurídica geral (referentes às fontes do direito e aos argumentos); e “platitudes” sobre a doutrina jurídica particular. Todos esses “platitudes” adentram um único equilíbrio. Nenhum deles é, por si mesmo, um supercritério. “Platitudes” são imprecisos (“fuzzy”), mas a combinação deles reduz o grau de imprecisão (“fuzziness”). “Reduzir” não é “eliminar”. Nenhuma reconstrução teórica da doutrina jurídica pode converter tal imprecisão em um cálculo de regras conclusivas.

As modificações coerentes no direito estão submetidas a certas limitações impostas pela tradição jurídica, ou seja, a transmissão de um padrão de pensamento ou ação em tal âmbito de conhecimento. Uma tradição: apresenta crenças e valores básicos, bem como padrões de racionalidade raramente criticados; encontra sustentação em instituições políticas e sociais; e determina seus próprios padrões racional-argumentativos e de solução de problemas. A tradição da cultura jurídica – elementos conceituais e normativos componentes de cada doutrina geral dos ramos especializados do direito – e da estrutura profunda do direito – bases históricas e estáveis sedimentadas pela cultura jurídica e pelo nível jurídico de menor profundidade – é dotada de certa “coerência narrativa”, cujos componentes estão conectados ao passado e ao futuro (PECZENIK, 2005, p. 148). Como explica Peczenik (2005, p. 97 – tradução nossa), o direito positivo, baseado em decisões, tem uma estrutura profunda que independe dessas decisões pelo fato de que “a estrutura profunda limita as decisões mediante um conhecimento tácito daqueles que decidem. A doutrina jurídica é o único agente consciente a empurrar a estrutura profunda para a superfície”. Nesse contexto, a justificação de modificações em uma tradição jurídica pressupõe que esta tradição contenha tradições de segunda ordem, as quais sustentem tal potencial de introdução de elementos novos na tradição de primeira ordem, bem como que as modificações maximizem a coerência diacrônica (PECZENIK, 2005, p. 149).

Peczenik (2005, p. 141) afirma que a noção de coerência implica um conservadorismo epistêmico, visto que a percepção de incoerências em um sistema de crenças ou a aquisição de

uma nova crença que o torne incoerente deve ser resolvida pela via da realização do menor tipo de modificação possível. Tal conservadorismo, porém, não é excessivo, visto que se a menor modificação necessária precisar ser uma grande modificação, deverá, ainda assim, ser realizada. Ademais, esse princípio da modificação mínima pode ser relativizado quando uma modificação maior permitir uma explicação de uma maior quantidade de dados cuja aquisição futura é esperada, situação em que tal modificação maior seria razoável pelo fato de que implicaria uma modificação menor do futuro sistema de crenças.

Peczenik (2005, p. 150) justifica que a exigência de coerência tenha como um de seus alvos as práticas e as normas, de maneira a não se restringir ao conhecimento, com premissas como as seguintes: a coerência tem um aspecto normativo; a abertura das práticas à crítica exige que nós as justifiquemos, o que implica o recurso a razões que as sustentem e, conseqüentemente, a razões que justifiquem as razões, algo que torna necessária a formulação de redes coerentes de razões; o respeito ao “rule of law” pressupõe um alto nível de coerência do direito como sistema normativo; e o “platitude” de que “o direito deve ser justo”, presente em diversas teorias analíticas e normativas. A tal respeito, segundo o autor:

A estrutura da justiça traz à mente a estrutura da explicação: ambas requerem coerência. [...] paralelismo entre explicação cognitiva e justiça normativa [...]. As teorias jurídicas têm força explicativa, ou seja, promovem uma compreensão coerente do direito. Ao mesmo tempo, promovem a justiça. Esta força explicativa e justificatória é possibilitada pelo fato de as teorias revelarem várias semelhanças – muitas vezes sobrepostas – entre casos. [...]. A conclusão normativa de Thagard é a de que “há três razões para a consideração da coerência emocional como simultaneamente prescritiva e descritiva da confiança”. Em primeiro lugar, os modelos canônicos de racionalidade têm pouca aplicação na vida real. Em segundo lugar, as emoções não podem ser psicologicamente removidas das decisões. Em terceiro lugar, as pessoas não querem retirar “da elaboração analítica de suas decisões informações emocionais cruciais a respeito do que realmente importa” para elas (PECZENIK, 2005, p. 150 – tradução nossa).

A coerência no raciocínio prático aplica-se de maneira específica no âmbito do justo, em que as teorias práticas – arranjos de estados cognitivos, passíveis de reformulação argumentativa, orientadores de comportamento – são dinâmicas e podem ser modificadas: quando novos “inputs” são fornecidos a quem raciocina; quando novos “inputs” forem originados das disposições conativas (preferências, desejos, intenções) de quem raciocina; e quando o próprio raciocínio e o respectivo processo de racionalização gerarem novidades. A escolha sobre as possibilidades alternativas de modificação de uma teoria prática endossada pressupõe que o sujeito analise as interferências recíprocas dos elementos dessa teoria.

Os critérios de coerência cunhados por Alexy e Peczenik, como reconhece o autor polonês em “Scientia iuris’: legal doctrine as knowledge of law and as a source of law” (2005, p. 147), se lidos à luz do coerentismo integrado de Hage, são uma parte do arranjo de

aceitabilidade de uma teoria do direito, e não critérios aplicáveis a uma teoria filosófica geral sobre a coerência, a qual deveria assumir como pressuposto que uma teoria coerente deve incluir tudo o que, de acordo com essa própria teoria, é aceitável e rejeitar tudo o que também, de acordo com essa própria teoria, não é aceitável⁵¹. Ora, critérios de coerência gerais o suficiente para que sejam aplicáveis a todas as teorias coerentes precisam ser imprecisos – ou, mais propriamente, plátitudes –, pois a precisão os reduziria a feixes de critérios voltados para domínios específicos e aplicáveis a apenas algumas teorias coerentes. Nas palavras de Hage (2013, p. 25 – tradução nossa):

O coerentismo estreito procura arduamente pela coerência em um arranjo de posições limitado, enquanto as demais posições sustentadas por uma pessoa são situadas em um arranjo de fundo que ou é assumida como certa, ou é avaliada com base em outro parâmetro que não a coerência. É este arranjo de fundo que indica o motivo pelo qual a coerência é importante, bem como quais são os critérios de coerência. O coerentismo integrado não distingue entre dois arranjos de posição. Todas as posições são agregadas e avaliadas em conjunto quanto a sua coerência. A motivação e os padrões de coerência são parte de um único arranjo de posições.

A resolução jurídica de um problema, para Hage e Peczenik, pressupõe um arranjo coerentista formado pelo conjunto de todas as crenças do sujeito, e não apenas de suas crenças

⁵¹ Nessa obra madura – que não deve ser confundida com o artigo “scientia iuris: an unsolved philosophical problem” (2001), também utilizado como fonte em diversos pontos do presente tópico –, Peczenik (2005, p. 147 – tradução nossa), ao mencionar os critérios formulados em conjunto com Alexy, reconhece expressamente ter modificado sua apresentação em certos aspectos, o que resulta na seguinte formulação: “Quanto mais as asserções pertencentes a uma dada teoria se aproximarem de uma estrutura de sustentação perfeita, mais a teoria será coerente. *Ceteris paribus*, o grau de coerência de uma teoria dependerá de fatores como: quantas asserções sustentadas pertencem à teoria; o quão complexas são as redes de razões de sustentação pertencentes à teoria; quantas asserções universais pertencem à teoria; quantos conceitos gerais pertencem à teoria e o quão alto é o grau de generalidade deles; e quantos casos e campos do desenvolvimento humano a teoria abarca.” Nosso comentário a tal respeito não é trivial, mas, sim, motivado pelo fato de que, como explica Amaya (2015, p. 32-3 – tradução nossa), “as visões de Peczenik sobre como a coerência conecta-se com a correção parecem ter evoluído significativamente no curso de seus escritos. Em trabalhos mais antigos, Peczenik defendeu a visão de que a coerência é um critério de correção. Segundo ele, quanto mais coerente é um sistema de valores, mais próximo este chegará do ideal de correção. Com Alexy, ele defendeu que embora a coerência seja um elemento central de um conceito devidamente desenvolvido de correção, há um outro componente da correção que também cumpre um papel decisivo nisto, qual seja, o procedimento do discurso racional. Em escritos posteriores, Peczenik, ao contrário de Alexy (para quem a coerência e o procedimento do discurso racional constituem um genuíno supercritério gêmeo na argumentação prática), negou que o procedimento do discurso racional seja um componente de uma teoria da racionalidade prática distinta da exigência de coerência. De acordo com Peczenik, as ‘regras do discurso racional e os procedimentos – reais ou hipotéticos – que emergem da implementação destas regras não têm uma posição privilegiada. Eles são apenas um componente do sistema de crenças do sujeito’. É a coerência com o sistema de crenças do sujeito – o qual inclui crenças sobre os procedimentos do discurso racional – que viabiliza juízos ‘all-things considered’ corretos. Como Peczenik afirma claramente, ‘em minha opinião, a correção resulta da coerência’. Portanto, enquanto inicialmente Peczenik entendeu a coerência como um critério de correção, o qual precisaria ser complementado por uma teoria do discurso racional, ele posteriormente sustentou uma concepção de correção como coerência. Ademais, em um artigo escrito em conjunto com Hage, Peczenik foi mais longe e sustentou que a coerência não é apenas o padrão contra o qual a correção das asserções jurídicas interpretativas deve ser avaliada, mas também (sob certas condições ideais) é constitutiva da ‘verdade jurídica’”. [...] Nos seus escritos mais recentes, Peczenik oscila entre falar em ‘verdade jurídica’ (no artigo produzido em conjunto com Hage) e defender que as asserções jurídicas interpretativas ‘podem ser mais ou menos coerentes, mas não verdadeiras’”.

especificamente relacionadas ao direito. É nesses moldes que “a mais coerente teoria sobre tudo [...], a qual inclui tanto crenças sobre como as diferentes partes da teoria devem ser coerentes entre si quanto crenças sobre os pesos relativos dos diferentes tipos de razões interiores à teoria”, não se reduz a um arranjo de razões limitado e, por conseguinte, determina o juízo ‘all-things-considered’ mais bem justificado” (AMAYA, 2015, p. 36-7; 62 – tradução nossa).

Peczenik e Hage defendem uma ‘teoria coerentista do direito’ segundo a qual ‘o direito é o que a teoria mais coerente sobre tudo diz que ele é’. [...] esta teoria inclui uma teoria do direito convencionalista enquanto institucionalista (CI) e a moralidade pessoal. Porém, segundo eles, é necessário que esta teoria CI seja complementada com a ideia de que o direito não apenas deve ser coerente em seu interior, mas também deve ser harmonizado com a moralidade. Nesta visão, “o direito existe como uma reconstrução racional baseada, entre outras coisas, no direito de acordo com CI, e na moralidade pessoal daquele que conduzir a reconstrução”. Ou seja, CI oferece o ponto inicial de um processo em que o sujeito adapta mutuamente CI e sua visão moral, o que resulta em uma teoria sobre ‘o que juridicamente deve ser feito’.

Essa perspectiva não deixa de dar conta do papel das razões de autoridade, pois a dupla de autores considera que “a qualificação do conteúdo do direito como mais ou menos dependente da moralidade pessoal é condicionada, sob o prisma coerentista, pela visão do sujeito sobre a relação entre as naturezas prática e social do direito” (AMAYA, 2015, p. 62 – tradução nossa). Em outras palavras, o fator determinante a tal respeito está em saber se o sujeito “entende como normas jurídicas aquelas aceitas em geral como tais ou se, ao contrário, as normas podem ser aceitas como jurídicas apenas se o sujeito está preparado para agir de acordo com elas” (AMAYA, 2015, p. 62 – tradução nossa). O critério para determinar o conteúdo do direito e o seu grau de independência em relação às normas aceitas em geral como autorizadas, portanto, é a teoria subscrita pelo sujeito sobre o modo como direito e moral se relacionam (AMAYA, 2015, p. 62). De todo modo, para Peczenik, a relevância das razões autoritativas já é performativamente reconhecida quando o sujeito se dispõe a argumentar de um ponto de vista jurídico, ou seja, a raciocinar de maneira especificamente jurídica (AMAYA, 2015, p. 531)

Hage e Peczenik (1999, p. 41) admitem que se, por um lado, o conteúdo do direito é determinado pela melhor teoria do direito, ou seja, pela parte jurídica da teoria mais coerente sobre tudo, por outro, uma teoria abrangente perfeita não existe. Nem por isso, contudo, deve-se abrir mão da tentativa de alcançar uma aproximação, ou seja, uma teoria consistente e o mais abrangente possível. Em linguagem desconstrutivo-constructiva, podemos dizer que uma teoria coerente é possível como impossível, sempre por-vir, motivo pelo qual Hage e Peczenik não deixam de destacar a relevância dos diálogos jurídicos como o melhor meio

para a construção de uma teoria coerente do direito. Nesse contexto, um diálogo jurídico realizado sob circunstâncias ideais resultaria na melhor teoria do direito efetivamente possível, bem como garantiria – dado que as crenças jurídicas individuais que a integrassem seriam a melhor aproximação possível da verdade jurídica – que a teoria parcial resultante respondesse às questões que se propõe a solucionar – algo que uma teoria mais abrangente não conseguiria fazer. Obviamente, tal diálogo em condições ideais também é possível apenas como impossível, o que demanda uma revisão e um aperfeiçoamento contínuo de suas conclusões.

Amaya (2015, p. 33) entende que a proposta da dupla de autores é apresentar “uma teoria coerentista da verdade jurídica em que as asserções sobre o que deve juridicamente ser feito serão verdadeiras se forem coerentes com a melhor teoria do direito que se pode construir sob condições ideais”. Em outras palavras, tal perspectiva assume que o direito é a interpretação pessoal do direito justificada da maneira mais perfeita possível e equipara verdade e justificação ideal coerentista, de modo a gerar uma “aparência de subscrição não apenas de uma teoria coerentista da justificação jurídica, mas também de uma teoria coerentista da verdade jurídica” (AMAYA, 2015, p. 33 – tradução nossa). Essa modificação terminológica na produção de Peczenik, que inicialmente qualificava as asserções jurídico-interpretativas como “corretas” ou “incorretas” e depois veio a admitir que estas fossem reputadas “verdadeiras” caso pertencentes à mais coerente teoria do direito, na interpretação de Amaya (2015, p. 33 – tradução nossa), não tem origem em novidades significativas na visão de Peczenik sobre “o tipo de objetividade que se pode razoavelmente esperar das asserções jurídicas interpretativas”. Para justificar tal afirmação, a autora defende que a teoria coerentista da verdade proposta por Peczenik é compatível com a antiga tese do professor polonês – em que fica patente a influência de Ross em seu pensamento – de que as asserções jurídicas “all-things considered” têm natureza não-cognitivista. Ora, a “verdade” que Peczenik menciona nos textos maduros diz respeito especificamente à moralidade pessoal, como fica claro quando lembramos que

a principal razão pela qual Peczenik defendeu o não-cognitivism sobre asserções jurídicas ‘all-things considered’ é o papel que as preferências pessoais cumprem no último passo do sopesamento. Similarmente, pelo fato de os conteúdos do direito dependerem da harmonização entre o direito (como identificado por CI) e a moralidade da pessoa, o direito compartilha a subjetividade da moralidade pessoal. Consequentemente, pode ser que uma asserção jurídica ‘all-things considered’ seja, da minha própria perspectiva, verdadeira, mas, da perspectiva de outrem, falsa. É apenas neste sentido subjetivo e relativista que, segundo Peczenik, asserções jurídicas podem ser consideradas verdadeiras. De tal maneira, o valor de verdade

das asserções jurídicas é completamente compatível com o não-cognitivismo (ou melhor, subjetivismo) de Peczenik (AMAYA, 2015, p. 34 – tradução nossa)⁵².

Na visão de Amaya (2015, p. 33-4), portanto, a utilização de “verdade” no lugar de “correção” não revela qualquer propósito de Peczenik de aumentar o nível de objetividade de sua teoria ou de atribuir às asserções jurídicas a qualidade objetiva das asserções empíricas. Uma leitura desse tipo seria inviabilizada pelo próprio fato de que o recurso do autor aos diálogos ideais não poderia pretender extinguir a subjetividade dos juízos “all-things-considered” assumida por sua teoria, visto que, como ele mesmo reconhece, o discurso racional pode ter diversos resultados possíveis. “Verdadeiras”, pois, são, na tese do professor polonês, as asserções jurídico-interpretativas mais bem justificadas, o que poderá resultar em conclusões incompatíveis entre intérpretes distintos, cada qual verdadeira para seu formulador. Ora, embora seja razoável assumir que há um mundo comum a todos – o que lastreia a pretensão de objetividade das asserções empíricas –, não é plausível supor que os seres humanos compartilhem um mundo de “all-things-considered goodness”, motivo pelo qual se faz necessário reconhecer que o passo decisivo do processo de sopesamento e balanceamento é uma questão de “sentimento pessoal” ou “preferência individual”. Ademais, considerando que Peczenik reconhece a eventual necessidade de um balanceamento entre razões jurídicas e razões morais, “o que deve ser feito ‘all-things-considered’ pode ser diferente (ainda que raramente) do que deve ser feito de acordo com a melhor interpretação do direito”, nem sempre o que o direito é nos termos da melhor teoria do direito soluciona um problema jurídico (caso). Ademais, os critérios de coerência não têm como viabilizar uma determinação metódico-apodítica de um resultado perfeito do balanceamento entre razões jurídicas e morais, motivo pelo qual as preferências pessoais (ou, em outras palavras, a violência do “hunch” antecipatório de sentido) cumprirão um papel essencial na determinação do indeterminado, na decisão do indecidível, na resolução subjetiva da aporia entre juízos “all-things-considered” igualmente justificados. Reconhecendo, pois, os limites do coerentismo e, por conseguinte, afastando-se parcialmente de um logocentrismo estrito,

⁵² Como veremos no próximo tópico, Peczenik, em “scientia iuris: legal doctrine as knowledge of law and as a source of law” (2005, p. 170), prefere qualificar sua nova posição, adotada em conjunto com Hage em “Law, morals and defeasibility” (HAGE; PECZENIK, 2000), como um “relativismo metateórico”, o qual se diferencia, em sentido estrito, de um não-cognitivismo. De todo modo, Peczenik, não deixa de ressaltar, no próprio “scientia iuris: legal doctrine as knowledge of law and as a source of law”, o modo como suas raízes não-cognitivistas continuam a influenciar sua obra no que concerne à rejeição ao cognitivismo – o que, ainda que parcialmente, não deixa de conferir razão a Amaya, bem como de explicar a oscilação terminológica identificada pela autora quanto à possibilidade – negada em “Certainty or coherence” (PECZENIK *in* KRAWIETZ, 2001) e afirmada em “Law, morals and defeasibility” – de caracterização de asserções jurídicas como verdadeiras.

Peczenik (1998, p. 318 – tradução nossa) afirma que “a moralidade e o direito são submetidas à razão, mas, em última instância, governadas pela paixão”⁵³.

O coerentismo integrado sugerido por Hage pode contribuir decisivamente para a nossa leitura da relação entre a hermenêutica, a perspectiva coerentista e as limitações da racionalidade em Peczenik (2005, p. 147 – tradução nossa), para quem

cada teoria coerente tem seus próprios padrões de sustentação. Um arranjo coerente conforma-se a restrições que são, elas próprias, componentes desse arranjo. As relações de sustentação entre os elementos do arranjo não são definidas externamente a este, e sim são parte dele. Externamente ao arranjo há apenas o padrão mínimo de que um bom arranjo de aceitações satisfaça seus próprios padrões. O coerentismo integrado especifica o que a sustentação mútua, como padrão de coerência, significa. O que conta como sustentação mútua e o grau em que esta incrementa a qualidade de um arranjo de aceitações são questões que o próprio arranjo vai ter que solucionar.

O excerto acima suscita o tema da circularidade da justificação, que, segundo Peczenik, ainda que seja mais comumente enfrentado à luz da teoria da coerência, encontra possibilidades de resposta na hermenêutica, mormente pela referência à ideia de círculo hermenêutico parte-todo. Ora, existe uma diferença entre a noção de “círculo de teorias” na filosofia da ciência tradicional – segundo a qual uma teoria é avaliada à luz de dados e vice-versa – e a relação entre as teorias no âmbito hermenêutico. Aquele círculo teórico não é propriamente circular, pois não é literal a justificação das teorias com dados e vice-versa: “ao menos, isso não ocorre ao mesmo tempo, mas, sim, no curso de uma ‘espiral’ teórica de justificação: o dado₁ justifica a teoria₁, que justifica o dado₂; o dado₂, por sua vez, justifica a teoria₂, que justifica o dado₃; e assim por diante. A descrição do dado₂, conseqüentemente, pressupõe termos teóricos que dizem respeito à teoria₁, mas não à teoria₂” (PECZENIK, 2005, p. 143 – tradução nossa).

A peculiaridade das teorias humanísticas – e é aqui que entra a hermenêutica – diz respeito ao fato de que, ao contrário do que ocorre nas teorias das ciências naturais, elas não comportam uma distinção conceitual entre dados e teorias. “Não é possível dizer claramente quais proposições relatam dados observados e quais expressam teorias”, o que pode ser bem

⁵³ A resignação de um autor tão dedicado ao coerentismo quanto Peczenik é um tanto contrastante com o tom um pouco mais otimista (derridianos radicais talvez preferissem a qualificação de “logocêntrico” de Amaya (2015, p. 36 – tradução nossa), para quem “existe uma grande quantidade de opções intermediárias entre defender que asserções ‘all-things-considered’ são verdadeiras no sentido de corresponderem a um mundo de ‘all-things-considered goodness’” e defender que estas encontram base em sentimentos pessoais ou preferências individuais. Peczenik, pois, segundo a autora, precisaria ter analisado tais possibilidades intermediárias antes de “desistir do tipo de objetividade que [...] se pode razoavelmente esperar que os nossos juízos jurídicos tenham” (AMAYA, 2015, p. 36 – tradução nossa).

explicado quando consideramos, hermeneuticamente, que o todo de um produto cultural só pode ser entendido caso sejam entendidas as partes que o compõem e vice-versa (PECZENIK, 2005, p. 143 – tradução nossa). Nesse contexto, o autor polonês estabelece um paralelo entre o círculo hermenêutico e o equilíbrio reflexivo. Ora, sabemos que um sistema coerente de crenças, preferências e raciocínios é similar a uma rede de círculos argumentativos, bem como que uma cadeia argumentativa, em algum momento, incorrerá em circularidade – “ p_1 sustenta p_2 , p_2 sustenta p_3 , e assim por diante, e p_n sustenta p_1 . A ‘sustentação’ é explicável apenas como sustentação razoável p_2 deriva de p_1 apenas em conjunção com uma outra premissa, ou seja, r_1 . Esta premissa r_1 é razoável, o que implica que se trata de um membro de um outro círculo desse tipo” (PECZENIK, 2005, p. 144 – tradução nossa). É justamente por tal razão que se faz produtiva a integração desses círculos em redes, o que, mediante um aumento de complexidade, atribui mais segurança a cada círculo individualmente considerado. Ainda assim,

[...] apenas um Hercules, um Arcanjo, ou outra entidade perfeita poderia obter uma teoria coerente de tudo, e apenas se uma linguagem perfeita fosse possível. Nós, humanos, devemos aceitar as limitações. O equilíbrio reflexivo segmentado [...] tem sua contraparte na coerência segmentada. É plausível, dentro da superteoria coerentista profunda, tentar teorias aproximativamente fundacionistas (ou quase-fundacionistas). A ciência, em todas as disciplinas, é uma coleção dessas teorias: estas são fragmentos, enquanto a totalidade é coerentista, e não fundacionista. Uma teoria científica pretende ser coerente com um certo ramo da ciência. De maneira geral, cada fragmento do conhecimento pretende ser coerente com um outro ramo do conhecimento. Estes ramos são como ilhas, não formam um continente. [...]. [...] a melhor metáfora é a dos “ferryboats”, e não a das pontes. Ora, uma ponte é fixa, fica onde está. Um barco, por outro lado, pode encontrar diferentes rotas de conexão com uma outra ilha, dependendo das condições climáticas (intelectuais). Ilhas são o conhecimento, barcos são a filosofia. A filosofia não é fixa. A filosofia não tem paradigmas. Mas a filosofia liga as diferentes partes do conhecimento em um todo coerente. Ela fornece a estrutura de unificação total para todo tipo de conhecimento. Ela inclui muitos níveis: jurídico, moral, metaético, epistemológico, metafísico, etc. (PECZENIK, 2005, p. 144 – tradução nossa)

A constatação de Peczenik de que a filosofia oferece possibilidades de unificação – ainda que imperfeita – do conhecimento foi seguida por uma investigação do autor a respeito da justificação profunda da Dogmática Jurídica, em que o professor polonês analisou metateórica e ontologicamente a Ciência do Direito, como veremos no próximo tópico.

4.2.4 Justificação profunda da Dogmática Jurídica

Peczenik (1997, p. 3; 2005, p. 140) afirma que a controvérsia entre o fundacionismo – segundo o qual todo conhecimento, “ultima ratio”, tem bases evidentes, como dados empíricos, de maneira a possibilitar a atribuições dos predicados “verdadeiro” e “falso” – e o

coerentismo – vertente para a qual justificações só podem ter base em sistemas de crenças, aceitações e preferências – não se sustenta em um metanível teórico-moral. Ora, em um patamar tal é impossível refutar a tese coerentista de que toda crença deriva de uma justificação com base em outras crenças, no contexto de uma relação de reforço mútuo segundo a qual cada crença é derrotável, mas o conjunto de crenças não pode ser questionado como todo. Por tal razão, é possível que a melhor teoria moral, ou seja, aquela com a melhor estrutura interior seja fundacionista, mas, no metanível, ou seja, aquele em que escolhemos entre teorias morais – e em que Peczenik escolhe o utilitarismo –, o coerentismo é necessário, dado que o questionamento de tal escolha envolve um sopesamento de suas vantagens e desvantagens, algo que não poderia ser oferecido por uma metateoria fundacionista. Em outros termos, “a escolha de uma teoria só pode ser justificada mediante o recurso ao sistema total de aceitações, preferências e raciocínios daquele que escolhe” (PECZENIK, 2005, p. 140 – tradução nossa).

Peczenik (2001, p. 295 e ss.), após identificar que a dogmática jurídica já sofreu críticas de diversas naturezas, quais sejam, empírica, político-moral, epistemológica, lógica e ontológica, buscou caracterizar diversas posições filosóficas sobre tais questões. Segundo o autor, pessoas envolvidas com atividades práticas, como é o caso dos juristas, costumam enfatizar os aspectos sociais, visto estes serem fontes de informações úteis a um ofício desse tipo, enquanto filósofos costumam enfatizar o indivíduo e sua busca por um sistema que te confira razões para confiar na sociedade. Por tal razão, os juristas, de maneira geral, têm um impulso inicial favorável (o qual pode ser modificado após reflexões filosóficas) à adoção de uma perspectiva: jurídico-filosófica do tipo positivista ou historicista; epistemológica do tipo convencionalista; lógica do tipo que confia em um raciocínio nos moldes da derrotabilidade; e ontológica do tipo que acredita que as entidades sociais são realmente existentes como entidades brutas. Um exemplo disso está na perspectiva dos magistrados, os quais, visto serem orientados para a atividade prática de resolução de casos, tendem a seguir regras estabelecidas, e não a raciocinar em altos níveis de abstração. Já no campo da dogmática, as questões sobre como decidir são aprofundadas o tanto quanto possível, sem, porém, que a normatividade seja desconsiderada. Por tal razão, a dogmática precisa estabelecer ligações com a filosofia (normativa) moral e política. Questionamentos ainda mais profundos, como as dúvidas ontológicas sobre as normas jurídicas e morais, já transcendem, porém, o âmbito dogmático, visto que não têm como propósito a busca pela resolução de questões normativas – em verdade, estes questionamentos tendem a resultar na dissolução das questões normativas, como no realismo de Hägerström e no neopositivismo de Schlick. O campo

adequado para esse tipo de problematização é o da filosofia do direito, em que o sujeito pode: optar por uma perspectiva ontológica profunda, o que implica enfraquecer a fundamentação da dogmática; aceitar o perspectivismo como uma metafilosofia, o que redundaria em considerar a dogmática como justificável em si mesma, ainda que possivelmente injustificável caso considerada em uma perspectiva mais profunda; e considerar que a perspectiva dogmática é a verdadeira.

Peczenik (2005, p. 167), elucubrando sobre suposta opção por uma justificação profunda da dogmática, analisou quatro posições metateóricas básicas que um jurista pode assumir no que diz respeito à possibilidade de que a atividade jurídico-científica produza conhecimento. Senão, vejamos.

Peczenik inicia o seu percurso pelo não-cognitivism, postura à qual tende, segundo o autor, boa parte dos membros do jogo de linguagem jurídico, visto que eles tendem a considerar as normas como asserções expressivas e qualificadoras, e não como proposições verdadeiras ou falsas – o próprio Peczenik pensava assim nas décadas de 60 e 70. Uma teoria desse tipo combina uma teoria das normas expressiva e a justificação da racionalidade lógica em contexto normativos, o que resulta na possibilidade da assunção da qualificação normativa como uma base para a lógica deontica. Uma teoria não-cognitivista, porém, depara-se não apenas com a exigência de coerência teórica na relação entre moralidade e direito, mas também de que se estabeleça qual o tipo de realidade sobre a qual as teorias normativas tratam.

Peczenik (2014, p. 40) entende que o não-cognitivism moral é englobado pelo ceticismo epistêmico, para o qual nenhum conhecimento é possível, visto que a realidade objetiva não seria acessível aos seres humanos, de modo que o conhecimento observacional seria fundado em meras ilusões óticas. Contudo, segundo o autor, embora não seja possível caracterizar o ceticismo como falso, este precisa ser ignorado na vida cotidiana. Por tal razão, a segunda posição metateórica abordada pelo autor combina o cognitivism quanto a asserções normativas e axiológicas “prima facie” (“à primeira vista”) e o não-cognitivism no que diz respeito a asserções dessas categorias “all-things-considered”. Peczenik (2005, p. 168) afirma ter subscrito tal posição entre 1989 e 1995, época em que distinguia entre asserções “prima facie” (“à primeira vista”) – dotadas de conteúdo descritivo em referência a uma realidade objetiva (discursiva) e, portanto, verdadeiras quando correspondentes à tradição cultural da sociedade e falsas quando não correspondentes – e asserções “all-things-considered” – desprovidas de conteúdo descritivo referente a uma realidade objetiva, mas dotadas de disposições subjetivas fundadas em aceitações e preferências. Por tal razão, as

asserções “all-things-considered” poderiam “ser mais ou menos razoáveis à luz de um sistema de aceitações – e preferências – de um indivíduo, mas não são verdadeiras no sentido ontológico” (PECZENIK, 2014, p. 4 – tradução nossa). As asserções “prima facie” são aquelas que, em um primeiro momento, parecem ser razões para que se tome uma decisão em certo sentido, mas podem se tornar irrelevantes quando são considerados outros aspectos da situação em análise. Trata-se de enunciados precisos, o que permitiria o seu teste tendo como critério a consciência moral da sociedade (“cultural heritage”). Diferentemente, os enunciados “all-things-considered” seriam abrangentes, visto que pressuporiam a necessidade de consideração de todos os elementos relevantes do caso e, portanto, não se submeteriam ao critério de teste da “cultural heritage”, nem, por conseguinte, tenderiam a gerar os consensos típicos dos enunciados “prima facie”. De tal maneira, seria necessário utilizar como critério de teste dos enunciados “all-things-considered” a compatibilidade entre eles e algum sistema de aceitações e preferências, o que implica um deslocamento dos predicados “verdadeiro” e “falso” para “razoável” e “não-razoável” (GRAÇA NETO, 2009, p. 152). Posteriormente, Peczenik (2001, p. 289) substituiu a categoria “enunciados ‘prima facie’”, por “enunciados ‘pro tanto’” (“na medida em que”): enquanto uma razão “prima facie” significa que uma razão pode ser completamente desconsiderada perante outros aspectos situacionais, uma razão “pro tanto” nunca pode ser desconsiderada, mas apenas ceder após o sopesamento com razões mais fortes em sentido contrários. Após substituir a expressão “prima facie” por “pro tanto”, o autor afirma que, na perspectiva híbrida, “o conhecimento de valores ‘pro tanto’ é possível, enquanto uma crença bem fundamentada sobre um valor ‘all-things-considered’ expressa meramente algo similar ao conhecimento, mas não o conhecimento em sentido literal” (PECZENIK, 2005, p. 168 – tradução nossa).

Peczenik admite que o modelo híbrido, o qual não se compromete com a tese de que exista uma única resposta correta para cada questão moral, não oferece bases profundas para a análise da coerência dos juízos de valor “all-things-considered”. Por tal motivo, o autor presta-se a analisar uma terceira alternativa, a cognitivista, que proporciona um enfrentamento melhor de ambos os tipos de juízos de valor, mas tende a incorrer em um dogmatismo fundacionista, visto considerar mais fácil contestar sopesamentos específicos do que valores considerados verdadeiros. O autor polonês, ao reconhecer que as raízes de seu pensamento estão “no realismo jurídico de Petrazycki, Wróblewski, Ross e Olivecrona”, rejeita o cognitivismo, ponto em que registra que “Jes Bjarup tem um ‘insight’ significativo a tal respeito: ‘A teoria de Peczenik [...] une o utilitarismo e o comunitarismo enfatizando que a boa ordem jurídica é caracterizada pela proteção das preferências humanas. As bases para

tanto estão na visão não-cognitivista” (PECZENIK, 2005, p. 170 – tradução nossa).

Após descartar, em sua obra madura, o não-cognitismo, o cognitismo e a posição híbrida entre ambos, Peczenik assume, em conjunto com Hage, o chamado relativismo metateórico, segundo o qual não há uma linha divisória entre o objetivo e o relativo, como explicado no seguinte excerto:

a pressuposição de conceitos e padrões de práticas morais-enquanto-legais compromete-nos a ver o nosso conhecimento sobre tais conceitos e padrões como um conhecimento objetivo sobre o mundo. Consequentemente, a dependência dos juízos em relação aos conceitos e padrões não afasta a objetividade de tais juízos. Apenas quando começamos a duvidar do conhecimento que afirmamos ter sobre tais conceitos e padrões nós nos deslocamos para uma linguagem relativista e adicionamos cláusulas como “eu acho que” e “em minha opinião”. É particularmente estranho duvidar de valores básicos morais e é mais fácil duvidar de decisões judiciais. Mas [...] a diferença não é precisamente determinada na filosofia básica. A fronteira é fluida e contingente. [...] as doutrinas jurídicas podem ser reconsideradas como construções que proporcionam um tipo de conhecimento jurídico apenas na medida em que os teóricos não comecem a duvidar do que eles “realmente” fazem. (PECZENIK, 2005, p. 170 – tradução nossa)

Peczenik (2005, p. 172), ao adentrar propriamente o campo da ontologia – mais geral do que o da própria metateoria – considera que há duas posições gerais que um jurista pode assumir em relação à existência do direito. A primeira delas é a de que o direito é um fato social criado pelas autoridades competentes e/ou por costumes, o que significa que o conhecimento jurídico-científico ou não é possível, ou é uma mera ciência axiologicamente neutra. A outra possibilidade é a assunção da premissa de que os cientistas do direito e os magistrados o conhecem mediante atos avaliativos (interpretativos) das fontes do direito. Tal perspectiva está relacionada à justiça, dado que interpretações injustas serão interpretações incorretas, ou seja, desconhecimento do direito. Sob tal prisma, o direito é uma entidade ontologicamente complexa, o que exige uma determinação do seu ser. Se o jurista assume a versão de que o direito é um fato social criado pelas autoridades, desincumbe-se de precisar investigar a ontologia do direito. Peczenik considera viável tal abdicação em relação as questões não-práticas, de maneira que nossas crenças normativas só precisem ser justificadas no contexto do horizonte dogmático. Contudo, o autor não deixa de apresentar oito possibilidades específicas de resposta sobre a natureza do direito. Senão, vejamos.

A primeira resposta, tipicamente positivista, vê o direito como o conjunto de normas juridicamente vinculantes. A segunda teoria vê o direito como uma prática social, “aquilo que os tribunais fazem”, como diria o realista estadunidense Llewellyn. Essa teoria reduz o direito à prática judiciária, à “law in action”, o que deixa sem explicações o papel das leis não aplicadas pelos tribunais, dos costumes jurídicos, dos princípios jurídicos preexistentes e das

teorias doutrinárias. Tanto a alternativa positivista quanto a realista contrariam a intuição de que a doutrina produz um conhecimento do direito, e não construções arbitrárias.

A terceira resposta é a de que o direito é tudo que a doutrina produz mediante métodos sedimentados de raciocínio jurídico. Tal visão enfrenta o problema do paradoxo segundo o qual a doutrina afirma estar descrevendo o direito em vigor, o qual seria um fato social, mas, ao fazê-lo, reconstrói o direito de maneira a aumentar sua coerência e sua justiça: “a doutrina está elaborando ‘direito’ e enganando o público pela via da criação da ilusão de que o que está sendo oferecido é uma descrição do direito. Descrições assumem uma sequência temporal: primeiro há o objeto descrito e depois a descrição. Mas na doutrina essa ordem parece ser invertida” (PECZENIK, 2005, p. 172 – tradução nossa).

A quarta alternativa, tipicamente dworkiniana, vê o direito como uma idealização da prática judiciária, ou seja, o direito não seria, como afirmavam os realistas estadunidenses, o que os tribunais fazem, mas, sim, o que eles fariam se fossem perfeitamente racionais. A quinta alternativa apresenta idealização similar à quarta, mas substitui as cortes pela doutrina, de maneira que o direito não é aquilo que a doutrina produz, mas o que produziria se fosse perfeitamente racional. Em ambos os casos, “a verdade das asserções sobre o direito válido e a interpretação correta é superveniente à racionalidade da atividade correspondente, seja o proferimento de decisão judicial, seja a pesquisa jurídica” (PECZENIK, 2005, p. 172 – tradução nossa). Especificamente no que se refere à quinta alternativa, o autor afirma que

O direito existe porque as pessoas acreditam nele, mas não é idêntico às crenças. [...] o direito é superveniente às crenças, preferências, ações, disposições e artefatos humanos. Consequentemente, uma série de ações por pessoas que agem em sua competência como membros do parlamento pode causar a produção de um texto que conte como uma lei. Desta forma, as leis são ontologicamente dependentes de tais ações. [...]. Não podemos dizer que estas relações ocorrem sem saltos. Em vez de falarmos em dependência, saltos e transformações, podemos tentar um termo mais técnico e falar em superveniência. [...] há entidades não jurídicas (como as crenças, preferências, ações, disposições e artefatos) em relação às quais o direito é superveniente. Quando envolvidos na prática jurídica, usamos um esquema conceitual em conjunção com o qual a existência do direito – e não apenas a nossa crença nele – se torna possível. Este esquema conceitual determina os critérios de existência e persistência do direito que adquirimos na prática social. O direito existente em relação a nosso esquema conceitual, não em função dele. [...] o modo como se fala e como os juristas falamos sobre o direito na vida cotidiana revela algo sobre o que é o direito. (PECZENIK, 2005, p. 175 – tradução nossa)

Uma desvantagem de uma teoria do direito entendido como superveniente é a introdução de entidades com bases ontológicas mais frágeis do que as das entidades físicas, ponto em que subsiste a pergunta: o direito existe objetivamente, independentemente de sua existência relativa ao nosso esquema conceitual, ou é um produto da imaginação?

A sexta alternativa enxergada por Peczenik – e assumida pelo autor em 1989 – pressupõe uma diferença entre “input-law”, ou seja, os textos e materiais normativos juridicamente relevantes, e “output-law”, isto é, o produto da atividade doutrinária.

A sétima alternativa compreende a doutrina como uma atividade narrativa de autodescrição e autoreferência.

Por fim, a oitava alternativa vê o direito como aquilo a que devemos obedecer em sociedade. Nesse modelo, o raciocínio jurídico fundado nos materiais normativamente relevantes são o único modo de descobrir como é tal direito, e “a doutrina é o melhor tipo de raciocínio jurídico, visto que ‘reconstrói o ‘input’ das leis, dos padrões culturais e das práticas, bem como descreve um dever jurídico ‘mais profundo’ e preexistente” (PECZENIK, 2005, p. 174 – tradução nossa).

Peczenik (2005, p. 175) afirma que a opção por uma linguagem que reconhece a existência de entidades jurídicas em paralelo com as entidades brutas de que estas dependem – ou seja, uma perspectiva similar à da quinta alternativa –, por conseguinte, assume as regras que se tornam existentes devido a crenças mútuas como fatos convencionais. Nesse ponto, o autor remete à teoria dos fatos e regras convencionais de Eerik Lagerspetz, a qual explica a perspectiva do observador do direito situado no interior do sistema jurídico ao qualificar uma regra como reguladora em um sistema quando: os membros do sistema aquiescem à regra; há uma crença mútua no sistema de que a regra é uma reguladora no sistema; e tal crença mútua, ao menos em parte, é uma razão para a aquiescência à regra. Embora “regras existentes por conta de crenças mútuas sejam fatos convencionais”, uma regra constituinte em um sistema de regras não precisa ser oriunda de crenças mútuas sobre a existência da regra, pois é bastante que tal regra pertença a uma “cadeia ou rede de regras que possa remontar, em última instância, a regras cuja existência na comunidade relevante se configura mediante crenças mútuas” (PECZENIK, 2005, p. 175 – tradução nossa). Nesse contexto, as regras, de acordo com a teoria de Searle adotada por Lagerspetz, criam fatos institucionais, ou seja, fatos que não existem como fatos brutos do mundo físico e que não podem ser descritos por asserções avaliáveis por meio da percepção. Os fatos institucionais só existem porque há sujeitos que acreditam em sua existência ou agem de uma maneira que sustenta uma crença desse tipo. Os fatos institucionais criados pelas regras dependem da existência de alguma outra regra que lhe qualifique como tal, o que configura um regresso “ad infinitum”, problema que poderia ser, em tese, resolvido por meio da concepção de um fato não-bruto que não depende de outra regra. Ora, a descrição dos fatos institucionais é circular, autorreferencial, algo típico de fatos convencionais. Atitudes proposicionais, como acreditar e saber, são autorreferenciais e

envolvem também referências cruzadas. Os fatos institucionais, ao serem descritos, reaparecem mediante operadores proposicionais que descrevem as atitudes de crenças ou sustentadoras de crenças de indivíduos relevantes – e a existência dessas crenças é uma condição necessária à existência dos fatos institucionais. O conhecimento mútuo e/ou as crenças mútuas, ou seja, a situação em que um sujeito tem crenças sobre as crenças alheias reciprocamente, é constitutivo dos fatos institucionais (PECZENIK, 2005, p. 175).

O professor polonês, porém, recusa-se a reduzir o direito a uma mera convenção, visto enxergá-lo como um produto das convenções e da moralidade, o que torna necessário escolhermos se a apresentação do direito pela doutrina como coerente e moralmente vinculante tem como pressuposto: uma filosofia segundo a qual a doutrina expõe, de maneira argumentativamente convincente, o conhecimento sobre um direito coerente e moralmente vinculante preexistente (mesmo que as práticas legislativa e judiciária não sejam coerentes e morais); ou uma filosofia nos termos da qual a doutrina modifica o direito, de modo a incrementar seu cunho moral e coerente. Se assumirmos a primeira visão,

o direito moralmente vinculante dependerá de uma combinação entre o conhecimento das instituições jurídicas pelas pessoas e a deliberação moral. O primeiro elemento, por sua vez, depende de crenças mútuas; e o segundo depende de motivações e disposições do intérprete. Em suma, a interpretação pessoal do direito por alguém converte-se em direito moralmente vinculante se a interpretação alcança uma coerência ótima do próprio direito; e esta construção é coerentemente ligada a uma teoria moral coerente em nível ótimo. Este ideal, é claro, é inalcançável, mas a doutrina deve tentar se aproximar dele em um esforço para sustentar o ideal de uma Ciência do Direito descritiva-enquanto-normativa. [...] um cognitivismo e uma ontologia complexa desse tipo tornarão necessário adicionar o seguinte sobre o direito as motivações humanas: o direito existe como um fato, mas a descoberta deste fato pressupõe que um jurista se baseie nas convenções sociais e na moralidade pessoal. Esta moralidade depende da motivação do jurista. Consequentemente, para explicar a pretensão de conhecimento da doutrina, devemos deixar Hume para trás e considerar a possibilidade de que existam fatos cuja existência seja dependente da motivação – ou, ao menos, da motivação razoável do sujeito do conhecimento. Vamos supor que o direito seja tal fato motivador, o que permite que se entenda o motivo pelo qual muitos juristas (ao menos pré-modernos e pós-nazismo) raciocinam da seguinte forma: este “direito” não pode me motivar racionalmente; consequentemente, não é direito. Ou, mais especificamente: este “direito” é extremamente injusto. Este é o ponto da famosa fórmula de Radbruch. Quando a doutrina torna o direito vigente mais coerente, nos fornece conhecimento sobre o direito mais profundo – o direito como um fato racionalmente motivador. [...] [...] uma metafísica tal explica a doutrina descritiva-enquanto-normativa. E a doutrina jurídica é (ou, ao menos, era) um fato. (PECZENIK, 2005, p. 177-8 – tradução nossa)

Peczenik conclui pela assunção de um ideal que se caracteriza como jusnaturalista (plano jurídico-filosófico), utilitarista (plano moral), coerentista (plano epistemológico), dedutivista (plano lógico) e reducionista (plano ontológico); mas que só pode, aproximativamente, assumir uma posição historicista (plano jurídico-filosófico),

comunitarista (plano moral), convencionalista (plano epistemológico), derrotabilista (plano lógico) e não-reducionista (plano ontológico). Para exemplificar o que quer dizer, o autor afirma que “na ontologia, deve-se ser um fiscalista no nível definitivo da razão individual, mas um defensor convencionalista da superveniência no plano prático” (PECZENIK, 2001, p. 195 – tradução nossa).

Uma questão interessante destacada por Peczenik diz respeito à possibilidade de combinação entre as perspectivas jusnaturalista e reducionista no plano ideal. O fato de a questão reducionista dizer respeito ao plano da ontologia torna uma resposta definitiva a tal respeito inalcançável para qualquer inteligência que não seja sobrehumana. Porém, o autor conjectura que

a natureza humana – a ser descrita nos termos de uma ciência avançada que está além do conhecimento presente – faz os seres humanos normais endossarem valores objetivos que determinam a melhor e, conseqüentemente, vinculante moralidade e o melhor e, conseqüentemente, vinculante direito. Esta visão é reducionista em sentido causal: o conteúdo da afirmação valorativa é causalmente determinado pelos fatos descritos nesta ciência futura. [...]. Isto é plausível para a razão coerentista. Parece ser a única maneira de evitar o intervalo insuperável entre a razão teórica, descobridora de causas, e a razão prática, que ultrapassa a causalidade. (PECZENIK, 2001, p. 298 – tradução nossa)

Peczenik afirma pretender, com sua “mistura filosófica”, ajustar mutuamente a filosofia e a prática do direito, e não impor a esta prática uma perspectiva filosófica. O autor espera que essa postura possa reforçar a tendência de abrir a análise filosófica à argumentação derrotável, sem ter o propósito de gerar modificações filosóficas revolucionárias. No que concerne à relação de equilíbrio reflexivo entre, de um lado, a coerência interna do sistema dogmaticamente representado (dimensão epistemológica) e, do outro, a moralidade e a filosofia política (dimensão da legitimação política); Peczenik explica que qualquer pretensão de postura deliberativa racional na criação de materiais jurídicos autorizados, tais quais as de Dworkin e Rawls, precisa se ajustar às tradições da dogmática e dos tribunais para que o seu resultado possa alcançar algum tipo de correção substantiva. Ora, se os tribunais, em diversos países, praticam o controle de constitucionalidade sobre as disposições legislativas, a dogmática contribui com tal atividade jurisdicional ao apresentar formulações mais gerais do que as que tendem a surgir nas decisões judiciais, voltadas para casos particulares. Nas palavras de Peczenik, os tribunais

teriam dificuldades para alcançar o nível de abstração necessário à coerência ótima do direito. Se a limitação e as modificações das restrições constitucionais à regra da maioria fossem deixadas apenas aos tribunais, o risco de arbitrariedade não seria eliminado. Por outro lado, os tribunais que têm acesso à ciência do Direito podem fundamentar suas opiniões em um sistema de valores mais elaborados. Com a ajuda

da dogmática jurídica, os tribunais podem considerar o direito como “ratio scripta”, e não como um mero produto da vontade dos políticos. Este “insight” não é novo. Em Roma, o imperador Augusto deu a uns poucos juristas destacados a autoridade para responder a questões jurídicas difíceis, “ius publicae respondendi ex auctoritate principis”. Na Idade Média, a “communis opinio doctorum” foi uma importante fonte do direito. A maioria dos institutos do direito privado continental foram originalmente esboçadas por cientistas do Direito. O que é novo é o “insight” de que a pesquisa jurídica é necessária no contexto das limitações constitucionais à regra da maioria. Ora, a maioria não pode limitar a si própria. Ela deve ser equilibrada por alguma outra coisa. Se esta “outra coisa” for constituída pelos tribunais, será quase impossível resolver o problema da legitimação. [...]. Apenas se os tribunais agirem com base na Razão poderão ser uma contraparte legítima à regra da maioria. E a Razão não pode ser exaurida pela elaboração de decisões particulares. Ela precisa de uma deliberação mais abstrata, produzida por juristas especializados. (PECZENIK, 2001, p. 301-2 – tradução nossa)

Conjecturamos que uma conjunção entre as teses de Esser e Peczenik, com a ênfase daquele em uma preocupação compreensiva e deste em uma dimensão analítica, oferece possibilidades frutíferas de redução do fosso entre teoria e prática hipertrofiado pelo conceitualismo, sem, para tanto, precisar reduzir o direito ao psicologismo de um Frank ou ao previsionismo de um Ross. Esser e Peczenik recusam-se a cair em uma discricionariedade exacerbada, sem, ao mesmo tempo, negarem a indecidibilidade constitutiva da aporia entre vinculatividade e discricionariedade. Precisamos, porém, estabelecer um elo entre a dimensão hermenêutica da linguagem, enfatizada por Esser, e sua dimensão analítica (apofântica), tão estudada por Peczenik, de maneira a aglutinar o pensamento de tais autores, que consideramos compatíveis e mais próximos do que aparentam suas vinculações a tradições jurídico-filosóficas distintas. Para tanto, apresentaremos o pensamento de Arthur Kaufmann como um elo que contribui para viabilizar a complementação entre Esser e Peczenik.

4.3. ANALOGIA, ABDUÇÃO E FORMULAÇÃO DE HIPÓTESES: KAUFMANN, ESSER E PECZENIK

Primeiramente, apresentaremos a visão do raciocínio jurídico como raciocínio analógico defendida por Peczenik (4.3.1), para, em seguida, demonstrarmos como essa tese pode servir como elemento de aglutinação entre os pensamentos de Esser e Peczenik.

4.3.1 O raciocínio jurídico como raciocínio analógico na obra de Kaufmann

Apresentaremos neste tópico a tese kaufmanniana de que a analogia é inerente à atividade compreensiva do direito, não sendo apenas uma técnica de integração de lacunas, da

qual o intérprete lançaria mão apenas quando for necessário. A analogia não existe quando, mas, sim, sempre. O raciocínio analógico não diz respeito apenas à comparação entre casos semelhantes, mas, sim, à própria relação entre sentido normativo e sentido do problema.

Para que fique mais claro o que queremos dizer com a afirmação acima, devemos lembrar, em primeiro lugar, que “logos” é um termo comumente traduzido como mensagem, razão ou expressão, mas também pode significar relação, sendo este o sentido mais relevante para o desenvolvimento da filosofia grega, especialmente quanto à lógica. Entendamos relação aí como a ideia de que um objeto inteligível se encontra material, espiritual ou conceitualmente afim a outro. A “relação”, como um dos conceitos fundamentais da filosofia grega, foi estudada pelos pré-socráticos, os quais buscaram um elemento que unificasse as relações ontológicas entre os vários seres particulares. A busca pela suprema lei transcendental do universo (relação de relações) exigiu a comparação entre relações particulares, com o objetivo de aferir se coincidiam ou não em uma relação generalíssima. Nesse contexto, a analogia é entendida como o modo de predicar sobre as semelhanças entre relações reais. Já no plano etimológico, analogia significa que algo tem uma estrutura ou exerce uma ação segundo um “lógos”. Os pitagóricos usaram a analogia para indicar uma identidade de relações ou proporções entre coisas diversas, em sentido quantitativo. Não é à toa que existe o verbo analogar, compreendido como utilizar uma escala de medida para os termos que se relacionam. (LACERDA, 2006, p. 117-20)

No período socrático, temos que o primeiro integrante da tríade fundamental da filosofia grega, ao trabalhar com o procedimento indutivo, assumia os “logói” particulares como relações analogadas por uma regra geral, o “lógos” analogante. Na teoria das formas de Sócrates, os seres eram individuais e, portanto, dessemelhantes, mas, em certa medida, eram também semelhantes. O filósofo entendia que existia uma estrutura ontológica separada das coisas, ou seja, uma forma em si, tanto para a semelhança quanto para a dessemelhança. A forma da semelhança seria justamente a analogia, estrutura ontológica própria, “lógos” que individualiza a semelhança em relação à dessemelhança. As coisas semelhantes repetem a estrutura ontológica da semelhança em si, mas a semelhança entre as coisas não é a semelhança em si, e sim apenas “participa” desta, a espelha e concretiza. Já na analogia da atribuição de Platão, a ideia de semelhança precede as coisas semelhantes e não pode se reduzir à relação entre os semelhantes, pois exige um terceiro termo, que é o “lógos” analogante (LACERDA, 2006, p. 120). A tal altura, a analogia já havia assumido o espaço dos objetos não matemáticos, mas é com a analogia da proporcionalidade, concebida por Aristóteles, que nos aproximamos da tese de Kaufmann.

Segundo o filósofo da Macedônia, ao contrário do que pensava Platão, não se separam as coisas semelhantes e a ideia de semelhança, assim como o predicado não se separa do que se predica, pois as formas (essências) são imanentes às coisas. Aristóteles realiza uma modificação em relação ao matematicismo pitagórico-platônico, do quantitativo ao sentido qualitativo de analogia, ou seja, ao entendimento desta como semelhança de relações. A analogia não é uma igualdade, e sim uma semelhança de funções, pois a analogia percebe um tipo qualquer de relações fundamentais entre essências diferentes. Temos, em Aristóteles, as bases da chamada “analogia entis”, segundo a qual todos os entes, por compartilharem essa condição mesma, estão em unidade, mas, por outro lado, estão em diversidade por não constituírem um ser único. Em outros termos, os entes são, ao mesmo tempo, relativamente idênticos e relativamente distintos, ou seja, análogos⁵⁴. A analogia, em Aristóteles, é não apenas um meio de sugestão, mas também um instrumento de prova e descoberta aplicável a todos os domínios de conhecimento. No exercício do juízo de equidade, entendido este como a proporção, tanto entre os bens e pessoas envolvidas na querela jurídica, quanto entre as essências (norma e fato) presentes no instante decisório, a analogia se faz inerente ao juízo jurídico como investigação do justo meio, dadas as variações concretas das situações de vida. Reside aqui uma tese central do aristotelismo, qual seja, a irredutibilidade do individual ao geral, o que exige uma adaptação compreensiva (LACERDA, 2006, p. 124-5). Como afirma Kaufmann (1976, p. 73 – tradução nossa),

O justo não é uma igualdade formal, mas, sim, uma igualdade das relações, um proporcional, um correspondente, um ponto médio. Mas o médio é uma analogia. Este ponto médio, esta analogicidade do ser, constitui um pressuposto para que possamos chegar a ter uma ordem em nosso saber e em nossas relações. Se tudo fosse um, se não houvesse diferenças, tudo seria desprovido de sentido; seria absolutamente impossível construir diferentes palavras e normas. Se, por outro lado, não houvesse absolutamente nenhuma vinculação, nenhuma comunidade entre as coisas, deveríamos ter para cada coisa um nome particular e para cada ação humana uma norma especial.

⁵⁴ “toda analogia consiste em uma igualdade do desigual de um ponto de vista que se mostra essencial; trata-se de uma igualdade segundo a medida de uma determinada relação. Mas com isso se coloca o “problema da igualdade”, o problema jurídico central. A ideia jurídica, a justiça, exige o tratamento igual do igual e o tratamento diferente do desigual. Mas o que é o igual e o que é o desigual? [...]. [...] a completa diferenciação, a contradição, é também uma abstração, que, por sua vez, só pode se expressar matematicamente: ‘a’ não é ‘não-a’. Na realidade não existem dois ‘seres concretos’ [...] completamente diferentes, porque todos eles são iguais ao menos – ainda que, de maneira alguma, só por isso – porque ‘são’. Existem só a igualdade e a desigualdade parciais: a similaridade e a dissimilaridade. Igualdade e diferença em sentido formal são os pólos abstratos e, como tais, nunca reais, em cujo interior se desenvolve a realidade. Nosso interesse se dirige à maior similaridade e à maior dissimilaridade dos ‘seres concretos’ e os designa, deste modo, como iguais ou desiguais. Não é a igualdade ou a diferença o que nos é imediatamente dado, mas, sim, a analogicidade do ser; porque ainda antes de que seja conhecido um princípio de igualação ou de diferenciação, as coisas são compreendidas em sua similaridade e dissimilaridade”. (KAUFMANN, 1976, p. 71-2 – tradução nossa).

Para que houvesse dedução, seria necessário que a norma e o fato fossem essências iguais, ou que o segundo fosse simplesmente uma parte da primeira. O fato não se liga à norma por uma relação de pertinência, pois suas particularidades escapam do âmbito de abrangência daquela, a qual apenas apresenta suas características gerais, mas não o inclui. Há uma proporção de cunho analógico entre a situação fática e a prescrição geral. A dificuldade das questões práticas é justamente a de conciliar o geral prévio com o individual posterior. O silogismo próprio da “phrónesis” é o silogismo prático, cujas premissas não se ligam por dedução, mas por relação ou analogia. (LACERDA, 2006, p. 164). Ora, se não fosse assim, o direito poderia ser aplicado por máquinas, como bem lembra Kaufmann (2009), cujas palavras se fazem aqui pertinentes:

Como a analogia “entis” e a analogia “nominum” representam um ponto médio, também é média a “analogia do conhecimento”, a analética: o meio entre a lógica e a dialética. [...]. [...] tanto a lógica quanto a dialética se remetem à analética. A lógica pura só pode trabalhar com identidade. Mas, porque no nosso mundo nada é igual, os membros de toda relação devem ser igualados mediante uma abstração antes que as conclusões da lógica possam entrar em ação. Isto é, a lógica pressupõe um processo analógico prévio. Por outro lado, a dialética trabalha com a contradição. Mas em meio à pura contradição, faltando qualquer tipo de relação, a dialética também fracassa; ela só é possível na contrariedade, isto é, só pode haver uma desigualdade conforme uma relação. Assim, a dialética também não pode prescindir da analogia. [...]. Com a fundamentação lógica, a conclusão analógica deriva em um silogismo. (KAUFMANN, 1976, p. 74; 80 – tradução nossa)

Kaufmann (1976; 2009) adota uma postura ontológica que segue a tradição de Aristóteles, Hegel e São Tomás de Aquino, ainda que vislumbrando neste a admissão de que a ordem não é substância, mas sim relação – e lembremos aqui que a “analogia do ente” foi retomada e desenvolvida pela Escolástica do próprio São Tomás e de Suárez. Kaufmann entende que as relações da vida a que se referem as normas jurídicas pertencem já a uma realidade estruturada em si e pré-dotada de sentido. Isso significa que dever-ser e ser, ou valor e realidade, não são dois domínios completamente díspares, mas sim vinculados e interrelacionados, desde antes da estatuição das normas. Em toda a estatuição e descobrimento do Direito, trata-se de levar o dever ser e o ser a corresponderem-se como uma unidade na diferença, o que não se dá pela via de um silogismo lógico, mas apenas na linha de elaboração de uma analogia, entendida esta como um pensamento a partir da natureza das coisas⁵⁵. A norma e a situação de fato não seriam nunca completamente idênticas, mas apenas

⁵⁵ “Não se mostrará a similaridade como algo imposto pelo sujeito às coisas. Ora, são as coisas que apresentam em si mesmas os caracteres da similaridade. Nossa experiência corrobora que nenhuma coisa existe despreendida de toda relação. A existência reciprocamente relacional das coisas é um fato, e não um mero processo mental. É certo que a similaridade não existe ‘como tal’. Ela não tem uma realidade evidente, do mesmo modo como não existe um tipo ‘per se’ ou uma ‘natureza da coisa’ como tal. Em certo sentido, a ‘natureza da coisa’ não se apresenta na natureza. Mas nem por isso é irreal. Ela tem um caráter relacional: se dá na relação existente na

semelhantes, e isso exatamente naquilo que constitui o seu sentido como uma unidade na diferença. O sentido da lei não se dá a entender em conceitos legais abstratos, devendo-se apreender algo de mais vivo, a natureza das situações concretas da vida a julgar e seu valor imanente, que deve convergir com o propósito da lei (KAUFMANN, 1976, p. 56).

Kaufmann (*in* KAUFMANN;HASSEMER, 2009, p. 188-9), ao falar em pensamento analógico, não está tratando propriamente da comparação entre duas situações de fato, mas sim do cotejo entre uma norma e uma situação de fato, cujo resultado, entendido como a concordância ou não entre ambos, não está de antemão estabelecido. Obviamente, não se intenta uma equiparação completa entre a norma e o fato, mas, como em qualquer analogia, uma suficiente dose de concordância, de modo a permitir a afirmação da correspondência, ou seja, da unidade relacional entre norma e fato.

Kaufmann (2009, p. 431-3) afirma que o homem é simultaneamente destinatário e co-autor, meio e fim do ente Direito. Em sua teoria processual materialmente fundada, Kaufmann elabora um princípio de convergência com o intento de configurar uma interligação entre os padrões de verdade por correspondência e verdade por consenso, superando as concepções essencialista e convencionalista da linguagem pela via da assunção da noção do círculo hermenêutico da compreensão inerente ao “dasein” heideggeriano. Adota Kaufmann a via da posição processual que encara os conhecimentos normativos como um produto, embora não-exclusivo, daqueles que conhecem um objeto processual não pré-dado, mas sim como um acontecimento histórico caracterizado pela sua relação com o direito e cujos contornos precisos e concretos só se dá no decorrer do processo. Esse objeto a que se refere o discurso sobre a justiça não pode se encontrar nem totalmente dentro nem totalmente fora do processo de determinação do direito, ou seja, é “sujeito” e é “objeto”, da ordem do ser e processual, e é o homem, em sentido ôntico-processual, como pessoa, em sentido ontológico-relacional, pois o direito legitima-se sempre pelo fato de garantir a cada um o que lhe compete como pessoa e pela exigência de respeito mútuo.

Engelmann (2008, p. 244-5) entende que a relação sujeito-sujeito descrita por Kaufmann pressupõe um acordo mútuo acerca de algo, em que se deposita confiança no outro quanto à verdade ou à correta decisão normativa de questões práticas, de maneira a lhe atribuir validade. A noção de vigência como positividade, entendida como a exigência de que

realidade entre o ser e o dever-ser, entre situação vital e qualidade normativa. [...]. A ‘natureza da coisa’ não é apenas um meio para a complementação da lei, nem uma fonte do direito, como a norma legal. É uma espécie de ‘catalisador’ necessário em todo ato da legislação ou da investigação jurídica para que se possa colocar em conexão (‘correspondência’) [...] o dever-ser com o ser.” (KAUFMANN, 1976, p. 106-7 – tradução nossa)

a decisão seja objetivamente justa em senso geral e consonante com o ordenamento jurídico, geraria, por meio da fusão de horizontes dada no círculo hermenêutico (Gadamer), um horizonte de expectativas em torno do qual se aplica o Direito. Um horizonte tal cumpre, para Esser (1983, p. 8; 136 e ss.), uma função de controle de precisão (legitimação social da decisão), contexto em que afirma:

Este horizonte de expectativas não é subjetivo, mas, sim, geral. Trata-se da compreensão jurídica de grupos sociais inteiros, com os quais o juiz, ao interpretar, deve se confrontar. Este confronto [...] orienta a determinação do direito em direção ao consenso social que deve ser observado para que se possa alcançar uma decisão razoável. É com base no horizonte de expectativas que são consultados os modelos normativos relevantes no que se refere aos possíveis significados do problema jurídico que se está a analisar. [...] Há um longo itinerário que parte do “horizonte” intersubjetivo de expectativa, atravessando a antecipação de sentido e as possíveis soluções, em busca do mais amplo consenso (ESSER, 1983, p. 136; 11 – tradução nossa).

Entendemos que um desvelamento decisório do tipo descrito por Esser pode ser compreendido como um raciocínio analógico, no sentido atribuído à expressão por Kaufmann, e também encontra paralelo com a exigência de conformação, nos moldes do equilíbrio reflexivo, entre sentido normativo e ideologia jurídica em Peczenik. Senão, vejamos.

4.3.2 A relação analógico-abdutiva entre contexto de descoberta e contexto de justificação

Vimos que Peczenik busca demonstrar que as construções doutrinárias estão submetidas a um padrão de coerência com os sistemas de crenças e preferências – o qual, dada a comutabilidade ontológica entre as atividades hermenêuticas do cientista e dos magistrado, consideramos transponível, “mutatis mutandis”, ao âmbito das decisões judiciais. O autor apresenta um componente independente de avaliação que determina se o resultado do processo de justificação está em concordância com as normas jurídicas. Em seu pensamento, a decisão deve estar de acordo com a ideologia jurídica (conjuntos de pontos de partida aceitos, expressa ou tacitamente, que constituem a forma de vida e se modificam de acordo com a prática jurídica), composta pelo conjunto das “must-sources”, “should-sources” e “may-sources”, pelas normas sobre as fontes (“source-norms”), pelas normas de interpretação (“reasoning norms”), pelas normas sobre antinomias e pela “grundnorm”. É o critério da ideologia jurídica o que possibilita afirmar se a conclusão decisória decorre logicamente das premissas, visto que estas devem ser aceitas em geral, o que não ocorre naturalmente nos

casos difíceis (*hard cases*), situações em que se decide fundamentalmente com base em convicções de justiça não expressas no conjunto de fontes, mas, sim, presentes na realidade extralegal, o que, na linguagem de Esser, remete aos princípios ético-jurídicos pré-positivos. Para evitarmos um salto, na reconstrução da justificação interna, dos enunciados fático e jurídico até a conclusão, demanda-se, mediante justificação externa, a formulação de uma regra de transformação, capaz de traduzir as premissas implícitas em premissas explícitas idôneas a completar o argumento e fazê-lo, por ser fundado em premissas maior e menor sólidas, dedutivamente válido. Aqui, encontramos preocupação semelhante à de Esser quando este trata da função da dogmática jurídica e de sua função na fundamentação da decisão, no que importa lembrar que Peczenik, como de costume dentre os teóricos dialógicos da argumentação, adere à distinção entre contextos de descoberta e de justificação e qualifica este como o espaço de controle da discricionariedade judicial (FETERIS, p. 232-4). A similaridade entre os autores fica clara quando lemos as seguintes palavras de Esser (1961, p. 397 – tradução nossa):

A colaboração entre doutrina e prática é tão íntima que o juiz nunca faz uma distinção entre a “teoria” do enriquecimento [...] e a “instituição” ou as “regras” de mesmo nome. [...]. A jurisprudência espera inclusive a fundamentação dogmática de tais regras “objetivas” que passam por cima de seus argumentos casuísticos e nas quais a doutrina concretiza um princípio recognoscível casuisticamente. A ciência do direito é uma disciplina “normativa”, ou seja, trabalha em sentido nomotético, seja estabelecendo estas regras pela primeira vez, seja mediante a descrição idiográfica de uma evolução que descubra o valor fundamental de uma instituição para o ordenamento, seja, ainda, tornando frutífera a conexão dos textos legais ou dos respectivos precedentes; e ao proceder de uma destas maneiras exerce uma ação estimulante ou – como corresponde a sua missão de controle e sistematização – atua como um freio.

O sistema de crenças e preferências, uma vez estabelecido, figura como matriz de aceitabilidade da argumentação jurídica na teoria de Peczenik. Densificando-se a noção de círculo hermenêutico para o pensamento do autor, a natureza da coerência jurídica é dúplici: “ela precisa ser, ao mesmo tempo, estruturada e dinâmica. Estruturada no nível micro, para espelhar os sistemas de crenças e preferências que lhe servem de matriz; dinâmica no nível macro, para acompanhar os fluxos da vida social” (GRAÇA NETO, 2009, p. 156). Um argumento jurídico só é coerente quando se coaduna com uma doutrina jurídica. Mas uma “doutrina jurídica só faz sentido quando opera dentro dos limites delineados pelas instituições estabelecidas na sociedade. De outro vértice, uma doutrina jurídica só traz progresso e harmonia para a coletividade quando elabora e reelabora os seus conceitos numa perspectiva racional”, sendo coerente inclusive em si mesma (GRAÇA NETO, 2009, p. 155-6).

Zaccaria (2004, p. 92) demonstra que o elemento de coerência na obra de Peczenik adquire significado tanto no campo intra como no campo extrajurídico pela via da hermenêutica filosófica, ponto em que podemos identificar uma compatibilidade entre a tese do autor polonês e a de Esser. Ora, de um lado, o círculo hermenêutico revela o nexo indissolúvel entre a compreensão da norma individual e a compreensão do sistema normativo como um todo. De outro lado, estendendo a noção de interpretação à práxis corrente de um contexto histórico-lingüístico dado, se reconhece a natureza holística e global, não fracionável, do sentido que se há de desvelar. A possibilidade de um sentido global precede a articulação do sentido de cada parte, não se deixando encerrar dentro dos limites do direito positivo institucionalizado, recriando-se continuamente no discurso prático geral, o que impõe se considerarem como integrantes do sistema normativo também a história legislativa do direito, os precedentes e as contribuições doutrinárias. Também na esfera prática geral manifestam-se e renovam-se as formulações do círculo hermenêutico, como as que se estabelecem entre o ato interpretativo individual e a comunidade de interpretação, e as que se dão entre cada proposição interpretativa dos dados normativos e a rede de relações em que está inserida. Não é à toa, portanto, que, como se depreende do seguinte trecho, Esser (1961, p. 104-5 – tradução nossa), bem ao estilo gadameriano, e de maneira semelhante ao conservadorismo epistêmico vinculado à coerência narrativa da tradição jurídica em Peczenik, preocupa-se em respeitar a historicidade da tradição no que diz respeito às inovações no pensamento jurídico-científico e na prática do direito:

[...] quando as forças sociais não mostram nenhuma nova orientação dominante e clara à qual o juiz deva atender como código de costumes e do sentimento comum de seu tempo, o direito tem apenas uma missão, de caráter elementar: salvaguardar uma tradição cultural que siga ainda viva na consciência geral da sociedade. O Direito e a justiça são, quanto a sua missão, forças estabilizadoras [...], isto é, “conservadoras”. Seguem as inovações apenas na medida em que estas se imponham ao tradicional e, portanto, legitimam meramente um “mínimo de evolução”.

A exigência de coerência presente em Peczenik também pode ser visualizada em Esser quando o autor alemão menciona os “[...] princípios heurísticos de trabalho, entre eles os da sistematização científica ou judicial. Se trata aqui de procurar, em uma multiplicidade de figuras jurídicas, os critérios superiores que permitem a obtenção de uniformidade e um crescente refinamento na aplicação do direito” (ESSER, 1961, p. 118 – tradução nossa). Ora, o acordo mútuo entre intérprete, texto e situação concreta pressupõe uma dimensão justificante da aplicação do direito, entendido este como um discurso prático. Esse acordo mútuo sujeito-sujeito, dada a circularidade dialógica assentada na tradição, é complementado, na linguagem de Esser, pelo horizonte intersubjetivo de expectativas – que cumpre agora o

papel conferido por Llewellyn, na tradição realista estadunidense, aos “steading factors”, qual seja, o de oferecer pontos de referência para uma superação da antecipação de sentido (o “hunch” do contexto de descoberta) mediante uma consideração reflexiva das hipóteses decisórias – , ou, nos termos de Peczenik, pela tradição cultural da ideologia jurídica – uma reformulação da “ideologia jurídica comum” de Ross, representante do realismo escandinavo. Ora, a justificação profunda de uma decisão judicial requer uma satisfação não apenas dos requisitos materiais e procedimentais de racionalidade, mas também uma conformidade com os pontos de partida de certa comunidade jurídica, o que está condicionado pela forma de vida dos integrantes dessa comunidade – ponto em que Peczenik, de maneira semelhante a Kaufmann, destaca a relevância da natureza das coisas como conhecimento de fundo sobre a sociedade, com suas instituições e valores, essencial à compreensão da relevância prática do direito⁵⁶. Essa ideologia jurídica não é um sistema coerente, mas, sim, uma coleção de convicções normativas e cognoscitivas que objetivamos organizar coerentemente (FETERIS, 2007, p. 233-5). A aceitação do conceito teórico de ideologia jurídica é uma condição do controle de concordância que a dogmática jurídica exerce, segundo Esser, no que se refere à exigência do respeito ao horizonte intersubjetivo de expectativas. Como vimos, essa dogmática, em Peczenik, é um elemento integrante do grupo das fontes que se podem utilizar (“may-sources”), o que a faz servir como mecanismo de “jump inside the law”.

Peczenik (2009, p. 264-6; 307 e ss.) considera que as normas de raciocínio (normas de interpretação, tais quais as que prescrevem o uso da analogia, do argumento “a contrario”, dos métodos clássicos de interpretação e dos critérios de resolução de antinomias) aplicadas no jogo de linguagem jurídico têm caráter “pro tanto”, visto que, diante de situações concretas,

⁵⁶ “Cada teoria jurídica está ligada (explícita ou implicitamente) a um conhecimento de fundo sobre a sociedade. Em algumas teorias, esta informação sobre fatos sociais não pode ser adquirida sem uma visão sistemática e abrangente da sociedade, enquanto em outros o pano de fundo consiste frequentemente em pequenos pedaços particulares de informação. Dado este contexto, podemos entender por qual razão os juristas continuam retornando à ‘natureza das coisas’. A ideia de natureza das coisas é coerente com a imagem de mundo teleológica de Aristóteles e São Tomás de Aquino, entre outros. Nesta perspectiva, a natureza das coisas é o propósito natural, entre outras coisas, das relações sociais e das normas jurídicas [...]. A natureza teleológica das coisas ressurgiu com a filosofia de Hegel, ainda que em um novo contexto metafísico [...]. De uma outra maneira, a ideia é coerente com a teoria do ‘a priori’ de Kant, em que a natureza das coisas se torna aquilo que se deve assumir “a priori” sobre as questões sociais e jurídicas, entre outras. A natureza das coisas também pode ser entendida, no que se refere a fatos sociais desse tipo, como algo que se extrai das reações avaliativas das pessoas em suas asserções normativas e avaliativas (Radbruch). Quando os juristas fazem referência à ‘natureza das coisas’, o que eles têm em mente é o conhecimento de fundo da sociedade, com suas instituições e valores, sem o qual o conhecimento do direito seria nada mais do que um formalismo vazio. Este conhecimento de fundo é contestável e, em parte, tácito. Qualquer esforço para torná-lo explícito resultará em controvérsia. Asserções jurídicas sobre a natureza das coisas nunca são claras, mas, ainda assim, são inevitáveis. O jurista é livre para interpretar a natureza das coisas de uma maneira de outra, mas [...] é menos livre para tanto do que um liberal rawlsiano.” (PECZENIK, 2005, p. 25; 160 – tradução nossa)

uma norma desse tipo pode ser desconsiderada caso haja razões significativas para tanto⁵⁷. A existência dessas normas é comumente reconhecida pela doutrina e se sustenta como hipótese até o momento em que os estudos jurídico-científicos identificarem que elas deixaram de ser aplicadas na prática do direito. De certa maneira, tais normas se justificam pela sua própria efetividade no jogo de linguagem jurídico, já que não as aplicar significaria, em certa medida, descaracterizar a própria especificidade do que se entende contextualmente por raciocínio jurídico e, conseqüentemente, modificar a forma de vida em que o direito está envolvido. Ora, entendidas as fontes do direito como, na acepção de Strömholm, fatores aos quais os juristas efetivamente prestam atenção, a existência empírica das fontes do direito de segunda ordem, ou seja, das normas sobre as fontes do direito (“source-norms”) consiste na disposição dos sujeitos para a prática de ações que as sustentam – como a defesa argumentativa de sua correção e a realização de críticas àqueles que as violem.

Em geral, há cadeias coerentes de sustentação entre as normas do raciocínio jurídico, as quais são constituídas mediante sopesamentos voltados para um equilíbrio ótimo de tais normas e dos critérios de coerência. Normas desse tipo, como premissas pressupostas do raciocínio jurídico, auxiliam a conversão de saltos argumentativos em inferências logicamente corretas. Em outros termos, consistem em expedientes de justificação externa, os quais aumentam o grau de racionalidade das conclusões jurídicas e, por conseguinte, tornam a prática do raciocínio jurídico e os seus resultados mais estáveis. Na opinião de Peczenik (2005, p. 310 – tradução nossa), “é comum que se combinem vários métodos de construção do sentido. Esta é a única maneira de garantir a razoabilidade de tal construção nos casos difíceis. A prática interpretativa baseada em um único método frequentemente implica resultados desprovidos de razoabilidade”. As normas de raciocínio demandam um juízo de valor do intérprete. Efeito fundamental de tal abertura é a variação da ênfase que os diferentes sujeitos conferem a tais normas. Não foi à toa, pois, que uma pretensão previsionista a respeito das decisões judiciais, tal qual a do sociologismo de Ross, não conseguiu ter sucesso. De todo modo, para o cientista do direito que considera ser o seu papel orientar – inevitavelmente com base em juízos de valor – o alcance de decisões razoáveis, e não

⁵⁷ Em “On law and reason” (2008), o autor qualifica as normas de raciocínio mediante o uso da expressão “prima facie”. Contudo, considerando a diferenciação de Kagan entre razões “prima facie” e razões “pro tanto”, subscrita por Peczenik, como visto no tópico 4.2.4, em obras posteriores, como “scientia iuris: an unsolved philosophical problem” (2001); a descrição para as normas de raciocínio oferecida em “On law and reason” exige que realizemos um ajuste terminológico e adotemos, no corpo do texto, a qualificação de tais elementos como razões “pro tanto”.

propriamente prever os resultados decisórios, as normas do raciocínio jurídico são relevantes, visto contribuírem para a sustentação de arranjos de premissas.

Exigência semelhante de realização de uma “re-entry” que possibilite a reconstrução retrospectiva do raciocínio jurídico em termos dedutivos e cumpra a função de controle de concordância – inclusive mediante uma instrumentalização dos métodos clássicos de interpretação – está presente em Esser (1961, p. 130 – tradução nossa), como podemos destacar a partir do seguinte excerto:

[...] toda interpretação, como Heck ensinou, precisa remontar à finalidade geral (“natural”) de uma instituição, indo além de sua estrutura dogmática, pois só a partir daquela – em conjunção com a atenção prestada à adequação prudencial – se torna possível resolver os problemas concretos. Em aparência, contudo, a argumentação não excede os limites do conteúdo jurídico dado, mas, em verdade, o que faz é transformar em direito positivo juízos que não se podem deduzir das fontes formais.

Uma transformação, tradução, “re-entry” do tipo acima descrito deve ser explicitada argumentativamente, isso sim “a posteriori”, em nível epistemológico (apofântico), no qual o jurista deve tentar explicar analiticamente (e de maneira inexoravelmente imperfeita) como se deu a mediação entre “logos” (interpretação, reflexão, entrada correta no círculo hermenêutico) e “ethos” (compreensão axiológica inexoravelmente aplicativa), de forma a comprovar a integração entre horizontes de expectativas e acordo mútuo sujeito-sujeito – em uma reformulação, a partir de pressupostos gadamerianos, do entendimento de Reale sobre a justiça como uma conjectura plausível de mediação entre a “pragma” consubstanciada no caráter realizável dos valores no plano prático e o “logos” consubstanciado no caráter inexaurível da reflexão orientada pelo dever⁵⁸.

⁵⁸ A respeito da relação entre “logos” e “ethos”, do caráter pragmático deste e da viabilidade de uma leitura gadameriana de tais elementos, vejamos as palavras de Engelmann: “De outra parte, desde Aristóteles o pragmatismo filosófico era denominado de ética e se caracterizava por ser um conhecimento prático. Interessante que preponderava o seguinte ponto de vista: ‘não apenas queremos saber o que é a virtude, mas queremos sabê-lo para nos tornarmos bons’. Nesse contexto, o *ethos* não parte justamente, na formação da virtude, de um aprendizado teórico. Pelo contrário, estava vinculado ao modo como cada pessoa era modelada previamente com a intervenção da educação. Aristóteles vislumbra no papel da *phrónesis* um saber moral que se projeta como ‘um modo do próprio ser moral que, em correspondência com isso, não pode ser substituído pela concretização inteira daquilo que ele chama de *ethos*. O saber moral reconhece o aconselhável ou conveniente, aquilo que uma situação exige, e reconhece este conveniente com base em uma reflexão que relaciona a situação concreta com aquilo que se considera em geral como certo e correto’. Parece que, nessa concepção do saber moral, Aristóteles consegue sintetizar as interfaces entre o prático e o teórico, pois permite ao ser humano escolher a resposta adequada para a situação da vida que se apresenta. Tal possibilidade se realiza com a ‘mediação entre *logos* e *ethos*, entre subjetividade do saber e substancialidade do ser. O saber moral não se completa nos conceitos gerais de coragem, justiça, etc., mas na aplicação concreta que determina o conveniente aqui e agora à luz deste saber’. O saber moral, e aí a sua vinculação com a *phrónesis*, não se preocupa com a regra geral, teoricamente formalizada. Pelo contrário, trata-se de uma conjugação entre o ser e o saber, que se operacionalizam de modo a corresponder à decisão moralmente aceita, ou razoavelmente adequada, que se deixa visualizar frente à aplicação ao caso concreto. No fundo, tudo indica que Aristóteles também já estava planejando a solução na forma de um círculo. Dito de outro modo, o *logos* e o *ethos* se entrelaçavam a partir da experiência que o sujeito tinha construído, para definir qual a melhor alternativa para ser aplicada concretamente. A par de tais característica,

A despeito da tradição analítica a que Peczenik (2008, p. 105 – tradução nossa) está vinculado, o autor demonstra perceber – no mínimo intuitivamente – a distinção hermenêutico e apofântico ao afirmar que qualquer observação depende de uma linguagem, no sentido de que a descrição de um dado ou fato pressupõe a utilização de conceitos gerais. Exemplificativamente, a percepção da cor branca de uma mesa pode ser descrita como “esta mesa é branca” e pressupõe o conceito geral “mesa”, o qual se refere a todas as mesas, inclusive as que não foram observadas. A proposição descritiva em questão, pois, embora seja observacionalmente fundada, transcende a experiência, visto veicular a atribuição de propriedades que ultrapassam a observação. Em termos filosófico-hermenêuticos, diríamos que a pré-compreensão sobre o conceito geral “mesa” é oriunda das experiências particulares com outros entes que foram especificamente compreendidos como mesas e antecede a atividade de observação em que se atribui sentido à mesa branca, bem como a posterior descrição de tal compreensão. Podemos, então, em linguagem filosófico-hermenêutica, dizer que, no âmbito jurídico, Peczenik assume que o intérprete justifica sua antecipação de sentido retrospectivamente mediante “legal interpretative jumps”, ou seja, busca na linguagem analítica elementos para fundamentar coerentemente a decisão no contexto da ideologia jurídica em que está inserido. De maneira semelhante, Esser afirma que o “hunch” é comprovado mediante expedientes de controle de concordância, como fica claro no seguinte excerto:

Se o pensamento continental descuida-se frequentemente da valoração do caso, por dar demasiado valor ao dogmático, é frequente que a valoração aberta incorra em defeito contrário [...]. Independentemente disso, no sistema continental a estruturação da sentença envolve a mesma tensão entre o “hunch” e a argumentação. Os limites do argumentar “exato” ou “lógico” são visíveis em toda parte, sobretudo nos atos de criação. Mas ainda assim faz tempo que o juiz continental sabe que “de lógica raramente adota mais que a aparência”. Não é para ele um segredo a primazia do ato volitivo. Contudo, precisamente porque há de ter como referência um sistema fechado, desde a fase de seleção e valoração já dispõe de uma ajuda no “construtivo” que é negada ao “common lawyer”. [...]. “Chamamos construções [...] à correção de um todo partindo de suas partes anteriormente separadas artificialmente, com o objetivo de darmos conta da necessária conexão destas partes, de suas dependências mútuas [...]” (Radbruch). [...]. A jurisprudência construtiva é um controle jurídico do “hunch” a partir do sistema. Não poderia ser mais insensata a autodepreciação da “jurisprudência conceitual” alemã, ainda que seja certo que suas vantagens, universalmente reconhecidas, tenham tido que ser adquiridas pelo preço de defeitos doutrinários que lhe são típicos. A barreira oposta pela “plausibilidade jurídica” e a vinculação à “lógica jurídica” garantem que uma solução esteja apoiada no sistema e evita o pontilhismo do direito judicial antidogmático, do qual se lamenta o jurista estadunidense: “A questão é saber até quando teremos de nos contentar com uma série de conclusões ‘ad hoc’”. (ESSER, 1961, p. 299-301 – tradução nossa)

fica evidenciado que a proposta de Aristóteles tem [...] condições de alinhar-se, por intermédio da *phrónesis*, para trabalhar com a hermenêutica filosófica”. (ENGELMANN, 2008, p. 5-6)

O ponto de contato entre hermenêutico – dimensão compreensiva, referente ao contexto de descoberta/achamento da decisão – e apofântico – dimensão analítica, referente ao (à) contexto de justificação/fundamentação da decisão – nas teorias de Peczenik e Esser pode ser bem condensado na ideia de analogia de Kaufmann. Para tanto, vejamos as palavras deste autor a respeito do contexto de descoberta/achamento da decisão:

Se o geral está materializado analogamente no ser concreto individual e o valioso, de igual maneira, na situação vital, a argumentação com base na “natureza da coisa” não é uma mera imposição do sujeito cognoscente, mas, sim, um conhecimento efetivo. Não se pode negar que ali entra em jogo um momento “intuitivo” (portanto, também criador), mas não se trata apenas de intuição. É certo que as conclusões a partir da “natureza da coisa”, as conclusões analógicas, não apresentam nunca uma certeza matemática, mas apenas verossimilhança. Mas quem disse que há aí algo de novo? Conhecimentos jurídicos exatos e calculabilidade jurídica nunca existiram e nunca existirão. Seguirão sendo apenas uma utopia. [...]. O pensamento a partir da “natureza da coisa”, o pensamento analógico e tipológico, não é lógico-formal. Também não é “não-lógico”, irrestrito ou confuso; não se trata de um pensamento circular. É um pensamento pré-lógico. Olhada do ponto de vista da lógica, a conclusão com base na “natureza da coisa”, a conclusão analógica, é um pré-juízo. Sem pré-juízos não existem os juízos lógicos. Antes de todo pensamento lógico está o pensamento das essências. Para o pensamento com base na “natureza da coisa”, vale a frase de Heidegger: “Neste âmbito nada se deixa comprovar, mas algo se deixa mostrar”. (KAUFMANN, 1976, p. 107-8 – tradução nossa)

Peczenik, ao citar Kaufmann expressamente, não nega que, devido ao fosso entre o geral e o particular, haja um quê de analógico em toda aplicação do direito: “A importância da analogia no direito encorajou alguns juristas (notadamente Arthur Kaufmann) a alegarem que a linguagem jurídica em geral tem uma natureza analógica. Em sentido lato – talvez metafórico –, eles estão certos: os juristas constantemente consideram que os iguais devem ser tratados igualmente” (PECZENIK *in* PRAKKEN; SARTOR, 1996, p. 312 – tradução nossa). O raciocínio analógico intrínseco a qualquer aplicação do direito é trabalhado por Peczenik quando este trata dos “legal interpretative jumps”, em que se realiza uma determinação do sentido normativo a partir de um dado arranjo de premissas cujos sentidos, até então, eram indeterminados. Vejamos como as seguintes palavras de Kaufmann parecem expressar noção semelhante à questão do intervalo entre a premissa maior e a premissa menor na justificação interna em Peczenik e à correlata necessidade de inserção de uma nova premissa no âmbito da justificação interna para que a decisão possa ser reconstruída em termos lógicos:

Há uma circularidade indeterminada no fato de que, por um lado, a semelhança é um pressuposto da conclusão lógica, e, por outro, a analogia, que deriva em um silogismo mediante uma fundamentação lógica, deve demonstrar tal semelhança. A analogia, pois, precisa de um “tertium comparationis”, “uma premissa latente que é variável, porque o ponto de vista da comparação” não é logicamente determinável. Esse elemento, como “topos”, pode ser chamado de “natureza da coisa”, ou seja, o sentido que cumpre o papel de intermediário entre o ser e o dever-ser. É necessária, pois, uma identidade da relação de sentido entre o sistema e o problema. [...]. Com a fundamentação lógica, a conclusão analógica deriva em um silogismo. [...]. com

toda razão diz Esser: “cada aplicação da lei já é interpretação, porque a decisão de que o teor literal é tão claro que torna supérflua uma interpretação já se baseia, por si mesma, em uma interpretação [...]. [...] a investigação jurídica nunca é um mero trabalho subsuntivo”. (KAUFMANN, 1976, p. 80; 82-3 – tradução nossa).

Zaccaria (*in* NERHOT, 1991, p. 43 – tradução nossa), ao abordar a tese de Kaufmann, afirma que “a natureza analógica do procedimento de aplicação e descoberta do direito também é reconhecida” por Esser. O intérprete italiano explica que só é possível pensar na racionalidade analógica subsuntivamente após a “preparação das premissas”, ou seja, uma pré-avaliação da viabilidade da correspondência entre os dados normativos e os dados fáticos. Em outros termos, é preciso preparar a norma e o caso para que eles se tornem capazes de estabelecer entre si uma relação subsuntiva. Tal procedimento preparatório, obviamente, envolve um juízo de valor idôneo a preencher uma lacuna em sentido lato, constituída pela impossibilidade de que o texto normativo esgote suas próprias possibilidades aplicativas (ZACCARIA *in* NERHOT, 1991, p. 45 e ss.). A pré-compreensão, mormente com a experiência jurídica adquirida na resolução jurídica dos casos, proporciona ao magistrado uma possibilidade de antecipação dos resultados do procedimento de “achamento da decisão” (“Rechtsfindung”), que é inexoravelmente analógico: “Todo conhecimento do direito, todo ‘Rechtsfindung’, toda conclusão subsuntiva, tem uma estrutura analógica. [...]. ‘Rechtsfindung’ é a construção progressiva da relação de correspondência entre os dados normativos [...] e os dados concretos, mediante um procedimento que estabelece a semelhança entre eles e os equipara” (ZACCARIA *in* NERHOT, 1991, p. 46 – tradução nossa). Aliás, é de se destacar aqui que o próprio Kaufmann (2014, p. 329) cita expressamente Gadamer e Esser para subscrever a tese de que a compreensão tem sempre como ponto de partida uma pré-compreensão ou “expectativa de sentido”.

Da mesma maneira, Ladeur (*in* NERHOT, 1991, p. 32 – tradução nossa) afirma que um argumento central em Esser está na demonstração do modo como “a analogia, no direito, está embutida na compreensão hermenêutica da realidade”. Ora, a falta de soluções detalhadas nas disposições textuais demanda que estas sejam conduzidas até o caso em um “processo de compatibilização das demandas de um modelo de ordenação e de uma racionalidade situacional com o acréscimo de possíveis referências a novas situações aberto à avaliação” (LADEUR *in* NERHOT, 1991, p. 32 – tradução nossa).

Diante do exposto, não é à toa que Kaufmann (1976, p. 88; 98 – tradução nossa), em uma visão sobre o sistema jurídico similar às de Esser e Peczenik, afirma, de maneira a subscrever indiretamente a relevância da “re-entry”, o seguinte:

O direito vive e cresce apenas devido a esta analogicidade, esta ‘polaridade’ entre a situação da vida e o pressuposto normativo. Por isso, o direito tem ontologicamente a estrutura da historicidade. [...]. [...] o direito nunca é idêntico à lei, pois apenas se dá a entender em seus abundantes conteúdos concretos, e não nos conceitos legais. Por isso, não pode haver um sistema jurídico fechado ‘axiomático’, mas apenas um sistema aberto e ‘tópico’. (KAUFMANN, 1976, p. 88; 98 – tradução nossa)

Esser e Peczenik, em compatibilidade com Kaufmann, reconhecem o caráter intuitivo, pré-lógico, pré-compreensivo do “achamento da decisão”. Parece-nos que suas perspectivas também não são incompatíveis com as de Hanson, para quem o processo de sugestão de hipóteses é orientado por uma análise conceitual, e Simon, que defende a possibilidade de formulação de princípios metodológicos para a descoberta de padrões em um corpo de informações (GOLDING, 2010, p. 48-9). Ora, os dois epistemólogos notam a fragilidade do modelo hipotético-dedutivo no que concerne à falácia de afirmação do consequente, segundo a qual os enunciados de observação implicam a hipótese se a hipótese implica os enunciados de observação. De maneira similar ao que acontece na lógica de procura e descoberta de Dewey, em que são realizados juízos de consequências prováveis como um critério para a escolha das regras e princípios a serem aplicados diante de um problema jurídico concreto; Hanson e Simon buscaram uma “lógica de descoberta” que proporcionasse um teste preliminar de “verossimilhança” da hipótese. Trata-se, pois, de uma tentativa de inserir a racionalidade também no contexto de descoberta por meio de um esforço de revisibilidade sobre a viabilidade de que – para utilizarmos os termos de Reale – uma dada conjectura sirva como ponto hipotético e provisório de partida, o que não afasta a relevância da verificação a ser realizada no contexto de justificação para fins de confirmação retrospectiva de seu potencial de conversão em “verdade” (no sentido de verossimilhança).

Como explica Golding (2010, p. 49), Hanson e Simon, à la Peirce, propõem um padrão que nem é dedutivo, nem indutivo, mas, sim, abduutivo, ou seja, um padrão de raciocínio que tem uma situação-problema como ponto de partida e se presta a fornecer uma hipótese que o explique. Aqui, podemos enxergar uma semelhança decisiva com Kaufmann (*in* NERHOT, 1990, p. 109 – tradução nossa; 2014, p. 330-2 – tradução nossa), que diferenciou a abdução e a indução nos seguintes termos:

[...] mais de um século atrás [...], Peirce observou que, além da dedução e da indução, há um terceiro processo lógico: a abdução. E Peirce sabia que a abdução precede a indução. Se no processo dedutivo há um movimento em direção à regra e no processo indutivo há um movimento em sentido contrário, na abdução há um movimento através da regra. [...]. A abdução move-se a partir da conclusão. Mas devemos saber o que se pode esperar dela. [...] trata-se de um processo lógico incerto. A transição da conclusão à regra não está presente na dedução, em que se vai da regra ao fato. A abdução apenas formula uma hipótese, a qual não é nada mais do que isso. [...] A abdução começa com os fatos sem uma teoria pré-

concebida, embora consciente deste fato e motivada pelo fato de que uma teoria é necessária para a explicação de fatos. A indução começa com uma hipótese sem ter fatos concretos em vista, mas tem consciência da indispensabilidade dos fatos para a sustentação de uma teoria. Enquanto a abdução procura uma teoria, a indução procura fatos. A abdução consiste em formular uma hipótese mediante a observação dos fatos. A indução objetiva construir uma hipótese, um experimento que elucide os fatos sugeridos pela hipótese. O modo de “sugestão” que conduz a abdução dos fatos à hipótese é a “similaridade” dos fatos com as consequências da hipótese. [...].

Esser, Peczenik e Kaufmann admitem a ideia de que existem hipóteses decisórias mais ou menos plausíveis, o que, como pensa Hanson, pode ser investigado conceitualmente. Para o epistemólogo, a lógica da descoberta descreve analogias entre o problema enfrentado e teorias anteriormente confirmadas, de maneira a permitir uma avaliação da plausibilidade das hipóteses suscitadas.

A transposição da premissa acima descrita para o campo do direito pressupõe, primeiramente, que consideremos a seguinte tese de Golding (2010, p. 50): a distinção de Hanson entre razões que tornam uma hipótese verdadeira ou aceitável (contexto de justificação) e razões que qualificam hipóteses como plausíveis (contexto de descoberta) não se sustenta no raciocínio jurídico, dado que neste as razões de plausibilidade de uma decisão não são diferentes das de aceitabilidade. Exemplificativamente, segundo o autor, a analogia seria um tipo de expediente que, na aplicação do direito, serviria para ambos os propósitos, enquanto, no campo das ciências naturais, só seria útil para justificar a plausibilidade de hipóteses, mas não para as estabelecer como verdadeiras ou aceitáveis. Em outros termos, Golding alega que as razões de plausibilidade de uma decisão judicial não são diferentes das de aceitabilidade.

Precisamos, contudo, avaliar criticamente a tese de Golding à luz da percepção de que a transposição do modelo de Hanson para o âmbito das decisões judiciais pressupõe também a pré-compreensão do magistrado, desenvolvida na tradição linguisticamente compartilhada. O horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser) e a ideologia jurídica (Peczenik) servem justamente como referência para o teste da plausibilidade das hipóteses decisórias, de maneira que a tese antecipada pelo impulso pré-lógico, ou seja, pelo “hunch”, seja posta à prova e tratada (retrospectiva e artificialmente) como uma mera hipótese. Nesse contexto, o elemento abduutivo faz-se presente quando consideramos, como queria Dewey – autor que, tal qual Peirce, nutria, como explica Kaufmann (*in* NERHOT, 1990, p. 108), um pragmatismo utilitarista –, as possíveis consequências jurídicas, políticas e sociais de uma hipótese. A abdução consiste em um processo de formulação de hipóteses que não abre mão de um elemento analógico heurístico, referente às experiências pretéritas, as quais lhe servem como

inspiração para uma comparação conjectural do conhecido com o desconhecido – não é à toa que, como visto, Reale diz que a conjectura é uma forma de pensar que, por um lado, transcende a experiência, mas, por outro produz resultados que devem se conciliar com o experienciável e cuja plausibilidade deve ser fundada nessa própria experiência, de maneira a expandir as limitações das ciências estabelecidas. Há, pois, um contínuo entre a abdução – um juízo primordialmente prospectivo em que se busca a similaridade, por assim dizer, analógica entre os fatos presentes e as prováveis consequências futuras da hipótese – e a analogia – um juízo que se inicia retrospectivamente, em um sentido que é admitido pelo próprio Kaufmann, em sua fase madura –, o que, sistemicamente, pode ser lido nos termos da relação paradoxal entre redundância e variação⁵⁹. A respeito da proximidade entre os dois tipos de raciocínio, devemos ler, mais uma vez, Kaufmann (*in* NERHOT, 1990, p. 109 – tradução nossa:

Que a analogia serve como uma formulação de uma hipótese é, obviamente, uma noção familiar na lógica. Christoph Sigwart, por exemplo, explicitamente qualifica a analogia como um procedimento heurístico voltado para a formulação de uma hipótese. Na abdução, no sentido de Peirce, há, conseqüentemente, um tipo de conclusão analógica? Talvez alguns pensem que sim tendo em vista minha predileção pelo modo analógico de percepção ao qual sou inclinado. Mas eu prefiro deixar Peirce falar. [...]. O modo de “sugestão” que conduz a abdução dos fatos à hipótese é a “similaridade” dos fatos com as conseqüências da hipótese. [...]. Não defendo que a abdução de Peirce é a mesma coisa que a analogia, mas dizer que são totalmente diferentes é uma falácia. [...] a abdução conclui de um particular a um particular para chegar a uma hipótese. Porém, ao mesmo tempo uma tese é antecipada. De outra maneira, não seria possível que se percebesse a similaridade entre os particulares.

À luz de Kaufmann (2014, p. 331 – tradução nossa), pois, podemos afirmar que a analogia de comparação com o passado é a inspiração para as novidades jurídicas, enquanto a abdução – que nos parece uma espécie de analogia em que se comparam o presente e o futuro – equivale à antecipação de sentido, que, quando não é objeto de posterior reflexão, tende a reproduzir o que a pré-compreensão oferece de mais subjetivamente consolidado:

A abdução apenas formula uma hipótese, a qual não é nada mais do que isso. [...] Se não fosse assim, o jurista deveria apenas investigar os códigos e comentários sem um plano ou propósito, na esperança de encontrar algo aleatoriamente. Como você poderia saber, sem a pré-compreensão, em que direção se mover a fim de explicar o caso e recolher provas? A pré-compreensão é um elemento indispensável no processo de identificação do direito. [...]. Também pode-se argumentar que a

⁵⁹ “O processo de encontrar o direito consiste sempre – se considerarmos como parte integrante também a atividade legislativa – de quatro momentos: na ordem, temos a abdução, a indução, a analogia e a dedução. Dependendo do interesse primário perseguido por um jurista, um desses fatores tem um papel privilegiado. O juiz busca a resolução do caso: ele então usa principalmente a dedução. O legislador quer conceber uma regra jurídica e, portanto, faz uso da indução. O jurista que estuda o direito pesquisa o novo, o que ainda não é conhecido, mediante analogia. O jurista que inicia um procedimento está procurando uma hipótese e, portanto, recorre à abdução. De todo modo, deve-se ressaltar que o juiz também estuda o direito, procura o que ainda não é conhecido [...] e também é legislador (cria a norma concreta). E o legislador também é julgador (na verdade, ele decide quais são os casos imaginários aos quais se deve aplicar a regra a ser produzida) etc. [...]” (KAUFMANN, 2014, p. 332 – tradução nossa).

abdução se limita a levantar suspeitas. [...] é o estilo típico do pensamento de detetive à la Sherlock Holmes. [...].

Paradoxalmente, deve-se, pois, olhar: para a tradição, de maneira a se conceber o novo; e para o futuro, de forma a respeitar uma tradição autêntica. Novamente, como dizia Morris Cohen, vinculatividade e discricionariedade são conceitos que se configuram como opostos polares, implicativos mutuamente, motivo pelo qual não podem ser entendidos um sem o outro. Lembremos que na lição desse autor a discricionariedade precisa ser traduzida em linguagem lógico-normativa – ou seja, ser objeto de uma “re-entry” no sistema jurídico – pela via da testabilidade das regras em relação a suas implicações (elemento abduutivo em sentido estrito, de caráter prospectivo) e do estabelecimento de similaridades a respeito dos juízos nelas presentes como justificados ou justos (o que podemos ler aqui como o elemento analógico em sentido estrito do Kaufmann maduro, de caráter retrospectivo), em um sistema jurídico-científico de cunho autocorretivo.

Essa autocorreção se faz, como entende Golding (2010, p.54), mediante um esforço contínuo voltado para a qualidade da justificação. Ora, o dever de exposição das razões justificantes já impede a caracterização das decisões judiciais como meros atos irracionais. Nesse sentido, Golding (2010, p. 54-5) escreve que a lógica de descoberta de Simon pode ser, em alguma medida, adaptada ao direito quando consideramos que a formulação de hipóteses decisórias obedece ao constrangimento da fundamentação das decisões judiciais. Obviamente, essa justificação não é abstrata, mas sim dirigida às partes, a terceiros interessados e a toda a comunidade jurídica, devendo, portanto, ser aceitável para tais destinatários como uma fundamentação legítima. Não é à toa, pois, que os juízes, segundo Holmes, frequentemente decidem casos contra suas convicções pessoais. Essa ideia segundo o autor, é suficiente para, mesmo sem fornecer um critério para a qualificação de uma razão justificante como boa, preservar a exigência de objetividade das decisões judiciais como sustentável, o que exige que submetamos o “hunch” surgido abdutivamente e meramente provisório a um processo reflexivo de compatibilização com o horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser) ou com a ideologia jurídica (Peczenik). Deve-se, pois, evitar o erro que Kaufmann (2014, p. 332-4 – tradução nossa) descreveu no seguinte excerto:

É comum que o juiz não reconheça na pré-compreensão uma simples hipótese [...], mas já a qualificação correta do problema. [...]. Aqueles que cometem esse erro [...] simplesmente escolhem os cânones hermenêuticos que se adequam a sua decisão [...]. Gustav Radbruch encontrou há muito tempo as palavras certas para descrever esse fenômeno: a identificação do direito é "o resultado de seus resultados; o meio de interpretação é escolhido apenas quando a solução já foi determinada (não se deve pensar, porém, que Radbruch acha apropriada esta forma de trabalhar: muito pelo contrário). [...]. A pré-compreensão é um processo abduutivo. Através dele não

temos a solução do caso, mas apenas a formulação de uma hipótese. A hipótese é provisória. Precisamos dela para fixar um ponto de partida, o que indica uma direção que pode nos permitir alcançar a solução do caso. Uma vez por este caminho, você deve no entanto refletir continuamente se não é necessário corrigir a hipótese de partida. Caso contrário, pode acontecer que a sua pré-compreensão se converta em pré-conceito, na pior acepção do termo. Se isso acontecer, não estaremos mais diante de um método científico, mas, sim, de um golpe. [...]. A teoria da individualização do direito torna-nos conscientes de como se pratica o processo racional de encontro do direito, [...] o qual não ocorre de acordo com um método cientificamente controlado.

O juiz acima descrito aproxima-se da descrição de Frank, para quem o histórico pessoal do sujeito seria um elemento determinante na tomada de decisões. De maneira semelhante, Kuhn (1998, p. 198) criticava o modelo hipotético-dedutivo e rejeitava a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação, visto considerar que a verificação observacional não é o único motivo para a aceitação de teorias pela comunidade científica, dado que uma boa recepção de uma hipótese pressuporia a confluência de fatores sociais, culturais e biográficos. Kuhn não nega que características como exatidão, consistência e simplicidade são atributos de uma boa teoria e podem contribuir para sua aceitação, mas, sim, quer frisar que eles não explicam tudo, muitas vezes sendo insuficientes para explicar o prestígio de uma tese na comunidade acadêmica. Em outros termos, as razões para a escolha entre teorias, inclusive no que diz respeito à substituição de uma por outra, não são meramente comprováveis, visto envolverem técnicas de persuasão e argumentação (as quais transcendem a lógica conceitual) quando a prova de superioridade de uma das teorias for impossível. A escolha entre teorias não pode ser explicada meramente por critérios compartilhados sobre o que é uma boa teoria, precisando considerar também as características dos sujeitos que realizaram a escolha, elemento que não entra na formulação tradicional do contexto de justificação. A tradicional distinção entre os dois tipos de contexto, portanto, não serviria nem como idealização útil ou plausível do método científico, pois simplificaria excessivamente as razões para as escolhas e, conseqüentemente, omitiria a existência de boas razões para que fosse tomada uma decisão diferente (GOLDING, 2010, p. 55).

Kuhn assume uma teoria subjetivista metaética, a qual nega a possibilidade de qualificação de juízos de valor como verdadeiros ou falsos (não-cognitivismo). De maneira semelhante, Frank considera tais juízos extracientíficos, embora admita a possibilidade de que tais valores sejam partilhados de modo amplo com outros, o que, ao se considerar a justificação judicial como uma forma de justificação social, se torna relevante caso se assuma a premissa de que julgamentos de valor integram as fundamentações judiciais. Nesse ponto, Golding (2010, p. 54) remete a uma crítica feita a Kuhn, segundo a qual este confundiria

contexto de justificação (âmbito de verdade ou aceitabilidade de uma teoria) e contexto de aceitação (referente ao que uma teoria faz para ser aceita pelos outros). Para o autor estadunidense, porém, a plausibilidade de justificações de decisões judiciais não pode ser profundamente diferenciada em relação ao que é socialmente reconhecido como um argumento jurídico aceitável. Indo mais longe, Golding (2010, p. 54) afirma que “a correção de proposições jurídicas é, em parte, determinada pela medida em que justificações jurídicas seguras podem ser oferecidas em seu favor”.

Podemos encontrar, de certa forma, um contraponto ao subjetivismo não-cognitvista justamente na relação de interferência recíproca entre contexto de descoberta e contexto de justificação mencionada por Alexy (2001, p. 224): “as reflexões de quem toma a decisão precisam levar à justificação que corresponda às formas descritas. Naturalmente, isso não quer dizer que as exigências do processo de justificação não exerçam uma influência recíproca sobre o processo de descoberta”. A argumentação jurídica, pois, cumula os papéis de conferir aceitabilidade às manifestações dos tribunais e catalisar, por meio de suas exigências de justificação, o processo de revisão do contínuo entre analogia e abdução. O próprio Frank, de certa maneira, não está distante de uma percepção como a acima descrita. Senão, vejamos.

Frank (1930, p. 138; 208 e ss.), como visto no capítulo anterior, afirma que o processo decisório não costuma ser iniciado com base em uma premissa maior de um silogismo, e sim com conclusões especulativas tiradas de antemão e originadas em pré-conceitos, ou seja, com “hunches”. A conclusão antecipada é o que, em regra, orienta o juiz na busca pelos argumentos a serem expostos no documento que veicula a decisão. Quando o juiz não consegue encontrar argumentos que justifiquem sua conclusão, precisa modificar a resposta a ser oferecida, sob pena de manifesta arbitrariedade. A criatividade (e, conseqüentemente, o juízo axiológico), pois, para Frank, é um elemento essencial na atividade judicante. Segundo o autor, os magistrados têm discricionariedade quanto à transição entre, de um lado, a generalidade e a abstração das normas (premissa maior do silogismo decisório) e, do outro, os enunciados sobre os fatos concretos (premissa menor).

Diante do exposto, Frank vê o direito como incerto, indefinido e cambiante, o que, porém, constitui um valor social relevante, tendo em vista a viabilidade de um reajuste contínuo entre o direito e as novidades sociais, políticas e econômicas. A subjetividade do juiz sempre estará presente, o que, em certa medida, também tem um potencial positivo, desde que sua contribuição no que diz respeito à variação seja conjugada com um esforço para a produção de redundâncias. Nesse sentido, Frank chega a caracterizar como o juiz ideal aquele

que é consciente de seus pré-conceitos e busca aproveitá-los positivamente e racionalmente para tentar encontrar a decisão mais justa e objetiva possível. Aqui, podemos aproximar essa tese da de Bruce Anderson (2010 – tradução nossa), que questiona a distinção rígida entre descoberta e justificação por considerar que uma compreensão adequada do contexto de descoberta envolve a percepção de que

a qualificação de uma decisão como justificada ou não depende do fato de o juiz ter ou não agido da melhor maneira que poderia no que diz respeito à busca por informações – de o juiz ter prestado atenção aos dados relevantes, captado as ligações entre tais dados, realizado juízos axiológicos responsáveis e juízos razoáveis fundados em evidências suficientes, e alcançado uma decisão consistente com seus juízos de valor sobre qual é a solução mais adequada ao problema jurídico.

Tendência semelhante pode ser encontrada na obra de Novak (*in* DAHLMAN; FETERIS, 2013, p. 156-7 – tradução nossa), autor que remete a Frank e a Anderson para caracterizar a existência de uma conexão entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação. O raciocínio do autor de origem eslava inicia-se com a distinção entre as intuições instrumentais e as intuições criativas. As intuições instrumentais são aquelas que auxiliam o juiz no encontro dos padrões normativos (regras e princípios do sistema) mais apropriados ao caso e se submetem à justificação interna. Por sua vez, as intuições criativas oferecem ao juiz informações que o estimulam a ultrapassar as fronteiras do sistema jurídico em direção a exigências de “justiça, ética, moralidade, legitimidade, certeza jurídica, previsibilidade, etc.” e se submetem à justificação externa, ou seja, uma fundamentação das premissas como aceitáveis. No que diz respeito à aceitabilidade, a intuição, como função cognitiva irracional, precisa ser revisada à luz de orientações racionais, as quais podem, ao contrário dos meros impulsos, oferecer algum tipo de base comum de justificação decisória e, conseqüentemente, cumprir uma função de mediação externa. Por tal razão, é necessária uma conexão entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação, de maneira a proporcionar

uma tradução de elementos irracionais em racionais. [...]. É mais do que plausível que as fases de descoberta e justificação estejam, em alguma medida, conectadas, visto que decidir de uma dada maneira implica simultaneamente antecipar, de forma intuitiva, a justificação da escolha de uma decisão. [...] pode ocorrer que o juiz, ao começar a escrever suas razões decisórias, modifique o seu posicionamento, de modo a alcançar outra conclusão ou escolher outras razões que não aquelas antecipadas na descoberta decisória inicial. Seria, pois, muito difícil defender a tese de que os processos de descoberta e justificação podem ser rigidamente diferenciados. Isto não significa, porém, que certas intuições, juízos, percepções ou “hunches” sobre uma decisão não precisem ser racionalmente justificados ou submetidos a um “teste” racional (empírico). [...]. O contexto de justificação é frequentemente apenas o resultado necessário da tradução do contexto de descoberta, no qual, por sua vez, ao lado da avaliação racional, a intuição irracional também cumpre um papel relevante. [...]. **De acordo com Frank**, o alcance e a justificação da decisão seriam compostos pelos seguintes passos: (a) uma análise dos fatos e uma reflexão sobre uma solução justa; (b) uma intuição ou “hunch” sobre a

solução; (c) a análise das possibilidades de compatibilização de tais “hunches” e intuições como o direito existente (regras, princípios e precedentes); (d) o alcance de uma decisão; e (e) a apresentação de razões necessárias à decisão. Consequentemente, [...] as fases de descoberta e justificação estão mutuamente relacionadas [...].” (NOVAK *in* DAHLMAN; FETERIS, 2013, p. 158 – tradução nossa)

A interferência recíproca entre contexto de descoberta e contexto de justificação mostra-nos que, em certa medida, a distinção entre ambos é meramente analítica, dado o caráter fluido que o círculo hermenêutico atribui à compreensão. Ontologicamente, como notam Esser, Peczenik e Kaufmann, não é possível realizar qualquer tipo de compreensão a partir de um ponto arquimediano. Tal condicionamento intrínseco à linguagem é aplicável, no âmbito jurídico, não apenas à atividade do juiz, mas também ao exercício jurídico-dogmático, visto que ambos, a despeito de produzirem efeitos distintos, são ontologicamente comutáveis. É justamente pelo fato, bem percebido por Esser e Peczenik, de que a atividade jurídico-científica também envolve uma dimensão axiológica que nos tem sido possível desenvolver um paralelo entre a distinção “contexto de descoberta/contexto de justificação” e a diferença “achamento da decisão/fundamentação da decisão”. No entrelaçamento entre as duas dimensões, podemos dizer que cada descoberta (compreensão) já traz em si uma razão justificante, assim como cada explicitação de razões já é elaborada por meio do incessante ir-e-vir do círculo hermenêutico, de modo que não se pode falar em um modo puramente lógico de estruturação de uma tese científica no contexto de justificação. A racionalidade da hermenêutica passa justamente por lidar com o irracional (antecipação de sentido) da forma mais racional possível, entendendo-se, aí, a interpretação como reflexividade sobre os pré-conceitos, e não propriamente, conforme bem notou Kaufmann, como um “método cientificamente controlado”.

Podemos estabelecer um paralelo entre o padrão de racionalidade acima descrito e a perspectiva de Peczenik sobre os “platitudes”, elementos imprecisos (“fuzzy”) que, isoladamente, não servem como supercritério, mas podem, se compreendidos conjuntamente nos moldes do equilíbrio reflexivo, ter o seu grau de imprecisão (“fuzziness”) reduzido. A busca pelo equilíbrio reflexivo é uma vinculação epistêmico-prescritiva à adoção de uma postura dialógica adequada a, em linguagem filosófico-hermenêutica, proporcionar uma entrada correta no círculo hermenêutico, o que significa que o propósito do “contexto de justificação” imprescinde da deflagração de um novo “contexto de descoberta”⁶⁰. Contudo,

⁶⁰ "A partir deste esforço crítico por autocompreensão, fica esclarecida a recepção, por Heidegger, do círculo hermenêutico [...]. existe um círculo entre a interpretação e a compreensão, isto é, aqui entre cada interpretação e as pré-concepções que a alimentam, mas esta circularidade pertence propriamente à ontológica ou imutável

segundo o próprio Peczenik, nenhuma reconstrução teórica pode eliminar tal “fuzziness”, o que é um reconhecimento da indecidibilidade constitutiva da aporia entre vinculatividade e discricionariedade, ou, nas palavras de Esser (1961, p. 332 – tradução nossa), de algo que “escapa ao controle”. Nesse ponto, introduziremos no debate, como mais um catalisador do entrelaçamento entre Esser e Peczenik, outro autor influenciado pela hermenêutica filosófica e canônico no que se refere aos estudos sobre a discricionariedade judicial: Ronald Dworkin. Contudo, atendendo à abordagem desconstrutiva que assumimos no presente trabalho, leremos Dworkin à luz de um hermenêuta gadameriano que se propôs a realizar uma virada personalista na hermenêutica filosófica: Luigi Pareyson.

4.4 A FORMULAÇÃO DE VERDADE COMO DETERMINAÇÃO DO INDECIDÍVEL NA RELAÇÃO ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Apresentaremos primeiramente as linhas gerais do pensamento hermenêutico de Pareyson (4.4.1) para, em seguida, mostrarmos como tais ideias contribuem para uma leitura da tese de Dworkin sobre a discricionariedade (4.4.2) produtiva para o nosso propósito de estabelecer uma interrelação entre Esser e Peczenik.

4.4.1 As formulações de verdade e a virada hermenêutica personalista de Pareyson

Luigi Pareyson (2005) defende que a interpretação, expressão da história e revelação do ser, pressupõe a verdade como unidade constituída por uma tradição, verdade esta em que coexistem as interpretações em uma comunidade de diferenças qualitativas. A presentificação

estrutura de cuidado e, dessa forma, à pré-estrutura do ser-aí. [...]. Nossos esboços, de início, não são de nossa escolha. Somos, antes, 'jogados' neles. O específico 'ser-lançado' e a historicidade do ser-aí são a característica indelével de nossa 'facticidade'. Faz parte da pré-estrutura fática e primária do nosso compreender, que ela se encontre no âmbito de perspectivas prévias, que orientam suas expectativas de sentido: 'Essas perspectivas, em geral disponíveis de maneira não explícita, nas quase a vida fática, no caminho do costume, mais se envolve do que deles se apossa explicitamente, delineiam à mobilidade do cuidado suas linhas de execução'. Mas, nós não estamos cegamente à mercê dessa pré-estrutura de explanação induzida, como se fôssemos, como o quer a leitura corrente do círculo hermenêutico, colhidos inexoravelmente por nossos preconceitos. A hermenêutica de Heidegger é exatamente o oposto disso. Ela visa um explícito esclarecimento dessa pré-estrutura historicamente dada. Este esclarecimento é por ele chamado de interpretação. [...]. Não se trata de fechar os olhos a esse círculo 'mau', desejando seu desaparecimento, para instalar qualquer objetividade desprovida de existência. 'O decisivo' [...] é precisamente, não 'cair fora do círculo, porém ingressar nele de maneira adequada'. Saltar dentro dele de maneira correta significa, concretamente, que continua sendo a tarefa prioritária e permanente de uma autêntica interpretação, elaborar para si mesma e levar à interpretação suas próprias concepções. O que se visa, (sic) não é uma reflexão que simplesmente descarte tais pré-concepções, mas um reflexivo realçar da pré-estrutura pessoal, que ponha a caminho um verdadeiro *diálogo* entre duas posições específicas, ou seja, com as coisas e com o pensamento alheio. Sem esse realce interpretador e pré-esclarecedor, a compreensão corre o risco de que sua perspectiva seja de forma acrítica 'conduzida por idéias e conceitos populares'." (GRONDIN, 1998, p. 163;166)

da verdade é necessariamente plural e permite que floresça do passado da tradição o aparecimento temporal do ser. A unidade da experiência da verdade existe quando a pluralidade de perspectivas não se pretende um agregado relativístico de interpretações conflitantes (PAREYSON, 2005, p.44 e ss.). A tradição, entendida como originária, previne as interpretações de serem trancadas em seus próprios momentos históricos. A possibilidade da tradição está necessariamente atrelada à interpretação da verdade, interpretação esta que implica uma discrepância entre dito e não dito, pensado e não pensado. Tal discrepância subtrai do presente a possibilidade de encontrar o sentido autêntico do passado e o refere à origem, mas, ao mesmo tempo, lhe oferece a possibilidade de atingir a origem, remetendo-se a um passado. A interpretação, como forma histórica é, ao mesmo tempo, uma interpretação determinada do ser e um espaço de possibilidades para descobrir e desenvolver. O estímulo para desenvolvê-las está ao mesmo tempo no passado – não como tempo transcorrido, mas como realidade histórica reportada à origem – e no ser, historicamente determinado. A recuperação do passado em seu enraizamento ontológico e recolocado na aparição temporal do ser faz fluir uma tradição. A unidade de todos os eventos é a tradição, condição do ser como possibilidade que apenas uma interpretação pode corretamente trazer à presença.

Pareyson postula que o entendimento comum da tradição, em que os valores se transmitem no decorrer das gerações, é uma “dialética da exemplaridade e congenialidade”. Os valores históricos permanecem enquanto existe um equilíbrio entre conservação e inovação, entre o que é parte de uma tradição compartilhada e o que é verdadeiramente novo e original. O enfraquecimento da continuidade compartilhada sobre fenômenos puramente históricos quebra esse equilíbrio e dispara o “dilema da repetição e revolta”. A exemplaridade não se torna eficaz quando não é acolhida em um ambiente histórico espiritualmente afim àquele de onde emergiu o valor original. Apenas a congenialidade torna possível um seu prolongamento, por sua vez, original. Isso significa que um valor histórico, ainda que persista no tempo, não necessariamente pode ser considerado uma tradição viva (PAREYSON, 2005, p. 36). É justamente quando se pode identificar uma verdadeira tradição, e não apenas uma mera duração histórica, que a interpretação se liberta do relativismo e não se dissolve em uma pluralidade de ações arbitrárias, mantendo a obra interpretada como uma versão identificadora de si própria. Identificação não significa aí uma confusão entre formulação e verdade, mas sim uma constitutiva inseparabilidade, em que ambas nem são coisas “diversas” que não devem se dever identificar, nem são coisas “similares” tendentes à confusão (PAREYSON, 2005, p.63).

A obra pertence a uma comunidade de entendimento compartilhado, de forma que

uma interpretação revelatória requer uma pluralidade de formulações sem que isso signifique a atribuição de um tratamento relativista, como se a verdade se esgotasse em suas interpretações. A verdade é supra-histórica e intemporal, mas essas características só se fazem valer no interior da formulação histórica e temporal. Toda formulação da verdade é histórica e temporal, mas a historicidade e a temporalidade não passam com o tempo, pois são abertura e trâmite para o verdadeiro, presença originária e profunda do ser (PAREYSON, 2005, p. 58).

A tradição indica as condições de lealdade na transmissão, e não o conteúdo específico das formas históricas. Pareyson perpetra uma virada personalista em relação a Gadamer ao situar uma dessas condições da tradição dentro do retorno originário e da produtividade futura do intérprete individual. Entretanto, as consequências dessa mudança apontam para longe da pessoa individual e em direção à comunidade de intérpretes, visto que a formulação interpretativa da verdade permite ao seu possuidor compreender a verdade presente em uma formulação diferente (VALGENTI *in* MALPAS; ZABALA, 2010, p. 75). Não se trata de uma objetividade nos moldes de uma ciência histórica, mas sim de considerar que a interpretação pessoal da tradição está fundada na força unificadora da verdade, em sua unicidade e universalidade. O verdadeiro torna-se valioso em cada formulação singular mais como um apelo à liberdade do que conformidade à evidência, mais como uma demanda por comunhão e diálogo do que um respeito a convenções habituais. Resguarda-se, aqui, a pretensão crítica da interpretação da tradição, a qual institui, em vez de reproduzir, uma comunidade de pessoas afins.

Luigi Pareyson considera que o homem pode, pelo exercício da liberdade, produzir a própria história (MURICY, 2006, p. 103-5). Pareyson entende a verdade como a relação entre a pessoa e o ser. A verdade é formulável interpretativamente, entendida aí a interpretação como uma posse pessoal da verdade. A pessoa interpreta primariamente como um meio de acesso, um órgão do conhecimento, e essa interpretação é sempre um processo ativo e performativo, pois a individualidade da pessoa faz de sua própria situação histórica um instrumento de indicação e revelação da verdade. O caráter produtivo da interpretação não significa uma produção da verdade pela pessoa, mas sim uma postura de atenção e escuta constante, a qual permite que a interpretação pessoal revele a verdade. A liberdade permite um ato por ou contra o ser, e esse ato é também o ato com o qual ela decide se reforça ou renega a relação ontológica em que consiste o próprio ser do homem, donde a ligação entre ser e liberdade, dado que esta afirma o ser até mesmo quando o renega (PAREYSON, 2005, p.49-50).

Pareyson (2005, p. 9) entende que a manifestação da verdade diz respeito à dimensão

do “pensamento relativo”, o que não significa uma negação da dimensão do “pensamento expressivo”, entendida esta expressividade como histórico-concreta. Enquanto o puro “pensamento expressivo” é destituído de verdade, o pensamento revelativo não deixa de ter uma dimensão expressiva, mas sim congrega, indissociavelmente, considerações historicistas e especulativas. A verdade manifesta-se por meio da interpretação pessoal e esta sempre será, simultaneamente, revelação da verdade – na medida em que exprime a pessoa – e expressão da pessoa no ato de revelar a verdade, sem que nenhum dos dois aspectos prevaleça sobre o outro. Não se trata, obviamente, de distinguir elementos permanentes (em sentido suprahistórico) e elementos temporais, pois tudo é igualmente histórico, mas sim de reconhecer, na história, as manifestações revelativas do ser como verdade (PAREYSON, 2005, p. 10-1).

Marília Muricy (2006, p. 105) ensina que Pareyson expressa uma preocupação em associar o conceito de verdade às expressões fundamentais da vida e da liberdade humana, sem abrir mão de critérios de controle que preservem a possibilidade da crítica. O pensamento revelativo da verdade exige da pessoa a realização de escolhas concretas realizadas, o que significa não se submeter ao curso externo dos acontecimentos (ter história), mas sim, pelo exercício da liberdade, produzir sua própria vida (ser história) (PAREYSON, 2005, p. 9-10). A vida humana constrói-se e justifica-se a si própria, autocompreende-se, projeta-se para o futuro, responsabilizando-se por ser história. A situação pessoal é o único veículo que nos permite recuperar sua originária abertura ontológica pela via da multiplicação de formulações da verdade. Ao mesmo tempo, a verdade não deixa de ser única e intemporal frente às suas múltiplas formulações, e essa unicidade, em vez de impedir a infinidade interpretativa, serve como estímulo para novas formulações. A verdade, como origem inexaurível, solicita a cada vez uma nova interpretação que a possa colher como um todo sem a esgotar, sendo sempre um convite a novas formulações. A palavra é reveladora e eloquente não apenas pelo que diz, mas também pelo que não diz. Ela diz a mesma verdade que nela reside como inexaurível e, consequentemente, muito mais como não dita que como dita (PAREYSON, 2005, p. 16).

Expostas as ideias do pensamento de Pareyson necessárias para a leitura da obra de Dworkin que estamos a propor aqui, adentremos propriamente o pensamento do autor estadunidense e suas interrelações com Esser e Peczenik no que diz respeito à aporia constitutiva entre vinculatividade e discricionariedade.

4.4.2 Vinculação, sentido fraco de discricionariedade e coerência narrativa das formulações de verdade

Dworkin (2002; 2003; 2010), autor que, tal qual Peczenik, encontrou inspiração na noção rawlsiana de equilíbrio reflexivo, e, tal qual Esser e Kaufmann, foi influenciado pela hermenêutica filosófica gadameriana, concebeu um modelo hermenêutico em que o processo reflexivo de interpretação é, para fins meramente analíticos – ou seja, sem desprezar a precedência do “como hermenêutico” sobre o “apofântico” –, fragmentado em três fases⁶¹. Pressuposto de sua proposta é a ideia de que uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos, já que o próprio conceito de interpretação também é interpretativo, ponto em que, como nota Furquim (2010, p. 38), foi decisiva a influência da hermenêutica filosófica gadameriana. Ora, a interpretação é feita de dentro da tradição e presta-se a explicitar o objetivo de uma prática interpretativa, de maneira que a própria forma da prática impõe limites interpretativos à interação entre propósito e objeto. É justamente na necessidade de decidir de forma respeitosa à tradição jurídico-institucional compartilhada, e não com base em convicções pessoais, que seu trabalho se

⁶¹ Sobre a influência de Rawls em Dworkin, vejamos os seguintes excertos: “Pode-se mostrar impossível encontrar um conjunto coerente de princípios que tenha um apelo independente e sustente todo o conjunto de nossas convicções intuitivas [...]. Se isso acontece, devemos chegar a uma solução conciliatória, cedendo de ambos os lados. Poderíamos atenuar, mas não abandonar, nossa percepção inicial do que poderia constituir um princípio aceitável. [...] poderíamos vir a aceitar, após uma reflexão adicional, algum princípio que inicialmente nos tivesse parecido sem atrativos [...] se nos convencêssemos de que nenhum outro princípio menos agressivo pudesse sustentar o conjunto das convicções políticas que relutávamos especialmente em abandonar. Por outro lado, também devemos estar dispostos a modificar, ajustar, ou mesmo abandonar por completo as convicções intuitivas que não se ajustam a nenhum princípio que convenha a nossos padrões atenuados. Para ajustar essas convicções intuitivas, utilizaremos nossa percepção inicial de quais nos parecem mais seguras, e de quais nos parecem menos, ainda que em princípio nenhuma convicção intuitiva possa ser considerada imune à reavaliação ou abandono [...]. Podemos esperar por um procedimento de vai-e-vem entre nossos juízos intuitivos e a estrutura dos princípios explicativos, fazendo ajustes primeiro em um dos lados e, em seguida no outro, até chegar ao que Rawls chamou de estado de equilíbrio reflexivo, no qual ficamos satisfeitos ou pelo menos tão satisfeitos quanto podemos racionalmente esperar.” (DWORKIN, 2002, p. 243-4); “Podemos reformular esse exercício interpretativo como um método para a filosofia do direito. Podemos identificar o que aparentemente nem é preciso dizer que faz parte de nesso direito [...]. se trata de paradigmas do direito. Em seguida, podemos criar o outro polo de um equilíbrio interpretativo, pois compartilhamos um ideal abstrato que pode desempenhar, na teoria jurídica, o mesmo papel que o conceito de justiça desempenhava para Rawls. Este é o conceito de direito – ainda que, às vezes, quando enfatizamos seu caráter político, o descrevamos de outro modo, como o conceito de legalidade ou [...] de Estado de Direito. Podemos, então, criar uma concepção adequada de legalidade, [...] que equilibre nossos diferentes pressupostos pré-analíticos sobre proposições concretas de direito com os princípios gerais de moralidade política que pareçam explicar melhor a natureza e o valor da legalidade”. (DWORKIN, 2010, p. 348-9)

⁶² A influência de Dworkin sobre Gadamer fica patente no seguinte excerto: “Não nego [...] que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, e nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas” (DWORKIN, 2003, p.75). Para um aprofundamento sobre a questão, ver: de nossa autoria, “O direito como integridade comunicativa: uma compreensão histórica do princípio da proibição de retrocesso social” (2011) e “A tensão hermenêutica entre os papéis representativos do Legislativo e do Judiciário: uma interpretação construtiva do princípio da separação de poderes” (2013); de Wálber Carneiro (2011), “Hermenêutica jurídica heterorreflexiva”; e de Lênio Streck, “Verdade e consenso” (2014).

recusa a abarcar um procedimento metódico em sentido constitutivo (STRECK, 2009, p. 447). Essa intersubjetividade é perceptível na descrição de Dworkin sob as três etapas da interpretação construtiva. A etapa pré-interpretativa diz respeito à identificação dos padrões que nos podem fornecer o conteúdo da prática, identificação esta que já tem um quê interpretativo. A etapa interpretativa consiste na exposição de uma justificativa geral para os elementos da prática identificados na etapa pré-interpretativa, justificativa esta que não pode consistir na invenção de uma nova prática, dados os limites da historicidade e da tradição. É na etapa pós-interpretativa que se dá propriamente a conformação entre a ideia do intérprete, aquilo que a prática realmente requer e a justificativa apresentada na segunda etapa, ponto em que Dworkin recorre à figura do “equilíbrio reflexivo” para explicar a conformação que se dá nesta terceira fase interpretativa.

A transponibilidade do modelo hermenêutico de Dworkin ao âmbito da atividade doutrinária é evidente diante da identidade ontológica do modo-de-ser compreensivo, comum a juízes e doutrinadores. Podemos notar, inclusive, que Dworkin (2003, p. 78) dá uma pista de tal peculiaridade ao afirmar que os cientistas sociais lidam com dados pré-interpretados, devendo compreender o comportamento do modo que este é compreendido por quem se comporta como tal. Tal compreensão, obviamente, não é arquimediana, mas, como diz o autor, é realizada por um cientista que, ao mesmo tempo, é um participante “virtual” das práticas que pretende descrever e, por tal motivo, também está sempre pronto a julgá-las. Ora, uma compreensão de tais práticas é necessariamente um juízo, o que indica a indissociabilidade entre as dimensões descritiva e normativa da linguagem científica, como, de certo modo, também notaram Peczenik e Esser.

Em outros termos, como diz Furquin (2010, p. 45), Dworkin entende que o cientista adere à prática que pretende compreender, de modo que seus resultados nunca são relatos neutros. As concepções relativas a conceitos interpretativos emergem de nossas convicções pessoais e precisam ser assumidas em uma perspectiva integrativa e conceitualmente coerente (DWORKIN, 2003, p.40). Justamente por não haver um critério compartilhado de uso correto dos conceitos interpretativos, a questão não se esgota no âmbito semântico. Os juristas não precisam estar de acordo com os critérios sobre os fundamentos do direito para divergirem. A divergência genuína é justamente aquela em que os critérios, na dimensão do uso dos conceitos jurídicos, são distintos. Dworkin presta-se, então, a buscar a construção de concepções genuínas de conceitos jurídicos, de modo que cada um destes é relacionado a um propósito, cuja relevância, por sua vez, deve ser justificada no contexto das práticas políticas ou sociais de uma comunidade concreta. Conceitos funcionam como um platô abstrato de

acordo para o início de um debate. Toda afirmação filosófica a respeito da natureza de tais conceitos é normativa (DWORKIN, 2010, p. 201-2). As dimensões descritiva e normativa dos conceitos estão conectadas, de modo que uma pretensão filosófica ou científica de identificar valores não pode adotar uma postura neutra.

O fato de ninguém, nem mesmo os cientistas do direito, compreender a prática jurídica a partir de um ponto arquimediano parece se aproximar da ideia de achamento da decisão (Esser) ou contexto de descoberta (Reichenbach). Ora, a fase pré-interpretativa é iniciada pela antecipação de sentido, pelo “hunch” pré-reflexivo do magistrado. Ontologicamente, nada há aí de diferente em relação ao momento de conjectura do cientista do direito, o qual esboça pré-compreensivamente um sentido para o direito como prática. Já na etapa interpretativa, a justificativa para tal versão da prática se coloca em moldes semelhantes à elaboração do produto básico do contexto de justificação/fundamentação da decisão – algo que vale tanto para a atividade judicante quanto para a doutrinária. Por sua vez, a fase pós-interpretativa, em que se busca a coerência entre a ideia do intérprete, aquilo que o direito como prática realmente requer e a justificativa apresentada na segunda etapa, pode ser lida como a realização dos testes que permitem a comprovação ou refutação de uma hipótese jurídica, a qual precisa ser compatível com os limites da historicidade e da tradição, ao mesmo tempo em que não deixa de ter a marca da formulação personalista de verdade cunhada pelo magistrado ou pelo cientista. Ora, como bem notou Peczenik, a tentativa de compreensão coerente dos “platitudes” reduz seu caráter “fuzzy”, mas não o elimina, pois nenhuma reconstrução teórica, inclusive a jurídico-científica, pode converter tal imprecisão em um cálculo de regras conclusivas. Surge, aqui, a indecidibilidade, o incalculável, denunciado por Derrida como inexorável. Não é à toa, portanto, que Siltala (2001, p. 259 – tradução nossa), ao abordar a indecidibilidade radical derridariana na constituição das normas jurídicas, afirma que ela

denota o caráter verdadeiramente equívoco, irresolúvel ou auto-evasivo das premissas fundantes da validade e da racionalidade jurídicas no nível teórico-discursivo do direito [...]. Consequentemente, o status ontológico, epistemológico e metodológico das premissas “últimas” do direito não pode ser conclusivamente definido sem que se incorra em uma falácia lógico-conceitual, no cancelamento de sua função infraestrutural de critérios últimos do direito ou em um desvirtuamento da questão. [...] a indefinibilidade radical ou inexpressabilidade dos critérios definitivos da razão humana, por exemplo, nas teorias do direito de Wróblewski e Peczenik denota o impacto de uma categoria dessas sobre os contornos últimos da análise e do juízo filosófico. [...]. Por sua vez, a “différance” denota o movimento auto-evasivo de diferenciação de sentido nas dimensões sincrônica/diacrônica da significação linguística e judicial. Ora, um conteúdo significativo de uma norma está em um movimento incessante de transição e fluxo submetido ao espaçamento/temporização e ao diferimento/distanciamento, forças tanto constitutivas de sentido quanto desconstitutivas de sentido. A “différance”, como a pré-condição infraestrutural da produção de significado mediante diferenciação,

também estabelece um elemento de equívocidade ou indecidibilidade radical.

Também em Esser parece clara a percepção da indecidibilidade, como se depreende das seguintes palavras deste autor sobre o “hunch”:

Agora sabemos em que plano, apenas em parte assegurado pelo dogma, do processo de “dar forma à regra” se encontram aqueles critérios; e a coisa é frequentemente tão inconsciente que na maioria das vezes se destaca esta resolução antecipada como sendo uma parte volitiva da sentença, isolando-a na qualidade de “hunch” do processo de interpretação. Só que quando este “hunch” aparentemente arbitrário e espontâneo estabelece uma ponte entre os dois âmbitos do ordenamento, qualificados por Radbruch de fragmentários, ou seja, a matéria positiva e os princípios “superiores” que guiam o juiz, demonstra com isso que em realidade procede – **ainda que de um modo que escapa ao controle** – de uma superior consciência do sistema na qual aqueles dois fragmentos se encaixam e se harmonizam. Interpretação significa aqui adequação recíproca de princípio e texto. Pois, isoladamente, um e o outro são fragmentos, já que nem o “adequado à coisa”, o “razoável”, etc., se faz visível por si mesmo, nem o que está prescrito concretamente pode funcionar sem critérios que fixem a finalidade do ordenamento. [...]. Princípio e casuística constituem uma unidade funcional. [...]. Contra uma opinião muito difundida, os princípios jurídicos não possuem um sentido próprio que seja aproveitável como base da dedução, nem estão capacitados para dominar a criação do direito até o ponto em que a casuística seja apenas um mero produto da aplicação consequente dos princípios. (ESSER, 1961, p. 332; 340 – tradução nossa.

Há, portanto, a despeito de todo o esforço reflexivo que se possa desenvolver, um intervalo constitutivo entre o “hunch” e o sentido normativo. Trata-se de um elemento volitivo, de determinação decisória do indecído e indeterminado. É aqui que reside o gérmen da discricionariedade, o qual, embora encontre limitações no horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser) e na ideologia jurídica (Peczenik) – condições e constrangimentos aos quais está submetida a aceitabilidade das decisões jurídicas e das teorias produzidas pela dogmática –, sempre deixa escapar algo de singular e volitivo como impulso para a formulação de uma hipótese decisória ou científica. Retomamos, aqui, o paradoxo entre redundância e variação, vinculatividade e discricionariedade, intrínseco ao sistema jurídico.

Dworkin (2003) lança mão da imagem de que o direito se desenvolve construtivamente, nos moldes de um romance em cadeia, em que cada capítulo é pensado e redigido por um autor diferente⁶³. O autor, ao visualizar o direito sob a lente de uma concepção hermenêutica tal qual a gadameriana, reconhece um modelo interpretativo

⁶³ “[...] podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de ‘romance em cadeia’. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.” (DWORKIN, 2003, p. 275-6)

histórico unitário entre direito e literatura, já que ao juiz, assim como aos autores comprometidos com uma empreitada literária, compete a inserção em uma cadeia de decisões, convenções e práticas resultantes da assunção de todo um patrimônio histórico e profissional que lhe cabe continuar (SILVA, 2001, p. 88-9).

Para Dworkin, a correção da resposta a um problema jurídico não pressupõe um caráter demonstrativo em moldes absolutos, mas, sim, uma compreensão do direito como uma integridade construída numa comunidade cuja história jurídica pode ser contada como num “romance em cadeia”. A legitimidade dos direitos e obrigações surge a partir do estabelecimento de uma relação de justificação entre as decisões políticas anteriores e a coerção atual, em uma evolução histórico-institucional que indica como o direito guia e restringe o poder do governo.

Uma compreensão adequada da noção de integridade, à luz da hermenêutica filosófica, pressupõe a tomada em conta da historicidade inerente ao modo-de-ser do “dasein”, imerso numa tradição linguisticamente partilhada. Essa integridade, ao ser relacionada por Dworkin à noção de coerência, aponta para uma leitura aproximativa ao sentido autêntico da tradição. Dworkin (2003, p. 199-203; 263-5) discorreu sobre a relação entre integridade e coerência no seguinte excerto-chave:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade (“fairness”) e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. [...] A integridade torna-se um ideal político quando exigimos [...] do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade (“fairness”) corretos. Se aceitarmos a integridade como uma virtude política distinta ao lado da justiça e da equidade (“fairness”), então teremos um argumento geral, não estratégico, para reconhecer tais direitos. [...] Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo [...] A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental.

Dworkin percebe a importância da reflexividade, a qual impõe, por meio dos princípios, que se considere a tradição institucional como contribuições do mundo prático, instância de direcionamento do curso do romance em cadeia. E é justamente a integridade que

servirá como ponto de encontro dos horizontes do evento e da tradição. A antecipação de sentido pode ser atacada reflexivamente por um intérprete que adentra diligentemente o círculo hermenêutico com consciência da história efetual. A relação entre coerência, integridade, reflexividade e resposta correta no pensamento dworkiniano está entrelaçada na figura do Juíz Hércules – “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” conhecedor de todos os elementos do direito em uma dada comunidade jurídica (DWORKIN, 2002, p. 165)” – entendida aqui, com apoio em Lênio Streck (2009, p.341), como um modelo regulativo da atividade judicial do qual o julgador deveria tentar se aproximar em busca da compreensão jurídica adequada de um problema.

Dworkin propõe um modelo interpretativo-constutivo trifásico de “cúpula geodésica”, em que, de maneira coerentista, se busca, holisticamente, encontrar um equilíbrio reflexivo entre os conceitos jurídicos, os valores e a própria compreensão do direito como um todo⁶⁴. O alcance de tal equilíbrio pressupõe uma distinção entre o que os membros da prática do direito pensam que ela exige e aquilo que ela realmente requer no contexto da tradição linguisticamente compartilhada. Dworkin situa o intérprete justamente na posição daquele que formula revelativamente uma versão da verdade. Temos aí um elemento personalista, o qual não se confunde com um moralismo solipsista, dado que a assunção da ideia de equilíbrio reflexivo serve justamente para ilustrar a disposição para escutar e buscar a verdade nas formulações alheias e no contexto da tradição. Aqui, podemos oferecer uma aproximação com Kaufmann, para quem, como já dito, os momentos subjetivos emanam, em cada conhecimento, de fontes diferentes, se enfraquecendo mutuamente quando em confronto, enquanto os momentos objetivos sempre têm origem no mesmo ser, de maneira a remeterem todos para o ponto de unidade do sentido normativo, o que os configura como fundamentados. Em outros termos, essa ideia parece poder ser traduzida na relação entre interpretação e verdade em Pareyson: o pensamento revelativo, ao conceber uma dada formulação da verdade, aponta para a comunidade de intérpretes, dado que a formulação interpretativa da

⁶⁴ O caráter holista do coerentismo de Dworkin aproxima o autor a Peczenik, como explica Amaya (2014, p. 44; 473 – tradução nossa) no seguinte excerto: “[...] o modelo de coerência de Dworkin, como o de Peczenik, é global, e não local. [...]. [...] eles têm um compromisso irrestrito com o holismo no que diz respeito à justificação. Teorias coerentistas da justificação de proposições jurídico-normativas endossam a visão segundo a qual é o sistema, como um todo, de crenças sobre o direito e a moralidade política o que fornece a justificação. [...]. Teorias da coerência, como as de Dworkin e Peczenik, não assumem a coerência como um valor entre muitos. Eles não demandam que os decisores busquem um equilíbrio entre a coerência com o direito estabelecido e outros valores, mormente os valores morais. O que eles propõem é que alarguemos a base da coerência de modo a incluirmos não apenas razões autoritativas, mas também razões morais. Estas visões autoritativas são mais bem descritas como uma demanda para que os decisores tomem a decisão mais coerente com essa base alargada. [...]”.

verdade permite ao seu possuidor compreender a verdade presente em uma formulação diferente. É justamente o que também faz Dworkin: propõe que o sujeito formule a sua versão da prática interpretativa como a melhor versão de verdade que consiga conceber, para, em seguida, se abrir dialogicamente ao outro, consubstanciado na comunidade personificada e em suas instâncias relevantes para o direito, referências para o teste de aceitabilidade ao qual devem ser submetidas as hipóteses de decisão e de teorias doutrinárias. É esse teste de aceitabilidade que permitirá – em uma aproximação à ideia pareysoniana de dialética entre congenialidade e exemplaridade – uma avaliação crítica das possibilidades de inserção de uma variação abdução tendo em vista a redundância verificada nos termos de uma comparação (analogia) paradoxalmente retrospectiva e orientada para o futuro.

Dizer o que é válido na fase pré-interpretativa, determinar se a justificativa da fase interpretativa se ajusta à prática e decidir se esta versão mostra a melhor versão da prática jurídica são expedientes que pressupõem a reunião de convicções ou crenças do intérprete, o que, em linguagem gadameriana, poderíamos chamar de pré-compreensão. Obviamente, as convicções da fase pós-interpretativa resguardam uma função crítica em relação às convicções de adequação presentes na segunda fase. Novamente, poderíamos dizer, com Gadamer, que a fundamentação da prática do direito apresentada na segunda fase deve ser alvo de uma reflexão vigilante, a qual se presta a evitar que a antecipação de sentido seja orientada pelos pré-conceitos irrefletidos e, conseqüentemente, não possa ser reconduzida ao horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser) ou à ideologia jurídica (Peczenik). Isso implica uma independência das convicções pós-interpretativas como condição para que elas ofereçam limites para a identificação de padrões na fase pré-interpretativa e para a justificativa da prática (fase interpretativa), de forma que esta não se transmude em mera invenção. A coerção, portanto, só é legítima se puder ser integrada ao “romance em cadeia” da comunidade personificada, o que significa que certas práticas políticas podem ser criticamente consideradas (etapa pós-interpretativa) como incoerentes e inválidas. Afinal, como afirma o professor estadunidense,

Os cidadãos ficam mais bem protegidos contra a arbitrariedade e a discriminação quando os juízes que interpretam o direito e elaboram-no nos casos difíceis são responsáveis pela coerência, não simplesmente com doutrinas específicas aqui e ali, mas, da melhor maneira possível, com a coerência baseada em princípios que abrangem toda a estrutura do direito. [...]. [...] os juízes, mesmo quando visam unicamente à justiça, divergem freqüentemente acerca do que é a justiça, e os próprios juízes podem ser influenciados por ideias preconcebidas, preconceitos ou outros inimigos da justiça imparcial. (DWORKIN, 2010, p. 354-5)

Dworkin (2003, p. 45 e ss.), ao descrever a busca pelo equilíbrio reflexivo, afirma que

a concepção de justiça partilhada por um filósofo deve-se ajustar a suas convicções abstratas e elementares, e não exatamente às práticas sociais de uma comunidade específica. Por outro lado, para que sejam aceitas na comunidade, as convicções de justiça de um filósofo devem permitir uma concepção suficientemente abstrata. Entretanto, ainda que suficientemente abstrata, uma concepção de justiça não é neutra, pois os filósofos da justiça estão sempre “escolhendo lados”. Não podemos ver a prática sem as lentes da moralidade, inclusive na fase pré-interpretativa (GUEST, 1991). Reside aí a função crítica da justiça – notada tanto por Peczenik quanto por Esser – , a qual, ainda que tenha na linguagem sua condição e seus limites de possibilidade, não pode funcionar como se fosse um mero espelho. A experiência na tradição linguisticamente partilhada admite, no seio dessa própria tradição, a crítica aos esquemas institucionais (DWORKIN, 2003, p. 46-7), o que se demanda de um sistema que depende, para sua subsistência, não apenas da autoreferência, mas também da heteroreferência, elemento traduzível em termos de decisões responsivas – dotadas de aceitabilidade. Nesse contexto, a argumentação jurídica cumpre justamente o papel de tentar legitimar retrospectivamente a inserção volitiva (ainda que crítica) de variações no sistema por parte de suas autoridades, o que encontra um reforço na atividade jurídico-científica, que oferece conceitos em torno dos quais tais novidades são sistematizadas e têm sua legitimidade reforçada e cristalizada por um discurso científico que envolve juízos de valor, tomadas de posição. A nova casuística serve aí como um já-conhecido que influencia analogicamente na formulação de hipóteses jurídico-científicas em torno de conceitos, ponto em que podemos sempre remeter à relevância de tal função das construções conceituais atribuída por Esser e Peczenik.

Como visto, Peczenik (2005, p. 132) afirma que existe uma influência mútua entre teorias doutrinárias e normas jurídicas específicas, nos moldes de um equilíbrio reflexivo que gira em torno das fontes do direito e de outros “platitudes”. Ora, as teorias concebidas pela dogmática produzem regras derrotáveis e princípios. Segundo o autor, “a dogmática jurídica pode produzir regras gerais ‘subsidiárias’, das quais as regras legais são exceções”, assim como pode ocorrer o oposto (a dogmática produzir exceções a regras legais) (PECZENIK, 2001, p. 292 – tradução nossa). O modelo de equilíbrio reflexivo impõe a busca pela coerência entre as disposições de uma lei e do sistema como um todo, os conceitos, as teorias construídas pela dogmática e os grupos de casos consolidados. O círculo hermenêutico é aqui invocado por Peczenik (2008, p. 336 – tradução nossa) nos seguintes termos: “O intérprete raciocina em uma ‘espiral’. Uma determinação vaga e preliminar dos casos comuns influencia o estabelecimento do propósito da disposição legal. Esta produz um entendimento mais

profundo da distinção entre casos comuns e ‘especiais’, o que resulta em um entendimento mais profundo do propósito. Pode-se modificar e adaptar [...], o que lembra o ‘equilíbrio reflexivo’”.

Por sua vez, Esser (1961, p. 391; 257 – tradução nossa) expressou, com as seguintes palavras, a percepção da circularidade entre teorias e princípios e, conseqüentemente, do movimento paradoxal em que estão envolvidas a redundância e a variação:

A pergunta acerca da amplitude de eficácia de uma fórmula de solução, ou seja, a introdução de um “horizonte” de princípios, é, em cada círculo jurídico, idêntica à transição do direito casuístico à “teoria” e à formação de uma escola, que por cima do mosaico das soluções estende sua rede uniforme de categorias e conceitos e, sem respeito à independência histórica e à peculiaridade de cada recurso, agrupa as soluções heterogêneas em um sistema que em seu tempo aparece como convincente. Uma fase prévia e permanente disto é a “formação de teorias”, que todavia não procede a tecer um sistema completo, mas que diante de uma solução alheia ao sistema cria uma doutrina que de um modo ou de outro se compadece com o sistema reconhecido. [...]. A jurisprudência deduz, de um postulado da ética jurídica, suas próprias conseqüências de justiça, que a doutrina procura enquadrar dentro da “natureza jurídica” da instituição respectiva. Mas o que convence não é esta construção, mas, sim, a massa da casuística, que proporciona à doutrina seus argumentos “ad hoc”. [...]. [...] avanços do pensamento conceitual assentado sobre uma base dogmática, um pensamento que desenvolve um método em sentido escolástico sem cair na ilusão de que o sistema jurídico constitua um conjunto concluído.

A abordagem da tensão entre redundância e variação nos remete ao equilíbrio entre conservação e inovação suscitado por Pareyson e, conseqüentemente, ao problema da tensão entre vinculatividade e discricionariedade. A tal respeito, Dworkin (2003, p. 52 e ss.) distinguiu três sentidos para o conceito de “discricionariedade”. O chamado “primeiro sentido fraco” é o de que a aplicação de um padrão de julgamento depende da realização de juízos valorativos. Em outros termos, trata-se do caráter analógico da individualização do direito descrito por Kaufmann: a busca por uma correspondência entre, de um lado, a generalidade e abstração do texto normativo, e, do outro, a individualidade e concretude da situação de fato. Nesses casos, falar em discricionariedade, no primeiro sentido definido por Dworkin, significa afirmar que o juiz é responsável por determinar o indeterminado. O “segundo sentido fraco” mencionado por Dworkin diz respeito à autoridade de uma instância decisória para tomar uma decisão impassível de revisão por outra autoridade. Esses dois sentidos, segundo Dworkin, são “fracos” em comparação com o terceiro sentido concebível: o de que o juiz, em dada situação, não estaria vinculado a padrões pré-instituídos legalmente. Não se trata, portanto, de questão relacionada à vagueza linguística dos padrões instituídos, mas sim ao alcance de tais padrões e ao seu potencial para determinar o sentido da decisão judicial. A legitimidade das decisões judiciais, em sua exigência de justificação da pretensão de justiça do conteúdo decisório, exige, segundo Dworkin, que não se assumam a discricionariedade em

sentido forte, sob pena de incorrência em um relativismo axiológico. Não é admissível, pois, que se confira ao juiz uma liberdade jurídica para escolher a providência a ser tomada caso não sejam identificados explicitamente padrões previamente estabelecidos. Em outros termos, o sentido forte de discricionariedade em Dworkin significa que inexitem padrões normativos pré-determinados a respeito de um dado tema, de modo que, nesse espaço lacunoso, qualquer decisão seria pautada em critérios extrajurídicos subjetivos, cuja legitimação adviria da própria competência decisória. Por outro lado, a discricionariedade em seu primeiro sentido fraco, como realização de juízos axiológico-aplicativos, é natural à própria indecidibilidade intrínseca à linguagem, dadas a inviabilidade de redução do direito à subsunção⁶⁵.

Na tese de Dworkin, o juiz está vinculado a padrões pré-existentes na legislação e no histórico das decisões judiciais, ou seja, a um mandamento de coerência narrativa – algo que, como visto, também está presente em Peczenik e em Esser. O magistrado deve buscar uma compreensão holística do sistema legal e jurisprudencial de princípios – como aduzido por Peczenik (2005, p. 137-8), ao citar o romance em cadeia e a interpretação construtiva de

⁶⁵ “O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. [...]. Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: “poder discricionário de acordo com quais padrões?” ou “poder discricionário com relação a qual autoridade?” Algumas vezes empregamos “poder discricionário” em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos esse sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor, quando os pressupostos de nosso público não incluem esse fragmento de informação. Assim, podemos dizer: “as ordens do sargento deixaram-lhe uma grande margem de poder discricionário” a todos aqueles que desconhecem as ordens do sargento ou algo que tornou essas ordens vagas ou difíceis de ser executadas. Para fins de esclarecimento, faria perfeitamente sentido acrescentar que o tenente ordenara ao sargento que selecionasse para a patrulha seus cinco homens mais experientes, mas fora difícil determinar quais eram os mais experientes.[...]. Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário. Chamo esses dois sentidos de fracos para diferenciá-los de um sentido mais forte. Às vezes usamos “poder discricionário” não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele [o oficial] não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. Nesse sentido, podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha [...] no caso de as regras não estipularem uma ordem [...]. Empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar. Se o sargento recebe uma ordem para escolher os cinco homens mais experientes, ele não possui o poder discricionário nesse sentido forte, pois a ordem pretende dirigir a sua decisão. [...]. [...] o conceito de poder discricionário “limitado” [...] não apresenta dificuldades, quando nos lembramos da relatividade do poder discricionário. Suponhamos que se diga ao sargento que escolha “entre” os homens experientes ou que “tome a experiência em conta”. Poderíamos dizer que ele tem poder discricionário (limitado) para escolher os componentes da sua patrulha ou poder discricionário (pleno) tanto para escolher entre os homens experientes, quanto para tomar decisões com respeito ao que mais tomar em consideração.” (DWORKIN, 2003, p. 51-2). Apesar de o tradutor oficial utilizar a expressão “poder discricionário” como correlato português de “discretion”, entendemos mais adequado o termo “discricionariedade”, de maneira a afastar eventuais atribuições de sentido ao termo “poder” que venham a desvirtuar a compreensão da obra. Assim, a despeito da adoção, na citação direta, da tradução oficial, sempre utilizaremos, em nossas palavras, o termo “discricionariedade”.

Dworkin para explicar como a doutrina tipicamente busca uma totalidade coerente de teorias, princípios, regras, metaregras e exceções relativamente estável ao longo do tempo – que vede a possibilidade de admissão de qualquer consequência jurídica como aceitável em nome de um suposto espaço de discricionariedade em sentido forte conferido pela lei. A ideia de formulação principiológica da verdade, pois, comporta, por um lado, a “liberdade decisória” na discricionariedade em sentido fraco, mas, ao mesmo tempo, estabelece uma responsabilidade dos juízes de não decidirem de maneira discricionária em sentido forte. Tal é a tentativa do autor de resolver a tensão entre discricionariedade e vinculatividade. A discricionariedade no primeiro sentido fraco pode ser lida, à luz de Pareyson, como uma formulação personalista, a qual se propõe a ser uma formulação de verdade ao rejeitar uma postura discricionária em sentido forte e preferir buscar a conformação com a coerência narrativa da tradição, ou seja, com o horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser), a ideologia jurídica (Peczenik) ou o romance em cadeia (Dworkin). Porém, podemos dizer, desconstrutivamente, que a própria admissão da discricionariedade no primeiro sentido fraco por Dworkin já revela uma indecidibilidade constitutiva da atividade compreensiva, não tanto no sentido de uma mera indeterminação por vagueza, meramente semântica, mas, sim, pela variação de possibilidades potenciais em situações especificamente definidas. Não estamos falando aqui de uma listagem de hipóteses compreensivas que pudessem ser comparadas a partir de um ponto arquimediano, mas, sim, da obviedade de que a justiça, como fórmula de contingência, deixa sempre aberta a possibilidade de que as coisas fossem de outro modo, o que envolve, obviamente, a dimensão personalista, voluntarista, intrínseca ao “hunch” daquele que compreende. Dworkin, ao reconhecer que a teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos, bem como que o próprio conceito de interpretação também é interpretativo e historicamente situado, manifesta posição compatível com o caráter aporético de qualquer conceito, inclusive o de razão, o qual pode ser submetido a um questionamento por si mesmo, de maneira a subverter, em moldes iterativos, a relação entre metalinguagem e linguagem-objeto. Nas palavras de Dworkin (2011, p. 136 – tradução nossa), na “[...] interpretação conceitual, a distinção entre criador e intérprete [...] desaparece, não porque um intérprete seja livre para utilizar os conceitos como quiser, mas, sim, porque seu uso do conceito, em resposta àquilo que ele acreditar ser a interpretação correta, modificará, perceptível ou imperceptivelmente, o problema interpretativo que o intérprete futuro encontrará”. Temos, aí, uma hierarquia entrelaçada como constitutiva da aporia hermenêutico-iterativa, a qual, como bem nota Peczenik, só pode ser enfrentada mediante uma postura coerentista que, por sua vez, será inexoravelmente falível, pois, como

visto, o autor polonês, em uma menção ao próprio Dworkin, que “apenas um Hercules, um Arcanjo, ou outra entidade perfeita poderia obter uma teoria coerente de tudo, e apenas se uma linguagem perfeita fosse possível. Nós, humanos, devemos aceitar as limitações” (PECZENIK, 2005, p. 144 – tradução nossa). Nesse sentido, em um pretense “metanível teórico-moral”, aquele em que os conceitos refletiriam sobre si mesmos, as justificações só podem ser coerentistas, o que as torna derrotáveis e, portanto, sujeitas à indecidibilidade, à possibilidade de que as coisas fossem de outro modo⁶⁶.

⁶⁶ Sobre o papel das crenças de segunda ordem na compatibilização presente nas teorias coerentistas de Dworkin e Peczenik entre o (apenas aparentemente) paradoxal reconhecimento tanto das fontes autorizadas quanto da possibilidade de crítica a estas, vejamos a seguinte explicação de Amaya (2015, p. 62-5 – tradução nossa): “As visões coerentistas de Peczenik e Dworkin podem ser entendidas como apontando, de diferentes maneiras, para a relevância das crenças de segunda ordem (isto é, crenças sobre as nossas crenças sobre o conteúdo do direito) em uma abordagem de base coerentista sobre a construção teórica no direito. A sugestão parece ser a seguinte: qualquer que seja a teoria do direito, podemos ser bem-sucedidos em nossos esforços para tornar coerente um arranjo de crenças que inclui crenças sobre o direito, crenças sobre a moralidade política e crenças sobre como as diferentes partes da nossa estrutura de crenças estão relacionadas entre si. A base da coerência inclui não apenas crenças de primeira ordem sobre o direito e a moralidade política, mas também crenças sobre o peso e a relevância relativos das crenças de primeira ordem e sobre como essas diferentes crenças constroem-se entre si. [...] Uma base de coerência é estruturada de modo a incluir as crenças sobre o peso e a relevância relativos das razões de autoridade, bem como crenças sobre como as crenças sobre o que as autoridades jurídicas decidiram relacionam-se às crenças sobre a moralidade política. A alegação é que [...] Peczenik e Dworkin parecem sugerir [...] uma resposta à crítica de que as teorias do direito coerentistas são incompatíveis com o caráter autoritativo do direito que apela para a relevância das crenças de segunda ordem na justificação jurídica. Uma teoria sobre o que o direito exige desconectada das fontes autorizadas será descartada como injustificada se falhar em ser coerente com as crenças de um sujeito sobre o verdadeiro papel das fontes autorizadas na construção teórica no direito. Consequentemente, a fim de responder à objeção de que os padrões coerentistas de justificação jurídica são incompatíveis com a natureza autoritativa do direito, as teorias da coerência precisam oferecer uma descrição [...] do papel das crenças de segunda ordem na justificação jurídica”. Há, contudo, como percebe a própria Amaya (2005, p. 65 – tradução nossa), diferenças entre Dworkin e Peczenik no que diz respeito à conotação atribuída à capacidade racional de realizar um esforço hercúleo de reflexividade em prol de um equilíbrio coerentista: “[...] qual é a “melhor” combinação é muito claro para as teorias da coerência: a ‘mais coerente’. O problema [...] é se podem haver diferentes ‘combinações’ que sejam igualmente coerentes, de maneira que a teoria da coerência falhe em oferecer uma orientação para a escolha entre duas decisões igualmente coerentes com um arranjo de crenças que abarque tanto crenças sobre o direito quanto crenças sobre a moralidade. [...] as respostas a esta objeção dependem das diferentes visões que as teorias da coerência têm sobre a razão no domínio da moralidade. Peczenik defende [...] um não-cognitivismo sobre juízos morais ‘all-things-considered’, em que a coerência obtida mediante um sopesamento e um balanceamento dos valores relevantes, mas o último passo desta operação é uma questão de ‘sentimento pessoal’ ou ‘preferência individual’. Dado que os indivíduos têm preferências diferentes, uma operação de sopesamento baseada em métodos de coerência pode produzir diferentes resultados justificados, o que, aparentemente, para Peczenik, nos ‘hard cases’, é apenas uma consequência natural da natureza subjetiva dos valores morais. Assim, para Peczenik, dilemas jurídicos não são “dilemas”, a não ser que se presuma que precisa haver apenas ‘uma’ resposta correta. Quanto à questão de como se deve decidir entre linhas de raciocínio igualmente coerentes, a resposta é clara: escolher o que, do seu ponto de vista, parece melhor. Esta posição [...] busca livrar-se do problema mediante [...] uma [...] visão subjetivista dos valores morais e jurídicos. A resposta de Dworkin à objeção ora considerada é (de modo nada surpreendente), diferente da de Peczenik. Como se sabe, Dworkin é veementemente contrário à visão segundo a qual não há respostas certas em casos difíceis. De acordo com Dworkin, se a lei é um empreendimento [...] em que proposições são reputadas verdadeiras se fornecerem um ajuste melhor do que a sua negação com proposições já estabelecidas, então a questão de saber se o juiz deve decidir por um ou outro lado em um caso difícil quase certamente tem uma resposta certa. Por isso é muito improvável que, em sistemas jurídicos modernos, uma resposta não forneça um ajuste melhor do que o ofertado por um outro ajuste. Dworkin admite que há uma possibilidade teórica de empate nos casos em que o argumento de um lado pode ser tão bom como o argumento do outro. No entanto, ele afirma que nos sistemas jurídicos complexos tais empates devem ser raros. Assim, a resposta de Dworkin à objeção de que a coerência falha em oferecer uma orientação em casos

Nota-se que mesmo um teórico da argumentação como Peczenik reconhece que o intervalo entre a norma e a decisão não pode ser colmatado por fundamentações racionais sem que haja aí um espaço de indecidibilidade sobre qual ato jurídico será desenvolvido a partir de uma estrutura normativa. A formação de estruturas, pois, é um processo gerador de incertezas, ponto em que ecoa novamente a hierarquia entrelaçada segundo a qual, como já notava Morris Cohen, só podemos compreender a discricionariedade (indeterminação das operações, ou seja, dos atos jurídicos) tendo como pano de fundo as regras (estruturas) a que os juízes estão submetidos. Peczenik (2008, p. 286 – tradução nossa) percebe tal aporia hierárquica, como se desprende de sua afirmação sobre a existência de um “problema analítico” no fato de que “enquanto o direito é construído de acordo com a vontade do ‘legislador’, o ‘legislador’ é construído de acordo com o direito. Este, porém, não é um círculo vicioso, mas, sim, uma ‘espiral’. Uma ideia vaga sobre o conteúdo do direito ajuda na identificação do legislador e de sua autoridade. A relação com esta autoridade é uma razão para uma interpretação mais precisa do conteúdo do direito”. A argumentação jurídica, portanto, tenta insistentemente decidir os conflitos e divergências decisórias que ela própria provoca, mas é incapaz, a despeito de toda a expectativa das teorias da argumentação, de

transpor a fratura da estrutura à operação, da norma ao ato jurídico. A argumentação jurídica pode apenas transformar diferenças e apresenta, então, uma nova alternativa de decisão. Ela converte a alternativa de decisão existente em uma outra, que, se tudo correr bem, é mais adequada ao conflito jurídico que a alternativa desprovida de fundamentação. A argumentação jurídica não decide. Ela não justifica. Ela também não tem nada a esconder. Ela transforma apenas alternativas de decisão [...]. Uma decisão ainda permanece necessária; acontece apenas que, após a argumentação jurídica, a alternativa de decisão que se apresenta é transformada em uma outra (TEUBNER, 2011, p. 37).

A diferença entre estrutura e operação, entre argumentação e ato jurídico, entre norma e ato jurídico, é aporética. Tal indecidibilidade não é justa ou injusta, não se submete a discursos racionais e envolve uma determinação singular, a qual se situa no intervalo entre

em que decisões igualmente coerentes é que a situação concebida pelos seus críticos é rara demais para ter qualquer relevância prática. Afirmar que é pouco provável que tais empates ocorram nos sistemas jurídicos modernos pressupõe, ele admite, assumir "uma concepção de moralidade que não seja uma concepção segundo a qual diferentes teorias morais são muitas vezes incomensuráveis". Portanto, a resposta de Dworkin para a objeção é baseada no pressuposto de que os valores são comensuráveis (ou, pelo menos, de que a incomensurabilidade é uma possibilidade rara). (AMAYA, 2005, p. 65 – tradução nossa). De todo modo, consideramos que a diferença entre Dworkin e Peczenik no que se refere à discricionariedade é muito mais uma questão de acento. Ora, enquanto o autor estadunidense está preocupado em combater a discricionariedade em sentido forte típica do positivismo de Hart, Peczenik, ao assumir o subjetivismo do mencionado não-cognitivismo descrito por Amaya, prefere destacar o caráter único de cada formulação de verdade, questão que Dworkin buscou explicar mediante a ideia de discricionariedade em sentido fraco. De tal maneira, o essencial para a leitura desconstrutivo-constructiva que fazemos das obras de Peczenik e Dworkin mantém-se intocado: ambos os autores reconhecem o valor do esforço coerentista, mesmo sabendo que seu resultado ideal, uma teoria perfeitamente coerente que só é possível (acento de Dworkin) enquanto impossível (acento de Peczenik), estará sempre por-vir.

repetição e alteração, redundância e variação, inerente à noção de iteração em Derrida. Ora, como afirmou Benhabib (2004, p. 179 – tradução nossa):

No processo de repetição de um termo ou conceito, nunca podemos simplesmente produzir uma réplica do primeiro uso original e seu significado intencionado: na verdade, toda repetição é uma forma de variação. Toda iteração transforma o significado, lhe adiciona algo, o enriquece de maneiras sutis. De fato, não há mesmo nenhuma "fonte" originária do significado, ou um "original" ao qual todas as subsequentes formas devam se conformar. É óbvio no caso da linguagem que um ato de atribuição de significado original não faz sentido dado que, como Wittgenstein nos lembra, o reconhecimento de um ato de atribuição de como tal ato pressuporia que já se tivesse a própria linguagem [...] - uma noção patentemente circular.

A descrição de Benhabib sobre a iteração parece-nos compatível com as premissas gadamerianas assumidas por Esser, Dworkin e Kaufmann – e, indiretamente, devido às interrelações aqui estabelecidas, com a teoria de Peczenik. Não é possível o estabelecimento de limites fixos entre vinculatidade, discricionariedade no primeiro sentido fraco e discricionariedade em sentido forte, mas apenas meros rastros (Derrida), dados: o caráter interpretativo desses próprios conceitos; a relação aporética intrínseca à polaridade entre o vinculante e o discricionário; e as hierarquias entrelaçadas entre o agente que estabelece uma estrutura mediante um ato jurídico e aquele de quem se espera a prática de um outro ato jurídico baseado naquela mesma estrutura.

Diante do exposto, faz-se, então, pertinente o seguinte questionamento de Valgenti (*in* MALPAS; ZABALA, 2010, p.73 – tradução nossa) ao tratar sobre a obra de Pareyson: “o que protege a história não desvelada das interpretações de degenerar em uma insípida e relativista multiplicidade de perspectivas sem nenhum critério sólido para decidir sobre sua continuidade ou rejeição?”. Indo mais longe: será que há algo que estabeleça uma proteção tal? Encontramos nas obras de Esser e Peczenik dois “insights” que proporcionarão possibilidades de enfrentamento dessas questões no contexto dos debates sobre os conflitos culturais contemporâneos, conforme veremos no próximo tópico.

4.5 A EQUIVALÊNCIA FUNCIONAL DOS CONCEITOS EM ESSER E A COMUNICAÇÃO ATRAVÉS DAS FRONTEIRAS CULTURAIS EM PECZENIK

Esser, na leitura de Zaccaria (2004, p. 381-2), ao defender a transformação dos princípios em normas e instituições positivas, servia à eleição de valores que recuperam os motivos personalistas e pluralistas conectados à autodeterminação individual. A reivindicação pluralista de Esser seria uma afirmação do caráter irrenunciável das diferenças que devem ser

tuteladas e respeitadas em sua irrepetível especificidade, sem que isso signifique uma absolutização de tais diferenças, o que proporciona ao sistema jurídico o papel de assegurar a persistência das relações de coordenação e colaboração com os indivíduos. Como satisfazer um ideal desse tipo diante do fato dos conflitos culturais contemporâneos e do caráter policontextual de uma sociedade hipercomplexa? Parece-nos ser possível dizer, desconstrutivamente, que o gérmen para uma tentativa de solução desse problema já estava presente nos escritos de Esser, dado que o autor discorreu, ainda que com ênfase nos contextos do direito internacional privado e do direito comparado, sobre uma postura de deferência (“comity”) como “princípio de razão” (“reasonable principle”) que possibilitaria a um ordenamento remeter a outro, com o propósito de conciliação entre sistemas normativos, ou seja,

a possibilidade gnoseológica de reconhecer como vinculante, a partir de um ordenamento estatal, um conceito jurídico distinto. [...]. Os critérios para uma definição extraestrutural da natureza de uma instituição jurídica não podem ser deduzidos de sua posição dogmática, mas apenas de sua função comum nos diversos círculos jurídicos interessados. A missão e o modo de funcionamento de uma figura, e não seu revestimento dogmático, é o que serve à comparação como chave para desentranhar o princípio das versões historicamente tão distintas de instituições equivalentes. [...]. Sem uma comparação que se atenha aos objetos (“comparação funcional”), o juiz só pode entender os conceitos, inclusive os abstratos, da colisão a partir do ordenamento de seu próprio direito objetivo e da estrutura deste. Por sua vez, as instituições que lhe são estruturalmente estranhas só podem ser relacionadas ao ordenamento de direito objetivo do qual “procedem”. [...]. Aí está o motivo da busca por um princípio universal de figuras equivalentes [...]; e este princípio pode ser definido apenas pela similar função que em seu sistema nacional respectivo desempenham as instituições a despeito de sua estruturação distinta. Talvez seja possível chamar isto de um “processo de interpretação”, mas deve-se ficar claro que aqui passamos do dogmático ao sociológico, pois o que aqui figura como critério é o “modus operandi” real da figura singular, tal como se expressa na peculiar tradição judicial do “Direito em ação”, indo além de todo revestimento dogmático. As formas jurídicas positivas e seus conceitos são, em sua singularidade, o produto desta tarefa universal e das valorações especificamente nacionais, dos enlaces doutrinários e metódicos que determinam a posição e o âmbito de funcionamento dos conceitos. Sem sua ponderação histórica e sociológica – “metajurídica” –, não podemos, pois, estabelecer a homogeneidade interior do que Kahn chama de “relações jurídicas comensuráveis”. [...]. Para alcançar uma fórmula universal que abrace construções nacionais díspares, falta tanto a legitimação como também a necessária prática conceitual dogmática. Inclusive como hipótese de trabalho o universalismo teria que decepcionar, por mais genial que pareça. Pois todo comparatista parte inconscientemente de seu próprio pensamento de escola e introduz prematuramente na estrutura alheia o mundo conceitual de sua “lex fori”. Só a prática internacional constrói conceitos gerais, e um direito uniforme não é o pressuposto, e sim o produto de processos de adaptação e da formação de um direito autêntico comum. [...]. [...]. **comparações puramente “empíricas” da prática como um caminho científico para determinar o conteúdo de princípios jurídicos universalmente empregados** [...]. [...] esta perspectiva comparatista [...], é verdade, não descobre um novo “sistema”, como exige Maury, mas, sim, a força unificadora do pensamento problemático judicial (“aberto”) e seus princípios exteriores aos “sistemas”; [...], há uma subvalorização dos pressupostos metódicos de semelhante “empirismo”, que intenta nada menos que uma profunda reorientação da teoria continental das fontes e da interpretação, na medida em que esta se opõe à concepção do processo de formação judicial de regras e princípios a partir das

instituições jurídicas autônomas. (ESSER, 1961, p. 428-31 – tradução nossa)

Nota-se do trecho acima que Esser já percebia a inviabilidade hermenêutica de que se possa falar em um universalismo jurídico-axiológico, tendo em vista o caráter historicamente situado que é pressuposto a qualquer tentativa de comparação e aproximação entre ordens jurídicas e seus respectivos conceitos. Por tal razão, o autor considera que uma comparação desse tipo precisaria assumir um caráter meramente funcional, tendo em vista os papéis análogos cumpridos por conceitos distintos em ordens jurídicas distintas.

Peczenik, como um neo-realista, complementa a busca de Esser por critérios objetivos da razão jurídica, vista por Zaccaria como objetivo comum a ambos. Ora, o autor polonês, como visto, crítica a possibilidade de caracterização de respostas corretas únicas, assume um relativismo axiológico e rejeita a existência de valores objetivos. Como explica Aarnio (*in* PECZENIK, 2009, p. 9 – tradução nossa), o professor polonês considera que “valorações diferentes podem competir na sociedade, e é impossível demonstrar que qualquer um destes valores é falso”. Podemos, inclusive, lembrar a afirmação de Peczenik de que se existem “platitudes” vagos, os quais definem a moralidade em geral, há também “platitudes” um pouco menos vagos que “definem nossa moralidade na sociedade ocidental”, dentre os quais estão os “platitudes” sobre direitos humanos: “o núcleo dos direitos humanos talvez seja universal, mas, ao mesmo tempo, permite modificações evolutivas ao longo da história. Uma boa pergunta é se o núcleo universal é composto por algo mais do que ‘platitudes’” (PECZENIK, 2005, p. 132 – tradução nossa). Os problemas do relativismo e do pluralismo podem ser lidos como conflitos entre platitudes (“topoi”) e foram definidos, aproximados e distinguidos por Peczenik (2005, p. 108; 110 – tradução nossa) da seguinte maneira:

Uma outra maneira de reduzir o nível de abstração é o deslocamento da filosofia do relativismo às reflexões menos ambiciosas do pluralismo. Este é um parente próximo daquele. [...]. Qualquer ponto de vista normativo – em particular, os morais – é necessariamente relativo? Os pontos de vista normativos – em particular, os morais – necessariamente entram em conflito entre si? A primeira pergunta é a do relativismo, e a segunda é a do pluralismo. [...]. Um pluralista aceita a tese relativista de que não há uma racionalidade hérculea que determine universalmente opiniões morais e interpretações jurídicas otimizadas. Ao mesmo tempo, admite que acordos morais e jurídico-interpretativos são viáveis dentro de uma cultura jurídica ou moral específica. Cada cultura tem seus próprios padrões morais e de racionalidade e contém dentro de si uma única resposta correta específica para todas as suas questões morais e jurídicas. Mas não há uma única resposta correta sustentável através de todas as culturas.

Peczenik, em companhia de Aarnio, abordou a temática dos conflitos culturais em “On values: universal or relative?”, texto em que concluíram que o enfrentamento do problema da relatividade cultural normalmente é acompanhado por uma confusão conceitual entre duas

questões distintas. A primeira é referente à pretensão de universalidade de asserções axiológicas “prima facie”, as quais são universalmente válidas, visto serem independentes de preferências individuais e, mesmo sendo culturalmente vinculadas, pressupõem que há algo de comum em todas as culturas. A segunda diz respeito às avaliações “all-things-considered”, que são contextualizadas e relativas a uma cultura específica e a preferências individuais (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 330). Os autores consideram ser possível suscitar, como uma hipótese antropológica formulada de um ponto de vista externo à própria moralidade de cada sujeito, que a existência de valores básicos em cada cultura não impede a realização de um “esforço de comunicação de um sujeito através das fronteiras de sua própria cultura, o que permitiria a ele se dar conta de que também há algo ‘prima facie’ relevante na cultura estrangeira” (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 323 – tradução nossa).

Diante do exposto, abre-se espaço para que entrelacemos as dimensões analítico-conceitual, compreensiva e cultural do nosso trabalho mediante uma aproximação entre, de um lado, os “insights” sobre o diálogo intercultural apresentados por Esser e Peczenik, e, de outro, a proposta da hermenêutica diatópica de Panikkar. Ora, este autor desenvolveu uma proposta de diálogo intercultural em que os sujeitos devem se esforçar para que possam compreender uns aos outros através da diferença – de maneira similar ao “insight” de Peczenik – e estabelece como elemento central de sua tese a noção de equivalência homeomórfica, ou seja, uma relação entre conceitos originados em culturas distintas e que cumprem, cada qual em seu ambiente cultural, funções análogas – de modo semelhante ao “insight” de Esser. Não foi à toa, pois, que escolhemos Esser e Peczenik, respectivamente, como referências teóricas para os eixos compreensivo e analítico de nosso esforço de enfrentamento, via diálogo intercultural, da aporia entre universalismo e particularismo dos direitos humanos no contexto do pluralismo contemporâneo. Ao mesmo tempo, o problema da heterorreferência do sistema jurídico, o qual constitui o eixo político de nosso trabalho, precisa ser abordado tendo em vista a relação entre a questão dos conflitos culturais e a semântica das reivindicações políticas de justiça, as quais demandam uma “re-entry” na linguagem especificamente jurídica, tema estudado de maneira rica na leitura de Douzinas sobre os direitos humanos. Discorreremos, pois, no próximo capítulo, sobre os eixos cultural e político do modelo proposto neste trabalho, de maneira a perseguirmos um equilíbrio reflexivo entre tais elementos e os eixos compreensivo e analítico formulados no presente capítulo, ainda que conscientes do caráter inexoravelmente imperfeito do resultado de tal esforço, tendo em vista a sua necessária origem volitiva em um “hunch” que determinou contextualmente a indecidibilidade envolvida em todo esforço de racionalização.

5 EIXOS CULTURAL E POLÍTICO: HERMENÊUTICA DIATÓPICA E VÔOS DE SENTIDO NO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS

O quadro metafísico de virtudes aristotélico não existe mais, devido à complexidade da sociedade contemporânea, dita por muitos como pós-moderna, na qual sobram meios e faltam fins, ou seja, indicações sobre o que fazer. Edmundson (2006, p. 7 e ss.) qualifica a retórica do segundo período de expansão dos direitos humanos como caracterizada pelo ceticismo e pelo niilismo moral, totalmente contrários à crença dominante na “era da razão” que inspirou a Revolução Francesa a buscar direitos naturais universais. Diante do fato do pluralismo contemporâneo, como efetivar a dignidade prometida pelo discurso dos direitos humanos, solucionando-se a questão da tolerância e do direito à diferença que, conforme explica Mascaro (2009), se configurou na Modernidade e nela permaneceu irresoluta? Estamos, aqui, diante da vulnerabilidade do discurso dos direitos humanos ditos universais, transculturais e absolutos às críticas de imperialismo cultural, apontada por Douzinas (2009, p.30), que resume a aporia entre particularismo e universalismo dos direitos humanos em duas perguntas:

se a crítica da razão destruiu a crença na marcha inexorável do progresso, se a crítica da ideologia varreu para longe a maioria dos vestígios da credulidade metafísica, será que a necessária sobrevivência da transcendência depende da inconvincente absolutização do conceito liberal dos direitos por meio de sua imunização contra a história? [...].

Será que pode haver uma ética que respeite o pluralismo de valores e comunidades? Será que podemos descobrir na história uma concepção não absoluta do bem que possa ser usada como um princípio quase transcendente de crítica?

Veremos neste capítulo como Panikkar, Boaventura Santos e Douzinas buscaram enfrentar a questão acima. Enquanto a hermenêutica diatópica constitui o núcleo do eixo cultural de nossa proposta, a noção de vôos de sentido do significante “direitos humanos” em Douzinas reside no cerne do eixo político desta tese. Porém, tal qual no capítulo anterior, em que os eixos compreensivo (Esser) e analítico (Peczenik) se mostraram reciprocamente vinculados e, portanto, complementares, existe uma relação de entrelaçamento semelhante entre os eixos a serem abordados neste capítulo, de maneira que, em certo sentido, a proposta de Panikkar, qualificada pelas contribuições de Boaventura Santos, também repercute no eixo político do trabalho, assim como a de Douzinas é determinante na configuração do respectivo eixo cultural. Esse entrelaçamento, pois, será retratado na maneira como organizaremos o primeiro tópico do presente capítulo, em que os pensamentos de Panikkar e Douzinas serão combinados em um panorama integrado dos aspectos político e cultural do discurso

universalista dos direitos humanos. Em seguida, aprofundaremos, em tópicos distintos, a proposta de diálogo intercultural de Panikkar, qualificada pelas contribuições de Boaventura Santos (eixo cultural), e a concepção derridariana de luta política pelos direitos humanos proposta por Douzinas (eixo político). Mais à frente, entrelaçaremos tais perspectivas à complementação hermenêutico-analítica entre Esser e Peczenik mediante uma retomada de seus respectivos “insights” diatópicos, tarefa cujo cumprimento envolverá: uma aproximação desconstrutivo-constructiva entre a noção de “equivalência funcional dos conceitos” em Esser e a ideia de “equivalência homeomórfica” presente na hermenêutica diatópica de Panikkar; uma leitura desconstrutivo-constructiva de uma hipótese antropológica concebida por Peczenik e Aarnio como uma proposta de aproximação diatópica entre jogos de linguagem e formas de vida; e a apresentação, com base no estudo de Nimis sobre a relação entre a criatividade, os jogos de linguagem e as formas de vida no contexto do comportamento de Aquiles na “Íliada”, de um esboço alegórico sobre a “re-entry” dos vãos de sentido do significante “direitos humanos” no sistema jurídico.

5.1 PANORAMA SOBRE O ENTRELAÇAMENTO POLÍTICO-CULTURAL NO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 211), ao enfrentar o desafio contido no questionamento de Douzinas sobre a possibilidade de coexistência entre o pluralismo e uma crítica quase-transcendente, desenvolveu uma análise preliminar sobre os prováveis pressupostos filosóficos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O autor ressalva que não tem a pretensão de buscar os princípios filosóficos que efetivamente motivaram os formuladores da Declaração, até mesmo porque há evidências de que não foi possível chegar a uma unanimidade com relação às bases dos direitos declarados. A intenção de Panikkar foi, apenas, realizar uma leitura do documento compatível com a circunstância de que sua elaboração foi influenciada pelas tendências históricas do mundo ocidental durante os três últimos séculos, bem como por certa antropologia filosófica, nos moldes de um humanismo individualista.

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 11) assume a expressão "Direitos Humanos" no sentido da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Assembléia Geral das Nações Unidas). O autor afirma que as raízes ocidentais, principalmente liberal-protestantes, dessa declaração são notórias, bem como que o mundo ocidental tem testemunhado a luta pelos direitos dos cidadãos desde a Idade Média. A busca de direitos concretos, enraizada nas

práticas e no sistema de valores de um determinada nação ou país, teve um ponto de destaque a partir da revolução na França. Até o movimento revolucionário, o homem ocidental era corporativamente pertencente a uma comunidade cujos vínculos residiam na origem, no trabalho e no destino histórico e cuja base estava no costume aceito na prática e na autoridade reconhecida no plano teórico. Após o período das revoluções, a sociedade assume como bases a lei impessoal e o contrato livre ideal, em um modelo de Estado que exige normas e deveres explicitamente racionais e tem como eixo a perspectiva individualista.

O primeiro pressuposto filosófico indicado por Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 211-3) é a existência de uma natureza humana universal, comum a todos os povos. Essa ideia está ligada ao jusnaturalismo racional, perspectiva epistemológica que lhe permite a essa suposta natureza humana ser cognoscível, sem fundamento acrítico, mítico ou religioso. O recurso à razão como instrumento do conteúdo pré-positivo dos direitos humanos foi justamente o que permitiu à Declaração reconhecer a suposta existência de Direitos universais inerentes ao homem. Nesse ponto, Panikkar destaca que formular a Declaração foi um ato que se pretendeu não-legiferante. Ora, o documento foi qualificado como uma declaração justamente por afastar a possibilidade de ser compreendido como um ato de posituação, de criação convencionalista de direito. O caráter universal dos direitos humanos seria pré-positivo, cognoscível por todos, e não fruto de autoritatividade. O documento é uma explicitação pública e, ao mesmo tempo, um ato de clamor (*declarare* é deixar claro, mas também clamar), quanto à "dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis" (Prêambulo), mas não uma lei, uma criação humana vertical e impositiva.

A dignidade do homem, segundo pressuposto filosófico da Declaração na leitura de Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 214), seria resultante de seu caráter diferente em relação ao resto da realidade, inclusive os demais seres vivos, e seria independente da existência ou não de um ser supremo. Cada homem é absoluto e irreduzível aos outros, um microcosmos independente, um bem em si, devendo ter sua dignidade defendida perante a sociedade e o Estado, donde a distinção e a separação, tipicamente moderna, entre indivíduo e sociedade. O *status* ôntico dos indivíduos humanos é diferente do de todas as outras entidades individuais, motivo pelo qual não pode ser tratado como uma simples individualidade numérica.

O terceiro pressuposto filosófico da Declaração, segundo Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 215-6), é a ordem social democrática, fundada na noção de contrato social. A sociedade não é entendida como uma ordem hierárquica fundada em um mito religioso, mas sim como uma soma de indivíduos "livres" que se cristaliza no Estado, expresso teoricamente na ideia de soberania popular - o art. 21, 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que "A

vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos". Essa ideia implica que cada indivíduo seja considerado igualmente importante e responsável pelo bem-estar da sociedade, podendo defender suas convicções e as disseminar, bem como resistir a imposições a sua liberdade inerente. Em uma concepção de tal espécie, mesmo quando os direitos de um indivíduo são restringidos por "razões de Estado", isso só se justifica supostamente pelo fato de que o Estado corporifica a vontade e os interesses da maioria. A perspectiva democrática moderna, segundo Panikkar, implica que os direitos e liberdades individuais só podem ser limitados quando colidirem com os de outros indivíduos, ideia que se expressa no Art. 29, 2, da Declaração Universal e justifica racionalmente o primado da maioria:

No exercício deste direito e no gozo destas liberdades, ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vistas *exclusivamente* a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as *justas* exigências da *moral*, da *ordem pública* e do *bem-estar* numa sociedade democrática. (grifos de Panikkar nas palavras problemáticas).

A despeito de tais conjecturas sobre quais teriam sido os pressupostos filosóficos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Panikkar nota que mesmo dentro da cultura ocidental é possível identificarmos divergências sobre o caráter universal dos direitos humanos. O autor, ao adentrar propriamente o tema da reflexão intercultural, defende que o conceito de direitos humanos, ao contrário do que levam a crer os pressupostos da Declaração, não é universal. Para justificar o seu ponto de vista, aborda três raízes de divergência sobre o caráter universal dos direitos humanos oriundas da própria cultura ocidental: a tese de que não existem conceitos universais; as críticas teológica, marxista e histórica ao discurso dos direitos humanos; e a tese de que a própria caracterização do problema dos direitos humanos como questão cultural e jurídica central é etnocêntrica.

A tese segundo a qual não existem conceitos universais (nem mesmos os conceitos matemáticos, condicionados por axiomas) considera que só existem conceitos válidos na tradição em que foram concebidos. Conceitos, segundo Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 216-7), tendem a ser unívocos, o que significa que sua ampliação para outras tradições precisa ser densamente justificada. Aceitar a possibilidade de conceitos universais implicaria uma concepção estritamente racionalista da realidade, o que é incompatível com o fato de que a humanidade apresenta uma pluralidade de universos de discurso.

Um dos principais críticos à pretensa universalidade dos direitos humanos foi Edmund Burke (1997), que atacou o discurso oitocentista. É bem verdade que o pensamento de Burke, atualmente, é encarado com diversas ressalvas. Ora, o autor tinha em seu discurso a característica central do conservadorismo, com um respeito excessivo ao monarca, à

aristocracia, ao *english way of life* e às instituições britânicas, vistas estas como naturalmente superiores às dos demais povos. Nada disso faz sentido nos tempos da reforma da Câmara dos Lordes e da Lei Britânica dos Direitos Humanos de 1998. Desde o segundo pós-guerra, a disseminação da democracia de massa e a segunda retórica de expansão dos direitos humanos fizeram proliferar a elaboração de constituições e documentos fundados no discurso dos direitos. Ainda assim, segundo Douzinas (2004, p. 159-60), a crítica de Burke continua, em certa medida, sendo pertinente no que diz respeito a alguns elementos do discurso dos direitos. Ora, o caráter local da proteção dos direitos, a objeção à abstração do discurso dos direitos e as limitações do racionalismo são questões englobadas pela tese de Burke sobre a necessidade de uma justiça individualizada. Não é à toa, pois, que Douzinas, ao abordar a visão particularista sobre os direitos humanos, mergulha no pensamento de Burke, mormente no que diz respeito a três pontos centrais de seu ataque ao universalismo do discurso jushumanista: o respeito ao idealismo e ao racionalismo metafísicos; o caráter irreal, desprovido de efetivação, gerado pela formulação geral e abstrata dos direitos; e o cunho absoluto que os direitos assumem no contexto de sua retórica de justificação.

Burke pregava a prática de uma justiça individualizada, pautada num exercício de prudência em relação ao particular e ao mutável e desprovida de teorias metafísico-universalizantes, as quais apenas possibilitariam aos geometristas morais produtores do discurso do poder, ao legitimar as injustiças presentes, bloquearem o futuro. Segundo Burke, a abstração metafísica em que consistem os supostos direitos humanos esconde os homens concretos por trás dos problemas jurídicos a serem solucionados, pois de nada adianta discutir apenas em tese o direito a questões fundamentais como alimentação e medicamentos. Assim, o que se configura como uma perfeição abstrata é, em contrapartida, um defeito prático. Para o autor inglês, o objetivo prático central do pensamento sobre o direito diz respeito à busca pelo método que permita o fornecimento dos bens da vida pretendidos pelos sujeitos concretos, o que exige uma substituição da visão dos direitos como universais e absolutos pela ideia de uma titularidade concreta de direitos, em um contexto social determinado, com suas cambiantes peculiaridades tradicionais (DOUZINAS, 2004, p. 160).

Burke não aceita a metafísica política racionalista que caracterizou a primeira fase de expansão da retórica dos direitos humanos. Segundo o autor, não é adequado especular sobre a política, entendida esta como arte do possível, como se suas questões centrais pudessem ser solucionadas por meio de uma teoria racional a ser transposta em uma ação radical. Burke vê a prática política como uma questão de prudência, sabedoria prática que diz respeito ao particular e ao mutável, enquanto a teoria se preocupa com o universal e o imutável. Ora, os

juízos práticos lidam com casos concretos e com o cumprimento de prazos, de modo que não é viável avaliar todos os argumentos idealmente envolvidos, mas sim aquilo que é possível diante da situação concreta. As urgências exigem que não se suspenda a análise até o momento em que se alcance a certeza, o que significa, em outras palavras, que Burke atribui à política a necessidade de trabalhar com um padrão de certeza e clareza inferior ao teórico. Deve-se partir, portanto, do precedente e da convenção, chegando-se rapidamente ao objetivo, e não, como faz a teoria, de um princípio abstrato, neutro e imparcial até a situação concreta. Não se pode, portanto, na política, rejeitar os erros e os pré-conceitos, ao contrário do que acontece no campo teórico. O discurso idealista dos direitos é cognitivamente equivocado em sua concepção e moralmente equivocado em sua aplicação, visto desconsiderar os compromissos, os cálculos e exceções, bem como a relevância prática da experiência (DOUZINAS, 2004, p. 162)

A política não pode ser pensada abstratamente, o que, segundo Michel Villey (1975), denota que Burke teria sido um aristotélico adaptado às circunstâncias de seu tempo, em que a liberdade era tida como o valor fundamental. O intérprete vê em Burke a preocupação jusnaturalista clássica em construir as leis de acordo com o que existe na natureza positivamente, o que significa que o autor inglês não é contrário aos direitos, mas sim a uma concepção abstrata de liberdade, desconectada do espaço-tempo. De tal modo, segundo Burke, a política precisa levar em conta a inexistência de métodos e instrumentos políticos universalmente válidos, devido à mutabilidade das circunstâncias em que se desenvolve a sociedade. São as circunstâncias, segundo Burke, que permitem a caracterização de um dado regime político como bom ou ruim, não sendo viável, portanto, idealizar, com base em um raciocínio dedutivo *a priori*, constituições e declarações de direitos “geométricas e aritméticas”. A razão humana não pode, sem levar em conta a história, a tradição e a sabedoria prática, criar instituições estáveis e legítimas. Ao contrário, o discurso dos direitos humanos estimula o individualismo e desintegra a estabilidade do regime político, permitindo que modismos alterem a composição institucional de um país artificialmente, como aconteceu com a França a partir da revolução (DOUZINAS, 2009, p. 163)

Burke trabalha com a ideia de sublimidade da autoridade real e paterna, em moldes semelhantes ao que faria Freud ao tratar do mito totêmico sobre a gênese da lei, como percebe Pierre Legendre, para quem o Estado e a constituição representam o princípio patriarcal que é necessário ao sujeito e à república. Em Burke, o medo da terrível autoridade encontra suporte na precedência da linguagem sobre a própria imagem da autoridade, o que se projeta na ideia de que a convenção e o costume da lei não escrita precedem a elaboração de uma lei escrita.

Nesse contexto, Burke entende que os costumes britânicos funcionam melhor do que a lei e servem como base para as leis escritas e a constituição, a qual, em verdade, apenas formaliza a tradição oral antiga. Por tais motivos, Burke considera um crime a existência de uma constituição escrita, já que a verdadeira constituição é um organismo, uma “comunidade de sentidos com distintos poderes e privilégios”, uma mistura entre o natural e o convencional preservada pela tradição imemorial. A constituição, portanto, deve cultivar laços afetivos e ser expressa por meio de belas representações simbólicas; para que amemos nosso país, nosso país deve ser amável. Ao contrário, o planejamento racionalista acaba por impor uma constituição, paradoxalmente, pela pura força, já que o caráter secreto e sagrado da fonte do compromisso jurídico-político deixa de existir. Aí está o equívoco, pois tal filosofia mecanicista nunca fará uma constituição ser amada e não será capaz de mudar a natureza afetiva da práxis política (DOUZINAS, 2009, p. 165).

Burke atrela o problema da factibilidade dos direitos humanos à sua tese de que a natureza humana é socialmente determinada, de modo que cada sociedade gera um tipo de pessoa, o que inviabiliza o reconhecimento de qualquer valor à ideia de direitos universais do homem, já que direitos só são eficazes quando concebidos no contexto de uma história, tradição e cultura particulares. Ao contrário do disposto nas declarações de direitos, não há uma humanidade comum, mas várias “espécies de humanos”, uma para cada sociedade. Assim, o homem abstrato é ontologicamente irreal e a utilidade de seu modelo é limitada, já que os indivíduos concretos não conseguem alcançar a eficácia social dos direitos pretensamente universais, pois apenas as comunidades em que se dão as violações dos direitos podem protegê-los e sancionar os infratores. Nesse contexto, Burke, com certo timbre comunitarista, exalta a tradição inglesa de considerar o homem como nascido livre, ou seja, de reconhecer um direito herdado dos antepassados daquela comunidade, sem a necessidade de qualquer referência universal anterior (DOUZINAS, 2009, p. 166).

Burke ataca a base de princípios morais absolutos assumida pelo discurso dos direitos humanos, a qual pode ser aplicada igualmente contra governos tiranos ou sistemas políticos antigos e benevolentes. Nesse ponto, percebe-se a rejeição do autor inglês ao rompante revolucionário típico do movimento francês, o qual, em suas pretensões universalistas, poderia significar uma rebeldia injusta contra governos tradicionais legítimos, desconsiderando as peculiaridades dos arranjos institucionais adequados a cada sociedade concretamente considerada. Em sua visão, enquanto o poder e o direito não coincidem completamente, a medida das decisões políticas deve ser a prudência, como virtude primeira,

nos moldes aristotélicos, de busca pelos direitos como meio-termo, coisa que não pode ser determinada por legisladores, por mais sábios que sejam (DOUZINAS, 2009, p. 166-7).

O problema da factibilidade do discurso dos direitos humanos está vinculado, na crítica de Burke, à necessidade de abstração e generalidade para fins de estruturação de um discurso teórico coerente. Ora, a pretensão de universalidade espacial e temporal dos direitos humanos de primeira dimensão (geração) realmente exige que tal estruturação metafísica tenha caráter geral e formal. O problema é que o preço pago por tal coerência é justamente a falta de utilidade política e a falsidade moral de tais direitos. De nada adianta a assinatura de um tratado internacional que garante abstratamente um direito à vida às vítimas da fome ou da guerra, ou um direito à educação na maioria dos países africanos. É explicável, pois, que Burke não tenha objeções propriamente quanto aos direitos, mas sim à postura legalista, a qual ocupou o espaço da sabedoria de exercício de tais direitos e de sua abordagem política. Seu alvo diz respeito aos instintos de dominação disciplinar dos “diplomatas e juristas internacionais, emissários governamentais e funcionários de organizações internacionais”, os quais produzem códigos de direitos que servem apenas para que os governos apaziguem sua consciência coletiva publicamente. Assim, os direitos humanos, como uma espécie de discurso de arrependimento dos Estados ocidentais pelas explorações passadas, acabam por bloquear o futuro (DOUZINAS, 2009, p. 164-5). Nesse contexto, como explica Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 217), não é à toa os direitos humanos sejam corriqueiramente tratados como um expediente de dominação utilizado pelas nações mais poderosas para conservar sua posição proeminente mediante uma narrativa histórica de suas vitórias que fale por todos e resulte em uma promulgação arbitrária de direitos.

A crítica à utilização político-estratégica do discurso universalista dos direitos humanos também é realizada, com base em pressupostos diversos dos de Burke, por um discurso teológico segundo o qual os Direitos Humanos só podem ser universais se baseados em um valor superior, transcendente e, portanto, não-manipulável, cujo símbolo tradicional é o Deus cristão, origem e avalizador dos direitos e deveres humanos. Não sendo assim, segundo tal discurso teológico, os direitos humanos se convertem em um dispositivo político nas mãos dos poderosos, os quais elaboram um discurso, como o da Declaração, com aparência de uma ingenuidade otimista com relação à bondade e à autonomia da natureza humana. Essa antropologia deficiente parece considerar a pessoa humana como um mero conjunto de necessidades materiais e psicológicas listadas no texto da Declaração. Ademais, dizer que a maioria deve prevalecer nos casos de conflito é camuflar o poder dos mais fortes.

Também no pensamento marxista, segundo Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 216), notamos preocupação política semelhante com a universalização cultural dos direitos humanos, a qual, em verdade, meramente refletiria os interesses e/ou aspirações da classe dominante. Não seria à toa, pois, que o discurso dos direitos humanos ignora a correlação necessária entre direitos e deveres, bem como silencia sobre as condições econômicas necessárias à concretização das supostas prerrogativas humanas universais. Em outros termos, a caracterização dos direitos humanos no discurso tradicional do Ocidente é demasiadamente abstrata e geral, muito distante da realidade material e cultural de grupos determinados. Ademais, o individualismo que baseia tal discurso, estruturando uma separação entre o ser humano e a sociedade, ignora que esta não pode ser compreendida como uma mera soma de indivíduos que formam um contrato (social). A sociedade, para os marxistas, dispõe de direitos que não podem ser violados pelos indivíduos, pois há um poder transcendente na história.

Como explica Douzinas (2009, p. 169-70), a leitura de Marx sobre os direitos humanos os vê como a causa para que o homem perca sua identidade concreta de classe, gênero e etnia, sua história e seu contexto. Ademais, os direitos do homem especificamente considerados resultam em uma sociedade monádica, sustentada na ideia de uma liberdade negativa, de uma propriedade privada dos meios de produção, a qual dissocia a pessoa e suas ferramentas de trabalho, de uma liberdade de opinião e de expressão e de uma igualdade formal, ou seja, perante a lei, que destrói as relações entre os sujeitos concretamente considerados. O direito, aí, está errado, pois ele deveria ser desigual, de modo a levar em conta as peculiaridades de cada sujeito, e não uma medida igual, geral e abstrata. No entanto, na sociedade capitalista, os vínculos sociais são construídos artificialmente por meio de um direito à segurança e consistem em uma relação de temor entre indivíduos amedrontados e a sociedade. De tal modo, o bem público dá lugar a um princípio de policiamento como valor social máximo, em uma sociedade em que a ordem pública e a paz social são alcançadas ao custo do sufocamento de conflitos.

Marx, ao analisar a Revolução Francesa em “A questão judaica” (1978), segue Hegel no argumento de que o movimento dividiu o espaço social unificado feudal em, de um lado, o domínio político (Estado), e, de outro, um domínio econômico (sociedade civil). Isso resultou na atomização dos indivíduos e na distinção entre os egoístas direitos do homem e o idealismo dos direitos do cidadão. Surgem, assim, os pares homem-sociedade civil e cidadão-Estado. Marx considerou, diferentemente de Hegel, que o processo social ainda não estava completo com as revoluções burguesas, pois uma outra revolução, universal e social, viria a

extinguir o Estado, o qual, embora fosse, em tese, dotado da função de concretizar o bem universal, na prática, apenas satisfazia os interesses do domínio burguês sobre a sociedade civil. Era necessário, portanto, que à emancipação econômica já ocorrida se seguisse uma revolução social que completasse o processo de emancipação humana (DOUZINAS, 2009, p. 169-70).

A política e o Estado substituem a religião na sociedade burguesa. No espaço que resta à Igreja no exercício da vida pública, os homens, em tese, participam igualmente da soberania popular. Porém, no âmbito privado, os homens tratam uns aos outros como meios e vivem em conflito permanente. Como os direitos políticos do cidadão abstrato estão submetidos aos interesses concretos da burguesia, os quais são apresentados na linguagem dos direitos naturais à igualdade e à liberdade, o Estado sustenta ficções ideológicas em que se baseia uma sociedade individualista e opressora. Os direitos do cidadão, embora não sejam falsos e opressivos como os direitos do homem, não podem cumprir o que prometem. Têm com mérito a criação do nível máximo de emancipação humana possível dentro da ordem burguesa, visto que tais direitos geram uma comunidade política na qual o homem é valorizado como uma pessoa comum moral. Ainda assim, os direitos dos cidadãos foram esvaziados pela dissociação entre os espaços público e privado, mormente quando a propriedade e a Igreja se tornam instituições privadas, protegidas da intervenção do Estado. Do mesmo modo, a economia foi despolitizada, visto também fazer parte do âmbito privado. Aparentemente, o Estado (espaço público) domina, mas, em verdade, o verdadeiro domínio social é exercido no âmbito privado, por meio da economia (DOUZINAS, 2009, p. 172-3).

Marx considera que os direitos do homem, assim como quaisquer direitos, não têm caráter natural e inalienável, sendo meras criações históricas do Estado e da lei. Na sociedade moderna, o Estado, criado pelo capitalismo, transforma as condições de existência desse mesmo capitalismo em direitos legalmente reconhecidos e os trata como a positivação de direitos naturais e eternos. Assim, o fato de a estrutura social típica moderna ser histórica e contingente é escondido sob um discurso de universalidade, o qual torna os direitos do homem ainda mais reais e eficazes do que parecem – no sentido de fraudulentamente apresentarem a opressão como liberdade. Por tal motivo, é necessária a revolução proletária, a qual concretizará as aspirações dos direitos do homem ao abandonar sua forma moralista, seu conteúdo idealista e seu modelo abstrato e individualista de homem. Só assim os direitos fundamentais, notadamente a liberdade e a igualdade, teriam significado no contexto de uma comunidade de homens socializados. No que diz respeito à liberdade, deixaríamos de vê-la como negativa e defensiva, como distância entre os homens, para pensá-la como força

positiva de união. Do mesmo modo, a igualdade não seria mais formal, uma comparação abstrata entre indivíduos privados, e sim a participação integral em uma comunidade forte. A propriedade deixaria de ser excludente e se tornaria comum. A pessoa tornar-se-ia concretamente considerada, substituindo-se as definições formais de justiça e distribuição pelo princípio “de cada um conforme sua capacidade, para cada um conforme suas necessidades”. As qualidades, aptidões e interesses dos homens não são descritos como direitos em um contexto comunista. Ao contrário, são atributos da existência individual, celebrados como elementos integrantes de cada pessoa. Assim, a noção de direitos deixa de ser necessária e de ter qualquer utilidade (DOUZINAS, 2009, p. 173-4).

Douzinas (2009, p. 174) considera que a grande contribuição de Marx na crítica ao discurso sobre os direitos humanos é o combate ao seu suposto caráter universal e natural. A qualificação dos direitos como elementos históricos por Marx permitiu a percepção de que os direitos humanos de primeira geração são construtos sociais e legais da Modernidade, os quais não são absolutos, mas sim instrumentos limitados e limitadores do direito. Não podem, portanto, como defendiam os seus ideólogos, estar acima da política, pois são fruto da política moderna. Ademais, embora sejam vistos como universalmente racionais, os direitos humanos de primeira geração nascem da razão do capital, e não de uma deliberação social fundada em um padrão de razão pública. Há, portanto, uma inversão perfeita e contextualizada entre fenômeno e realidade, o que, para Marx, representa um exemplo perfeito do que se pode entender por ideologia.

Para Marx, o homem, como *zoon politikon*, só se desenvolve como indivíduo em sociedade, de modo que os direitos têm procedência histórica e estão atrelados à ação concreta. Ao contrário de Burke, o problema da abstração do sujeito de direito não é uma suposta vacuidade, a qual o tornaria irreal, mas, isso sim, a plenitude de um modelo específico de indivíduo: homem burguês, branco, possessivo, individualista, orientado ao mercado, que tem no direito de propriedade o fundamento para todos os seus demais direitos e embasa o poder político e econômico dos capitalistas. Nas palavras de Douzinas (2009, p. 113), a diferença entre as críticas de Marx e Burke pode ser sintetizada da seguinte forma: “Para Burke e Marx, o sujeito dos direitos não existe. Ou é muito abstrato para ser real, ou muito concreto para ser universal. Em ambos os casos, o sujeito é falso, pois sua essência não corresponde, e não pode corresponder, a pessoas reais”.

Já em um âmbito metalinguístico de crítica, notemos que as preocupações de Burke, do discurso teológico e de Marx só fazem sentido para a tradição de pensamento jurídico-filosófico ocidental. Ora, a adoção de uma perspectiva intercultural como a de Panikkar torna

perceptível que nem existe um problema dos direitos humanos nas tradições não-ocidentais, o que se explica pela não-assunção dos pressupostos filosóficos listados por Panikkar como bases da Declaração Universal. Portanto, antes mesmo de buscarmos uma resposta para o problema dos direitos humanos, precisamos discutir se ele constitui um problema universal (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 219-20).

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 219-20) considera que não existem valores transculturais, pois um valor existe apenas em um dado contexto cultural. Porém, é possível que haja valores interculturais, motivo pelo qual uma crítica intercultural é possível. Essa crítica não consiste em avaliar uma construção cultural a partir das categorias do outro, e sim em tentar avaliar criticamente um problema humano específico com as ferramentas de compreensão de diferentes culturas envolvidas - ainda que, conforme já dito, o estar consciente da existência de um problema e a formulação desse problema sejam culturalmente condicionadas (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 221). Na visão do autor, a questão dos direitos humanos é experienciada de modo radicalmente diferente pelas tradições não-ocidentais, o que exige que se lance mão da postura da hermenêutica diatópica, adequada a lidar não apenas com diversos pontos de vista sobre o mesmo problema, mas também sobre a própria existência do problema. Abordemos especificamente tal proposta no próximo tópico.

5.2 EIXO CULTURAL: A HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 205) parte da premissa de que nenhum povo tem o monopólio da verdade sobre o modo de vida adequado para a humanidade. Segundo o autor, uma definição sobre essa questão seria impossível, mesmo que os povos se reunissem para estabelecê-la, pois a realidade não pode ser reduzida ao conhecimento humano e/ou à *práxis* que se desenvolve a partir dela. Por outro lado, teoria e *práxis* não podem ser evitadas, pois são dimensões constitutivas da realidade, mesmo sem a representarem como um todo. Por tal razão, libertar a realidade em relação ao nosso conhecimento e à nossa *práxis*, conforme nos são dados pela nossa própria cultura, exige que percorramos o caminho desse conhecimento e dessa *práxis* através deles, em uma relativização radical nos moldes de uma abordagem multicultural sobre os direitos humanos.

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 206) indaga se a transgressão sistemática e universal aos direitos humanos pode ter como explicação o fato de esta noção não representar um símbolo universal com força suficiente para evocar um entendimento comum. Segundo o autor, a noção de direitos humanos é uma dentre as várias janelas pelas quais podemos olhar para a

realidade humana. Como nenhuma cultura, tradição, ideologia ou religião pode falar pela humanidade inteira, é necessário estabelecer um diálogo, uma interação entre culturas, com vistas à fecundação mútua.

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 207-8) registra que a formulação atual dos direitos humanos é fruto de um diálogo parcial entre as culturas do mundo e não tem sido suficiente para que tais culturas encontrem um horizonte interacional comum. Aliás, a tradição ocidental, majoritariamente, afirma os direitos humanos como universais, mas a problemática intercultural, antes mesmo de questionar a existência concreta das condições de universalidade dos direitos humanos, exige que se questione a própria possibilidade de uma universalidade a tal respeito. Ora, é possível transferir o conceito de Direitos Humanos para culturas e histórias que não aquelas em que foi concebido? A noção de Direitos Humanos pode ser considerada válida globalmente? Os direitos humanos têm potencial para tornarem-se um símbolo universal, ou são apenas uma forma específica de expressar e preservar um caráter comum a todos os seres humanos?

Aqueles que caracterizam a noção de direitos humanos universais como exclusivamente ocidental, para Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 208), estão a fazer uma acusação tácita contra o caráter de imposição externa com o qual tais direitos são introduzidos em tais culturas. Trata-se, em outros termos, do problema da síndrome colonial, ou seja, a crença de que os conflitos e problemas de uma cultura particular têm, se não o monopólio, ao menos o privilégio de possuir um valor universal que os qualifica para serem difundidos por todo o planeta. Ora, a tarefa de examinar o possível valor intercultural dos direitos humanos começa pela delimitação cultural do conceito. Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 221-3) lembra que a reivindicação de uma validade universal para os Direitos Humanos (no sentido da Declaração) implica presumir que a maioria dos povos, inclusive os não-ocidentais, está comprometida com o processo de transição da perspectiva pré-moderna para a moderna. Isso é questionável, visto não ser possível prever como as sociedades tradicionais, baseadas material e culturalmente em elementos diferentes daqueles presentes no mundo ocidental, diferenciadas, reagirão aos impulsos de influência da civilização ocidental moderna.

Por outro lado, dizer que a noção de direitos humanos universais não é exclusivamente ocidental exige lembrar que muitas culturas, inadequadamente, encaram a questão desse jeito, fazendo surgir a impressão de uma indiscutível superioridade da cultura ocidental (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 208). Nesse contexto, é perceptível que a política de não-alinhamento de muitos países da África e da Ásia é mais profunda do que um oportunismo político, pois constitui uma recusa a admitir a visão do mundo como uma função do conjunto

de dilemas mencionados, representados pelas chamadas superpotências (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 226). Proclamar o conceito de direitos humanos ocidental como universal pode acabar sendo um cavalo-de-tróia, introduzido de forma sub-reptícia em outras civilizações, que, então, serão obrigadas a aceitar as formas de vida, pensamento e sentimento para as quais os Direitos Humanos são a solução adequada em caso de conflito.

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 208-9) entende que o problema da ocidentalidade dos direitos humanos exige uma abordagem intercultural, nos moldes do que o autor chama de hermenêutica diatópica. Como podemos, a partir do *topos* de uma cultura, compreender as construções de outra? Em primeiro lugar, Panikkar salienta que, metodologicamente, já existiria um erro inicial quando se começa a investigação por meio da indagação sobre a existência da noção de Direitos Humanos em outra cultura, pois isso significaria pressupor tal noção como indiscutivelmente indispensável para a preservação da dignidade humana. Ora, as perguntas não são neutras e, portanto, condicionam as respostas possíveis. De tal modo, se o questionamento inicial é formulado exclusivamente nos termos da cultura ocidental, esta já assume uma posição de superioridade cultural apriorística em relação às demais culturas, limitando o espectro de respostas às possibilidades concebidas pela perspectiva ocidental. É necessária, portanto, a assunção da hermenêutica diatópica, ou seja, uma reflexão temática sobre o fato de que os *loci (topoi)* de culturas historicamente não-relacionadas tornam problemáticas a compreensão de uma tradição com as ferramentas de outras nas tentativas hermenêuticas de preencher essas lacunas.

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 220) entende ser necessário, já que é improvável que possamos superar nossas próprias categorias de compreensão, ter um pé em uma cultura e o outro pé na(s) outra(s), de modo a obter acesso a outros *topoi* e, assim, compreender culturas diferentes a partir de um diálogo idôneo a estabelecer um campo intercultural. Como diz o autor, o fato de se ter apenas uma língua-mãe não impede, ao menos abstratamente, a possibilidade de se ter uma língua-pai, o que poderia ser aplicado também ao âmbito cultural. Seria possível, segundo Panikkar, integrar uma cultura, a de origem, e integrar-se a outra(s) por meio do diálogo. Isso possibilita uma melhor percepção do fato de que considerar o reconhecimento explícito dos Direitos Humanos como uma condição para evitar uma vida caótica é equiparável à ideia de que não acreditar em um Deus implica uma vida anárquica, como na tradição abraâmica. Em outras palavras, a reprovação ocidental aos povos que não seguem o discurso dos direitos humanos é similar à compreensão de ateus, budistas e animistas como aberrações humanas pelos membros da tradição abraâmica. A pretensão de universalidade inerente às afirmações de verdade revela uma tendência de identificar os

limites da própria cultura-mãe com o horizonte humano, o que explica porque "chamar o estranho de bárbaro é o que há de mais comum entre os povos do mundo".

Panikkar ressalta que nenhum dos lados do diálogo intercultural pode assumir uma cultura como hierarquicamente superior à outra a partir de critérios estabelecidos unilateralmente. Com inspiração nessa ideia, Boaventura Sousa Santos (2005, p. 8), ao abordar a aporia dos direitos humanos e da noção de dignidade, defende que a mobilização de apoio social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles contêm só será concretizável na medida em que tais possibilidades e exigências tiverem sido apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local, o que pressupõe uma abertura dialógica não-colonizante em relação à cultura diferente. Boaventura acredita no potencial de um diálogo intercultural entre diferentes saberes, construídos em universos de sentido definíveis como constelações de *topoi* fortes. Os *topoi*, entendidos como lugares-comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura, são premissas argumentativas dotadas de um grau de evidência que possibilita a produção e a troca de argumentos. Segundo o autor, *topoi* fortes são muito vulneráveis quando aplicados no contexto de um universo cultural que não seja aquele em que foi gerado, de forma a acabarem sendo desconsiderados ou, na melhor hipótese, despromovidos de premissas de argumentação a meros argumentos. Por outro lado, cada cultura tende a encarar seus *topoi* de forma totalizante, o que impede a percepção de que, por mais fortes que sejam as premissas, serão sempre tão incompletas quanto a cultura respectiva. É justamente na ampliação máxima da consciência de incompletude mútua pela busca do diálogo intercultural que consiste a postura diatópica (diálogo entre *topoi*). De tal maneira, para Boaventura Santos (2005, p. 8; 12), o debate entre universalismo e relativismo cultural configura-se como intrinsecamente falso e prejudicial a uma concepção emancipatória dos direitos humanos, o que torna exigível a assunção de imperativos interculturais que permitam a neutralização dos riscos gerados por ambas as orientações unilaterais⁶⁷:

⁶⁷ Conforme defendido com maior profundidade em outro texto de nossa autoria (MIGUEL, 2015), consideramos ter razão Veralito (2009, p. 24) ao afirmar que Boaventura Santos, ao ler o conceito de hermenêutica diatópica à luz de uma chave interpretativa manifestamente político-emancipatória, defende, com pretensões universalistas, certos conteúdos políticos como um ideal dialógico-regulatório anterior ao próprio contato linguístico entre os membros de culturas distintas, o que resulta em uma verticalização incongruente com o cerne de uma postura diatópica. Nas palavras de Veralito (2009, p. 23 – tradução nossa), “se os critérios que estão pressupostos no diálogo não dizem respeito apenas a suas condições de possibilidade e de desenvolvimento, mas também à orientação político-ideológica que este há de tomar – a qual [...] é matéria de opinião por parte dos que intervêm na situação dialógica –, então se incorre em uma intromissão na autonomia dos participantes que contraria a ideia mesma de um diálogo de iguais aberto à crítica intersubjetiva”. A pretensão emancipatória, pois, seria um agregado exterior à hermenêutica diatópica, visto não ser um resultado necessário da prática desta, mas, sim, um pressuposto da versão do autor português para a teoria, o que fica

Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorrecto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorrecto. Contra o universalismo, há que se propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. [...]. O carácter emancipatório da hermenêutica diatópica não está garantido *a priori* e, de facto, o multiculturalismo pode ser o novo rótulo de uma política reaccionária. [...]. Para prevenir esta perversão, dois imperativos interculturais devem ser aceites por todos os grupos empenhados na hermenêutica diatópica. O primeiro pode formular-se assim: *das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro.* [...]. O segundo imperativo intercultural pode ser enunciado do seguinte modo: uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença, *as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.*

Diante do exposto, é pertinente introduzirmos a noção de equivalência homeomórfica assumida por Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 210-11), dado o seu carácter central no pensamento diatópico-hermenêutica. Os equivalentes homeomórficos são conceitos que, sem serem sinónimos ou traduções, cumprem funções análogas em culturas distintas. Panikkar busca equivalentes homeomórficos para o conceito de direitos humanos nas outras linguagens culturais. Se, por exemplo, os direitos humanos forem tidos como base para exercer e respeitar a dignidade humana, devemos investigar como outra cultura consegue atender a uma necessidade equivalente. Essa tarefa pressupõe que tenham sido construídas bases comuns, ou seja, uma linguagem mutuamente compreensível, entre as duas culturas. "Os Direitos

claro, segundo Vergalito, quando o próprio Santos caracteriza a teoria como um tipo específico de nova retórica que tem como um de seus traços um pré-juízo político em favor da emancipação. Nesse sentido, o que faz Santos qualificar igualdade, democracia, totalidade e reconhecimento do sofrimento humano individual como elementos positivos é o pressuposto político-ideológico da vontade de emancipação, e não o resultado do exercício diatópico. Ora, Santos preocupa-se em buscar elementos emancipatórios em várias culturas e qualificá-los como complementares, mas não se presta a submeter tais elementos às críticas de cada uma dessas culturas. A justificação de um pressuposto político-ideológico tal só pode se dar negativamente, sem possibilidades de demonstração, o que implica um regresso "ad infinitum" em busca de um fundamento último. Nada impediria, nesses termos, que o interesse emancipatório, entendido como pressuposto, fosse substituído por outro postulado, quicá oposto politicamente à orientação político-ideológica de Santos: "a hermenêutica diatópica representa um instrumento a serviço de um projeto emancipatório, porque é este último que implica logicamente àquela, e não ao contrário. O procedimento sugerido por Santos, portanto, pode passar a depender de um projeto ideológico antagónico ao seu" (VERGALITO, 2009, p. 24). Em outros termos, Vergalito entende que Santos está a praticar um ato interpretativo, entendido este como uma escolha (violenta e irracional) entre várias hipóteses de sentido possíveis – escolha que, *in casu*, o professor português direciona à leitura mais congruente com a orientação político-ideológica emancipatória. Diante do exposto, aproveitamos desconstrutivamente os imperativos interculturais propostos por Boaventura Santos, mas não há em nosso modelo uma necessária orientação político-emancipatória, e sim apenas um desiderato de aproximação cultural (inexoravelmente violento, socialmente centrado), dotado da pretensão de viabilizar uma resolução conjunta de controvérsias que, hoje, ainda são tidas como interculturais, em um sentido forte da expressão. Quer-se apenas, com essa pretensão de "transcendência histórico-culturalmente situada" (Aarnio e Peczenik), imaginar como seria possível o estabelecimento de uma semelhança de família entre as formas de vida presentes nas culturas em conflito, de modo que seus membros possam encontrar significados comuns e uma forma comum de vida, o que possibilitaria uma redução perfectibilizante da incompreensibilidade gerada pela diferença.

Humanos são uma janela através da qual uma cultura determinada concebe uma ordem humana justa para seus indivíduos, mas os que vivem naquela cultura não enxergam a janela; para isso, precisamos da ajuda de outra cultura, que, por sua vez, enxerga através de outra janela". (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 210-11). Ora, a paisagem humana é vista, através de uma dada janela, de modo simultaneamente semelhante e diferente em relação à visão que se tem a partir de outra janela.

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 226) fala de direitos humanos como um símbolo, polivalente e polissêmico por natureza, ao contrário dos conceitos, que seriam unívocos. Para o autor, esse símbolo, em certo sentido, não deve ser considerado como universal, "porque cada cultura expressa sua experiência da realidade e do *humanum* por meio de conceitos e símbolos adequados àquela tradição e, como tais, não universais, e, provavelmente, não universalizáveis." (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 228). O autor entende que esse símbolo não pode ter uma pretensão de verdade, entendida esta como validade universal. As visões opostas sobre a questão não podem ser rejeitadas, sendo necessário que se assuma um padrão de relatividade, um caminho intermediário entre o relativismo agnóstico e o absolutismo dogmático (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 228). Em outros termos, Panikkar está preocupado com a relação entre *pars pro toto* (parte pelo todo) e *totum in parte* (o todo nas partes). Os Direitos Humanos são universais da perspectiva da cultura ocidental moderna, ou seja, vistos de dentro, aparecem como um todo. Porém, vistos a partir das demais culturas, ou seja, de fora, parecem um mero fragmento do todo, não sendo, portanto, universais. O autor, então, pergunta-se: "se tomarmos a parte pelo todo a partir de dentro, seremos capazes de tomar o *totum in parte* a partir de fora?" (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 228). Em outras palavras: as culturas não-ocidentais podem ver nos Direitos Humanos uma linguagem universal, ou apenas encará-la como mais uma dentre diversas formas de ver as coisas?

O fato de que o conceito de direitos humanos não é universal não significa que ele não deva se tornar universal, o que exigiria a satisfação de duas condições: a eliminação de todos os outros conceitos contraditórios, por necessidade lógica; e a capacidade de ser o ponto universal de referência para qualquer questão referente à dignidade humana, substituindo todos os outros equivalentes homeomórficos, e sendo o centro de uma ordem social justa. Em outros termos, para que o conceito de direitos humanos assuma validade universal, a cultura ocidental, que lhe originou, também deve ser escolhida para se tornar uma cultura universal - o que, segundo Panikkar, provavelmente explica o porquê de vários pensadores não-ocidentais, preocupados com a identidade de suas próprias culturas, se incomodarem com o discurso dos Direitos Humanos.

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 228) entende que qualquer resposta que diz descobrir o *totum in parte* tem seu apelo, mas não convence, sendo apenas uma tentação, tal qual o sentimento de um intelectual que acha que toda afirmação tende a ser universalmente válida. Afirmar o *totum in parte* estimularia o ser humano a se autoproclamar o julgador de toda a humanidade, o que é incompatível com a ideia filosoficamente fundamentada de que ninguém tem acesso direto ao universo total da experiência humana, sendo possível apenas conhecer a realidade de forma indireta e através de uma perspectiva limitada.

Fundado em Panikkar, Boaventura Sousa Santos (2005) diz que a hermenêutica diatópica, vista não apenas como um novo tipo de conhecimento, mas sim como um novo processo de criação de conhecimento, exige uma produção de saber coletiva, interativa, intersubjetiva e reticular. Esse diálogo intercultural não pode negligenciar a não-contemporaneidade das culturas em interação, dado que cada sujeito constrói um senso de contemporaneidade no contexto da tradição linguisticamente partilhada da sua cultura (SANTOS, 2005, p. 11-2). Como diz Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 229), "mesmo se pudéssemos conhecer todas as opiniões humanas existentes, a nossa seria apenas mais uma delas". O *totum* que vemos só é visto por nossa própria janela; ele é mais do que a soma de suas partes, e não existe de forma independente da parte por meio da qual ele é visto. Não há, portanto, uma posição a partir da qual se possa desenvolver a integração de todas as partes. "A coexistência só é possível a partir de uma base comum, um '*co-esse*' reconhecido pelas diferentes partes envolvidas. [...]. Só podemos visar o *totum* e, mesmo assim, muitas vezes esquecemos que tudo que vemos é *pars*, que, então, tomamos como *pro toto*". (*in* BALDI, 2004, p. 229). A nova hermenêutica, diatópica, só pode ser desenvolvida dialogicamente e nos mostraria que não podemos tomar a *pars pro toto*, nem crer que vemos o *totum in parte*.

Devemos aceitar o que nosso parceiro nos diz: simplesmente, que tomamos o *totum in parte*, quando estamos cientes da *pars pro toto*, o qual é, com certeza, o que lhe responderemos sem vacilar. É a condição humana e eu não a consideraria como uma imperfeição; [...] este é o tema do pluralismo (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 229).

Segundo Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 210), o homem ciente da diversidade de janelas tem duas alternativas. A primeira é a quebra da janela, com a transformação de todos os pontos de vista em um único, o que pode resultar em dominação cultural universalista. A segunda é a ampliação dos pontos de vista tanto quanto possível somada à ciência, por todos, de que existe, e deve existir, uma pluralidade de janelas, o que proporciona um pluralismo saudável. Em outros termos, entendemos, nesse particular, que Panikkar está a lembrar a necessidade de que o estabelecimento de uma postura diatópico-hermenêutica teria como

primeiro passo a difusão de tal proposta perante o outro. Diante dessa constatação, quanto à ampliação dos pontos de vista, contribuições críticas que Panikkar supõe poderem ser elaboradas, de modo construtivo, a partir das culturas não-ocidentais, ao discurso hegemônico na tradição ocidental sobre os Direitos Humanos.

Em primeiro lugar, a crítica intercultural poderia apresentar o argumento de que mesmo que se reconheça a existência de uma natureza humana universal, esta não precisa ser diferenciada da natureza de todos os seres vivos e/ou da realidade como um todo, sob pena de que esse antropocentrismo institua um *apartheid* entre os homens e os demais seres.

Em segundo lugar, a crítica intercultural poderia argumentar que uma defesa adequada da dignidade humana exige uma distinção entre pessoa e indivíduo. Este é uma mera abstração, produto de uma seleção de alguns aspectos da pessoa para propósitos práticos. Aquela, por sua vez, não se submete a limites pré-dados, mas sim dependentes de sua personalidade. A pessoa encontra-se em suas relações com os demais, como a família, os amigos e os adversários. Nesse contexto, prejudicar alguém seria causar danos ao clã como um todo e, possivelmente, a si próprio, o que, ilustrativamente, faz Panikkar perguntar: no caso do aborto, haveria uma violação de um direito da mãe, do filho, do pai ou dos parentes? Por tal razão, os direitos não poderiam ser individualizados e seriam necessariamente correlatos aos deveres, o que se percebe quando se reconhecem violações à dignidade da pessoa humana por falas ofensivas a tradições ou religiões, as quais não pertencem a alguém no sentido de uma propriedade privada individual. Um indivíduo é um nó isolado, enquanto uma pessoa é o tecido como um todo em volta desse nó, elaborador a partir da totalidade do real. Sem os nós, a rede se desintegraria, mas, sem a rede, os nós nem ao menos existiriam. Não é à toa, pois, que a busca por um consenso em muitas tradições, em vez de se basear na opinião da maioria, formada por uma soma de indivíduos atomisticamente considerados, está baseada exatamente na natureza corporativa dos direitos humanos.

Em terceiro lugar, Panikkar afirma que a democracia é um grande valor, infinitamente melhor do que qualquer ditadura, mas ressalva que impor aos povos do mundo a escolha entre democracia ou ditadura equivale à tirania. Os Direitos Humanos estão ligados à democracia, e os indivíduos precisam ser protegidos em relação à sociedade e o Estado, caso se entenda que estes não lhes são qualitativamente superiores. Os Direitos Humanos são um dispositivo legal para a proteção de grupos minoritários e indivíduos que enfrentam o poder de grupos majoritários, mas a sua linguagem ocidental incorre em um reducionismo quantitativo: a pessoa é reduzida ao indivíduo, e este, à base da sociedade. Porém, em uma concepção hierárquica de realidade, como a de certas sociedades tradicionais, o ser humano específico

não pode defender seus direitos os exigindo ou os cobrando independentemente do todo, pois as violações atingem a ordem como um todo e, portanto, é esta que deve ser restabelecida ou transformada.

Boaventura Santos (2005, p. 8-10), em linha semelhante à de Panikkar, exemplifica o mecanismo da hermenêutica diatópica pela via da realização de um diálogo entre os *topoi* direitos humanos (Ocidente), *dharma* (cultura hindu) e *umma* (cultura islâmica). Boaventura conclui que essa troca de saberes explicita como fragilidade fundamental da cultura ocidental a dicotomização indivíduo e sociedade, no que teríamos muito o que aprender com o senso de coletividade e o desapego dos hindus e dos islâmicos em relação a impulsos narcísicos e egoístas. Especificamente em relação à *umma*, a incompletude dos direitos humanos individuais reside na dificuldade para fundar laços e solidariedades coletivas, problema que se espelha na resistência de aceitação ocidental em aceitar direitos humanos coletivos de grupos sociais ou povos, correlatos a uma obrigação política horizontal. Por outro lado, a *umma*, em diálogo com os direitos humanos, apresenta-se muito focada nos deveres em detrimento dos deveres, de forma a legitimar, por exemplo, desigualdades de gênero. Da mesma forma, a fragilidade do *dharma* – caráter de correção e veracidade interativa entre uma coisa ou ação no contexto totalizante da realidade – perante o *topos* “direitos humanos” reside em sua busca não-dialética pela harmonia, o que impede o desenvolvimento de lutas sociais que catapultam o reconhecimento dos direitos humanos na nossa cultura, conforme explicado no tópico anterior. O não-reconhecimento da individualidade leva os hindus a esquecer a dimensão individual irreduzível do sofrimento humano, contra o qual os sujeitos subjugados não têm como opor pretensões jurídicas de ordem democrática, de liberdade e de autonomia, de forma a legitimar uma ordenação social estamental, com uma rígida separação entre as castas.

Panikkar também chega a adentrar um nível mais específico de crítica intercultural, não parando no mencionado esboço de caráter geral, o qual não toma como referência nenhuma cultura não-ocidental específica. Ao contrário, assume exemplificativamente a cultura hindu como referência para demonstrar a possibilidade de uma crítica desenvolvida a partir de outra cultura.

Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 230) explica que "darma" é, talvez, o termo mais importante na tradição hindu, motivo pelo qual se justifica iniciar a busca por um possível símbolo homeomórfico correspondente à noção ocidental de Direitos Humanos a partir de tal noção. O autor, de pronto, ressalva não estar sugerindo que "darma" seja um equivalente homeomórfico, mas apenas que seja um ponto de partida para que possamos nos situar em um

terreno comum, de forma que saibamos o que procurar quando buscarmos os "Direitos Humanos" no contexto hindu clássico.

"Darma" tem um significado plurívoco, motivo pelo qual é impossível encontrar um termo na língua inglesa idôneo a congregar os seus diversos sentidos, mas, etimologicamente, é possível encontrar uma metáfora presente em muitos dos significados da palavra. O "Darma" é o que mantém e dá coesão (da raiz *dhṛ*, manter coeso, *maintain, keep together*) e, portanto, força, a qualquer coisa dada, à realidade. Assim, "Darma" é: "justiça", como manutenção do funcionamento das relações humanas; "moralidade", como aquilo que conserva a pessoa em harmonia; "lei", como princípio organizador das relações humanas; "religião", como o que mantém o universo em existência; "verdade", como coesão interna de algo; "qualidade", como aquilo que permeia algo com um caráter homogêneo; e "elemento", como mínima partícula consistente, espiritual ou material. Uma tradição cultural em que a ideia de "Darma" serve como eixo e permeia quase tudo não identifica o "direito" de um indivíduo em relação aos outros indivíduos e à sociedade, nem reflete sobre a designação do caráter dármico (direito, verdadeiro, coerente) ou a-dármico de algo ou de uma ação "dentro do complexo teantropocósmico da realidade como um todo." O "Darma" é o *lokasamgraha* do *Gita*, nos moldes da definição do *Mahabharata*, segundo a qual é "o que mantém e sustenta o povo" (*Karnaparvam*, LXIX). É uma noção primordial, não podendo ser abordado a partir de categorias morais ou epistemológicas e englobando o devido e o não-devido. O Darma não é universal e independente do *svadharma*, ou seja, o Darma inerente a cada ser, resultante da reação ao Darma de todos os outros. O Darma, portanto, não tem o indivíduo como ponto de partida, mas sim o real concatenado, no qual o indivíduo tem o dever de descobrir o seu lugar em relação ao todo cósmico e à sociedade, o que engloba, inclusive, o dever de manter os seus "direitos" (*in BALDI*, 2004, p. 229-31)

Panikkar (*in BALDI*, 2004, p. 232) sugere que o *svadharma* seja compreendido como equivalente homeomórfico dos Direitos Humanos, o que, obviamente, não significa que o conteúdo de um esteja totalmente compreendido no do outro. "As culturas são todos, e não se prestam a correspondências um-a-um. Para termos uma sociedade justa, o Ocidente moderno enfatiza a noção de Direitos Humanos, enquanto a Índia clássica, para ter uma ordem dármica, destaca a noção de *svadharma*." Mediante a aproximação entre tais equivalentes homeomórficos, Panikkar apresenta críticas e contribuições ao discurso dos Direitos Humanos a partir da tradição hindu, conforme veremos a partir de agora.

A primeira crítica vislumbrada por Panikkar (*in BALDI*, 2004, p. 232-3) é a de que os Direitos Humanos não devem ser absolutizados, entificados e isolados do resto do real, nem

vistos apenas como direitos individuais. Ora, o *humanum* não se restringe ao indivíduo, até porque esse é só uma abstração, não podendo ser o sujeito último dos direitos. O indivíduo, conforme já dito, é um nó que compõe a rede de relacionamentos do real. Esses nós podem ser iguais entre si, mas sua posição na rede é decisiva para estabelecer o conjunto de direitos que um indivíduo pode titularizar. A individualidade, nesses termos, não deve ser vista como uma categoria substantiva, mas sim meramente funcional. Aliás, nesse ponto, é interessante notar que, mesmo em uma tradição que enxerga o universo como hierarquicamente estruturado, os patamares inferiores devem ser protegidos de terem seus direitos violados pelos patamares superiores inferiores - ponto em que parece se justificar a equivalência homeomórfica entre Direitos Humanos e *svadharma* postulada por Panikkar.

A segunda crítica é a de que os Direitos Humanos não são apenas humanos, pois estão relacionados à disposição cósmica do universo e, portanto, englobam os deuses, os animais, os seres sensíveis e as criaturas supostamente inanimadas. Não há uma distinção decisiva na essência humana em relação aos outros seres, pois todos são *svadharma* (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 233).

A terceira crítica é a de que os Direitos Humanos não são só Direitos, mas também deveres, em uma relação de interdependência, o que se baseia no pressuposto de que a humanidade só tem o "direito" de sobreviver à medida que desempenhar o dever de manter o mundo (*lokasamgraha*). O direito de alguém seria só uma participação na função metabólica do universo, motivo pelo qual deveria existir mais propriamente uma Declaração Universal dos Direitos e Deveres, fundada em outras antropologia, cosmologia e teologia (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 233-4).

A quarta crítica é a de que os Direitos Humanos não são separáveis entre si, estando entrelaçados ao cosmos, a seus deveres correspondentes e entre si próprios, o que é conseqüência da própria noção de *dharma* como coesão harmoniosa. A partir desta perspectiva, não uma lista contudística de direitos humanos definitivos não faria sentido, pois a harmonia do universo não pode ser invalidada ou contrariada por declarações ou atos normativos, documentos que são incapazes de expressar plenamente o Dharma (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 234).

A quinta crítica é a de que os Direitos Humanos não são absolutos, mas sim intrinsecamente relativos, no sentido de relacionamentos entre entidades determinadas pelos próprios relacionamentos. A visão clássica hindu começaria por uma concepção holística e a seguir definiria uma porção do real em função dessa situação em sua totalidade; "em certo sentido, o nó é nada, pois é a rede como um todo." (PANIKKAR *in* BALDI, 2004, p. 235)

A sexta crítica é a de que os sistemas ocidental e hindu elaboram seus discursos a partir de um mito dado e aceito, a partir do qual concebem certo tipo de consenso. Nas duas tradições, a situação real tem tornado questionável e discutível o mito, exigindo a busca por novos mitos. Hoje não se pode mais admitir que os direitos dos indivíduos sejam condicionado apenas por sua posição na rede do real, nem que tais direitos sejam absolutos e independentes das situações particulares (*in BALDI, 2004, p. 235*)

Panikkar (*in BALDI, 2004, p. 223-5*) ressalva que a crítica intercultural não invalida a Declaração Universal, ainda que esta deva ser entendida como dotada de pretensão de validade universal. A grande novidade da Declaração foi afirmar que todo ser humano, pelo simples fato de o ser, mesmo resguardando sua individualidade, tem direitos inalienáveis que todos devem respeitar, o que, em tese, comporta um potencial revolucionário. Não será o seu lugar na sociedade, o seu grau de civilização ou as suas capacidades intelectuais, morais ou religiosas o que lhes permitirá ao homem ser tratado como dignidade; tal é a mensagem positiva da Declaração. O simples fato de o sujeito ter nascido é o símbolo universal sobre o qual os Direitos Humanos estão baseados, o que é uma base sólida para a afirmação de sua universalidade. Nesse sentido específico, segundo Panikkar (*in BALDI, 2004, p. 227-8*), o símbolo dos direitos humanos deve ser universal: um elemento corretivo dos antigos direitos excludentes de brancos, fiéis, ricos, bramanes e quaisquer outros grupos privilegiados de modo inadequado. Qualquer valor, por ser um produto cultural, é um valor humano, mas os Direitos Humanos só podem ser um símbolo universal caso remetam as valores universais expressos coletiva e culturalmente. Em outros termos, os Direitos Humanos precisam ser não apenas valores humanos, mas sim valores para qualquer humano, senão o próprio discurso que os fundamenta, o da existência de um elemento *humanum* comum a todos os seres humanos, não pode se sustentar. Ora, o discurso da tradição ocidental sobre os Direitos Humanos assume os valores humanos que lhe são correlatos como se fossem valores válidos para quaisquer humanos, mas, na verdade, muitas vezes são apenas valores próprios da tradição ocidental, desprovidos de equivalentes homeomórficos nas demais culturas. É justamente esse erro que a crítica intercultural pode ajudar a evitar, conservando a universalidade no sentido admitido por Panikkar. A crítica intercultural oferece novas perspectivas para uma postura crítica interna; estabelece os limites da validade dos direitos humanos; oferece possibilidades para ampliar seus domínios, em caso de modificações contextuais; e possibilita uma fecundação mútua com outros conceitos de homem e realidade.

Expostos os contornos do modelo diatópico-hermenêutico, adentremos, em tópico próprio, a tese de Douzinas e suas contribuições para o eixo político de nossa proposta.

5.3 EIXO POLÍTICO: OS VÔOS DE SENTIDO DO SIGNIFICANTE “DIREITOS HUMANOS”

Douzinas (2011, p. 1) estabeleceu uma relação entre o surgimento do “capitalismo neoliberal”, o “humanitarismo-cosmopolitismo” e a “virada pós-política”. Na visão do autor, existe uma recente “ideologia moralista” vinculada a políticas econômicas e ao problema da governamentalidade biopolítica. O poder biopolítico contemporâneo, no nível nacional, tornou-se mais abrangente ao transmutar o papel dos direitos humanos. Tradicionalmente, a relação entre a moralidade e os direitos era um componente da ordem política dominante em um dado momento histórico e cumpria uma função de relativa defesa contra o poder. Atualmente, porém, os direitos constituem uma modalidade das operações do poder ao promoverem e legalizarem o desejo individual, ou, em outros termos, ao serem permeados pelo niilismo do desejo. No plano internacional, a perspectiva moderna sobre os direitos humanos sofreu os efeitos da conclusão do processo de descolonização e do relativo aumento de poder dos países em desenvolvimento. Nos termos do autor,

Se o capitalismo globalizado uniu o mundo economicamente, estratégias políticas, jurídicas e econômicas forjaram uma moldura comum no campo simbólico, ideológico e institucional. Com ênfase renovada nas leis internacionais, organizações não governamentais (ONGs) e organizações não governamentais internacionais (ONGIs), a sociedade civil global acelerou a tendência. Os direitos humanos são o destino da pós-modernidade, a ideologia depois do fim, a derrota das ideologias. Eles unificam, pelo menos na superfície, (partes) da direita e da esquerda, o norte e o sul, a igreja e o Estado, o pastor e o rebelde. Na ausência de um projeto político para essa nova configuração econômica, social e política, o cosmopolitismo sofreu uma mutação para a cosmopolítica, e é promovido como a promessa kantiana de paz perpétua. O capitalismo cosmopolita é apresentado como globalização humanizada: o cosmopolitismo humaniza o capitalismo, ameniza os efeitos colaterais da globalização, e limita regimes opressivos e totalitários. (DOUZINAS, 2011, p. 2)

A despeito da promessa acima, a adoção de uma visão de mundo em comum não seria idônea a solucionar os conflitos de classe, ideologia e nacionalidade, ou, em outros termos, as perplexidades geradas pelo fato do pluralismo contemporâneo. A inviabilidade de resolução desse problema explica-se ao notarmos que “os direitos humanos não possuem um significado comum, ou que o termo descreve fenômenos radicalmente diferentes” (DOUZINAS, 2011, p. 2). O professor da Birkbeck School of London, após caracterizar os direitos humanos como uma das mais importantes instituições liberais, lamenta que, mesmo após o que ele considera um fracasso das filosofias do liberalismo político e do liberalismo jurídico, o pensamento jurídico contemporâneo esteja a retomar uma inspiração oitocentista ao atualizar “o contrato social com ‘posições originais’, o imperativo categórico com “discurso ideal”, respostas

corretas e indivíduos em pleno controle de si mesmos”. (DOUZINAS, 2011, p. 2)

Douzinas (2011, p. 2), derridarianamente, propõe-se a desconstruir os direitos humanos, compreendidos como construtos ideológicos, e oferecer uma “ontologia alternativa que pode levar a uma nova política de liberação”. Para tanto, assume um axioma sobre os direitos humanos, qual seja, o de que o objetivo de tais direitos é “resistir à dominação e à opressão pública e privada”, objetivo tal que se esvazia quando eles são transformados “em ideologia política, ou em idolatria do capitalismo neoliberal ou na versão contemporânea da missão civilizatória” (DOUZINAS, 2011, p. 3). A partir de tal axioma, Douzinas apresenta-nos sete teses sobre os direitos humanos, as quais, tomadas em conjunto, “reescrevem a teoria ortodoxa” sobre a matéria.

A primeira tese é formulada por Douzinas nos seguintes termos: "Humanidade não é uma qualidade compartilhada. Ela não possui um significado fixo e não pode atuar como fonte de regras morais ou legais" (DOUZINAS, 2011, p. 3). Segundo o autor, a ideia de humanidade é utilizada como estratégia de classificação ontológica entre três categorias, quais sejam, a do “humano pleno”, a do “menos humano” e a do “não-humano”. Ora, se todos temos direitos humanos por sermos humanos, é necessário que saibamos definir o que é humano. Para demonstrar seu ponto de vista a tal respeito, Douzinas (2011, p. 3-4) reconstrói rapidamente a história do conceito de humanidade, tido como uma invenção moderna. Segundo o autor, na Idade Antiga, era valorizada a noção de “cidadão”, mas não existia a noção de “ser humano”. A liberdade de um ateniense, por exemplo, era reconhecida nos termos do reconhecimento de sua condição de cidadão. Já na República Romana, “humanitas” era termo utilizado, como se nota em Cícero, para diferenciar o romano educado (“homo humanus”, com “eruditio et institutio in bona artes”) do “homo barbarus”. Com o Cristianismo, introduzem-se a perspectiva universalista, segundo a qual todos os povos compõem a humanidade, e a igualdade espiritual no Ocidente, ou seja, a titularidade universal da possibilidade de salvação para aqueles que aceitarem a fé cristã. Daí para frente, a Igreja desenvolve um proselitismo religioso em que o amor a Cristo é convertido na imposição de uma mensagem de verdade e amor a todos, inclusive os pagãos. Assim, a fronteira territorial entre o humano grego e o bárbaro converteu-se, com o Cristianismo, em uma fronteira diagonal entre o fiel e o pagão. Na Era Moderna, o significado de “humanidade” foi objeto de um debate travado entre o filósofo Sepúlveda e o Bispo Bartholomé de las Casas no Conselho de Estado da Espanha em 1550, na cidade de Valladolid, referente à postura dos espanhóis quanto aos índios mexicanos. Para Sepúlveda, os espanhóis tinham direito de governar sobre os bárbaros, os quais seriam tão inferiores aos humanos, em “prudência, talento, virtude e

humanidade”, quanto os macacos. Em contraposição, como relata Douzinas (2011, p. 5), Las Casas afirmava que

Os indígenas possuem costumes bem estabelecidos e modos de vida definidos; eles têm a habilidade para organizar famílias e cidades. Eles são cristãos “involuntários”, como Adão antes da Queda. Seus argumentos combinavam teologia cristã com utilidade política, num exemplo prematuro de multiculturalismo. Respeitar costumes locais significa boa moralidade, mas também boa política: os indígenas se converteriam ao cristianismo (a principal preocupação de las Casas), mas também aceitariam a autoridade da Coroa e abasteceriam seus cofres, se fossem convencidos de que as suas tradições, leis e culturas seriam respeitadas. Mas o universalismo cristão de Las Casas era excludente, como todo universalismo. Ele repetidamente condenou os “turcos e mouros”, os verdadeiros bárbaros párias das nações, já que eles não podem ser vistos como cristãos “involuntários”.

De todo modo, para Douzinas (2011, p. 5), a divergência acima relatada denuncia a ambiguidade da ideologia dominante do imperialismo e do colonialismo ocidentais, que, por um lado, justificava a escravidão e a aniquilação do outro religioso ou étnico, visto como “não-humano” ou “subumano”, em nome de uma missão civilizatória; e, por outro, trata “a conquista, a ocupação e a conversão forçada” como “estratégias de desenvolvimento espiritual ou econômico, de progresso e integração dos outros, inocentes e ingênuos, à humanidade”.

A segunda tese de Douzinas (2011, p. 5-6) sobre os direitos humanos, derridarianamente, questiona as dicotomias poder-moralidade, império-cosmopolitismo, soberania-direitos, lei-desejo. Para o autor, há uma combinação historicamente situada entre poder e moralidade em cada sociedade. Douzinas remete aí ao surgimento do conceito de “homem” na Era Moderna e à substituição, consolidada no final do século XVIII, de Deus pela natureza humana como fundamento da ideia de humanidade. O ser humano, assim, torna-se um valor absoluto, inalienável e central, com suporte nas declarações de direitos daquele século, as quais os reputavam eternos, independentes de governos e fatores temporais e locais. Deve-se notar, porém, que a tradição humanista esconde a verdadeira fonte dos direitos universais, qual seja, como se nota da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o próprio ato de enunciação. O curioso é que a tradição humanista oitocentista seja repetida pela cultura contemporânea dos direitos humanos, em que

os direitos são declarados em nome do “homem” universal, mas é o ato de enunciação que os cria e aquele de um novo tipo de associação política, a nação e o seu Estado, para tornar-se o legislador soberano e, em segundo lugar, de um “homem” particular, o cidadão nacional, para vir a ser o beneficiário dos direitos. A nação-estado passa a existir através da exclusão de outras pessoas e nações. Os indivíduos modernos alcançam a sua humanidade através da aquisição de direitos políticos de cidadania, os quais garantem a admissão deles à natureza humana universal ao excluir outros deste status. O estrangeiro enquanto um não-cidadão é o bárbaro. Ele não tem direitos porque não é parte do Estado e é um humano inferior porque não é um cidadão. [...]. O estrangeiro é o hiato entre o homem e o cidadão.

No mundo globalizado, não possuir cidadania ou ser um refugiado é o pior destino. Os direitos humanos não existem: levando-se em conta a humanidade e não o status de membro de algum grupo intermediário, então, os refugiados, ou aqueles em Guantánamo, são relegados às prisões de segurança máxima. Eles não possuem nada, não possuem vida, *homines sacri* da nova ordem mundial. [...] [...] o desamparo, a passividade, o subdesenvolvimento [...] que amontoam nossas campanhas humanitárias e os tornam em crianças da humanidade, em nós mesmos no estado original. [...] eles são resgatados por nós, quem os ajuda a crescer, a se desenvolverem e a se tornarem a nossa imagem. (DOUZINAS, 2011, p. 6)

Conclui, então, o autor que história contemporânea dos direitos humanos é uma tentativa continuamente fracassada de preencher o intervalo entre os seres humanos abstratos e os cidadãos concretos, ou seja, de extensão das dignidades e privilégios daqueles que se beneficiam da noção normativa de humanidade à humanidade empiricamente considerada.

A terceira tese de Douzinas (2011, p.6) é a de que “a ordem pós-1989 combina um sistema econômico que gera enormes desigualdades estruturais e opressão com uma ideologia jurídico-política que promete dignidade e equidade. Esta grande instabilidade está levando ao seu fracasso.” Segundo o autor, a existência de uma moral global e de normas de cidadania são necessárias à conservação do capitalismo neoliberal. O reconhecimento e a difusão dos direitos humanos não é um ato político ocidental desinteressado, mas, sim, uma espécie de “imperialismo voluntário da economia global”, aceitável em tempos de direitos humanos e valores cosmopolitas. Sugere-se que os países em desenvolvimento alcançarão o padrão econômico ocidental, como se “a transformação da proteção de direitos formais numa limitada garantia de direitos materiais, econômicos e sociais” pelos países desenvolvidos não tivesse sido amplamente fundada no modelo colonialista (DOUZINAS, 2011, p. 8). Ademais, há um paradoxo entre, de um lado, o discurso dos direitos iguais e de dignidade para todos os povos e seres humanos, e, do outro, o modelo capitalista, desigual por excelência. Como escreve o professor de origem grega, “sistemas sociais e políticos tornam-se homogêneos ao transformarem suas prioridades ideológicas em valores e princípios universais. Na nova ordem mundial, o candidato perfeito para este papel são os direitos humanos. (DOUZINAS, 2011, p. 8)”. Enquanto os direitos humanos são “usados pelos poderes dominantes para disseminar ‘valores’ de uma ideologia niilista”, tais direitos perdem o seu potencial desconstrutivo de crítica às desigualdades e dignidades, bem como o seu potencial construtivo para a formulação de uma alternativa menos injusta. Conclui o autor que o discurso contemporâneo dos direitos humanos dá continuidade ao colonialismo ao fundamentar os esforços de civilizar os bárbaros, como se depreende do seguinte trecho:

A reivindicação para disseminar a Razão e o cristianismo forjou nos impérios ocidentais o sentimento de superioridade e seu ímpeto de universalização. O desejo ainda está lá; as ideias foram redefinidas, mas a crença na universalidade da nossa

visão de mundo permanece tão forte como a dos colonizadores. Existe pouca diferença entre cristianismo e direitos humanos. Ambos são parte do mesmo pacote cultural do Ocidente, agressivo e redentor ao mesmo tempo. (DOUZINAS, 2011, p. 8)

A quarta tese de Douzinas (2011, p. 8-9) é a dissolução, ao estilo derridariano, da dicotomia universalismo-comunitarismo, dado que ambos os elementos são tipos de humanismo interdependentes. Os universalistas e os comunitaristas têm debatido sobre o significado da humanidade como fonte de fundamento normativo. De maneira sintética, “o universalista alega que valores culturais e normas morais deveriam passar pelo teste da aplicabilidade universal e consistência lógica. Via de regra, chegam à conclusão de que se existe uma verdade moral, mas também muitos erros, cabem a seus agentes impô-la aos outros”, enquanto o comunitarista defende a contextualização dos valores e uma espécie de opressão da tradição (DOUZINAS, 2011, p. 8). Opondo-se a essa dicotomia, Douzinas (2011, p. 8) afirma que

Ambs os princípios, quando se tornam essências absolutas e passam a definir o sentido e o valor da humanidade sem exceção, podem se deparar com tudo aquilo que resiste a eles como algo dispensável. Ambas as posições exemplificam, talvez de formas diferentes, o desejo metafísico contemporâneo: eles tomaram uma decisão axiomática em relação àquilo que constitui a essência da humanidade e a seguem com um teimoso desrespeito aos argumentos contrários. O individualismo de princípios universais esquece que toda pessoa é um mundo em si mesmo e nasce em comunidade com outros, que estamos todos em comunidade. Estar em comunidade é parte integrante do ser si mesmo: o eu está exposto ao outro, coloca-se em exterioridade, o outro é parte da intimidade de si mesmo. Meu rosto está "sempre exposto a outros, sempre voltado para outros e enfrentado por eles, mas nunca voltado para mim mesmo". Na verdade, estar em comunidade com os outros é o oposto de ser ou pertencer a uma comunidade essencial. A maioria dos comunitaristas, por outro lado, define comunidade através da comunalidade da tradição, histórica e cultura, as várias cristalizações passadas das quais o peso inevitável determina possibilidades presentes. A essência da comunidade comunitária é, muitas vezes, para obrigar ou "permitir" que as pessoas encontrem a sua "essência", a "humanidade" comum agora definida como o espírito da nação, do povo ou o líder. Temos de seguir os valores tradicionais e excluir o que é estrangeiro e outro. Comunidade enquanto comunhão aceita os direitos humanos apenas na medida em que eles ajudam a submergir o Eu no Nós [...].

A moralidade universal e a identidade cultural são aspectos distintos da experiência humana, os quais não podem ser abstratamente comparados. Quando transpomos essa premissa para o campo da interpretação/aplicação do direito, notamos: por um lado, que a compreensão de direitos humanos “universais” em um direito estatal é realizada de acordo com os procedimentos jurídicos e princípios morais daquele Estado, o que significa submeter o universal ao particular; e, por outro, que nem mesmo os ordenamentos cujos direitos e práticas culturais tradicionais são mais arraigados contra as pretensões de universalidade conseguem evitar a influência de tal elemento. As pretensões de universalidade e tradição

configuram-se, paradoxalmente, como aliadas, pois todos os direitos e princípios, mesmo que com forte caráter localista, apresentam um impulso universalizante.

O individualismo e o comunitarismo são expressões contemporâneas de um humanismo que define a finalidade e o encerramento da essência da humanidade; um humanismo que, para a preservação do humano, precisa, conforme entende Levinas, ser derrotado. A humanidade não pode ser vista como um “princípio normativo, niilista ou mitológico”, uma “propriedade compartilhada”, visto ser aberta, indefinida, exposta às contínuas modificações da condição humana. A humanidade, pois, não tem uma função de essência, e sim de não-essência, sempre redefinida, bem como de tentativa necessária e impossível de fuga da determinação externa: “[...] ontologia de igualdade singular. [...]. A humanidade não tem fundamento, tampouco fim. Ela é a definição de infundabilidade” (DOUZINAS, 2011, p. 8).

A quinta tese de Douzinas (2011, p. 10) é a de que os direitos humanos, em um contexto de capitalismo avançado, “despolitizam a política e se tornam estratégias para a publicização e legalização do desejo individual (niilista e insaciável)”. O autor, remetendo à já mencionada crítica de Marx ao discurso dos direitos humanos, classifica as pessoas em legisladores, destinatários da legislação e excluídos. O espaço, a liberdade e os direitos conquistados contra o Estado, paradoxalmente, inscrevem as vidas individuais na ordem estatal, de maneira a reforçá-lo. Os conflitos, assim, são adormecidos, mas continua existindo um antagonismo, ou seja,

o resultado da tensão entre o corpo social estruturado, onde cada grupo tem seu papel, função e lugar, e que Rancière chama de "a parte nenhuma parte". Esses grupos têm sido radicalmente excluídos da ordem social, eles são invisíveis, fora do sentido estabelecido do que existe e é aceitável. Políticas adequadas surgem apenas quando uma parte excluída demanda ser incluída e deve mudar as regras de inclusão para conseguir isto. Quando eles tiverem sucesso, um novo sujeito político é constituído, em excesso para o grupo hierarquizado e o grupo visível de grupos, e uma divisão é posta no “senso comum” sobre o que é dado, sobre o contexto no qual nós vemos algo como dado. [...]. Quando os radicalmente excluídos protestam contra o mal que sofrem, eles se apresentam como representantes de toda a sociedade, como membros do universal. Nós, aqueles que não são ninguém, eles proclamam, somos contra aqueles que defendem apenas seus interesses particulares. O conflito político reúne em um só lugar o todo estruturado e o representante excluído do universal e reescreve as regras de inclusão e exclusão. Antes da transformação, a mudança política é uma questão de policiamento e de consenso. Após a mudança, a política volta à normalidade; no entanto, seu terreno foi modificado através da inclusão do novo grupo ou assunto e da redefinição das regras de legitimidade política. (DOUZINAS, 2011, p. 10-1)

O proletariado, o feminismo e a luta dos negros contra o Apartheid são exemplos de desafios radicais a “regimes de visibilidade” temporal e especialmente situados, desafios estes que são formulados nos termos da semântica dos direitos humanos, a qual, paradoxalmente, tanto proporciona uma crítica à desigualdade e à opressão quanto afirma e esconde estes

mesmos elementos. Ora, as reivindicações e lutas pelos direitos humanos redundam frequentemente em paliativos legais e individuais, em reformas de pequena monta. Nesse ponto, pergunta-se: “A política dos direitos humanos pode alargar o particular às demandas do universal? A ligação intrínseca entre os antigos direitos naturais com a transcendência (religiosa) abriu a possibilidade”, e a ontologia contemporânea caracteriza-se pela “desconstrução da essência e do significado, pelo fechamento do hiato entre ideal e real, pela sujeição do universal ao particular dominante” (DOUZINAS, 2011, p.11). Uma postura crítica, nesse contexto, deve ser a de uma abertura à descoberta e à luta pela transcendência na imanência.

A sexta tese de Douzinas (2011, p. 11) é a de que “A virada biopolítica transforma os direitos humanos em ferramentas de controle sob a promessa de liberdade”. O autor, ao falar sobre biopoder, refere-se ao disciplinamento do corpo social pela via de um controle dos processos vitais, ou seja, à inscrição da vida individual na ordem estatal. Exemplos dessa organização biopolítica do poder são as políticas de controle da migração em massa, a guerra contra o terror e as políticas para refugiados. O aumento contínuo dos direitos suscitado pela regulamentação biopolítica, paradoxalmente, gera o crescimento do investimento do poder sobre corpos, o que interfere no funcionamento do sistema jurídico, o qual deixa de lado a “irrealista reivindicação que forma um sistema coerente de normas, e começa a se assemelhar a uma máquina experimental ‘repleta de peças estranhas que vem de outro lugar, uniões estranhas, relações aleatórias, engrenagens e alavancas que não estão conectadas e não funcionam, mas que ainda assim produzem julgamentos, prisioneiros, sanções” (DOUZINAS, 2011, p. 12). A expansão da legalidade, paradoxalmente, está a convertê-la em abertura, descentralização, fragmentação, isto é, em uma lei que é lei por ser designada como tal. A legitimidade da legalidade tem assumido como critério, no senso comum, a capacidade de mobilização dos ícones da legalidade e da coerção, nos moldes de uma regulamentação detalhada de todos os aspectos da vida, o que redundava em uma desvinculação entre força e validade. “Se a lei moderna quer regulamentar o mundo, a pós-moderna apenas quer imitá-la”: antes, a cidadania era relacionada a uma participação no exercício da soberania e, portanto, a um elemento de autonomia moral; hoje, a autonomia é amoral e o direito torna-se mais imperialista em razão diretamente proporcional a sua perda de especificidade (DOUZINAS, 2011, p. 12). Conclui Douzinas que “os direitos, tanto quanto as normas regulamentadoras, abandonam sua normatividade, a fim de normalizar. A regra jurídica do império: tudo o que acontece é potencialmente legal; se nada tivesse acontecido, isto seria legal também.” (DOUZINAS, 2011, p. 12).

A última tese de Douzinas (2011, p. 12) é a de que “em contraposição ao cosmopolitismo do neoliberalismo e do império, o cosmopolitismo vindouro estabelece o último princípio moderno de justiça”. O professor de origem grega pretende confrontar a ingenuidade cosmopolita e as pretensões imperialistas mediante uma revelação do mútuo suporte entre o capitalismo global neoliberal e o discurso dos direitos humanos. Douzinas busca desacoplar tais noções, de modo a restaurar o potencial desconstrutivo-constutivo dos direitos humanos e retirá-los do âmbito do discurso moralista sobre a dignidade. O projeto de Douzinas (2011, p. 14) busca combinar igualdade e resistência em uma humanidade genérica, que nega a dicotomia entre individualismo universal e enclausuramento comunitarista. Em uma época de globalização, nota-se o paradoxo de que cada um é um cosmo repleto de possibilidades e, justamente por tal razão, não existe mais um mundo, e sim, apenas, situações desconectadas. O capitalismo cosmopolita, porém, veicula a promessa de

nos transformar em cidadãos do mundo sob uma soberania global e uma humanidade bem definida e concludente. Esta é a universalização da falta de mundo, o imperialismo e o empiricismo, nos quais todo cosmopolitismo redundaria. Devemos permanecer vigilantes contra as filiações estoicas, romanas e cristãs, com seu legado patriarcal e colonial. Mas não devemos desistir do ímpeto universalizante do imaginário, do cosmos que destrói todas as polis, perturba toda filiação e contesta toda soberania e hegemonia. Temos de inventar ou descobrir na genealogia do cosmopolitismo europeu aquilo que vai além e contra si mesmo, o princípio de seu excesso. (DOUZINAS, 2011, p. 14)

O cosmopolitismo vindouro esperado por Douzinas pressupõe um vínculo de solidariedade entre singularidades, o qual não pode ser convertido em uma comunidade ou em um Estado, até mesmo porque nasce da insatisfação com estes, tanto no plano nacional quanto no internacional. Em tal perspectiva, “o cosmos futuro é o mundo de cada indivíduo único, de quem quer que seja ou de qualquer um; a polis é o encontro infinito de singularidades”, de maneira que o vínculo de solidariedade em questão reside justamente ao protesto contra a cidadania, entendida esta como adesão a uma comunidade política” (DOUZINAS, 2011, p. 15). Segundo o autor, um vínculo tal “não pode ser restringido aos conceitos tradicionais de comunidade ou cosmos, de polis ou Estado. Este é o começo de uma nova ontologia e política de emancipação.” (DOUZINAS, 2011, p. 15).

Expostas as teses fundamentais de Douzinas sobre a matéria, demonstraremos, nos próximos tópicos, a compatibilidade entre as propostas de Panikkar e do professor de origem grega com os pensamentos de Esser e Peczenik, de maneira a estabelecer a convergência entre os eixos político, cultural, compreensivo e analítico deste trabalho.

5.4 OS “INSIGHTS” DIATÓPICOS DE ESSER E PECZENIK

Este tópico retomará, após o aprofundamento realizado no tópico “5.2” sobre a hermenêutica diatópica, os “insights” de Esser (5.4.1) e Peczenik (5.4.2) a respeito das possibilidades de diálogo intercultural mencionadas no capítulo anterior.

5.4.1 Meta-equivalência funcional: a equivalência de conceitos e instituições em Esser e a equivalência homemórfica em Panikkar

Vimos no capítulo anterior que Esser buscava uma compatibilização entre elementos personalistas e pluralistas mediante a transformação dos princípios em normas e instituições positivas. Tal reivindicação pluralista indica uma consciência do problema da necessidade de tutela das diferenças sem que estas se tornem absolutas. Enxergamos uma inspiração para o enfrentamento do problema dos conflitos culturais contemporâneos no contexto de uma sociedade policontextural na postura de deferência (“comity”) como “princípio de razão” (“reasonable principle”) descrita por Esser no que diz respeito à possibilidade de um ordenamento remeter a outro com o propósito de conciliação entre sistemas normativos. Não chega a ser surpreendente que um autor influenciado pelo pensamento gadameriano tenha percebido a inviabilidade hermenêutica de que se possa falar em um universalismo jurídico-axiológico, tendo em vista o caráter historicamente situado que é pressuposto às produções jurídico-conceituais. Por outro lado, há algo de bastante pioneiro no fato de que tal “insight” de Esser foi anterior à publicação de “Verdade e método” (1999), o que nos permite conjecturar que o contato com a obra de Gadamer lhe serviu muito mais como confirmação e estímulo ao aprofundamento de “hunches” que ele já havia, parcialmente, convertido (sempre de maneira imperfeita, por óbvio) em escritos anteriores à obra magna do filósofo-hermeneuta.

Esser considera que uma tentativa de comparação e aproximação entre ordens jurídicas e seus respectivos conceitos precisaria apresentar um caráter meramente funcional, tendo em vista os papéis análogos cumpridos por instituições jurídicas distintas em ordens jurídicas diferentes. Segundo o autor, cada conceito jurídico está vinculado à tradição cultural em que foi produzido e a problemas historicamente situados em torno do qual giram. Por tal razão, os conceitos não podem ser explicados abstratamente, nem, muito menos, comparados diretamente a tentativas de solução conceitual produzidas em outras comunidades jurídicas. É possível, porém, estabelecer uma comparação por analogia funcional quanto aos papéis

cumpridos por dadas instituições em seus ordenamentos jurídicos respectivos. Trata-se do que o autor chamou de “lei de equivalência funcional de conceitos e figuras jurídicas entre os sistemas”: a comparação jurídica não deve buscar “descobrir em um sistema traços isolados de outro, para logo explicá-los de um modo mais ou menos forçado a partir do primeiro como uma solução similar; nem é adequado basear-se nos diversos sistemas positivos para reconstruir um edifício oco de princípios doutrinários, nos quais a teoria pretende ver ‘imperfeitas’ formas positivas de expressão” (ESSER, 1961, p. 443 – tradução nossa). Mais adequado é procurar uma identidade funcional de soluções produzidas em ordenamentos distintos e situações históricas específicas, mas em circunstâncias sociais comparáveis e orientadas a um mesmo fim. A aproximação em questão, portanto, como qualquer raciocínio analógico, precisa considerar as “discrepâncias de perspectiva, construção e princípios básicos em sua oportunidade orgânica para cada sistema [...] e destacar, na qualidade de ‘princípio funcional’, suas coincidências teleológicas com as figuras que objetivamente lhe correspondem em outros sistemas” (ESSER, 1961, p. 448 – tradução nossa).

Esser (1961, p. 429) só admite, portanto, a possibilidade gnoseológica de que um ordenamento jurídico estatal reconheça como vinculante um conceito jurídico de outra ordem jurídica desde que seja realizada a devida conversão para o jogo de linguagem próprio da cultura jurídica receptora, nos termos da chamada “lei de vasos comunicantes: [...] as culturas que resultam prejudicadas pela estrutura de seu Direito recebem elementos tomados de outros sistemas” (ESSER, 1961, p. 467 – tradução nossa). De tal maneira, a aproximação entre as instituições jurídicas originadas em culturas distintas não pode ser desenvolvida tendo como referência suas respectivas posições e estruturas dogmáticas. Em outros termos, por trás do conceito, o que resta e é determinante é o caráter contextualmente equivalente, dado que as dimensões conceitual e institucional de um conceito de uma ordem jurídica alheia só podem ser compreendida, digamos, por um magistrado à luz do seu próprio ordenamento jurídico. É necessária, pois, uma interpretação regida por um “princípio universal de figuras equivalentes”, o que demanda uma investigação muito mais sociológica do que dogmática, dado que seu objeto será a efetiva (plano do “law in action”) dimensão operacional das figuras analisadas, ou seja, uma comparação empírica das práticas das comunidades jurídicas envolvidas. É essencial, pois, uma ponderação histórico-sociológica, ou seja, “metajurídica” dos conceitos e formas jurídicas positivas, de maneira a se alcançar algum nível de comensurabilidade, o qual será, de todo modo, sempre culturalmente condicionado, visto que qualquer comparação sempre será “realizada inconscientemente a partir do pensamento de escola do comparatista e introduzirá prematuramente na estrutura alheia o mundo conceitual

de sua ‘lex fori’”, o que, aliás, “inviabiliza o universalismo como hipótese de trabalho” (ESSER, 1961, p. 467 – tradução nossa).

Parece manifesto que Esser, ainda que em um contexto de pensamento distinto e orientado a um estudo especificamente jurídico, propunha uma noção de equivalência funcional similar à concebida por Panikkar a respeito dos equivalentes homeomórficos. Ora, a percepção do estudioso alemão a respeito do caráter culturalmente condicionado da construção dos conceitos e instituições jurídicas indica preocupação semelhante à de Panikkar e sua noção de janelas. Nesse sentido, a crítica de Esser às pretensões universalistas equivale, na linguagem de Panikkar, à crítica a uma pretensão de “quebra das janelas”, fenômeno que pode resultar na transformação de todos os pontos de vista em um único e, conseqüentemente, em uma homogeneização cultural antidiatópica. Por sua vez, a consciência da pluralidade de janelas e a ampliação dos pontos de vista sugeridas por Panikkar são análogas à proposta comparatista de Esser. Em outros termos, Esser percebe que não podemos tomar a *pars pro toto*, nem crer que vemos o *totum in parte*, pois o *totum* que vemos só é visto por nossa própria janela; ele é mais do que a soma de suas partes, e não existe de forma independente da parte por meio da qual ele é visto. Não há, portanto, uma posição arquimediana a partir da qual se possa desenvolver a integração de todas as partes.

Adentremos agora o estudo de Peczenik, reforçado pelas lições de Aarnio, sobre as possibilidades de um diálogo intercultural similar ao proposto por Panikkar.

5.4.2 Descrição analítica da aproximação diatópica entre jogos de linguagem e formas de vida à luz de Peczenik e Aarnio

O “insight” conjunto apresentado por Peczenik e Aarnio em “On values: universal or relative?” (1996) sobre a possibilidade de um diálogo intercultural pode ser retomado agora com maior profundidade. A dupla de professores considera que a linguagem é a base para o comportamento social, de maneira que os sujeitos, sem que possam escapar disso, continuamente a modificam. Todos os indivíduos estão vinculados à linguagem, pois introjetam as regras dos jogos linguísticos dos quais participam, com seus respectivos códigos de valores, ou seja, “um arranjo complexo de valores organizado, até certo ponto, com um sistema e compartilhado, até certo ponto, por uma dada quantidade de pessoas”. (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 323 – tradução nossa). Os juízos axiológicos dos indivíduos sempre são relativos a um código de valores específico e produzidos a partir deste código. Como explica Aarnio (1991, p. 273 – tradução nossa), os juízos morais, embora tenham eficácia social

direta, encontram grande dificuldade quanto a uma prova independente do respectivo contexto, o que, com fundo no segundo Wittgenstein, dificulta que falemos em uma única resposta correta situada temporal e espacialmente.

Não se pode duvidar de tudo. [...]. “O próprio jogo da dúvida pressupõe a certeza. Sendo assim, deve haver algum ponto final na apresentação de razões e justificações. Há situações em que precisamos poder dizer: [...] como disse Wittgenstein, temos que poder confiar em algo. Contudo, o por fim à dúvida não é precipitado. É uma parte do julgar. [...]. O sistema de nossas crenças forma-se pouco a pouco. Nesse sistema, “algumas coisas se encontram inabalavelmente arraigadas e outras podem ser mais ou menos móveis. O que se encontra arraigado o está não porque seja intrinsecamente óbvio ou convincente; está arraigado em virtude do que se encontra ao seu redor”. Ao dizer isso, Wittgenstein pensa que toda argumentação, em todo momento, cabe dentro de algum sistema (isto é, um jogo de linguagem) e que este sistema está assegurado por certas fundamentações sobre as quais não se duvida. Estas fundamentações não nos estão dadas na experiência cotidiana. Tampouco nos damos conta delas por meio da intuição (isto é, a “introspecção interna”). *Estão-nos dadas*. [...]. Sendo assim, toda justificação de uma afirmação pressupõe que alguma parte dos enunciados está fixada de antemão em algo. Porém, “o que considero seguro não é uma proposição, senão um ninho de proposições”, afirma Wittgenstein. [...] o “ninho” de enunciados está, de alguma maneira, fundido à fundamentação de nossos jogos de linguagem. Este ninho é a fundamentação que torna possível a comunicação linguística. Sem esta fundamentação, que confere precisão à outorga de significado, a comunicação implodiria.

Para evitar, porém, que se incorra em um comunitarismo absolutizante da tradição cultural de uma sociedade específica, o qual não seja submetido a críticas e não possibilite algum grau de “transcendência”, os autores consideram necessária a realização de atos de sopesamento e balanceamento entre as demandas de diferentes práticas e teorias morais. Assim, será possibilitada a criação de novos valores, os quais transcendam a tradição cultural de uma comunidade moral.

Aarnio e Peczenik (1996, p. 326), com fundamento no segundo Wittgenstein, afirmam que a linguagem ordinária não é um sistema axiomático, mas, sim, uma totalidade que inclui todo um conhecimento nela expresso. Essa totalidade, porém, não é homogênea, visto constituir uma família de jogos de linguagem, os quais não estão, portanto, mutuamente isolados. É possível falarmos em semelhanças de família entre os jogos de linguagem, mas não em “traços comuns a todos os jogos de linguagem, à linguagem como tal”. Uma cultura é um feixe de componentes distintos, interconectados e correspondentes, cada um deles, a um jogo de linguagem particular. Os jogos de linguagem estão vinculados à cultura e cumprem papéis mais ou menos relevantes para cada indivíduo pertencente a uma comunidade cultural dependendo de suas necessidades específicas. Se é verdade que a cultura serve como pano de fundo dos jogos de linguagem, não há algo que sirva como tal para todos os jogos de linguagem, pois a única universalidade que se pode conceber a tal respeito é tautológica e diz

respeito ao fato de a linguagem ser linguagem. Portanto, o que há em comum entre culturas diferentes não é um núcleo específico de noções e pontos de vista, mas apenas a pertença a uma família de jogos de linguagem e de convicções. Porém, a comunicação entre sujeitos pertencentes a culturas diferentes seria impossível caso não existissem alguns conceitos e concepções comuns entre elas, donde, exemplificativamente, “é natural presumir que existem algumas opiniões morais ‘prima facie’ mais ou menos compartilhadas entre um europeu e um chinês. Um filósofo não tem como dizer quais são, mas pode dizer que existem. Por conseguinte, um europeu e um chinês podem apresentar elementos comuns que possibilitem o entendimento recíproco e o início de um discurso sobre valores ‘all-things-considered’” (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 326 – tradução nossa).

Os autores assumem uma correlação entre valores e princípios como conceitualmente necessária: “asserções valorativas correspondem a princípios. As primeiras dizem o que é bom, enquanto as segundas dizem o que deve ser feito” (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 325 – tradução nossa). As asserções valorativas e os princípios postulam uma universalidade material, ou seja, que não se restringe a uma cultura específica. Será que tal premissa pode ser compatibilizada com a ideia de que as condições de validade (ou correção) desses juízos e princípios são culturalmente condicionadas? Esse é o problema do relativismo cultural, cuja resolução pressupõe que os princípios universais e as asserções axiológicas têm um caráter “prima facie”, ou seja: de acordo com o seu significado em uma dada cultura, a ação prescrita deve ser praticada “ceteris paribus”; a asserção deve ser considerada em um sopesamento e um balanceamento sobre o caráter bom e obrigatório de uma dada conduta; embora o pertencimento regular a uma dada cultura obste que um sujeito rejeite uma grande quantidade de asserções desse tipo, estas não decidem isoladamente que a ação respectiva deve ser praticada “all-things-considered”, o que só ocorrerá se elas prevalecerem sobre as asserções concorrentes após o sopesamento e o balanceamento (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 332).

Aarnio e Peczenik (1996, p. 334) exemplificam sua tentativa de solução do “problema entre as asserções morais materialmente universais e as condições de correção (validade) culturalmente vinculadas” com a caracterização de um conflito entre uma asserção favorável à liberdade de expressão formulada argumentativamente por um sujeito racional pertencente à cultura ocidental e uma asserção elaborada por um sujeito racional chinês que restringe a liberdade de expressão aos cidadãos bem-informados, sábios e leais. É claro que o embate entre asserções desse tipo pode ser concebido em termos de uma contradição lógica, como no caso de especificarmos uma das asserções como “prima facie” e a outra como absoluta. Nesse caso, seria impossível realizar um sopesamento e um balanceamento entre as asserções, o que,

porém, seria possível caso ambos os juízos fossem especificados como “prima facie”.

Os autores ressaltam que provavelmente a liberdade de expressão prevaleceria na maior parte das vezes na cultura ocidental e sua limitação preponderaria na maior parte dos casos na cultura chinesa. Ademais, não é certo que os membros da cultura ocidental e da cultura chinesa estejam dispostos a aceitar uma possível relativização, diante de uma situação concreta, de suas respectivas asserções quando um conflito entre as duas posições se configurar. Ainda assim, os autores suscitam uma hipótese antropológica formulada de um ponto de vista externo à própria moralidade de cada sujeito: a existência de valores básicos em cada cultura não impede a realização de um “esforço de comunicação de um sujeito através das fronteiras de sua própria cultura, o que permitiria a ele se dar conta de que também há algo ‘prima facie’ relevante na cultura estrangeira” (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 323 – tradução nossa).

A hipótese antropológica acima levantada pressupõe a distinção entre: a pretensão de universalidade de asserções axiológicas “prima facie”, as quais são universalmente válidas, visto serem independentes de preferências individuais e, mesmo sendo culturalmente vinculadas, pressupõem que há algo de comum em todas as culturas; e as avaliações “all-things-considered”, que são contextualizadas, bem como relativas a uma cultura específica e a preferências individuais (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 330). Ora, o diálogo intercultural demanda, na visão de Aarnio e Peczenik, a assunção do primeiro ponto de vista, dado que busca uma espécie de “transcendência histórico-culturalmente situada”, em que as proposições concebidas localmente são consideradas “prima facie” e submetidas à problematização entre si.

Como notam Aarnio e Peczenik (1986, p. 326), os jogos de linguagem são completos em si mesmos, o que impede que sejam “melhorados” filosoficamente, mas as alterações dos jogos de linguagem produzem efeitos modificadores em outros lugares. Também é possível que os sujeitos se desloquem entre os inumeráveis jogos de linguagem. Essa premissa foi desenvolvida de maneira mais profunda individualmente por Aarnio, parceiro intelectual de Peczenik, o que nos abre possibilidades de oferecer, em combinação com a hermenêutica diatópica, uma hipótese descritiva do contato intercultural pressuposto em qualquer tentativa de decisão racional de conflitos multiculturais. Assumimos que, em certa medida, todo conflito de pluralismo axiológico é um conflito multicultural, pois sempre envolve subculturas distintas dentro de uma mesma cultura comum, conforme o seguinte entendimento de Vicente de Paulo Barretto (2013, p. 245):

A observação das culturas locais demonstra [...] que elas não se constituem em

universos fechados, impermeáveis às influências exógenas e incapazes de serem contestadas por forças sociais internas. A própria ciência antropológica mostra como dentro das culturas encontra-se uma enorme gama de interpretações da própria tradição e das práticas culturais, podendo-se afirmar, neste sentido, que todas as culturas são pluralistas. O pluralismo supõe, assim, a existência de posições divergentes em relação à interpretação oficial da tradição religiosa ou cultural, expressando-se através do que alguns autores chamam de ‘crítica interna’, exercida no contexto de culturas aparentemente monolíticas. Esses valores, que se encontram escondidos sob a manta de interpretações e práticas hegemônicas da tradição cultural, aparecem sob a forma de movimentos de protestos e de heterodoxias [...].

Uma explicação filosoficamente mais sólida a respeito da semelhança entre os conflitos multiculturais e os conflitos pluralistas pode ser desenvolvida a partir da leitura de Aarnio sobre a filosofia do segundo Wittgenstein (1999), para quem as manifestações da cultura humana estão vinculadas às estruturas básicas de uma natureza social, ou seja, a uma forma de vida⁶⁸. As formas de vida não estão dadas, completas, pois são produzidas parcialmente pelos seres humanos, modificando-se historicamente. “[...] a forma de vida é algo que está ‘antes de nós’, isto é, independentemente do indivíduo. Os jogos de linguagem estão enraizados nesta estrutura básica. Pode-se dizer também que os jogos de linguagem são manifestações da forma de vida” (AARNIO, 2011, p. 289 – tradução nossa).

O segundo Wittgenstein chama de “imagem de mundo” o nó de proposições constituinte do fundamento comum de nosso conhecimento. Seus limites são flexíveis, não se tratando de um conjunto coerente e firme de enunciados, mas, sim, de enunciados envolvidos em uma grande quantidade de fragmentos da imagem de mundo mutuamente conectados (semelhança de família dos jogos de linguagem), constituindo um todo. Tais fragmentos são as bases dos jogos de linguagem e estabelecem as ligações últimas destes. “Se adotamos a terminologia de von Wright e chamamos ao conjunto de enunciados que formam a imagem do mundo pré-conhecimento, podemos dizer que todo jogo de linguagem tem uma fundamentação que constitui um fragmento da pré-compreensão de quem joga o jogo” (AARNIO, 1991, p. 274 – tradução nossa).

Aarnio (1991, p. 275) explica que os enunciados pertencentes a uma imagem de mundo cumprem papel semelhante ao das regras de um jogo, mas a imagem de mundo não é sólida e imutável. Ao contrário, encontra-se sempre em um estado fluido, como um fundamento dinâmico. Ora, a imagem de mundo encontra fundamento na noção, que não é proposicional,

⁶⁸ A argumentação desenvolvida neste tópico sobre a viabilidade do estabelecimento de uma relação entre os estudos de Aarnio a respeito da filosofia wittgensteiniana e a hermenêutica diatópica foi originalmente desenvolvida em outro contexto e apresentada em escrito de nossa autoria (MIGUEL, 2015). Inovamos agora, contudo, não apenas devido à diferença de contexto temático, mas também pela qualificação do argumento original mediante a inserção do estudo conjunto entre Peczenik e Aarnio, mormente no que concerne à “hipótese antropológica” suscitada pela dupla de pensadores.

de forma de vida.

A linguagem é uma manifestação da forma de vida. A forma de vida é a “fase” prática, não preposicional, da imagem. Por sua vez, a imagem do mundo ou, mais corretamente, o fragmento da imagem do mundo, constitui o fundamento de um (determinado) jogo de linguagem. Quando Wittgenstein diz que uma expressão adquire seu significado no uso da linguagem, pensa que o significado se manifesta na forma como se joga o jogo de linguagem. Não é uma questão da linguagem em si mesma, como um fenômeno autônomo. Ao contrário, uma expressão individual é uma parte de uma atividade linguística, isto é, de um jogo de linguagem. Este, por sua vez, está conectado a uma forma de vida. Não é possível entender a ação (o jogar um jogo) a menos que existam algumas regras comuns de ação. Usando uma formação de Karl Otto Apel: os jogos de linguagem são entidades que combinam o uso da linguagem, a forma de vida e a forma de ver o mundo. [...] [...] a análise da linguagem é sempre e em todas as circunstâncias, a análise da forma de vida. (AARNIO, 2011, p. 275-6).

As cadeias argumentativas não se encerram na realização ou projeção de algum fundamento de sustentação, mas sim no próprio agir do sujeito que argumenta. As formas de vida confirmam-se nas ações, as quais revelam aquilo em que acreditamos; “o fato de ser capaz de agir de uma determinada maneira em uma determinada situação torna manifesto que pertença a certa forma de vida” (AARNIO, 1991, p. 275 – tradução nossa). A forma de vida e, por conseguinte, as imagens de mundo encontram fundamento nas atividades constituintes básicas de uma cultura. A origem última das inovações nunca é independente do contexto local e das próprias formas de vida, ou seja, nunca deixa de ser intersubjetiva, dado que “um indivíduo não pode conformar autonomamente para si mesmo uma forma de vida completamente privada, uma imagem do mundo e uma linguagem próprias (AARNIO, 1991, p. 278). O discurso, circularmente, é constituído a partir de formas de vida, mas também as constitui e modifica, ponto em que reside o nexos entre a linguagem e a realidade do mundo social. Ora, como explica Nimis (1986, p. 4-5 – tradução nossa),

Toda comunicação ocorre em termos de convenções, mas tais convenções são constantemente usadas para “dizer” novas coisas por meio de várias estratégias criativas. A criatividade governada por regras é definida como a produção de uma nova expressão ou mensagem que é uma combinação de unidades convencionais regulada por convenções anteriores. Consequentemente, a afirmação “há uma montanha dourada na lua” seria uma “nova” expressão, mas apta a ser compreendida dadas as convenções do inglês existentes. Porém, o famoso verso de Wallace Stevens “ideias sem cor verdes dormem furiosamente” é um exemplo de criatividade modificadora de regras, visto que a produção e interpretação desta expressão requerer o estabelecimento de uma nova convenção que não existe ainda. [...] produtor de signos que deseja mudar o “código”, articular um significado para o qual não existem ainda convenções adequadas a sua recepção precisa e a sua comunicação. A situação parece paradoxal: se a comunicação é baseada em convenções, como ela pode ocorrer onde convenções não existem? Contudo, a menos que suponhamos que a linguagem é “natural” em sentido estrito (ou seja, que ela é imanente), toda linguagem precisa ter se tornado convencional por alguma forma de criatividade modificadora de regras.

Mutável historicamente, a forma de vida independe do indivíduo, como algo a ele preexistente. Trata-se de uma composição básica da estrutura social, na qual estão enraizados os jogos de linguagem, como manifestações da forma de vida. As formas de vida a que um sujeito pertence são reveladas em suas próprias ações, sendo radicadas nas atividades culturais básicas. Qualquer argumentação ocorre no contexto de uma forma de vida, de um sistema de valores. As formas de vida encontram nas imagens de mundo a sua expressão proposicional, também dotada de caráter mutável e cumpridora de papel semelhante ao das regras de um jogo, qual seja, um jogo de linguagem (AARNIO, 1991, p. 269 e ss.).

Vejamos a seguinte formulação de Aulis Aarnio sobre as variações presentes em uma mesma forma de vida.

Um exemplo: A e B são membros da mesma forma de vida F . Compartilham os mesmos significados das questões. Com outras palavras: sua linguagem comum lhes permite se entenderem reciprocamente. Contudo, a forma comum de vida F pode admitir diferentes variações, diferentes secções da forma de vida. Suponhamos duas de tais secções, F_1 e F_2 . Cada secção está acompanhada por seu chamado contorno proposicional, isto é, sua imagem do mundo. Neste caso, há duas imagens do mundo, IM_1 e IM_2 . Dentro do limite das imagens do mundo, se jogam dois diferentes jogos de linguagem. Suponhamos também que a diferença entre as imagens do mundo está baseada (ao menos em parte) em atos diferentes. Chamarei tais atos de “escolhas”. Uma escolha é uma situação em que é possível fazer I_1 e I_2 , e se faz I_1 . Dentro do limite da imagem do mundo é possível justificar certas escolhas. Isso será levado a cabo por meio de outros atos. Todavia, há atos básicos que não podemos justificar sobre uma base racional; são meramente atos (primitivos). Mas, ainda assim, constituem, em parte, a base da secção da forma de vida (F_1/F_2) e, ademais, a base da imagem do mundo. Deste ponto de vista, pareceria possível dizer – como observa Henry Le Roy Finch – que as escolhas se encontram imanentemente no conceito de forma de vida. Quando participamos nos atos, somos participantes de uma determinada secção da imagem do mundo. Isto, por sua vez, significa que talvez não *aceitemos* totalmente uma imagem do mundo construída sobre a base de outros atos básicos e escolhas ainda quando, através da fundação comum da forma de vida, possamos entender estas outras escolhas. Entendemos tais imagens porque temos um número suficiente de termos comuns para entendê-las. IM_1 e IM_2 têm uma semelhança de família suficiente. Por outro lado, a transição de uma imagem do mundo (IM_1) a outra (IM_2) é sempre uma questão não racional. É também uma escolha que não pode ser justificada (AARNIO, 1991, p. 277 – tradução nossa).

Existe, nos casos de conflitos pluralistas, uma forma de vida (F), comum a todos os participantes da interação, mas cada um destes pertence a uma secção própria ($F_1, F_2, F_3...$) daquela forma de vida mais geral. A cada secção corresponde um contorno proposicional, ou seja, uma imagem de mundo ($I_1, I_2, I_3...$), e a cada uma destas, por sua vez, está atrelado um jogo de linguagem. Pelo fato de as imagens de mundo em questão estarem relacionadas a secções de uma mesma forma de vida comum (F), podemos dizer que há uma semelhança de família entre as imagens de mundo em jogo, o que torna os conflitos pluralistas, em certo modo, mais simples do que os interculturais em sentido estrito. Ainda assim, trata-se de mera diferença quanto aos graus de complexidade em relação aos conflitos multiculturais (em

sentido estrito), e não de qualquer nota distintiva quanto a sua natureza, a qual consideramos semelhante.

Se os “conflitos multiculturais em sentido estrito”, objeto privilegiado da hermenêutica diatópica, são mais simples do que os conflitos pluralistas (interculturais apenas em sentido lato), mas têm natureza similar a estes; a hermenêutica diatópica abarca ambos os tipos de conflito. Segundo Aarnio, “podemos construir conscientemente um jogo que seja mais primitivo que a linguagem ordinária ou jogos que iluminem algumas características desta linguagem ordinária; jogos que parecem ser jogos de interpretação possíveis e, ao mesmo tempo, adequados” (AARNIO, 1991, p. 119 – tradução nossa). “Mutatis mutandis”, os equivalentes homeomórficos podem funcionar como novas regras de um jogo de linguagem intercultural, cumprindo na hermenêutica diatópica, quando combinados, o papel de *topoi* concebidos justamente para suplantar a dificuldade de que membros de culturas, formas de vida e jogos de linguagem diferentes desenvolvam um diálogo adequado.

Aarnio e Peczenik (1996, p. 324) notaram que o significado de cada palavra se modifica dependendo do jogo de linguagem em que é utilizada. Não é outra a razão pela qual Larenz (2005, p. 279-80) explica que previamente à compreensão de expressões que cumprem funções equivalentes em jogos de linguagem distintos é preciso estabelecer, como condição de possibilidade, uma ponte entre esses jogos de linguagem.

O significado de uma palavra, diz-nos WITTGENSTEIN, não se lhe cola como uma propriedade estável, mas resulta em cada caso do seu uso em um determinado «jogo-de-linguagem». [...]. O papel dos termos num jogo-de-linguagem não é assim apreensível com o mero recurso a uma definição. E especialmente não se pode apreender o significado de um termo no contexto de *um* jogo-de-linguagem mediante a remissão para o seu significado num jogo-de-linguagem *distinto*. Em todo o caso, pode dizer-se que o papel de uma palavra «corresponde» ao de uma outra — ou da própria — palavra noutra jogo-de-linguagem. [...] uma e outra não querem dizer a mesma coisa. [...]. Mas se as expressões [...] não podem ser definidas com o serem remetidas para características ou conceitos de um outro «jogo de linguagem», como pode aceder-se ao seu significado? No sentido de WITTGENSTEIN, dever-se-ia responder deste modo: somente na medida em que se participe no «jogo de linguagem». Isto liga-se à questão de como se entra realmente num tal «jogo de linguagem» (LARENZ, 2005, p. 279-80).

Aarnio (1991, p. 255; 270), ao abordar o que chama de regras de eficiência, componentes do grupo de regras básicas do seu modelo de racionalidade discursiva, afirma que

para ser racional, o discurso prático pressupõe efetividade: o discurso tem que resultar em uma conclusão. Um discurso sem efetividade é uma anomalia. Isto significa, por exemplo, que os falantes usam suas expressões da mesma maneira. Em outras palavras, entre os participantes (*A* e *B*) não existe nenhum desacordo linguístico manifesto. Todas as diferenças linguísticas de opinião têm que ser eliminadas antes que seja possível discutir sobre uma base racional o desacordo material. Este pode ser chamado também o princípio de significados similares

(similitude). As partes na interpretação não apenas devem ter uma linguagem comum, mas também deve usar cada expressão de uma maneira uniforme. [...] Se há uma semelhança de família suficiente entre as formas de vida (jogos de linguagem), é então possível alcançar um *consenso* sobre os critérios de valoração que pertencem a diferentes formas de vida. Não só eles se entendem reciprocamente, mas também são capazes de aceitar as opiniões dos outros, mesmo quando esta aceitação *não* está baseada em fundamentos racionais. Em termos gerais, podemos falar de “compromissos”. Novamente, quando não há suficiente “semelhança de família”, o consenso é impossível. É aqui que se nota mais facilmente o abismo entre formas de vida. No mundo atual, é verdade, existe uma relação entre a maioria das formas de vida. Por isso, é possível o entendimento entre aqueles que se encontram em diferentes formas de vida. Mas, ainda assim, as formas de vida podem ser diferentes entre si tão basicamente que se torne impossível a aceitação de posições valorativas. (AARNIO, 1991, p. 270 – tradução nossa)

Para satisfazer as regras de eficiência postuladas por Aarnio, bem como estabelecer uma porta de entrada nos jogos de linguagem alienígenas, podemos remontar ao exemplo de Panikkar sobre a equivalência funcional entre “direitos humanos” e “svadharma” e conjecturar que a vinculação de ambos os *topoi* nos diálogos interculturais modificaria contínua e entrelaçadamente os sentidos atribuídos às referidas expressões nas próprias culturas em que se originaram. Nesse ponto, encontramos certa convergência com Boaventura Santos, para quem, conforme já mencionado, o diálogo intercultural mescla e entrecruza os diferentes universos de sentido. Para o autor, a interação entre culturas proporcionaria a atribuição de uma força intermédia aos *topoi* originários monoculturalmente – força maior do que a que normalmente recebe quando interpretado pela cultura alheia, mas menor do que a que tem no seio de sua cultura originária –, o que possibilitaria a percepção mútua da incompletude dos lugares-comuns concebidos monoculturalmente – como diz Panikkar, o diálogo permite que o outro nos revele o nosso próprio mito (2006, p. 87-8). Indo um pouco mais longe do que Boaventura Santos, entendemos propriamente que o entrelaçamento entre as formas de vida e jogos e linguagem monoculturais permite uma própria ressignificação de tais *topoi* dentro de cada cultura, bem como o surgimento de novos *topoi*, os quais são, em alguma medida, derivados dos *topoi* monoculturais, mas também são mais do que eles, visto comporem uma nova forma de vida e um novo jogo de linguagem comuns aos membros de ambas as culturas. Mais do que meramente colocarmos um pé em nossa cultura de origem e o outro pé em outra cultura, transmutando-a de *alius* em *alter*, o pé que se encontra em nossa cultura de origem não seria mais o mesmo, e projetaríamos uma espécie de “terceiro pé”, interculturalmente situado. Permite-se, assim, de modo perfectibilizante, uma compreensão através da diferença, resguardando-se, porém, o inexorável resquício de incompreensibilidade que a diferença de janelas implica – como diz Panikkar (2006, p. 86), a compreensão de outra cultura nunca é completa, dado que os mitos fundamentais de uma cultura podem ser

incompatível com os da outra – e, portanto, o espaço próprio de cada sujeito como pertencente não apenas à forma de vida intercultural, mas também a sua forma de vida monocultural, sob pena de uma pretensão homogeneização cultural dos seres humanos incompatível com o projeto diatópico-hermenêutico. Aqui, mais uma vez, é pertinente o pensamento de Aarnio (1991, p. 38 – tradução nossa) veiculado no seguinte trecho:

Os jogos de linguagem são sobrepostos de maneiras incontáveis. Um jogo de linguagem que precisa de maiores explicações junta-se a um jogo de linguagem secundário de primeiro grau, que, por sua vez, se junta a um jogo de linguagem primitivo, e assim por diante [...]. Este processo “ascendente” forma uma vasta e complexa rede de jogos de linguagem que é simultaneamente horizontal e vertical, lembrando uma família em ambas as relações. Nós ganhamos mais e mais habilidades em uma linguagem à medida que aprendemos novos jogos de linguagem que têm uma semelhança de família com aqueles que nós conhecemos de antemão. Nós “amadurecemos e nos remodelamos à linguagem” – embora nós também “criemos” a linguagem em um sentido limitado. Como indivíduos, não podemos criar moldar a linguagem de maneira significativa, mas a comunidade de que somos uma parte a renova por meio da criação de novos jogos de linguagem e da remoção de antigos. As formas de vida modificam-se, e nós nos modificamos junto com elas.

Aarnio assume a noção de “significado comum”, presente em Charles Taylor, para abordar a compreensão do comportamento social. Um significado comum, como “estilo de vida finlandês” (ou brasileiro), não se confunde com as orientações similares de valorações adotadas por sujeitos distintos, visto que existem diversas interpretações possíveis a respeito da composição de um significado comum, cada qual como manifestação de uma orientação ideológica – pode-se, por exemplo, assumir uma concepção “conservadora”, entendendo a expressão como “a força que mantém uma sociedade unida”, ou uma postura “progressista”, no sentido de um “dever-ser social” que se pretende promover. A equivalência homeomórfica serviria justamente como referência para a construção de um significado comum resultante do entrelaçamento entre conceitos que cumprem funções análogas nas tradições culturais em que foram originados. Quer-se meramente imaginar como seria possível o estabelecimento de uma semelhança de família entre as formas de vida presentes nas culturas em que estão envolvidos os participantes das interações, de modo que possam encontrar significados comuns e uma forma comum de vida, o que possibilitaria uma redução perfectibilizante da incompreensibilidade gerada pela diferença. Ora, como diz Aarnio (1991, p. 271 – tradução nossa), “os conceitos de forma de vida e de significado comum consistem em uma enorme rede de fragmentos [...] e um indivíduo determinado pode participar em algum, mas não necessariamente em cada um deles”, o que significa que os ocidentais e hindus, embora participem de formas de vida diretamente ligadas às culturas em que vivem – algo que causa um estranhamento recíproco –, podem também compartilhar formas de vida comuns, entrelaçáveis de acordo com o modelo de sobreposição descrito por Aarnio (1991, p. 271 –

tradução nossa) no seguinte excerto:

Um acordo entre duas interpretações pode ser alcançado com uma semelhança de família suficiente sobre como deveria ser entendida a forma comum de vida. Sob esta precondição, A e B – que representam diferentes interpretações do significado comum – podem aceitar um compromisso. [...]. Como diz Timothy Stroup, “o importante nas disputas morais últimas, quando elas realmente existem, é conseguir que deslocar seu modelo em direção a algo mais parecido com o meu e, se isto não pode ser feito, então não o pode fazer nem o objetivista, nem o relativista”. Referindo-se a Edward Westermack, Stroup continua: “Nossos juízos morais, em vez de ser complacentes a respeito de nós mesmos e críticos em relação aos demais, se tornariam, através de uma compreensão maior, mais críticos a respeito de nós mesmos e mais generosos a respeito das outras pessoas e suas circunstâncias”. A argumentação racional a respeito das valorações não será inútil, apesar de as diferenças últimas de opinião estarem baseadas em critérios não racionais.

Aarnio (1991, p. 255) faz a ressalva de que as regras de eficiência impõem que os participantes da interação não modifiquem inesperadamente os compromissos do jogo de linguagem sem justificativa: “Uma modificação inesperada nas convenções linguísticas perturba o todo do discurso. Ao obrigar-se a si mesmo a este tipo de regra de consistência, se evita a possibilidade de que, durante a interpretação, um desacordo material se converta em um desacordo linguístico”. Porém, é uma condição de possibilidade do diálogo intercultural pretendido pela hermenêutica diatópica a constituição de uma modificação das convenções linguísticas, resultando na criação de um novo jogo de linguagem, o qual possa ser compartilhado pelos participantes da interação. Essa criação pressupõe um momento de liberdade primária, nos moldes do pensamento do segundo Wittgenstein. Ora, como explica Nimis (1986, p. 10 – tradução nossa),

Novas convenções não podem ser criadas *ex nihilo*; um aspecto essencial da criatividade modificadora das regras é encontrar um meio de tornar a nova convenção aceitável para os outros. Para ser bem-sucedida, portanto, a criatividade modificadora de regras deve “apoiar-se”, por assim dizer, nas convenções existentes, de modo que o destinatário seja apto a deduzir a nova regra que está sendo proposta. Isto significa usar expressões convencionais, mas de uma maneira a indicar que elas significam algo a mais do que o usual (como, por exemplo, quando colocamos uma palavra entre aspas). Um processo tal pode envolver a extensão de convenções existentes por hipérbole, catacrese, oxímoros – em suma, por meio da exploração de todos os mecanismos de linguagem figurativa.

Wittgenstein concebe o jogo de linguagem como ação. A base desse jogo está nos atos primitivos que constituem as formas de vida. Nesse ponto, Aarnio (1991, p. 268 e ss.), com apoio em Henry Le Roy Finch, entende existir uma dimensão ética imanente à filosofia de Wittgenstein, ainda que este não tenha formulado propriamente uma teoria específica do valor. Uma escolha ética, ou seja, uma expressão de um juízo de valor equivale a jogar um jogo de linguagem. “É ação e, ao mesmo tempo, sua base se encontra em determinados atos. [...]. As escolhas éticas estão baseadas em atos e estes, por sua vez, estão, em última

instância, injustificados. Estão apenas ligados a nossa forma de vida; poderíamos dizer que a justificação se encontra ali, em nossa vida” (AARNIO, 1991, p. 269 – tradução nossa). Em Wittgenstein II, há, por trás da linguagem e das formas de vida, uma liberdade primária, uma falta de fundamento, que lhes serve de fonte. Os jogos de linguagem não são justificáveis; apenas possibilitam que os juízos de valor sejam justificados de acordo com as medidas de valoração estabelecidas pelo jogo. Nesse sentido, para Wittgenstein, formas de vida não seriam racionalmente justificáveis, de modo que as transições de uma forma de vida a outra, de um sistema de valores a outro, seriam uma questão de persuasão, visto que forma de vida é ação, não se submetendo à escolha racional e à argumentação racional, mas, sim, criando a base da escolha racional (AARNIO, 1991, p. 269;70). “A argumentação só é possível no contexto de uma forma de vida. [...] Se argumentamos sobre algo com alguém que pertence a outra forma de vida, não o podemos influenciar através de argumentos racionais. Temos que tratar de o persuadir a se unir a nós e, assim, temos que o persuadir a modificar sua forma de vida e sua imagem do mundo” (AARNIO, 1991, p. 276 – tradução nossa).

Aarnio (2011, p. 37) entende, com inspiração no segundo Wittgenstein, que o problema do significado sempre se apresenta na prática social, mais propriamente em situações de fala. Como não há linguagem sem o seu uso, não se pode falar em significados senão a partir de uma comunidade linguística, nem em uma linguagem pessoal e privada, restrita a um único sujeito. Ora, a linguagem nunca se desvincula da forma de vida, visto que, como atividade, só tem sentido quando a ela atrelada. Portanto, falar a linguagem é participar de uma forma de vida, premissa que nos ajuda a compreender como se dá o aprendizado das linguagens. Como diz Panikkar, (2006, p. 144-5) precisamos descobrir o outro, muitas vezes visto como um *aliud*, um estrangeiro, como um *alter*, um companheiro, valorizando conscientemente a sua perspectiva, mesmo sem que a compreendamos. Aqui, novamente, recorreremos a Aarnio (1991, p. 37-8; 275-6 – tradução nossa):

As palavras estão “em seu lar” dentro de uma forma de vida. Em virtude disso, pertencer a uma certa forma de vida é um requisito para a participação no jogo de linguagem. E vice-versa: jogar um jogo de linguagem é participar de uma forma de vida. Se uma pessoa não é um participante, não pode entender a linguagem, nem pode, ela mesma, ser entendida. [...] A interação linguística é possível se, e apenas se, os falantes compartilham um contexto cultural comum, uma forma de vida. O exemplo da compreensão de uma comunidade tribal estrangeira pode ser interpretado desta forma. Se um forasteiro aproxima-se de uma comunidade e ouve seus membros dizendo “Grh”, isto pode ser interpretado como um gesto de boas-vindas, uma expressão de hostilidade ou um sinal de completa falta de interesse. A resposta a estas questões é revelada ao forasteiro quando este alcança a conexão contextual, a forma de vida que sustenta a expressão. Se a forma de vida é *completamente* alienígena, surge um problema quase insolúvel: como podemos compreender uma cultura que nos é completamente estranha? [...]. A cultura

estrangeira só pode ser desvendada se nós conseguirmos nos familiarizar com seus jogos de linguagem, e isto se torna possível se nós tivermos uma *ideia geral* do modo como jogos de linguagem são jogados. O sujeito não pode se desvincular totalmente da cultura desconhecida, mas deve ao menos conhecer algo antes de “perguntar um nome”. Mais além, uma vez que o sujeito conheça algo sobre a cultura alienígena, poderá adotar o ‘ponto de vista interno’ e ganhar uma ‘entrada’ para a linguagem daquela cultura. Falando metaforicamente, o ponto de vista interno pressupõe que os jogos de linguagem devem estar se justapondo, ao menos em algum grau. Sendo assim, o sujeito gradualmente torna-se mais envolvido na nova forma de vida, o que torna possível, primeiro, *entender* os jogos de linguagem estrangeiros e, segundo, talvez, *aceitá-los*. A compreensão sempre prevalece sobre a aceitação. Se um sujeito é um *membro* de uma certa cultura, ele ou ela não apenas compreende e aceita as regras e princípios de sustentação entrelaçados com essa cultura; ele ou ela está também *comprometido* com elas.

A interculturalidade, segundo Panikkar (2006,p. 63-4), exige a compreensão da linguagem do outro sem que haja propriamente uma tradução, em sentido estrito, dessa linguagem. Trata-se mais propriamente de uma comunicação e uma fecundação mútua. O outro faz parte do self, nos termos de uma concepção de diferença “no interior de”⁶⁹. Conhecer o outro, para Panikkar (2006, p. 76), é uma condição essencial do autoconhecimento. O diálogo intercultural faz a cultura do *alter* começar “a converter-se no outro pólo da nossa e talvez em um complemento” (PANIKKAR, 2006, p. 38). Compreende-se, assim, como a diferença é vivida, expressa, transgredida e entrecruzada (BURBULES, 2003, p.87).

Panikkar (2006, p. 48) enxerga uma circularidade (iterativa, poderíamos dizer) entre a prática do diálogo e a instituição das regras que o regem. “Nosso ponto de partida: simplesmente o encontro existencial em uma intenção autêntica de diálogo [...]” (PANIKKAR 2006, p. 72), diálogo este que, para o autor, revelará espontaneamente as regras que o regem. As regras do diálogo não são instituídas ou impostas unilateralmente, mas, sim, exsurgem – e não são pressupostas aprioristicamente – do próprio diálogo. É uma condição da própria ideia de interculturalidade que o critério do diálogo respectivo tenha origem em sua prática e seja interpretado no desenvolvimento desta pelos participantes da interação (PANIKKAR, 2006, p. 45 e ss.). Ora, só se aprende a jogar um jogo de linguagem mediante a própria participação nesse jogo de linguagem, como fica claro nas seguintes palavras de Larenz (2005, p. 280)

Não se pode decerto «mostrar» o normativo de uma maneira palpável, como um objeto perceptível pelos sentidos. No entanto, é indubitável que uma criança compreende que deve fazer ou não pode fazer algo, quando tal lhe é indicado. O

⁶⁹ Sobre a noção de “diferença no interior de”, Arenhart (2008, p. 87) apresenta-nos os seguintes exemplos : “A condição de ser-mulher está contida na minha condição de ser-homem; vivo a minha heterossexualidade em consonância com aquilo que, dentro de mim, é evocado pela condição homossexual” (ARENHART, 2008, p. 87).

passo seguinte poderia ser o fato de que a criança constata que não é só a ela que se fazem exigências, mas também a outros. Muito cedo, porém, ela vem a desenvolver também um certo poder de distinção relativo a se tais exigências são «justificadas» ou não. Sente-se «injustamente» tratada quando se lhe exige algo que ultrapassa as suas forças, que não se exige a outros da sua idade, assim como se se lhe não concede aquilo que julga, devidamente ou não, ser de seu «direito». Provavelmente são estas «vivências-chave» que possibilitam a todo o indivíduo, desde tenra idade, o acesso à esfera normativa. Daqui a uma adequada compreensão das expressões normativas da linguagem corrente e geral intercorre naturalmente um longo caminho. [...] Este significado não resulta todavia, em primeira linha, de uma definição, mas do seu papel, da sua função na cadeia de sentido [...], do seu uso estabelecido no «jogo de linguagem» e da sua referência de sentido a outros termos, complementares ou opostos entre si, da mesma esfera de sentido.

Podemos dizer que a constituição de uma nova forma de vida comum intercultural estabeleceria um rearranjo de formas de vida, dado que as formas de vida (mono)culturais se tornariam secções da nova. Em tal contexto, os *topoi* originários de cada cultura funcionariam como o elo entre os jogos de linguagem e as imagens de mundo pertencentes a cada secção da nova forma de vida comum. Os equivalentes homeomórficos, por sua vez, estabeleceriam o jogo de linguagem e a imagem de mundo mais amplos, vinculados à forma comum de vida, possibilitando a transição e o entrelaçamento entre as imagens de mundo seccionais, transição esta que, em sua essência, consiste em uma escolha não justificada, prévia à racionalidade. É claro que, nesse ponto, surge o desafio de explicar como a inserção desses produtos interculturais pode ser processada pelo sistema jurídico, ou seja, como se daria a necessária “re-entry”. Esse incômodo parece ser análogo ao descrito por Nimis (1986, p. 4-5 – tradução nossa), com apoio de Eco, no seguinte excerto:

A história de todas as artes está repleta de exemplos de técnicas inovadoras, inicialmente recebidas com choque ou espanto, sendo aceitas apenas quando as regras de sua produção forem entendidas e explicitadas. Umberto Eco descreve esta situação nos seguintes termos: “o produtor de signos tem uma ideia bastante clara do que ele gostaria de ‘dizer’, mas ele não sabe como dizer isso; e ele não pode saber como fazê-lo até que descubra precisamente o que dizer. A falta de um típico conteúdo definido torna impossível encontrar uma expressão típica, enquanto a falta de um mecanismo de expressão apropriado torna o conteúdo vago e não-articulável.”

O trecho acima é a deixa para que retomemos a perspectiva de Douzinas sobre os direitos humanos e a entrelacemos, mediante o aporte do pensamento de Nimis, à combinação até então realizada entre a hermenêutica diatópica e os eixos compreensivo (Esser) e analítico (Peczenik) – estes dois devidamente entrelaçados desde o capítulo anterior – deste trabalho.

5.5 ESBOÇO ALEGÓRICO SOBRE A “RE-ENTRY” DOS VÔOS DE SENTIDO DO SIGNIFICANTE “DIREITOS HUMANOS” NO SISTEMA JURÍDICO

Iniciaremos este tópico alegoricamente, de maneira a agregar a complementaridade entre hermenêutica e analítica desenvolvida neste trabalho mediante o recurso ao estudo de Nimis (1986) sobre a relação entre a criatividade, os jogos de linguagem e as formas de vida na “Ilíada” (1924), mais propriamente no que diz respeito ao comportamento de Aquiles. Para que entendamos melhor essa relação, podemos remeter a Kvond (2010), que estabelece uma analogia entre o segundo Wittgenstein e Aquiles pelo fato de a personagem, ainda criança, ter sido ensinada por Fênix, seu tutor, a fundir as habilidades da fala e do conhecimento, o que resultou em sua grande performance, ao mesmo tempo, como guerreiro e como político⁷⁰. Tratando Cambridge, espaço primordial de desenvolvimento das ideias do segundo Wittgenstein, como a nova Tróia, Kvond afirma que o filósofo austríaco, mediante as noções de jogo de linguagem e modo de significar (uso da linguagem), transmuda o discurso em ato (*praktēr* do *mythos*); o uso da linguagem é *rhetor* de *ergon*. Assim, usar a linguagem é um modo de fazer; saber como usar as palavras e como seguir as regras é aptidão para conhecer mediante a produção do significado – entendido este como prática. A retórica, ou seja, o efetivo uso das palavras, no segundo Wittgenstein, torna-se o horizonte do conhecimento e coloca todo significado no horizonte do poder por meio de um processo lingüístico-comunicativo⁷¹.

Aquiles, como *prakter* do *mythos* e *rhetor* do *ergon*, pretendeu perpetrar discursivamente modificações nas formas de vida, de modo a criar um novo jogo de linguagem. Na leitura de Nimis (1986, p. 9-11), ocorre em “Ilíada” uma crise no discurso, a qual encontra raízes nas condições materiais da época e diz respeito à própria forma de organização social. Essa crise discursiva indica que as contradições sociais se tornaram insustentáveis, o que resultou em uma quebra de sua mistificação ideológica. Assim, torna-se perceptível o caráter contraditório da linguagem, a qual passa a ser objeto de reflexão, dando espaço a lutas ideológicas explícitas sobre questões anteriormente indiscutíveis. Ao

⁷⁰ “Por essa razão, ele me enviou aqui para te instruir em todas essas coisas, para ser simultaneamente um falante de palavras e um praticantes de atos” (HOMERO, 1924, IX – tradução nossa).

⁷¹ As teses de Nimis e Kvond aqui referenciadas foram analisadas, de modo mais aprofundado e em um contexto teórico distinto, em escrito de nossa autoria (MIGUEL, 2015), no qual, ao contrário do que fazemos agora, não estabelecemos qualquer relação com a atribuição de sentido ao significante vazio “direitos humanos” no que concerne: ao discurso de aplicação do direito e à correlata relação entre vinculação e discricionariedade; ao modelo de justificação coerentista de Peczenik; e à noção sistêmica de re-entry.

assumirmos que a forma de vida é o nexa que une linguagem e realidade, podemos dizer que Aquiles busca, discursivamente, agir como um mensageiro precursor, de modo a estabelecer uma transição entre o modelo de comunidade em que ele vivia e o modelo de organização social para o qual ele quer contribuir constitutivamente. Ele sabia – “como” hermenêutico – qual modelo de comunidade estava a defender, mas este modelo ainda não havia sido discursivamente formulado.

Aquiles, ao formular discursivamente seu projeto de mundo, projetou uma imagem de mundo estranha, em geral, às formas de vida em que estava inserido – embora, obviamente, o tenha feito a partir do contexto local e das próprias formas de vida em que se situava, o que significa que a origem última de sua inovação é, em certo sentido, intersubjetiva, dado que “um indivíduo não pode conformar autonomamente para si mesmo uma forma de vida completamente privada, uma imagem do mundo e uma linguagem próprias (AARNIO, 1991, p. 278). Ao agir assim, pretendeu persuadir seus interlocutores a realizarem um deslocamento em relação a suas formas de vida, o que indica o papel performativo do discurso, que, circularmente, é constituído a partir de formas de vida, mas também as constitui e modifica – ponto em que reside o nexa entre a linguagem e a realidade do mundo social.

É bem verdade que não é possível depreender especificamente do texto da obra quais eram as condições materiais da época para compreender de maneira precisa a crise que Aquiles se propôs a enfrentar, visto que o escrito foi concebido a partir do contexto do próprio conflito ideológico epocal, não deixando, portanto, de contribuir para sua mistificação.

A *Iliada* não representa uma crise social a partir de alguma perspectiva privilegiada externa à luta, mas, sim, é uma tentativa de construir uma resolução no próprio reino da ideologia. [...]. Uma meditação sobre um profundo dilema cultural, uma tentativa de lutar com esses problemas prementes e permiti-los entrar no mundo do discurso. Essencializar o “sentido” do poema afirmando uma ou outra verdade transcendente é colocar o poeta em uma posição perante sua sociedade que é tão teoricamente impossível para ele quanto para Aquiles (NIMIS, 1986, p. 11 – tradução nossa).

A despeito das dificuldades, Nimis (1986, p. 9-10), aproveitando-se da capacidade retrospectiva que Homero, por estar envolvido na época analisada, não tinha, chega a apresentar, a partir do que aconteceu nos séculos posteriores da história grega, um esboço sobre qual poderia ser a crise do modelo social em questão. O autor acredita que, politicamente, a controvérsia giraria em torno da tendência à substituição de um governo hereditário e divinamente autorizado por um governo baseado na habilidade pessoal, o que se percebe pela onda de tirania dos séculos posteriores, a qual questiona a arbitrariedade da ideologia aristocrática, mesmo que sem necessariamente a destruir. Quanto ao aspecto econômico, a tradição grega de troca de presentes, com sua correspondente distribuição de

prêmios, é desafiada por um modelo de avaliação mais racional e explícito, que resulta em uma economia monetária, a qual pode atribuir valores até mesmo ao trabalho de um homem – “a transição envolve a ruína da delicada charada cultural que garante que ‘presentes’ nunca seja explicitamente tratados como que eles, ao menos em um nível, são objetivamente: pagamentos por serviços prestados ou antecipados” (NIMIS, 1986, p. 10 – tradução nossa). Em relação ao âmbito social, ocorre um enfraquecimento da ênfase sobre os vínculos “naturais”, de modo que as comunidades se tornam definíveis de modo mais abstrato – por exemplo, geograficamente, em vez de por linhagem. O surgimento das cidades-estado, com o consequente advento de leis escritas explícitas, as quais estabelecem obrigações entre os indivíduos, ocupa o lugar dos “códigos” de comportamento não-escritos e reconhecidos implicitamente nos ritos populares. Agrupadas, as três modificações são resumidas por Nimis como uma dissolução da sociedade “tradicional”, fundada em uma comunalidade comum, e o subsequente estabelecimento de uma sociedade maior e mais atomizada, a qual se baseia em uma associação racionalizada de indivíduos.

O exemplo de Aquiles mostra como as modificações nos jogos de linguagem acontecem mediante “hunches”, inserções violentas, “irracionais”, os quais têm na linguagem tradicionalmente adquirida (ou seja, nas convenções) os limites e as possibilidades de novas articulações “inovadoras” na forma de atos de fala (cuja aceitação também se dará mediante novas convenções). É certo que Aquiles não parece ter maiores pretensões diatópicas, mas, sim, de conquista de poder. Ainda assim, parece-nos que um resquício violento desse tipo sempre estará na origem de qualquer posterior esforço reflexivo de caráter diatópico-hermenêutico. Mediante uma retomada da segunda das teses de Douzinas sobre o caráter paradoxal do direitos humanos, podemos transpor essa premissa para o campo dos conflitos culturais contemporâneos. Senão, vejamos.

Uma aporia entre poder e moralidade, conforme o questionamento derridariano da dicotomização dos dois elementos pelo autor de origem grega, assume caráter constitutivo no discurso dos direitos humanos. Como visto, tais direitos são reputados universais e pré-positivos, mas sua inserção, via um ato formal de enunciação, em textos pretensamente declaratórios tem sido considerada necessária para a sua configuração como politicamente exigíveis. Tal peculiaridade pode ser compreendida se pensarmos que, diante do pluralismo contemporâneo, não é possível encontrar uma referência moral fundamental que configure como pré-positivamente vinculante um dado conteúdo normativo. Em um contexto pós-metafísico, não se pode conceber a existência de referentes mundanos que permitam a verificação semântica dos enunciados sobre direitos – e, inclusive, sobre direitos humanos –

por correspondência com uma realidade pré-dada, o que nos obriga a compreender a noção de “direitos humanos”, à la Ross, como um conceito expletivo e convencional que apenas serve para designar de maneira mais simples a cópula deôntica entre o antecedente e o conseqüente de normas jurídicas. Os direitos, pois, segundo Douzinas, são apenas construções semióticas artificiais, de caráter flexível, “fuzzy”⁷². A identidade é dinâmica, dada a ação das conversações contínuas que modificam simultaneamente os sujeitos, em sua auto-imagem, e os seus interlocutores. Nesse contexto, o papel dos direitos humanos tem sido o de construir o que se entende por humano (“não apenas ao reconhecer sua capacidade legislativa de produzir direitos e o livre-arbítrio, mas também ao dotá-lo dos poderes e capacidades concretas por meio dos quais eles podem concretizar seu livre-arbítrio”), e não propriamente de algo pertencente aos humanos e submetido a uma concepção estritamente essencialista de humanidade (DOUZINAS, 2009, p. 267). De tal maneira, a identidade de um sujeito é dependente dos direitos que ele consegue mobilizar em suas relações interpessoais. Em outros termos, ser humano é obter sucesso ao formular pretensões de titularidade de direitos humanos, pois o conjunto de direitos que se tem determina o quão humano se é.

Douzinas (2009, p. 372-3) aborda a razão jurídica e sua auto-regulabilidade como uma ordem racional de princípios que determina a aplicação do direito ao distinguir entre restrições justificadas e injustificadas, bem como estabelece a extensão dos direitos a novas esferas de reivindicação. Nesse contexto, não há um metaprincípio, uma espécie de fundamento moral último, idôneo a possibilitar uma escolha racional entre reivindicações conflitantes, nem um elemento metódico-procedimental em sentido constitutivo adequado a resolver o problema hermenêutico-aplicativo do direito (e, *in casu*, dos direitos humanos). Contudo, em consonância com a explicação de Kaufmann, o homem é um princípio hermenêutico chave do discurso (ocidental) dos direitos humanos. É esse princípio humano o que: 1) simultaneamente, obsta e possibilita os excessos da retórica dos “jumps inside the law”; e 2) impede “jumps into the law” de caráter formalista que ignorem o caráter socialmente centrado da moralidade (Peczenik). O homem, portanto, é uma Constituição não-

⁷² “O conceito de direitos é flexível e não estável, fragmentado e não unitário e difuso e não determinante. Pertence à ordem simbólica da linguagem e da lei, que determina o escopo e o alcance dos direitos com insuficiente consideração a categorias ontologicamente sólidas. Como construtos simbólicos, os direitos não se referem a coisas ou outras entidades materiais no mundo. Direitos são combinações puras de signos jurídicos e linguísticos e se referem a mais signos, palavras e imagens, símbolos e fantasias. Nenhuma pessoa, coisa ou relação está, em princípio, fechada à lógica dos direitos, uma vez que sua organização semiótica não tem um referente sólido no mundo. Qualquer entidade aberta à substituição semiótica pode tornar-se o sujeito ou objeto dos direitos, qualquer direito pode ser estendido a novas áreas e pessoas ou, inversamente, retirado das já existentes. [...]. Se algo pode ser expresso na linguagem, esse algo pode adquirir direitos e pode certamente tornar-se o objeto dos direitos.” (DOUZINAS, 2009, p. 265)

escrita que carrega sentidos não mais aceitos (invariantes axiológicas, diria Reale), como o desenvolvido pela ideologia nazista. Ainda assim, o homem, embora seja um princípio hermenêutico decisivo, não pode ser entendido como um fundamento jurídico-moral último, dado que o discurso e a prática dos direitos humanos têm como um de seus objetivos fixar o próprio sentido desse significante – “uma palavra, um elemento discursivo que não está automática ou necessariamente vinculado a qualquer significado ou conceito específico” – vazio, numa formulação que ecoa o círculo hermenêutico entre pré-compreensão e compreensão, a dinâmica derridariana do rastro e a quarta tese de Douzinas sobre os direitos humanos: “Essa falta de definição, que é também a definição da falta, é logicamente necessária e eticamente inevitável” (DOUZINAS, 2009, p. 262; 374). Ora, a “humanidade” não tem um significado fixo e, por conseguinte, não pode ser cristalizada como uma fonte original das cadeias normativas (visto que a dinâmica do rastro, ao estabelecer um padrão de deslocamentos incessantes, de entrelaçamentos contínuos, subverte a possibilidade de falarmos em uma relação linear, de caráter vertical, entre níveis de linguagem). Seu significado e escopo são constantemente modificados por prioridades políticas e ideológicas, em manifestações de “metafísicas epocais”. Não é à toa, pois, que Douzinas fala em um “anthropos” como alternativa ao humano e, por conseguinte, em direitos antrópicos por-*vir*, os quais expressariam e promoveriam singularidades e diferenças, e não uniformidades identitárias dominantes.

Estabelecidas as premissas apresentadas no parágrafo anterior, as invariantes axiológicas de Reale podem ser traduzidas, no pensamento de Douzinas, como um capital simbólico congregado na noção de direitos humanos, o qual é largamente postulado – retoricamente –, dada a força do apelo contemporâneo à noção de dignidade humana. Por sua vez, as novas reivindicações de direitos – e aqui a formulação de Douzinas revela-se um tanto compatível com o segundo imperativo intercultural proposto por Boaventura Santos – têm um simultâneo apelo a um: 1) elemento de identidade, de caráter universal, porém indeterminado, da “natureza” humana, o qual, ao afirmar a afinidade entre esta e a natureza específica dos reivindicantes, legitimaria o pleito de igualdade de tratamento perante os demais seres humanos (e, por conseguinte, o primeiro imperativo intercultural sugerido por Boaventura Santos) – expediente que pressupõe lutas políticas, em sentido similar ao de Jhering, e não algum elemento natural em sentido metafísico; 2) elemento de diferença, dada a distância entre a natureza humana abstrata e as características concretas dos reivindicantes, o que os legitima a exigirem um tratamento diferenciado que respeite suas identidades específicas. Portanto, como afirma Douzinas (2009, p. 263; 379),

reivindicações de direitos humanos envolvem uma dialética paradoxal entre uma exigência impossível de igualdade universal, historicamente identificada com as características do homem ocidental, e uma reivindicação igualmente irrealizável de igualdade absoluta [...]. Os direitos humanos institucionais são mobilizados em nome de uma cultura global, cujos valores e princípios constituem uma tentativa de enclausurar sociedades e impor a elas uma lógica única. Se essa lógica é ocidental ou qualquer outra pouco importa; o fato é que ela segue um princípio de unidade contra as ideias de indeterminação social e autocriação existencial prometidas pela história radical dos direitos naturais. Mas os direitos humanos representam também um poderoso imaginário popular aberto a identidades diversas, a tradições heterogêneas e reprimidas. Os direitos humanos como um princípio de política popular expressam a indeterminação e a abertura da sociedade e da política. Eles minam a tentativa de policiar algumas identidades sociais e sancionam outras, e sua indeterminação significa que as fronteiras da sociedade são sempre contestadas e jamais coincidem totalmente com quaisquer cristalizações que o poder e as prerrogativas legais impõem. Os direitos humanos encerram não apenas um princípio de unidade e homogeneidade, mas também seu oposto, o primeiro simbolizado pela forma jurídica e o último pelas lutas das pessoas sob a mal definida bandeira da humanidade.

Douzinas (2009, p. 374) explica que as alegações de direitos humanos traduzem uma denúncia de injustiça, entendida como o esquecimento de que a natureza humana (o universal) está constituída na e por meio da sua transcendência pelo mais particular, em sua singularidade não-repetida. Não há, pois, um elemento geral axiomático, idôneo a definir uma sociedade justa ou a prescrição de suas condições de existência. Ora, os direitos humanos não têm um tempo, espaço ou ideologia próprios. Apresentam, isso sim, uma passividade em relação à demanda do Outro e uma lógica de continuidade expansiva movida retoricamente: “[...] uma sociedade dos direitos humanos aceita que a pessoa e os direitos sejam radicalmente contingentes e que essa contingência encontra uma forte obrigação ética; [...] o sujeito dos direitos é interno ao discurso dos direitos e não tem determinação ou base externas; [...] uma defesa dos direitos deve estar alicerçada nas necessidades concretas da pessoa que comparece perante a lei” (DOUZINAS, 2009, p. 374).

A circunstância de a luta pelos direitos humanos consistir em uma operação retórica de afirmação de semelhança e diferença (e, inclusive, de determinação prática do sentido desses termos) desprovida de uma base “natural” não significa que não resultem daí conseqüências ontológicas (em sentido não-metafísico), de forma a transformar radicalmente a constituição do sujeito jurídico e das vidas dos sujeitos reais. Essa potência retórica é tão grande que chega a fundamentar pretensões de “legal interpretative jumps” (Peczenik) recognoscitivos de direitos a entidades não-humanas pela via de figuras de linguagem, como no caso da defesa dos direitos dos animais. Os direitos permitem a formalização de identidades e viabilizam um reconhecimento recíproco, processo em que a categoria técnica “sujeito de direito” funciona como ponto intermediário entre, de um lado, os conceitos abstratos e indeterminados

“humanidade” e “direito”, e, de outro, pessoas concretas, reais. Cada reconhecimento de direitos a um reivindicante, ao dotá-lo da dignidade simbólica humana, preenche um direito abstrato com determinações empíricas e predicados históricos, de forma a conferir conteúdo ao significante vazio, flutuante, “direitos humanos”, em uma formulação de verdade inexoravelmente concretizadora de reivindicações abstratas como as de igualdade e liberdade. O vó de sentido resta, aí, detido temporariamente, até uma nova e concreta reivindicação, que surge como um “hunch” a ser justificado em termos de uma transformação idônea a, à luz da pretensão de alcance de um equilíbrio reflexivo, concretizar a exigência de controle de concordância, nos termos de Esser, com o horizonte intersubjetivo de expectativas (ou, nos de Llewellyn, os “steadying factors”), ou, nas palavras de Peczenik (e de Ross), com a ideologia jurídica (DOUZINAS, 2009, p. 265-6).

A conversibilidade de interesses político-morais (tema suscitado ainda no século XIX por Jhering e aprofundado no início do século XX por Heck, **ancestrais do eixo político** do modelo proposto neste trabalho) em direitos pode ser vista linguisticamente de forma um tanto quanto frívola ao considerarmos a afirmação de Douzinas (2009, p. 29) segundo a qual a concordância geral de que dados desejos ou interesses são constitutivos da humanidade constitui um elemento suficiente para a criação de novos direitos humanos. Não haveria limites ontológicos à recognoscibilidade de direitos, os quais poderiam ser estendidos ou retirados de quaisquer áreas ou pessoas, de forma a restarem apenas limites convencionais, quais sejam, os resultados de lutas políticas e os efeitos da lógica limitada e limitadora do direito. Nas palavras do autor,

A lei dos direitos humanos envolve o seguinte paradoxo: na qualidade de lei, ela atua como um agente de estabilização da identidade e de racionalização do poder do Estado; na qualidade de direitos humanos, ela introduz no Estado e na personalidade (jurídica) a abertura da indeterminação social e cultural. [...]. [...] o próprio desejo substitui a natureza humana como o conceito fundador e se torna o significante flutuante e vazio que pode ser atrelado ou à lógica do poder e do Estado ou à lógica da justiça e da abertura. [...]. Os direitos são ficções linguísticas que funcionam e reconhecimentos de um desejo que nunca chega ao fim. (DOUZINAS, 2009, p. 268)

Por outro lado, os direitos humanos, dadas a *applicatio* gadameriana e sua explicitabilidade (inexoravelmente imperfeita) em um contexto de justificação na forma de “transformações” (Peczenik), de “re-entry”, não podem, como Douzinas (2009, p. 261) percebeu, ser abstratamente determinados. Ora, uma pretensão jurídica formulada na linguagem dos direitos humanos pressupõe uma determinação hermenêutico-aplicativa do que a alegação significa em matéria moral-prática e requer uma justificação da conversão da pretensão político-moral em jurídica. Nesse contexto: por um lado, o raciocínio prático

justifica-se na dimensão apofântico-reflexiva do *logos*, em que se dá a argumentação jurídica; por outro, a razão prática não deixa de estar condicionada, segundo Douzinas, a uma dimensão irracional atributiva de sentido intrínseca à atividade hermenêutica. Foi justamente pela necessidade de controlar essa antecipação de sentido que Esser se preocupou em distinguir a descoberta e a fundamentação da decisão. Ou, em outros termos, segundo Douzinas, a aparência de racionalidade que esconde a irracionalidade encontra-se na dimensão da justificação jurídica conforme trabalhada por Peczenik, de forma a buscar aceitabilidade na dimensão ideológico-jurídica da justificação profunda, o que, no contexto pluralista contemporâneo, pressupõe a necessidade de um diálogo intercultural que resulte em um equilíbrio reflexivo. E, por sua vez, a reivindicação pluralista de Esser se assemelha à abertura dos “vãos de sentido” de Douzinas às denúncias de injustiça (inclusive aquelas suscitadas pelo discurso fundado em direitos locais), ou seja, à pretensão de transcendência do direito mediante uma compreensão iterativa da noção de direitos humanos, desprovida de conteúdos estáveis, nos moldes de uma justiça por-vir que apenas deixa rastros. Como notou Peczenik, os problemas do relativismo e do pluralismo podem ser lidos como conflitos entre “platitudes”, dentre os quais o “platitude” direitos humanos: “o núcleo dos direitos humanos talvez seja universal, mas, ao mesmo tempo, permite modificações evolutivas ao longo da história. Uma boa pergunta é se o núcleo universal é composto por algo mais do que ‘platitudes’” (PECZENIK, 2005, p. 132 – tradução nossa). Ora, os “vãos de sentido” de Douzinas não seriam determinações inexoravelmente violentas desse elemento “fuzzy”, indecível, que é o “platitude” direitos humanos produzidas no contexto de conflitos sobre “platitudes” ideológicos de fundo que orientam as diferentes formulações de verdade sobre o significativo em questão?

Ao compreendermos contemporaneamente as demandas de Esser e Peczenik por uma responsividade ao pluralismo do horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica e às respectivas diferenças irrenunciáveis, a noção de invariantes axiológicas de Reale, ainda que nos sirva como inspiração, mostra-se insuficiente, visto que o contato intercultural obsta que falemos em uma sedimentação histórica de um conteúdo básico e inalienável dos direitos humanos, de cariz universalista e etnocêntrico. Precisamos problematizar tal discurso tendo em vista que o direito, como um sistema funcional da sociedade mundial, comporta diversas ordens jurídicas, cada qual com seus programas e critérios, “com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos)”. As irritações recíprocas entre, de um lado, ordens jurídicas estatais, e, de outro, ordens jurídicas locais, as quais não trabalham com a linguagem dos direitos humanos – nos

termos de Panikkar, não vêem os direitos humanos propriamente como um problema e/ou como uma aporia entre o universalismo e o particularismo –, dão origem a demandas multiculturais no sentido de uma abertura radical ao Outro, as quais, pretendendo uma transcendência radical derridariana, não respeitam a linguagem da justiça especificamente jurídica. Resta-nos, pois, apenas a violência?

Segundo Peczenik (2005, p. 110-2), no diálogo intercultural entre representantes de diferentes tradições, os sujeitos devem admitir a possibilidade de que suas próprias crenças estejam equivocadas e, portanto, apresentar uma disposição para o aprendizado sobre o universo moral alheio. No direito, acontecem sobreposições culturais, o que está relacionado à necessidade de uma teoria que envolva o consenso sobreposto, dados os conflitos axiológicos que estão por trás das teorias doutrinárias. A doutrina precisa encontrar um equilíbrio reflexivo sobre a aceitabilidade das teorias em uma dada comunidade de juristas. Para tanto, é necessário que considere o núcleo comum de valores de uma sociedade. Porém, não pode se comprometer com nenhuma teoria filosófica demasiadamente forte e específica sobre tal núcleo comum.

Contudo, como visto, Peczenik, no âmbito da justificação profunda, assume uma combinação entre reducionismo e jusnaturalismo como uma ontologia ideal. Consideramos tal postura equivocada e mesmo prejudicial a uma proposta de diálogo intercultural como a pretendida pelo autor. Ora, não nos parece existir qualquer indicativo de plausibilidade da hipótese de que “a natureza humana – a ser descrita nos termos de uma ciência avançada que está além do conhecimento presente – faz os seres humanos normais endossarem valores objetivos que determinam a melhor e, conseqüentemente, vinculante moralidade e o melhor e, conseqüentemente, vinculante direito” (PECZENIK, 2001, p. 298 – tradução nossa). Quando o autor afirma que esse reducionismo naturalista parece ser o único caminho pelo qual o coerentismo poderia, de maneira plausível, superar o intervalo entre a razão teórica, que descobre causas, e a razão prática, que ultrapassa a causalidade; parece-nos, em uma leitura desconstrutiva, que, logocêntrica e metafisicamente, está a contradizer o caráter limitado, indecidível, “fuzzy”, da racionalidade, noção que está implícita em seu próprio coerentismo e em sua correlata teoria da argumentação. Em outras palavras, consideramos que tal intervalo não é passível de colmatação, justamente pelo fato de que existe algo de indecidível, discricionário, intuitivo, um “hunch” que escapa à nossa razão em qualquer ato compreensivo, o que, em uma subversão da relação metalinguagem e linguagem-objeto, que precisa ser convertida em um entrelaçamento, torna inviável que possamos conjeturar sobre o reducionismo naturalista e a correlata ciência imaginados por Peczenik.

Entendemos que a conjectura da hermenêutica filosófica quanto à tendência do homem ao velamento, à não-verdade, consiste em uma perspectiva ontológica muito mais plausível do que a cogitada pelo professor polonês, justamente pelo fato de ser compatível com os limites da racionalidade reconhecidos pelo próprio coerentismo. Tomando como referência a noção de “como hermenêutico”, podemos dizer que, em Heidegger (2002), a pré-estrutura da compreensão tende sempre ao velamento do ser e da verdade. Em outros termos, a compreensão tende a ser alienante daquele que compreende, visto dar prevalência ao que já está (pré-) concebido em sua estrutura (prévia) de compreender. E os indícios que conduzem a tal hipótese filosófico-hermenêutica estão justamente nas divergências axiológicas que caracterizam os conflitos culturais contemporâneos e que demandam a formulação de um modelo de diálogo intercultural idôneo a fornecer uma alternativa à “tendência humana ao velamento”. Um modelo tal exigiria, portanto, que o sujeito, ao contrário do que conjectura Peczenik, tivesse consciência de sua tendência ao velamento para que pudesse, mediante um esforço autocompreensivo, tentar escapar da própria essência auto-alienante, de maneira a buscar a coisa mesma (*Sache selbst*) nos fenômenos e desvelá-las. Na tradição heideggeriana, chamaríamos esse esforço de uma tentativa de entrada correta no círculo hermenêutico entre pré-compreensão e compreensão. Com uma atitude crítico-reflexiva a respeito de nossas pré-concepções, seria viável uma tentativa imperfeita de driblar a tendência alienante do modo-de-ser e fazer do compreender um autêntico desvelar da coisa mesma – ainda que entendamos aqui, desconstrutivamente, tal desvelar como inexoravelmente imperfeito e fracassado, nos moldes da justiça por-*vir*⁷³. Ora, o pluralismo contemporâneo exige que o ir-e-*vir* entre o

⁷³ Embora possa parecer estranha, devido às próprias críticas de Derrida a Heidegger, essa nossa desconstrutiva aproximação entre ambos, podemos aqui mencionar Bernasconi (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 236 – tradução nossa), autor que destaca o fato de a “*Destruktion*” heideggeriana ter influenciado a noção derridariana de “desconstrução”: ““Desconstrução”, ao menos inicialmente, se prestou a ser algum tipo de equivalente para ‘*Destruktion*’. [...] em um antigo ensaio, o próprio Derrida empregou a palavra ‘destruir’, tendo a substituído um ano depois por ‘deconstruir’. [...] Esta é a afirmação [...] de Derrida: ‘Quando eu escolhi esta palavra, ou quando ela se impôs a mim [...], eu pouco imaginei que se lhe atribuiria um papel tão central no discurso que me interessava à época. Dentre outras coisas, eu quis traduzir e adaptar aos meus próprios objetivos a palavra heideggeriana *Destruktion*’. [...] A expressão ‘adaptar aos meus objetivos’ pode parecer um convite à reflexão sobre a diferença entre os ‘objetivos’ de Derrida e os de Heidegger, mas essa impressão seria provavelmente equivocada. [...] [...] é provável que a expressão ‘adaptar aos meus objetivos’ seja simplesmente a admissão de Derrida quanto à existência de uma motivação em sua tentativa de traduzir a ‘*Destruktion*’ de Heidegger. Ou, para reformular essa afirmação na linguagem de Gadamer, que sua interpretação – e toda tradução é interpretação – ocorre no interior do círculo entre pergunta e resposta”. Ademais, Gadamer (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 57 – tradução nossa; 2002, p. 78 – tradução nossa), pensador densamente vinculado à filosofia heideggeriana: qualifica Derrida como alguém que “também veio de Heidegger”; afirma que “como Heidegger, Derrida mergulha na misteriosa multiplicidade de uma palavra e na diversidade de seus significados, no potencial indeterminado de suas diferenciações de sentido”; e escreve que “Heidegger [...], **quando fala da diferença ontológica (e nisso é seguido por Derrida)**, não se refere a uma diferenciação que realiza o pensamento, mas, sim, “à” **diferença**, ou seja, à abertura da dimensão em que se pode produzir, em geral, o pensar disto e não daquilo, disto e daquilo, do idêntico e do diferente”. É oportuno,

contexto de descoberta e o contexto de justificação enfrente as irritações geradas sobre o Direito pelos demais subsistemas e entre as ordens jurídicas, o que gera o desafio de que as decisões jurídicas alcancem uma auto-transcendência mediante uma “re-entry”, de modo a conservar a heterorreferência necessária à própria preservação do sistema como diferenciado do seu ambiente.

Diante do exposto, buscamos entrelaçar a complementação hermenêutico-analítica entre Esser e Peczenik, a concepção derridariana de direitos humanos proposta por Douzinas e a proposta de diálogo intercultural de Panikkar, qualificada pelas contribuições de Boaventura Santos; para que possamos descrever desconstrutivamente as possibilidades de transcendência no contexto da indecidibilidade entre vinculação e discricionariedade no discurso jus-humanista contemporâneo sem que incorramos na assunção da metafísica das invariantes axiológicas de Reale ou na celebração de um relativismo cultural irresponsável. O cumprimento de tal desiderato exige que retomemos, no próximo capítulo, o metaxio teórico desse trabalho, constituído pela paranóia mútua entre Luhmann e Derrida descrita por Teubner.

ainda, remetermos a Dallmayr (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 87), estudioso que explica como encontramos na percepção heideggeriana da complexa e ambivalente correlação entre noções como “verdade/não-verdade”, “ser/não-ser” e “velamento/desvelamento” uma espécie de inspiração para que Derrida viesse, posteriormente, a configurar “verdade/não-verdade”, “sentido/sem-sentido” e “ser/nada” como categorias comutáveis. É bem verdade que enquanto a atitude heideggeriana diante dessa questão foi uma reformulação de tais categorias, a derridariana foi um esforço para ultrapassá-las. Ainda assim, a noção heideggeriana de “Ereignis” – considerada por Derrida um elemento que não permite a apropriação da verdade do ser, mas, sim, conduz a uma “estrutura abissal” – influenciou expressamente o autor franco-argelino em sua assunção de uma indecidibilidade quase-ontológica, na qual todas as distinções (inclusive “ser/não-ser” e “velamento/desvelamento”) se dissolvem. Dados tais comentários, consideramos viável a realização de uma leitura simultaneamente desconstrutivo-constructiva do enfrentamento heideggeriano da tendência humana ao velamento e da ofensiva derridariana à própria distinção entre velamento e desvelamento.

6 METAEXIO PARANÓICO: ENTRE OS COMPELIMENTOS SISTÊMICOS E A TRANSCENDÊNCIA RADICAL

Este capítulo apresentará o metaeixo paranóico do modelo teórico que propomos, de maneira que possamos prosseguir em nossa abordagem sobre a indecidibilidade entre vinculação e discricionariedade. Para tanto, caracterizaremos, inicialmente, a livre investigação científica de Gény como um ancestral sistêmico (6.1) e o manifesto de Kantorowicz pelo direito livre como um ancestral desconstrutivo (6.2). Em seguida, adentraremos propriamente as dimensões meta-axiais autopoiética (6.3) e da “différance” (6.4). Por fim, estudaremos a mútua paranóia entre Luhmann e Derrida conforme formulada por Teubner (6.5).

6.1 ANCESTRAL SISTÊMICO: A LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA DE GÉNY

Gény desafiou o positivismo legalista mediante a consideração de um direito vivo, o qual descaracteriza a lei como papel de única fonte do Direito, tendo em vista que existe um mundo de produção jurídica adaptável às transformações sociais e passível de investigação científica (AFTALÍON, VILANOVA, RAFFO, 1999, p. 760). O autor francês propôs a substituição dos métodos clássicos de interpretação pelo que chamou de “método científico”. Para Gény, nos casos em que não houvesse lacunas legais, deveria ser aplicada, a máxima “in claris cessat interpretatio” típica da Escola de Exegese, visto ser a lei a fonte formal do direito por excelência. Para tanto, deveria ser considerada a vontade do legislador no momento da respectiva ponência. O autor admitia, inclusive, o manejo do procedimento complementar de consulta a elementos exteriores ao texto legal para determinação de seu sentido, como trabalhos preparatórios, antecedentes históricos e legislação comparada. Porém, em casos de lacunas na lei ou se esta deixou de ser aplicada devido a modificações sobre as condições previstas pelo legislador, o intérprete não a deveria distorcer em busca de uma solução forçada ali inexistente, até mesmo porque, se assim o fizesse, a vontade do legislador seria convertida pelo magistrado em uma ficção hipócrita utilizada para atribuir à autoridade legislativa orientações axiológicas fundadas em juízos meramente subjetivos da autoridade judicante. O adequado em tais situações não seria, por outro lado, assumir explicitamente um subjetivismo exagerado em busca da justiça, mas, sim, procurar uma metodologia jurídica idônea a proporcionar um meio termo entre segurança, garantida pela subordinação do juiz à

lei e à vontade do legislador, e flexibilidade, a ser perseguida pela via de uma ampliação da teoria das fontes tradicionalmente admitidas para abarcar também expedientes extralegais que possibilitassem a adaptação entre as disposições legais e as necessidades sociais (COSTA, 2008, p. 274). Gény (1925, p. 524 – tradução nossa) fala, então, em uma livre investigação científica: “investigação ‘livre’, toda vez que se subtrai à ação própria de uma autoridade positiva; investigação ‘científica’, porque não pode encontrar bases sólidas mais além do que nos elementos objetivos que só a ciência pode revelar”. Gény (1925, p. 556 e ss.), portanto, não admite a equidade, no sentido de um poder criativo do juiz em sentido forte, mas, apenas, uma liberdade dentro de limites cientificistas (COSTA, 2008, p. 274).

Gény (1925, p. 536 – tradução nossa) anuncia seu objetivo como o de “constituir, por um esforço científico, uma espécie de direito comum, geral por sua natureza, subsidiário por sua função, que supra as lacunas das fontes formais e dirija todos os movimentos da vida jurídica”. Diante de lacunas, segundo Gény (1925, p. 229-30), o magistrado deveria, primeiramente, recorrer às demais fontes autoritativas – prescrições de autoridades outras que revelam regras jurídicas vinculantes para o intérprete –, na ordem: o costume; a autoridade (doutrina e jurisprudência modernas, as quais consistem em forças sociais tradutoras de dadas opiniões); e a tradição (doutrina e jurisprudência antigas, o que lhes confere maior prestígio, embora sem estabelecer, em regra, qualquer diferença de natureza, mas apenas de grau de sedimentação, em relação à autoridade)⁷⁴. Caso tais fontes formais subsidiárias não

⁷⁴ Aqui, devemos notar que Gény (1925, p. 229) cogita denominar tecnicamente de fontes formais a autoridade e a tradição, mas, sem propriamente negar a utilidade de tais expedientes, hesita quanto a sua caracterização. Vejamos, a tal respeito, as palavras de Joana Aguiar e Silva (2008, p. 188-9): “[...] fontes formais de Gény. Simplesmente essa designação, talvez mais consentânea com as intenções de Gény, resulta de difícil compaginação com realidades como as do costume, e mesmo da doutrina e da jurisprudência, que Gény não se coíbe de catalogar como fontes formais. Mas se não se coíbe de o fazer, a verdade é que também não o faz com demasiado à-vontade. [...]. Esta reserva com que Gény inclui as autoridades no plano das fontes formais de Direito, plenamente confirmada (até mais do que isso...) quando expressamente rejeita a competência de fonte formal de Direito quer à doutrina quer à jurisprudência, mostra bem aquilo a que antes nos referíamos: as convicções de Gény quanto às limitações da lei, do seu desempenho e dos consagrados métodos hermenêuticos associados à sua soberania, parecem, em última análise, ceder perante os à época arraigados paradigmas jurídico-político-institucionais. [...] entende Gény que nada na natureza destas manifestações de direito positivo – jurisprudência e doutrina - repugna à noção de fonte de Direito, se com essa noção se identificam tópicos directivos para o juízo do intérprete. “Acrescento que, não menos que a lei e o costume, estas direcções podem ser qualificadas como fontes formais pois, para o jurisconsulto a quem se propõem, elas aparecem como elementos, claramente exteriores a ele, sob a forma de injunções (mais ou menos imperativas) de poderes (...)”. Ao tratar do valor das autoridades modernas, no entanto, partindo do sistema de direito positivo consagrado ao seu tempo, acaba por rejeitar expressamente a categoria de fonte de Direito quando aplicada quer à jurisprudência quer à doutrina. Desde logo por imperativos de natureza constitucional, que sente imporem-se-lhe como um facto social inelutável. A consagração político-institucional de um princípio como o da separação de poderes parece, desde logo, obstar à consideração da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência, como fontes formais de Direito [...]. Mas Gény não segue exactamente por aí. Chega mesmo a dizer, deste princípio da separação de poderes, que ele não pode ser erigido em dogma absoluto, que se deva cegamente e a todo o custo levar às últimas consequências. Admite, contudo, não ser necessário enveredar por uma crítica mais detalhada de tal princípio, pois outro aspecto inviabiliza a consideração daqueles dois domínios como sendo de fontes de

resolvessem a questão, o magistrado deveria recorrer às fontes não-formais, ou seja, à natureza das coisas, como a analogia e os elementos derivados da vida social, aspectos que poderiam ser revelados por uma livre investigação científica⁷⁵. Nas palavras do autor, “as relações da vida social ou, de maneira mais geral, os elementos fáticos de toda organização jurídica [...] carregam em si as condições de seu equilíbrio e descobrem, por assim dizer, elas mesmas, as normas que lhes devem reger” (GÉNY, 1925, p. 536 – tradução nossa).

Na leitura de Larenz (2005, p. 69), Gény, tal qual Heck e sua Jurisprudência dos Interesses, teve um papel libertador em relação ao formalismo do positivismo legalista. Porém, o autor francês não se prende tanto aos fatos sociais, visto entender ser necessária a avaliação destes à luz de princípios intrínsecos à natureza moral do homem. Ora, submeter o direito aos fatos equivaleria a um esvaziamento da atividade doutrinária. Para Gény, há princípios de justiça superiores às contingências fáticas, de modo que “os princípios morais fornecem à interpretação jurídica a orientação; a observação dos factos e a natureza das coisas («nature des choses») só podem dar a esses princípios o seu conteúdo»” (LARENZ, 2005, p. 69). Ademais, enquanto a Jurisprudência dos Interesses conserva um conceito positivista de ciência, segundo o qual, em certo legalismo, “o juiz só da própria lei pode extrair o critério de valor decisivo, e não de fundamentos extra-legais do Direito, tais como a «natureza das coisas», os princípios ético-jurídicos (enquanto não tenham logrado exprimir-se na própria lei), o Direito natural ou a idéia de Direito”, Gény rejeita uma perspectiva tal ao negar que a justiça absoluta consista em um mero objeto de crença a ser excluído do horizonte científico (LARENZ, 2005, p. 63; 73).

Gény (1925, p. 586 e ss.) sugere que o jurista recorra às ciências da vida social, as quais podem servir como auxiliares da investigação jurídica. O autor sugere, exemplificativamente, no que diz respeito a conhecimentos de ordem teórica que podem oferecer princípios necessários ou úteis à interpretação jurídica: a filosofia, a psicologia, a

Direito. Isto é, como resultando na produção de regras jurídicas, por excelência gerais e abstractas. Em relação à doutrina, desde sempre menos problemática na hora de se lhe reconhecer aquele estatuto, Gény rejeita taxativamente que algum poder possa ser reconhecido aos sábios, cuja opinião, ainda que exprimindo um sentimento colectivo, não pode nunca traduzir mais do que os esforços de razões individuais, sem nenhum carácter de publicidade e de, por assim dizer, autenticidade. Quanto à autoridade da jurisprudência, o seu alcance não pode ultrapassar os casos particulares sobre os quais estatuí, pelo que afastada fica a eventualidade de uma qualquer interferência desta actividade no terreno legislativo. Aquilo que a legislação tem de mais específico é a natureza geral e permanente das suas disposições, características que não fazem, nem podem fazer, parte da estrutura das decisões judiciais, pelo que uma usurpação de funções não é de temer.

⁷⁵ A analogia é compreendida por Gény (1925, p. 565 e ss.), como um raciocínio fundado na “ratio legis”, no princípio jurídico encontrado nas realidades objetivas, de carácter moral, político, social e económico, da vida jurídica. Trata-se, pois, de procedimento que tem uma razão sociológica de ser, mas, por também ter como referência um elemento legal, é mais ordenado e menos indeterminado do que a livre investigação científica dedicada à natureza positiva das coisas. Trata-se, pois, de um expediente que estabelece um elo entre a lei, como fonte formal, e a investigação científica.

ética e a economia política. Já quanto a conhecimentos predominantemente empíricos, destaca: a história, a estatística, o direito comparado e a sociologia (com ressalvas quanto à metodologia vigente na época, caudatária do pensamento de Durkheim, que Gény considerava demasiadamente isolacionista em relação às demais ciências). Gény (1914, vol. II, p. 370 e ss.) menciona quatro tipos de dados encontrados na natureza das coisas pela atividade científica e que podem servir como pontos de partida para a formulação técnica – cuja forma será escolhida mediante considerações pragmáticas – de normas adequadas às exigências da vida social: a) os dados naturais ou reais, como o clima, a anatomia e a conjuntura econômica (um exemplo seria a diferença entre os sexos)⁷⁶; b) os dados históricos regulados pelas instituições jurídicas ao longo do tempo, nunca chegando ao jurista como fatos brutos (exemplo emblemático seria o casamento, que, historicamente, é regulado por uma autoridade social civil ou religiosa); c) os dados ideais, ou seja, as aspirações de um povo e a opinião pública em um dado momento histórico (aqui, sim, se inseriria a monogamia, como expressão do interesse da sociedade em uma unidade familiar estável); e d) os dados racionais, de caráter necessário e universal, derivados pela razão a partir da natureza humana, o que revela uma reminiscência jusnaturalista (exemplo seria o conceito racional de casamento como união estável e permanente baseada em um acordo de vontades, em contraposição à monogamia absoluta, que não seria propriamente um dado racional, mas, sim, ideal) (AFTALÍON, VILANOVA, RAFFO, 1999, p. 260; 760). Os dados racionais têm uma função adicional, de caráter avaliativo, fundada em princípios de justiça eternos e imutáveis, qual seja, a de organizar os demais tipos de dado hierarquicamente, de maneira a viabilizar uma decisão quando eles entrarem em conflito (O’ TOOLE, 1958, p. 10)⁷⁷.

Gény (1914, vol. II, p. 352 e ss.) contribuiu decisivamente para a influência recíproca entre as leis e a realidade ao estabelecer, com inspiração em Bergson, uma distinção entre o “dado” (“donné”), ou seja, os elementos objetivos identificados pela livre investigação científica, e o “construído” (“construit”), produto da técnica. O recurso a Bergson serve

⁷⁶ Gény (1925, p. 548-9) remonta, aqui, a Montesquieu, que havia reconhecido enfaticamente o papel das “circunstâncias sociais e de todos os elementos da vida humana na constituição do direito positivo”. Exemplificativamente, segundo Gény, pode ser mencionada sua lição quanto ao fato de que as leis, como expressões particulares da razão humana dotadas de caráter pré-positivo, devem ser adequadas ao povo que regerão, mais propriamente a elementos como: o princípio de governo; o clima; o relevo, a extensão e a localização do território; o estilo de vida dos povos; e a religião, os costumes e os usos econômicos dos habitantes.

⁷⁷ “fora e sobre a natureza das coisas positivas, formada de elementos materiais e móveis, existe uma espécie de natureza superior das coisas, constituída por princípios racionais e por entidades morais imutáveis. E se esta justiça absoluta se impõe desde logo ao legislador, também repercutirá na atividade judicante quando as lacunas das fontes positivas o forcem a criar o direito que a lei não lhe oferece” (GÉNY, 1925, p. 549-50 – tradução nossa)

justamente como uma maneira de compensar as limitações das abstrações mentais, do conhecimento racional, tendo em vista que a mente, embora seja o instrumento que permite a investigação da essência das coisas, só pode realizar “análises esquemáticas, expressas por conceitos, símbolos e palavras”, as quais não conseguem captar a dinâmica incessante do mundo social. O autor buscou, então, em uma ideia de conhecimento intuitivo uma maneira de dar conta do desafio de capturar o movimento contínuo da ação sem que o necessário recurso à abstração implique um distanciamento entre conceitos e realidade. Ora, a dimensão conceitual precisa sempre ter em um conteúdo respectivo, visto não consubstanciar uma realidade ontológica em si mesma. Toda abstração concebida pelo jurista, pois, deve ser por este cotejada contra uma apreciação intuitiva da realidade viva, no que a intersecção entre Ciência do Direito e Sociologia pode ser produtiva, visto que os dados recolhidos por esta podem ser utilizados em um teste pragmático das construções daquela – ainda que Gény negue a ideia de uma moralidade científica derivada dos fatos registrados pelos estudos sociológicos (O’ TOOLE, 1958, p. 4- 5).

O dado figura como matéria na sua relação com o construído, que cumpre o papel de uma forma – ponto em que fica clara a inspiração escolástica do autor, ainda que, como explica O’ Toole (1958, p. 3), Gény faça um grande esforço para que suas conclusões possam ser sustentadas também por aqueles que não aderem a tal vertente do pensamento filosófico. A técnica – elemento de ação – indica quais dos princípios encontrados nos dados pela ciência – elemento de conhecimento –, por serem demasiadamente gerais, não podem regular o Direito autonomamente, motivo pelo qual precisam ser convertidos em forma especificamente jurídica (técnica), seja a das fontes formais, seja a apreensão científica da realidade jurídica. De um lado, estaria a formulação de princípios básicos, questão normativa orientada pela razão humana; de outro, a questão prática da transposição de tais princípios a regras que satisfaçam as exigências temporal e espacialmente condicionadas da vida diária identificadas mediante a observação dos fatos sociais. Como explica O’ Toole (1958, p. 3 – tradução nossa), “a razão e a intuição cumprem o papel principal na descoberta científica e na organização dos pontos de partida para a confecção de regras jurídicas, enquanto o trabalho técnico de criação destas [...] demanda uma abordagem mais pragmática”.

Gény (1925, p. 528-31) estabelece uma distinção entre a “lógica propriamente dita” e a técnica jurídica. A mencionada lógica “consiste em deduções racionais e tem sua aplicação legítima e necessária na interpretação jurídica sempre que se trata de obter o conteúdo de uma vontade [...] consagrada pelo direito positivo”, bem como nas situações em que caiba ao intérprete materializar as consequências práticas de um princípio geral oriundo da natureza

das coisas e das realidades objetivas. Por sua vez, a técnica diz respeito à submissão das realidades a procedimentos artificiais por parte do jurista, que realiza uma espécie de leitura daqueles elementos fáticos a partir de uma lente jurídica e seus respectivos esquemas gerais, de maneira a conferir ao direito a sua realizabilidade formal. A técnica, porém, não se limita a garantir, “mediante procedimentos de síntese e simplificação, o fim último de toda organização jurídica”, pois envolve também a atividade interpretativa, a qual excede a legislação e também produz construções jurídicas, dotadas das funções de contribuir para a sistematização teórica do direito e, especialmente de orientar a aplicação do direito aos fatos, em um processo de enriquecimento dos princípios jurídicos.

Gény (1925, p. 531-4 – tradução nossa) nega que toda regra jurídica deva girar em torno de um conceito ideal determinante da ação e limitador do alcance normativo, pois, em verdade, “os mais firmes e seguros preceitos de direito são os diretamente oriundos da natureza das coisas, sem o intermediário de nenhuma concepção ideal inexoravelmente deformadora das realidades”. Ademais, o autor destaca que o intérprete, ao manejar construções conceituais, não pode se esquecer do fato de que estas são externas às realidades objetivas, as quais, por sua vez, são, precisamente, os nortes de sua ação. Demonstrando preocupação com o que, em linguagem sistêmica, poderíamos chamar de necessidade de equilíbrio entre autorreferência e heterorreferência, Gény afirma que os conceitos não podem impor o sacrifício das exigências da vida, visto que eles são hipóteses científicas, e não elementos pré-estabelecidos por sua essência – ainda que possam ter se tornado vinculantes convencionalmente, devido a eventual consagração legislativa.

Gény (1925, p. 522-4) considera a investigação a ser realizada pelo juiz como análoga à do legislador, a despeito de aquele atuar no sentido de adaptar o direito a uma situação concreta. Ora, ambos devem ser orientados por princípios superiores de natureza semelhante em uma tarefa de encontrar uma regra apropriada à concretização da justiça e da utilidade social. Ademais, o juiz, quando não forem suficientes as fontes formais, deverá decidir com base nas mesmas razões que o legislador adotaria caso se dispusesse a regular a matéria, o que conferirá à atividade do magistrado, assim, uma referência objetiva que lhe proteja de incorrer em subjetivismo. Também o doutrinador deve se orientar de forma semelhante, visto que este, ainda que não esteja diante de uma situação real, deve simular a posição de um juiz que busca adaptar as regras aos fatos da vida social. Nesse contexto, “onde lhe faltarem direções formais, o jurista é induzido, se quer proceder com alguma segurança, a dirigir suas investigações no sentido dos elementos sociológicos de todo gênero que animam as situações que se submetem ao seu conhecimento”, mas a livre investigação científica não pode criar

regras de direito com a mesma amplitude que a própria lei ou o costume (GÉNY, 1925, p. 597-8 – tradução nossa). Aqui, devemos notar que Gény (1925, p. 558 e ss.) distingue dois sentidos do termo “equidade”. Senão, vejamos.

O primeiro sentido de equidade vislumbrado por Gény, “uma espécie de instinto que, sem invocar o raciocínio vai, por si mesmo, perfeitamente em direção à melhor solução, a mais conforme ao fim de toda organização jurídica”, trata-se de um sentimento inconsciente sobre as exigências do direito que equivale, em natureza, às “revelações da consciência moral”, as quais também cumprem um papel no conhecimento do direito positivo, desde que ficando o seu papel limitado a elementos jurídicos puramente abstratos, e não a circunstâncias concretas de um caso. A equidade, pois, nesse primeiro sentido, é um instinto referente ao “domínio da interpretação científica, movendo-se fora dos casos, e procurando estabelecer ‘tipos’ de decisões concretas” (GÉNY, 1925, p. 559 – tradução nossa)⁷⁸.

O segundo tipo de equidade enxergado por Gény (1925, p. 560 – tradução nossa), a chamada “equidade individual”, “determina a influência das circunstâncias particulares a uma situação concreta e determinada – qualidade das pessoas, resultados da decisão, apreciação da opinião pública – sobre a solução jurídica específica”, prestando-se, pois, a adaptar a justiça aos fatos, modelando as ideias gerais em conformidade com os elementos concretos. A equidade individual apresenta infinitos elementos variáveis, motivo pelo qual não pode ser utilizada na interpretação jurídica “abstrata”, mas apenas na aplicação do direito. O seu papel está condicionado à utilização de uma fonte formal ou de um expediente de livre investigação científica, salvo se a própria natureza das coisas deixar um espaço à equidade individual. Em regra, pois, a equidade individual deve ser manejada dentro do âmbito de um critério decisório, com o fim de concretizar a justiça ou satisfazer as exigências da natureza das coisas positivas, e não como um critério de decisão independente (exemplo seria o caso da necessidade de determinação judicial de elementos contratuais insuficientemente explícitos

⁷⁸ “Dir-se-á que, privada de sua atmosfera vital por nossa reserva, a equidade de que se trata não terá a oportunidade de ser exercitada [...]? Isto seria um erro. Eu apelo à experiência de todos aqueles que tenham refletido sobre os problemas de direito positivo para afirmar que em muitos desses problemas a solução justa adquire-se por sentimento instintivo, mais do que mediante raciocínio, e isto independentemente de qualquer circunstâncias especial, pela mera consideração dos elementos gerais de uma questão. Digo mais: certos problemas só podem ser resolvidos pela via deste método. Entre tantos exemplos [...], cito a teoria do conflito entre leis mais antigas e leis mais novas, que se tentou resolver, sem sucesso, mediante um princípio racional [...], que a natureza das coisas não permitiu esclarecer completamente, e cujo conteúdo, ao menos provisoriamente, não se pôde fixar senão com a ajuda de um instinto jurídico, que o estudo e a reflexão certamente aperfeiçoaram, mas que nem por isso é menos irredutível às operações da razão propriamente ditas. Como negar, por conseguinte, que o sentimento de equidade, analisado sob este mesmo aspecto, deve conservar um lugar essencial em um método completo e suficiente de interpretação jurídica?” (GÉNY, 1925, p. 559 – tradução nossa).

nas palavras das partes).

Gény considera que as regras positivas podem entrar em conflito com os pontos de partida racionalmente avaliados, ainda que, em tese, aqueles elementos devam ser o produto de uma tentativa de materialização destes. Não surpreende, diante das lições sobre a equidade acima expostas, a tese do autor francês de que, em tais situações conflituosas, as regras positivas devem prevalecer, ainda que, em essência, ele considere o “*donné*” superior ao “*construit*”. Para justificar essa posição aparentemente paradoxal, Gény apresenta dois argumentos: o magistrado, como agente público, tem um dever funcional de aplicar o corpo formal de leis; e a manutenção da ordem é um elemento nuclear do conceito racional de justiça e, conseqüentemente, de uma sociedade justa – em outros termos, a ordem promove o próprio ponto de partida da formulação técnica de normas, as quais, por sua vez, servem como instrumento de manutenção da ordem (salvo nos casos em que haja um desvirtuamento dessa função das regras, hipótese em que surge um direito de resistência defensivo contra um direito manifestamente injusto). (O’TOOLE, 1958, p. 467)

De todo modo, se é verdade que os elementos colhidos na natureza das coisas podem oferecer pontos de apoio metódicos, com lastro em dados científicos, o que lhes permite obstar a arbitrariedade das decisões e reduzir ao mínimo a ação da subjetividade; não são idôneos a afastar por completo tal elemento personalista (GÉNY, 1925, p. 588). Ora, a identificação de tal natureza pressupõe uma atividade interpretativa de caráter racional, na qual, por um lado, busca-se descobrir, por um lado, “em nossa natureza íntima, as bases mesmas da justiça”, e, por outro, “nos fenômenos sociais, as leis de sua harmonia e os princípios de ordem por eles exigidos” (GÉNY, 1925, p. 538 – tradução nossa), processo que envolve sempre um resíduo subjetivista. Gény (1995, p. 556) entende que os princípios de justiça, como conceitos, não representam uma realidade superior externa ao homem, mas, sim, uma manifestação individual da razão e da consciência, a qual assume expressões, em alguma medida, subjetivamente diferentes dependendo do sujeito. São, pois, noções objetivas por essência, mas só podem ser transpostas subjetivamente ao plano prático, no qual se adaptam aos elementos variáveis da natureza das coisas positivas. Quanto mais próximos da faticidade, mais se apresentam sob a aparência de conhecimento subjetivo e, portanto, mais distantes ficam tais princípios de sua caracterização como entidades objetivas, superiores ao homem e dele independentes⁷⁹.

⁷⁹ “ao âmago da justiça, que a razão descobre nas relações humanas, não podemos recusar valor objetivo, sem o qual o justo seria desprovido do absoluto, que constitui a sua essência; isso não nos impede de reconhecer que a ação dos princípios que dito problema contém em si implica obra pessoal e individual do intérprete, cujos

De certo modo, conforme explicam Aftalión, Vilanova e Raffo (1999, p. 261), Gény subordina a ciência à técnica, de maneira que a lei, ainda que possa ser vista pelo legislador como uma técnica ou construção de sua autoria, é apresentada ao juiz como um dado ao qual este deve se ater. Não há, pois, na tese da livre investigação científica uma adequada consideração do papel da valoração como elemento material e necessário da experiência jurídica, o qual possibilite ao magistrado confrontar – poderíamos dizer, sistemicamente, em nome da heterorreferência – as formulações técnicas mediante propostas de adoção de novos critérios axiológicos. Não foi à toa, pois, que o autor francês atacou veementemente o chamado “bom Juiz Magnaud”. Senão, vejamos.

Gény (1919, p. 295 e ss.) relata que, entre os anos de 1889 e 1904, o tribunal de primeira instância de Château-Thierry foi presidido pelo Juiz Paul Magnaud e se notabilizou por proferir algumas decisões discordantes das tradições do direito francês e da jurisprudência dos tribunais superiores. Magnaud defendia a adoção de um critério decisório de justiça social, o qual foi bem-recebido pela opinião pública francesa. Até hoje a jurisprudência de seu tribunal é mencionada como um caso emblemático de responsividade do sistema jurídico aos valores sociais, tendo em vista as demandas da época por uma flexibilização da literalidade dos textos legais, mormente devido à modificação da conjuntura econômica após a Segunda Revolução Industrial. Exemplos das inovações do tribunal presidido por Magnaud foram: a responsabilização objetiva dos empregadores em casos de acidentes de trabalho, bem como dos transportadores em relação a acidentes com os usuários do serviço, tendo em vista a dificuldade para os prejudicados demonstrarem a culpa do ofensor em tais situações; a invalidação de uma penhora aparentemente regular, para afastar as sanções imputáveis à conduta do depositário infiel; a consideração da boa-fé como elemento que, em circunstâncias específicas, afastaria a possibilidade de punição de um sujeito que, formalmente, haveria infringido normas de direito penal; a possibilidade de divórcio por decisão consensual, proibida pela lei francesa da época; a absolvição de um homem que havia cometido crime de adultério; a suspensão de uma liquidação judicial e sua substituição por uma liquidação amigável; a absolvição de uma mulher por furto famélico de pão; e a absolvição de um vadio considerado absolutamente irresponsável por sua pobreza. Estas duas últimas decisões foram aprovadas pela opinião jurídica dominante, inclusive com a recomendação aos magistrados, mediante circular ministerial, para que seguissem a orientação do tribunal de Magnaud quanto

resultados últimos se traduziram necessariamente em pontos de vista subjetivos, que penetrem, não obstante, por suas mais profundas raízes nesta entidades objetivas que constituem todo o seu poder.” (GÉNY, 1925, p. 556 – tradução nossa)

ao ilícito de vadiagem, enquanto as demais, de maneira geral, foram rejeitadas pelo pensamento jurídico da época.

Gény, embora não fosse considerado um jurista conservador, rejeitava as decisões por equidade de Magnaud, visto como um juiz arbitrário que havia resolvido assumir a função de corrigir a sociedade e o direito positivo mediante a aplicação subjetivista de um direito ideal. O estilo de fundamentação de Magnaud, que só fazia referência à lei quando esta servia para reforçar os seus pontos de vista pessoais, havia de ser rejeitado, visto que, mesmo nas hipóteses em que suas decisões fossem valorativamente corretas, o seu critério decisório fundamental era “sentimental” (daí a alcunha de “bom juiz Magnaud”), e não técnico ou científico (COSTA, 2008, p. 272). A tal respeito, Costa (2008, p. 271) afirma, mencionando a caracterização pejorativa do magistrado francês por Maximiliano como um panfletário, que, aparentemente, “se Magnaud houvesse tomado as mesmas decisões, mas manipulando o discurso tradicional por meio de ficções e procedimentos hermenêuticos sofisticados, ele não teria causado tanto espanto”.

Carlos Maximiliano (2003, p. 68) caracteriza a postura de Magnaud como uma “forma original de direito livre”, perspectiva jurídico-hermenêutica deflagrada por Bülow, mas que teria sua vertente mais radical, próxima ao pensamento do magistrado francês, consubstanciada no manifesto de Kantorowicz, publicado, à época, com o pseudônimo de Gnaeus Flavius (2011). A aproximação parece-nos um tanto pertinente. Por um lado, pelo fato de que o autor de origem polonesa criticava justamente a falta de coragem dos magistrados e cientistas do direito para reconhecerem que a vontade era a força determinante das decisões judiciais – disposição que, convenhamos, não parecia faltar a Magnaud. Por outro, pelos ataques de Kantorowicz ao caráter manipulatório dos expedientes metódicos tradicionalmente utilizados para dar a aparência de produtos meramente racionais às decisões judiciais, justamente aquilo que, segundo a crítica de Costa, Gény e Maximiliano pareciam esperar de um magistrado – e que não encontravam, certamente, em Magnaud. **Se podemos dizer que Gény, como um ancestral da perspectiva sistêmica, defendia a necessidade de que os dados seletivamente colhidos pelo direito, como sistema cognitivamente aberto, de seu ambiente fossem objeto de uma “re-entry”, ou seja, de uma conversão técnica em construído (código lícito/ilícito), de maneira a limitar a discricionariedade da consciência-juiz (sistema psíquico em acoplamento com o sistema comunicacional “direito”) aos limites estabelecidos pelo fechamento operacional do sistema jurídico; Kantorowicz, com a radicalidade do mencionado manifesto – temperada, a bem da verdade, em suas obras posteriores, como “The definition of law” (1958) – parece, em certos**

momentos, propor uma justiça dotada de uma pretensão de transcendência radical movida por um (quase-)voluntarismo irracionalista que não respeita fronteiras sistêmicas ⁸⁰. Adentremos, em tópico próprio, as ideias centrais do manifesto de Kantorowicz, de maneira que possamos explorar sua função de antecedente da face desconstrutiva do metaeixo paranóico da teoria proposta por este trabalho.

6.2 ANCESTRAL DESCONSTRUTIVO: O (QUASE-)VOLUNTARISMO NO KANTOROWICZ DO MANIFESTO PELO DIREITO LIVRE

Kantorowicz, em seu famoso manifesto pelo direito livre, publicado sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius (2011), denunciou a insuficiência da hermenêutica metodológica em voga em sua época e destacou a relevância da intuição e do sentimento jurídicos na busca dos magistrados pela justiça. O autor destacava a impossibilidade de colmatação metódica e não-discricionária do intervalo entre norma e caso, espaço que só poderia ser preenchido de maneira justa mediante a busca por um direito livre, vivo e espontâneo, exterior ao direito estatal, desprovido de fixação pretérita por critérios positivos ou científicos. Com o propósito de ir de encontro a um ideal mecanicista de juiz,⁸¹ o manifesto parece explicitar o núcleo de

⁸⁰ Reiteramos aqui a ressalva feita no tópico 2.3.3 deste trabalho, em que reconhecemos, desconstrutivamente, a contradição intrínseca ao texto do manifesto, patente no seguinte excerto, de teor muito mais moderado do que o utilizado na maior parte do texto: “Demandamos [...] que o juiz, vinculado por seu juramento, decida um caso no nível máximo em que este possa ser decidido de acordo com o texto da lei. Ele pode e deve abandonar o texto, em primeiro lugar, quando o código aparentar não oferecer uma decisão indiscutível; em segundo lugar, se não é provável, de acordo com sua convicção livre e conscienciosa, que a autoridade estatal à época da decisão teria considerado uma decisão tal como exigida pelo direito. Em ambos os casos ele deve chegar à decisão que, de acordo com sua convicção, o poder estatal atual teria chegado se tivesse o caso individual em mente. Se ele não tiver como alcançar uma convicção desse tipo, deve decidir de acordo com o direito livre. Finalmente, em casos desesperadores ou apenas quantitativamente questionáveis [...], ele deve decidir de acordo com a vontade livre.” (FLAVIUS, 2011, p. 2025 – tradução nossa). Contudo, como anunciado anteriormente, assumiremos, em nossa pretensão desconstrutivo-constructiva, a imagem do Kantorowicz dos trechos mais radicais do manifesto como figura ilustrativa de uma justiça orientada à transcendência radical.

⁸¹ Kantorowicz descreveu no seguinte excerto o modelo ilusório de juiz que pretendia combater: “A imagem ideal reinante sobre o jurista é a seguinte: um servidor civil de alta patente com treinamento acadêmico que senta em sua célula, armado apenas com sua máquina de pensar, certamente da melhor qualidade. O único móvel que existe na célula é uma mesa verde sobre a qual está o Código do Estado, bem à frente do juiz. Apresente a ele qualquer tipo de situação, real ou imaginária, e com a ajuda de operações puramente lógicas e uma técnica secreta da qual apenas ele entende, o magistrado, como exige o seu dever, está apto a deduzir do código a decisão pré-determinada pelo Legislativo com absoluta precisão. Este ideal, estranho aos romanos da Pax Romana, exsurgiu durante seu grande declínio político sob o governo de imperadores tirânicos. A Idade Média e a Renascença disseminaram-no na teoria, mas o negaram na prática e, às vezes, também na atividade legiferante: confiou-se aos juízes e aos estudiosos a continuação e a transformação do direito. Apenas o Estado burocrático do absolutismo moderno restauraram a eficácia do ideal bizantino e conferiram a base teórica desejada da doutrina da separação entre os poderes Legislativo e Judiciário de Montesquieu. A Europa Continental, porém, não apenas assumiu este ideal, mas também o inseriu no coração das crenças políticas e o reforçou com a mais intensa segurança [...].“Este novo momento objetiva remover nada menos do que todo o ideal prévio e colocar no lugar um exatamente oposto. Portanto, sem nutrir apreciação por valores históricos, este movimento parece radical e, de tal maneira, como todo movimento radical, tende a falhar. Mas não parece ser acaso, pois

sua proposta no seguinte excerto: “Em nenhum lugar a primazia da vontade é mais inquestionável do que na Ciência do Direito, por mais que observações empírico-sociológicas possam ensinar o que a metafísica da vontade de Schopenhauer, como nós mesmos, amplamente rejeitamos. Em verdade, é a vontade de alcançar uma decisão previamente fornecida que orienta o raio de alcance das posições jurídicas estabelecidas por essa decisão” (FLAVIUS, 2011, p. 2013 – tradução nossa).

Larenz (2005, p. 78 e ss.) explica que Kantorowicz está inserido em uma linha de pensamento irracionalista, que teve Schopenhauer, Nietzsche e Bergson como seus principais representantes no século XIX. Nas palavras de Larenz, típica do “direito livre” de Kantorowicz é a substituição de uma “solução dos casos concretos dedutivamente inferida e racionalmente mediada” pelo “primado da vontade, do sentimento ou da intuição — e, por isso, sempre que a solução não pode inferir-se «imediatamente» da lei”, o magistrado não é reconduzido “para as considerações racionais, mas para o seu sentimento jurídico pessoal” (LARENZ, 2005, p. 79).

Se a obra de Kantorowicz já é do século XX, pode-se considerar como seu precursor especificamente no campo jurídico Oskar Bülow, que, em 1885, defendeu o caráter criativo das decisões judiciais, tendo em vista que a ponência de uma lei seria uma mera tentativa preparatória de realização de direito, e não, propriamente, a sua criação. De tal maneira, a lei não apresenta, de pronto, respostas pré-definidas para os problemas jurídicos particulares, nem é possível meramente deduzir de maneira puramente lógica tais respostas com base nas disposições legais, as quais são plurívocas. Caberia ao juiz, pois, escolher a determinação de sentido que lhe pareça a mais justa, tarefa a respeito da qual Bülow não entrou em maiores detalhes, inclusive sendo omissos quanto à indicação de eventuais critérios que o juiz poderia utilizar para o seu cumprimento. Deveria o magistrado proceder “segundo um critério objetivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a «natureza das coisas» ou a concordância com um princípio, ou segundo um mero critério subjectivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal” (LARENZ, 2005, p. 79)? Kantorowicz, em vez de se satisfazer, como fez Ehrlich, que cunhou a própria expressão “direito livre”, com o positivismo sociológico, optou por um caminho de oposição ao racionalismo científico (COSTA, 2008, p.

sustentamos unanimemente a convicção de que a batalha não tem significado constitutivo, mas, sim, declaratório. Devemos meramente reconhecer o que inconscientemente – mesmo se, por tal razão, imperfeitamente –, em todos os lugares e épocas, se pratica: precisamos apenas expressar o que “é”. [...]. Mas ainda mais importante do que a aprovação dos estudiosos parece ser o fato de que milhares de juizes e juristas se alinharam à nova visão, um fato que não tem sido notado simplesmente pela circunstância de que estes práticos não consideram valer a pena um esforço por aquilo que, para eles, sempre foi uma doutrina óbvia.” (FLAVIUS, 2011, p. 2006 – tradução nossa)

280), defendendo, então, que a “vontade de chegar a uma decisão já antecipadamente conhecida” é o que “preside a escolha dos lugares da lei que permitem fundamentar essa decisão” (LARENZ, 2005, p. 80).

Para ilustrar sua proposta, Kantorowicz remete analogicamente ao direito natural, entendido como aquele que é válido independentemente do poder estatal, ou seja, como um “direito livre”, sem recepcionar “o absurdo” eventualmente sugerido por algumas das teorias jusnaturalistas de que tal direito teria validade universal, independentemente da contextualização temporal e espacial. Não seria adequado reduzir o direito à lei, de maneira a desconsiderar as proposições necessárias ao seu desenvolvimento, avaliação e/ou complemento conferidas pelo direito livre – como os comentários doutrinários à legislação e os enunciados “de lege ferenda” –, sob pena de se remover “da história jurídica quase toda a história jurídica” e se confundir o direito livre com a moral. O direito livre seria o “direito natural do século XX”, oposto às pretensões metafísicas dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, presentes nas obras de Pufendorf e Wolff (FLAVIUS, 2011, p. 2008-9).

O direito livre é igual ou mais influente e poderoso do que o direito das leis, pois as pessoas têm uma familiaridade com ele, enquanto mal conhecem o direito legal – quando conhecem, normalmente o fazem porque concordam com ele. Nesse ponto, o autor critica a ficção de que todas as leis são conhecidas por todos, justamente pelo fato de que ninguém conhece todo o direito. Não é à toa que os juristas são tão festejados como detentores de um conhecimento detido por poucos; a maior parte das pessoas só conhece o direito que lhes interessa, do qual precisam – como um pequeno empresário que conhece regulações de direito societário. Nas palavras do autor: “Quem pode imaginar um viajante em uma terra estranha se familiarizando com a linguagem, a história, a arte, as tradições populares, simplesmente mediante a abertura de um código civil? Ninguém! Todos eles vivem de acordo com o direito livre, que atinge os estatutos de seus domínios particulares ou de seus juízos individuais não como arbitrários, nem como convenientes, e sim como direito.” (FLAVIUS, 2011, p. 2010 – tradução nossa).

Kantorowicz afirma que o direito livre cultiva os seus domínios independentemente das leis, mas que estas precisam do direito livre como inspiração, dado que “quase todos os conceitos legislativos existiram anteriormente como proposições do direito livre. Toda a crítica do direito legal, os próprios meios pelo qual ele se desenvolve, deve, por definição, ser elaborada com base no direito livre (ao qual, para a crítica, as leis estrangeiras também pertencem)” (FLAVIUS, 2011, p. 2010 – tradução nossa). Ademais, o direito livre colmata as lacunas do direito legal, tendo em vista o dogma da completude de ordenamento e a correlata

proibição do “non liquet”. Segundo o autor, afirmar que existem lacunas é incompatível com a negação da existência do direito livre. Para Kantorowicz, as lacunas não são eventuais, visto que, em verdade,

não há menos lacunas do que palavras. Nenhum conceito pode ser reduzido a unidades menores e apenas alguns podem ser definidos, o que se faz mediante outros conceitos que, por sua vez, são indefinidos. Apenas por acaso poderia um caso ser representado pelos núcleos de todos os conceitos juridicamente aplicáveis, em vez de ser reconhecido apenas por seus contornos flutuantes. Assim, colmatar as lacunas mediante interpretação jurídica seria uma tarefa inviável, mesmo que tais meios não fossem tão inadequados como se mostrará que são. Diante de um caso individual, apenas o direito livre, com a espontaneidade de suas decisões e a clareza emocional de seu conteúdo, pode gerar este preenchimento [...]. Não importa que o jurista a colmatar tais lacunas considere tal atividade – inegavelmente modificadora do direito – inadmissível ou se recuse completamente a reconhecê-la como natural. [...] [...] em vez de colmatar as lacunas como uma proposição jurídica “pré-existente, talvez também desconhecida”, elas serem preenchidas pelo direito livre, e isso, para grande surpresa de todos, subsequentemente se tornará direito legal, “talvez também desconhecido” (FLAVIUS, 2011, p. 2011 – tradução nossa)

O autor do famoso manifesto denuncia o que chama de “megalomania judicial”, ou seja, a crença dos juristas de que o direito é capaz de resolver qualquer problema imaginável. Segundo o autor, nenhuma outra ciência teórica ou prática nutre uma crença desse tipo, enquanto os juristas demandam uma habilidade tal de todos os seus membros. Os juristas cometem habitualmente o erro de ignorarem a pergunta sobre a efetiva possibilidade de solução de um problema. Eles partem diretamente para a busca por uma resposta, sem considerarem minimamente que esta possa não existir ou não ser encontrada. Ora, há respostas que não são encontradas nem na legislação, nem no direito livre, até mesmo porque ambos, em verdade, não constituem propriamente um sistema: “os resultados de várias épocas culturais e sociedades formados organicamente; eles não são concebidos em um plano fixo, são frequentemente dispostos ao uso de maneira desorganizada e sem verificação no consciente e no subconsciente” (FLAVIUS, 2011, p. 2012 – tradução nossa). Ainda assim, a praxe dos juristas é a de realizar um esforço para reconduzir a uma norma os casos complicados com que se deparam – e quanto mais cuidado tiverem, mais perplexos ficarão. Tal postura, obviamente, também é assumida pelas partes, que costumam apresentar normas e valores contrapostos. Contudo, no fim das contas, decisões devem ser tomadas, seja com base em normas de diferentes tipos, seja arbitrariamente, e sua justificação tratará seus fundamentos normativos como dotados de poder autoritativo desde o início (FLAVIUS, 2011, p. 2012 – tradução nossa).

Kantorowicz alerta para a necessidade de que não se procure substituir o dogma da completude da codificação por um dogma da completude do direito livre. Ora, existem muitos casos que não têm solução jurídica, visto que é possível que existam respostas no direito livre

que não consigamos identificar, bem como que

mesmo se assumirmos a suposição de que o direito livre sempre oferece uma solução identificável, não seja nem um pouco certo que esta solução seja universalmente válida. Ao contrário: nossas diferenças – dado que ninguém nega que as pessoas sejam diferentes, especialmente no que diz respeito à hierarquização de valores da vida – *têm que ser* expressas, em ao menos uma parte dos casos, por uma solução adequadamente diferente. O estado geral da maioria das controvérsias demonstra que elas podem muito bem modificar sua aparência ao longo do tempo sem que se aproximem de uma solução. E como poderia ser diferente? O fator individual afirma-se em todos os aspectos [...]. Vemos repetidamente alguém promover uma teoria cuja aplicação fornece uma solução aceitável em um exemplo dado em classe, enquanto outra pessoa rejeita a teoria dominante por desejar o resultado oposto. [...] mesmo em questões de direito, um veredito consistente não pode ser mais exigido e esperado do que que uma pessoa reconheça um enredo como bom ou uma pintura como bonita quando sua individualidade desviante necessariamente produz uma reação emocional distinta (FLAVIUS, 2011, p. 2012 – tradução nossa).

Kantorowicz propõe uma desvinculação da ciência jurídica em relação à legislação. Em vez de estar a reboque do legislador, o cientista do direito precisa contribuir mediante uma construção livre para a satisfação das necessidades da vida jurídica, as quais não são preenchidas pelo direito legislado. A ciência, pois, deve ser compreendida como uma fonte do direito, algo que a Escola Histórica já propunha, e “suprir seus conceitos com definições – não mediante ‘construção’, mas, sim, pela via do melhoramento dos conceitos com os elementos conferidos pelas proposições do direito livre. Ela deve colmatar as lacunas – não mediante a negação de todas as pretensões não sustentadas pelo código, mas, sim, por meio da afirmação da direção indicada pelo direito livre” (FLAVIUS, 2011, p. 2013 – tradução nossa). Cabe, pois, à ciência deixar de ser meramente “o reconhecimento do reconhecido” para cumprir a tarefa de limpar os elementos ultrapassados do código e tornar maduros os novos aportes do direito livre. Aqui, em trecho emblemático do teor (quase-)voluntarista, de traços irracionistas, que permeia o texto do manifesto, o autor afirma que

é na determinação jurídica livre que a doutrina descobre e torna aplicável o direito comunitário; ela faz exsurgir a criação jurídica livre ao produzir direito individual e lhe conferir valor. Sendo fonte do direito, a doutrina deve ter a mesma natureza de todas as outras fontes e, como o próprio direito, ser querida [...], entrar em sua fase voluntarista, [...] reconhecer o papel previamente irrelevado da vontade como verdadeiramente autoritativa. [...] Bartolo [...] é o exemplo clássico: a história conta que ele tomava decisões primeiro e, posteriormente, conferia a seu amigo Tigrino a tarefa de exibir o conjunto de posições judiciais apropriadas a ela [...]. A relação entre a vontade e a mente será sempre ocultada pelo fato de a mente, “ex post facto” [...], querer saber as verdadeiras circunstâncias minuciosamente e, particularmente, no que diz respeito à prática jurisdicional, pelo fato de a vontade jurídica – felizmente, com frequência – demandar o resultado ao qual a mente interpretante teria chegado sem sua orientação. Mas qual dos dois, a longo prazo, permanece sendo a verdadeira força-motriz se torna óbvio quando um teórico ou prático se sente obrigado pela leitura de um texto legal a deduzir um resultado que joga em sua cara uma questão importante sobre uma convicção jurídica livre e

poderosa (um “resultado indesejado”). É o caso das bem conhecidas decisões do Tribunal Imperial Alemão, que, recorrentemente, desencadeiam uma tempestade. Toda vez é o mesmo drama: a vontade coloca energias em movimento, as quais desta ou daquela posição jurídica e, se for necessário, mediante a utilização de regras interpretativas consagradas pelo tempo, chega ao resultado inverso, “bem-vindo”, mediante um constrangimento lógico. O tribunal ou adere à outra teoria após um período mais ou menos longo de dificuldades para resolver a matéria, ou insiste em seu ponto de vista, o que, na maior parte das vezes, ocorre ou quando o direito livre dos sete conselhos do “Reichsgericht” contém a mesma proposição como seu texto legal, ou quando têm a esperança empiricamente fundada de que, como resultado de sua inflexibilidade, nossa zelosa legislação [...] intervirá corretivamente no sentido desejado. Caso esta máquina [...] deixasse de funcionar, toda a prática, até o tribunal supremo, sucumbiria mais cedo ou mais tarde ao espírito do novo direito livre. (FLAVIUS, 2011, p. 2013 – tradução nossa)

Em verdade, pelo fato de apenas alguns conceitos jurídicos gerarem o resultado jurídico desejado, a construção do direito pelo juiz é o resultado de seus próprios resultados⁸². Ilustrativamente, o autor afirma que o argumento “ad absurdum” consiste em afirmação de que a consequência postulada pelo adversário não poderia ter sido querida pelo Legislativo pelo mero fato de ir de encontro à consequência desejada por aquele que argumenta. Em outros termos, quem argumenta “ad absurdum” parte da premissa de que o legislador quis exatamente o que ele também quer. Não é, portanto, necessário condenar abertamente as consequências indesejadas como tais, bastando apenas que se consiga a aceitação das consequências desejadas. “Porém, ao meramente estipular uma construção, o sujeito arrisque a produzir consequências indesejáveis e imprevisíveis. *fiat justitia, pereat mundus* [...]. Atrela-se a sua posição e anuncia com orgulho: ‘Aqui estou – não posso fazer outra coisa’. Se tivesse considerado igualmente aquelas consequências, teria idealizado uma construção diferente ‘ad hoc’ – é sempre a vontade o que conduz a mente em rédeas curtas” (FLAVIUS, 2011, p. 2015 – tradução nossa).

O sentimento anti-racional anda de mãos dadas com essa tendência voluntarística, visto que a mente e sua lógica não podem ser uma autoridade exclusiva. Contudo, o Movimento do Direito Livre não considera a lógica como desprovida de valor. O que se há de ressaltar é que o papel da lógica na aplicação do direito, reconhecido pela hermenêutica tradicional, está distante daquele cumprido pela lógica na filosofia. A consideração da analogia como um método dogmático, por exemplo, pressupõe a necessidade de uma aproximação não-lógica entre casos semelhantes, mas, na visão de Kantorowicz, é muito difícil imaginar um caso que não tenha nada, por menor que seja, em comum com outro. Para o autor, praticamente toda proposição jurídica poderia ser aplicada a praticamente todos os casos, de maneira que se

⁸² Aqui, embora sem citação explícita, o autor remete a ideia, já mencionada no capítulo 4, também defendida por Radbruch, seu amigo de longa data e interlocutor privilegiado no que concerne à temática do Direito Livre, ao teor do manifesto, à oportunidade de sua publicação e ao anonimato pelo qual Kantorowicz optou.

tornaria impossível traçar a fronteira entre o que é permitido, o que é proibido e o que é quantitativo e material. Tais dificuldades são aplicadas também à “interpretação extensiva”, utilizada quando se considera a analogia proibida e consistente em “forçar a literalidade a um limite extremo e ir um pouco mais além”, como fica claro diante de expressões indeterminadas. Kantorowicz menciona como exemplos “instrumento perigoso” e, no regramento da aquisição de propriedade por especificação, “manufaturador”. O que determina se tais termos serão assumidos de maneira extensiva, restritiva, literal ou analógica não é a lógica ou o texto normativo, mas, sim, o direito livre e a vontade de alcançar resultados desejáveis e/ou evitar indesejáveis. A aceitação de uma construção e de todas as suas consequências não ocorre em função de seu caráter mais lógico, natural ou melhor, pois tais qualidades só lhes são atribuídas pelo jurista quando suas consequências são por ele desejadas (FLAVIUS, 2011, p. 2016).

Já no que diz respeito às ficções jurídicas, Kantorowicz é ainda mais ácido. Tais expedientes, para ele, só seriam sustentáveis quando compreendidos em um sentido conservador no contexto de uma cultura e do desenvolvimento histórico de uma instituição, como acontecia em Roma. O comum, porém, é que as ficções sejam utilizadas para estender sistematicamente uma proposição jurídica particular a casos que não seriam a ela reconduzíveis. Ora, nesse tipo de situação, “opta-se pela ficção por pura preguiça de buscar conceber uma proposição geral satisfatória ou por receio de que uma inconsistência permita sua invocação por quem não percebesse a natureza fictícia de suas consequências subrepticamente alcançadas” (FLAVIUS, 2011, p. 2016 – tradução nossa). A ficção configura-se, pois, em um expediente sem valor científico, o “distinto disfarce da mentira a serviço de métodos fraudulentos ou interesses práticos”, elemento perigoso que obsta o conhecimento, mormente por ser considerado pela teoria como componentes conceituais duráveis (FLAVIUS, 2011, p. 2016 – tradução nossa).

Outro expediente atacado por Kantorowicz é a “ratio legis”, tratada como um método dogmático que seria executado por meios lógicos. Segundo o autor, seu valor lógico é tão reduzido quanto o da analogia e o da ficção. Na definição do autor, o método em questão “consiste em extrair de dadas proposições jurídicas as proposições mais gerais que lhe servem de base e que, por conseguinte, também devem ser positivas, para, novamente, deduzirem destas proposições interpoladas não apenas as proposições já existentes, mas também outras proposições concebíveis” (FLAVIUS, 2011, p. 2016 – tradução nossa). Este método de interpolação pelo qual se criam “partes comuns” tem o problema de que existe uma relação fixa e bem conhecida entre premissas e conclusões: em linguagem lógica, qualquer

proposição arbitrária pode servir como premissa de uma proposição jurídica, assim como qualquer proposição jurídica pode ser qualificada como uma conclusão lógica. Devemos, pois, considerar que há uma força que seleciona, dentre todas as premissas possíveis, aquela que fornece as conclusões desejadas. Essa força é a vontade, e não a mente: psicologicamente, as premissas incompatíveis com o alcance do resultado querido nem mesmo adentram a o limiar da consciência jurídica do intérprete. De tal maneira, “o sistema e suas partes comuns não podem ser estabelecidos de um modo que resultaria ‘das’ premissas do texto legal, mas, sim, aquelas proposições são apresentadas como premissas que permitiriam ao sistema se expandir da forma postulada” (FLAVIUS, 2011, p. 2016 – tradução nossa).

Kantorowicz conclui que todas as outras artes interpretativas fracassam na tentativa de utilização de expedientes lógicos para preencher as lacunas dos textos legais de maneira idônea a estabelecer uma convergência entre o sistema jurídico e os casos da vida. Ainda assim, porém, segundo o autor, o pensamento e a prática jurídicos continuam tentando cumprir essa tarefa impossível mediante “construções tão violentas que sua incompatibilidade com o texto legal seria óbvia ao olhar mais estúpido”, ou, no extremo oposto, simplesmente ignoram as necessidades da vida e assumem uma perspectiva legalista que lhes contradiz (FLAVIUS, 2011, p. 2017 – tradução nossa). A defesa de dogmas como esses é sustentada pela presunção idealista de que seria possível completar o “grande mosaico dos conceitos jurídicos” mediante a inserção de algumas peças adicionais. Porém, segundo Kantorowicz, os elementos que permitiriam a definição dos aspectos indefinidos do direito também precisam de definições, o que exige que se remeta a novos elementos, também indefinidos, o que configura um regresso “ad infinitum” ou, no caso de haver entrecruzamentos entre essas categorias definitórias de elementos, em círculos viciosos. Não é possível, portanto, encontrar, meramente com base no princípio lógico da não-contradição, uma única resposta correta dentre as múltiplas combinações possíveis (FLAVIUS, 2011, p. 2016-7 – tradução nossa)

Kantorowicz critica a Escola Histórica de Savigny por ter dado origem à concepção de Jurisprudência seguida pelos conceitualistas e, conseqüentemente, ter, ao assumir métodos do direito natural, sustentado o racionalismo em vez de destruí-lo. Por tal razão, o defensor do direito livre busca conservar apenas o que ele chama de “melhores começos da Escola Histórica”. Nesse sentido, o autor subscreve a tese do historicismo que ele considera mais importante: “todo direito é *positivo* e, conseqüentemente, o direito existe se e apenas se alguma realidade (poder, vontade, reconhecimento) sustenta a proposição jurídica. Portanto, o direito positivo nunca poderia ser dominado por meio da ‘jurisprudência conceitual’” (FLAVIUS, 2011, p. 2020 – tradução nossa). Ademais, o autor restaura da Escola Histórica a

tese da comparação entre o direito e a linguagem, segundo a qual o direito teria se desenvolvido “organicamente, tal qual um produto natural”, o que, para Kantorowicz, significa se tratar de um produto irracional (FLAVIUS, 2011, p. 2020 – tradução nossa). O autor defende, portanto, que o direito livre deve estar mais atento ao presente, pois não faz sentido tentar adaptar um direito que não é mais válido à realidade atual, esforço racional que serviria apenas para livrar os juízes de terem que reconhecer o caráter obscuro de uma realidade jurídica, ou seja, “um caso como indecível de acordo com o direito”. Ora, “se a codificação não mais importar para o juiz, uma necessidade desse tipo deixará de existir e, se necessário, nada no mundo impedirá que o código seja descrito e imaginado como fragmentário, incompreensível, desarrazoado” (FLAVIUS, 2011, p. 2020 – tradução nossa).

Kantorowicz afirma que não há um ponto arquimediano para uma filosofia do direito objetiva, motivo pelo qual o direito livre – para o qual o direito que é consiste em um produto desejo daquilo que se gostaria que ele fosse – busca combinar a Ciência do Direito, de um lado, com a psicologia, e, do outro, com as ciências sociais, em vez de tentar estabelecer um traço teórico-científico fundamental exclusivo da Ciência do Direito⁸³. Ora, “a Jurisprudência deve também adaptar-se ao tecido positivo do ser, um tecido psicológico, como muitas outras ciências fazem. A Ciência do Direito nunca pode ir além do alcance do ‘seria’, e apenas dentro deste pode encontrar o escopo do juízo de existência e indicações de

⁸³ “Aqueles grandes sistemas de leis individuais assentados nos livros podem ser completos e incontroversos na medida em que eles são individualidades de seus criadores, mas também devem contradizer um ao outro, na medida em que as individualidades de seus criadores contradizem eles próprios. Eles estão educando e influenciando a prática na medida em que as individualidades de seus criadores coincidem com aquelas dos outros juristas; eles contêm tantos fragmentos de leis quanto forem compatíveis com suas visões jurídicas individuais, e aceitarão outros apenas naqueles casos em que houver a esperança de que em algum momento possam vir a ser alteradas de maneira que lhes seja favorável. Apenas quando a codificação ainda é jovem a vontade é capaz de incorporá-la de maneira pura, precisa e bem-sucedida, e o valor dogmático do livro-texto é o menor possível, como fica claro quando são considerados os muitos livros sobre o novo código civil. Na medida em que, porém, a teoria e a prática destacam novos exemplos duvidosos, isso nunca poderia, obviamente, ser resolvido pelo código sozinho; os livros desvinculam-se do código. [...]. Tudo o que um livro-texto e um sistema têm em comum é o fato de expressarem claramente a vontade de seus criadores, com todos os seus sentimentos morais, políticos, jurídicos – o que, [...] seria completamente impossível se, como seus títulos sugerem, eles realmente representassem direito legal. Apenas por este preço eles poderiam alcançar a completude sistemática. Porém, em uma era de individualismo crescente, a busca por um sistema de proposições universalmente válido, seja este de direito livre, seja de direito legal, não é nada mais do que uma utopia de uma lógica diletante. [...]. Enquanto a teoria das ciências naturais, rejeitando o recurso desesperado de identificar a conclusão do particular ao particular em um silogismo, estava contente com a natureza hipotética de todo conhecimento, e a verificação de uma hipótese por experimentação ou observação direta foi decretada um corolário necessário e indispensável, a natureza normativa das proposições jurídicas certamente proíbe qualquer coisa que uma verificação mediante conhecimento empírico igualmente observaria. Consequentemente, sempre são as ciências naturais, ao menos desde que a filosofia natural saiu de cena, que inferem da falsidade de um fato corretamente deduzido a falsidade da teoria, e, consequentemente, a modificam. Ao contrário, o jurista, ao deduzir, abstendo-se de buscar instruções no empirismo, incorpora o comportamento ridículo daqueles estetas que, ao se depararem com um trabalho artístico físico, preferem mentir sobre suas impressões do que modificar a teoria que as contradiz.” (FLAVIUS, 2011, p. 2018 – tradução nossa)

sua meta. O ser pode ser julgado apenas pelo ser”. (FLAVIUS, 2011, p. 2021 – tradução nossa).

Kantorowicz visualiza “a essência da teologia ortodoxa na essência do dogmatismo jurídico”, dado que os dois campos de estudo utilizariam mitos e fábulas para justificar os seus dogmas e, conseqüentemente – para usarmos aqui a linguagem sistêmica –, disparadoxizar os paradoxos intrínsecos a ambos (FLAVIUS, 2011, p. 2023 – tradução nossa). A descrição do paralelismo entre a Dogmática Jurídica e a teologia ortodoxa foi realizada pelo autor nos seguintes termos:

Aquí a divindade, acolá o “legislador”: ambos entidades inacessíveis à experiência. Suas intenções são secretas ou apenas vagamente conhecidas pela massa profana; uma casta privilegiada de teólogos, os juristas transmitem suas revelações. Ambos pretendem representar a vontade dessas entidades, enquanto, na verdade, ambos estão sendo dissimulados como a vontade que se gostaria que tivesse sido reconhecida – seja na lei, seja na religião. Isso é inevitável, pois apenas fragmentos são fornecidos para a construção de desta vontade – sejam estes as Sagradas Escrituras ou o código. Independentemente disso, a tarefa continua a ser clara e abertamente a de responder a todas as perguntas destes fragmentos. O jurista deve ser capaz de estabelecer cada ação como sendo certa ou errada, o teólogo deve estabelecer cada ação como divinamente desejada ou proibida. Um sistema artificial de ciclos e epiciclos deve, portanto, ser estabelecido. Assim como temos visto o jurista fazer, o teólogo instrui com apenas um olhar sobre as explicações dos Dez Mandamentos no Catecismo. E, tal qual o jurista descreve cada uma de suas decisões como fundamentadas no código, [...] cada uma das instituições religiosas [...] deve remeter a algum lugar nas Sagradas Escrituras. [...]. Ademais, o código e as escrituras são tão incompletos quanto autocontraditórios, bem como contrariam a própria realidade a que se referem. [...] Ambos devem ser retratados como sistemas contraditórios em que mil anos de progresso, mil cruzamentos de diferentes sistemas culturais neles gravados, não revelaram nada (FLAVIUS, 2011, p. 2022 – tradução nossa).

Kantorowicz considera que os juristas afirmam encontrar um “espírito do direito” nos textos remotos, assim como os teólogos encontram concordâncias no Velho Testamento e no Novo Testamento. Para tanto, ambas as categorias se utilizam de ferramentas próprias, quais sejam, as “regulae juris” – entendidas, no caso do direito estatal, como “rules of law”, e, no caso da religião, como axiomas do “direito canônico” (“regulae juris”, em latim, significa, literalmente, “rules of law”). A vontade da lei, pois – aqui, parece-nos, de maneira similar à tradição de Duns Scotus e Pufendorf, autores que configuram o voluntarismo do homem como um espelho do voluntarismo divino –, funciona como um fundamento último, tal qual a vontade divina, em máximas como “não se deve distinguir o que a lei não distinguiu” ou “quando a razão para uma lei cessa, a lei em si mesma cessa” (FLAVIUS, 2011, p. 2023 – tradução nossa) – as quais podem servir muito bem como exemplos de elementos componentes do “thrust-and-parry” denunciado por Llewellyn, como vimos no terceiro capítulo deste trabalho. A “vontade de direito” do jurista, em alguns casos, demanda

interpretações extensivas e, em outros, interpretações restritivas, as quais serão aplicadas sem que haja qualquer tentativa de oferta de metacritérios que justifiquem a escolha por uma ou outra técnica. No direito e na teologia,

a relação da vontade com a mente e os sentidos é a mesma. Inúmeras vezes, a mente interpretativa chega a um resultado que, naquele momento, contradiz o senso religioso ou jurídico do sujeito. A vontade, porém, demanda o acordo entre ambos. Consequentemente, ou a mente será conformada aos sentidos – o que ocorre particularmente no caso da jurisprudência – ou os sentidos à mente – o que acontece com mais frequência na teologia. (FLAVIUS, 2011, p. 2023 – tradução nossa)

Por outro lado, a mente consegue, caso confronte tal visão dogmaticamente estabelecida de maneira individual, concentrar os seus poderes para reformá-la, de maneira a

deduzir a nova visão dos velhos textos com uma lógica precária; esta é, como vimos, a regra na Ciência do Direito. [...] quando o jurista justifica suas instituições de princípio, ele encontra as regras prescritas pelo sistema jurídico imediatamente justificadas, e no dia seguinte justificará o oposto, caso um código jurídico que não lhe seja familiar seja imposto a ele. Em todos esses casos a vontade ainda é o verdadeiro agente, e a dedução lógica é apenas uma simulação que não serve à verdade, e sim ao interesse. (FLAVIUS, 2011, p. 2023 – tradução nossa)

O autor enxerga uma relação de identidade entre as noções de religião livre e direito livre, dado que ambos são orientados para: uma superação do escrito; uma liberação do individual; e uma escuta da sensatez à sua própria consciência e ao seu próprio direito (FLAVIUS, 2011, p. 2024 – tradução nossa). O resultado de uma aproximação desse tipo, no âmbito jurídico, seria a derrubada de todos os postulados da atividade decisória do juiz:

Se a ciência jurídica reconhecer o direito livre, então a jurisdição não será mais apta a se basear no direito legislado! Se a jurisdição for criativa, não será mais meramente o servo do código! Se a ciência constantemente tem lacunas para preencher, a prática não será capaz de decidir corretamente todos os casos! Se a teoria dá espaço a valores emocionais, um veredicto fruto de um raciocínio exato não será mais necessário! Se o fator individual da teoria fosse reconhecido, a prática perderia suas qualidades de previsibilidade e uniformidade! Se a teoria em si mesma se tornar anti-dogmática, a jurisdição não poderá mais ser científica! Se a vontade predominar na jurisdição, então esta não poderá mais permanecer imune! Em resumo, os ideais de legalidade, passividade, mérito, natureza científica, certeza jurídica e objetividade parecem ser irreconciliáveis com o novo movimento. Mas – felizmente – pode-se mostrar que estes postulados em parte ainda não foram materializados, bem como que alguns não merecem ser realizados. (FLAVIUS, 2011, p. 2024 – tradução nossa)

Kantorowicz encontra paradoxos nos seguintes postulados decisórios da atividade do juiz: defende-se que todos os casos devem obrigatoriamente ser decididos e que tais decisões devem ser baseadas em textos de lei, dado que esta seria a autodestruição da vontade, mas os tribunais remetem cada vez mais a uma discricionariedade razoável; alega-se que o juiz deve ser um servo do direito, mas celebram-se as práticas tribunalícias que conservam o frescor de uma codificação por séculos mediante uma adaptação a novas necessidades; diz-se que todas

as decisões devem ser motivadas, mas admite-se uma instituição como o tribunal do júri, que decide questões de suma importância psicológica e subjetivamente, sem necessidade de fundamentação, o que revela a falta de confiança que temos nos juízes e um déficit de autoridade por parte deles; afirma-se que as decisões devem ser previsíveis, mas ignora-se que isso é inalcançável, até mesmo porque, se fosse possível prever os resultados dos processos, estes não mais existiriam; postula-se que as decisões devem ser objetivas, e não pessoais, mas irreleva-se que as modificações nas composições dos tribunais são acompanhadas por novidades em suas orientações jurisprudenciais, o que está relacionado ao fato de que o homem necessariamente coloca o traço de sua personalidade em tudo que faz e, portanto, de que a personalidade do juiz é determinante no resultado do litígio; exige-se que uma decisão seja obtida de maneira estritamente científica, mas deixa-se de lado o contraste entre os teóricos e os práticos no que diz respeito ao fato de que comumente aplaudimos os juízes por decidirem de maneira artística e corajosa; e demanda-se que a jurisdição seja imparcial, o que, de certa maneira, continuará sendo, visto que não há necessidade de que a vontade do magistrado se torne rebeldemente caótica – ora, não encontra obstáculos intransponíveis, dada a sua onipotência, não sendo, pois, necessário temer os seus inevitáveis efeitos, visto que um terceiro imparcial nunca escolhe conscientemente o pior em um litígio (FLAVIUS, 2011, p. 2024-5 – tradução nossa).

Diante da indecidibilidade acima descrita, a proposta do autor pode ser resumida nos seguintes termos:

Demandamos [...] que o juiz, vinculado por seu juramento, decida um caso no nível máximo em que este possa ser decidido de acordo com o texto da lei. Ele pode e deve abandonar o texto, em primeiro lugar, quando o código aparentar não oferecer uma decisão indiscutível; em segundo lugar, se não é provável, de acordo com sua convicção livre e conscienciosa, que a autoridade estatal à época da decisão teria considerado uma decisão tal como exigida pelo direito. Em ambos os casos ele deve chegar à decisão que, de acordo com sua convicção, o poder estatal atual teria chegado se tivesse o caso individual em mente. Se ele não tiver como alcançar uma convicção desse tipo, deve decidir de acordo com o direito livre. Finalmente, em casos desesperadores ou apenas quantitativamente questionáveis [...], ele deve decidir de acordo com a vontade livre (FLAVIUS, 2011, p. 2025 – tradução nossa)

Kantorowicz, por um lado, reconhece que a convicção incontrolável do juiz é livre e discricionária, mas, por outro, confia no juramento do juiz, na pluralidade de membros dos tribunais e na existência de recursos como elementos de proteção contra os excessos da subjetividade. Em verdade, segundo o autor, sua concepção não confere ao juiz mais do que ele já tem, pois “todas as técnicas jurídicas já são dominadas pela vontade e cada decisão é nesta baseada; de tal maneira, todo o código civil é ‘lex specialis’ (uma lei que rege uma

matéria específica)” (FLAVIUS, 2011, p. 2025 – tradução nossa). Segundo o autor, todo o barulho contra a sua proposta é explicável pelo fato de que seria muito melhor para uma prática correta ter uma teoria correta na qual se fundar, e não uma teoria contraditória. Em outros termos, seria muito melhor se houvesse um caminho correto para uma decisão correta do que se ter que confiar na adoção de um comportamento confiável por parte dos juízes – ponto em que o autor elogia os magistrados do “common law” (FLAVIUS, 2011, p. 2025).

Kantorowicz admite que é possível a sustentação do argumento de que os postulados ideais que configuram a imagem de magistrado por ele atacado não devem ser desconsiderados meramente pelo fato de que a realidade os contraria. Nesse ponto, o autor deixa claro que está mais preocupado em confrontar a posição dos autores que, em nome de tais postulados ideais, rivalizam com o movimento do direito livre. Por tal razão, Kantorowicz, em certo momento, desloca seu olhar para outros ideais, mais altos, “os quais já foram implementados e serão mais completamente materializados quando o movimento do direito livre for aceito” (FLAVIUS, 2011, p. 2026 – tradução nossa). O primeiro ideal desse tipo é a “tradicionalidade”, a qual já existe, mas pode ser aprofundada caso os tribunais se assumam como membros de uma tradição na qual o direito livre se faz expressar, o que possibilitará uma superação dos “velhos métodos secretos e incompreensíveis” do âmbito jurídico (FLAVIUS, 2011, p. 2026 – tradução nossa). Nesse contexto, órgãos decisórios especializados, como o tribunal do júri e câmaras de comércio, tornar-se-iam desnecessários, pois os magistrados assumiriam a responsabilidade por todo tipo de decisão jurídica. Tal cenário será possível se tivermos juízes

tão familiarizados com as opiniões jurídicas dominantes na tradição quanto com os fatos da vida e as descobertas das ciências vizinhas [...]. Obviamente, pois, deverá ser dado espaço ao mesmo tipo de especialização na profissão judicial que se dá em todas as outras profissões [...]. [...] encontramos alguns indícios promissores: a fusão dos departamentos acadêmicos jurídicos e governamentais; a ênfase crescente na instrução sobre economia nacional para os juristas; a emergência de associações e tutoriais jurídico-psicológicos; investigações sobre a psicologia do testemunho; [...] a rápida expansão da educação filosófica; e os estudos criminológicos sobre a vida real, de caráter sociológico. [...]. (FLAVIUS, 2011, p. 2026 – tradução nossa)

Outro ideal relevante para Kantorowicz é o da imparcialidade. Ora, embora haja uma crescente descrença a respeito desse valor, o autor defende que a parcialidade é fruto da ignorância sobre as opiniões e fatos sociais e dos preconceitos de classe. Nesse sentido, a independência e a imparcialidade se fazem necessárias para que se manifeste a plena vontade judicial individualizada. Assim, nas palavras do autor,

No futuro, em vez de caracterizar a teoria e a prática como os dois homens da parábola em que um tira o leite da cabra e o outro segura um recipiente, queremos uma literatura que, na atividade jurídico-científica, imagine condições concretas,

vivas – não apenas o que deve ser, mas também o que é (Ehrlich). E queremos juízes que saibam decidir litígios com base em si mesmos e em sua própria experiência, em um conhecimento completo da função social de toda proposição jurídica e do impacto social de suas decisões. Entender o todo é avaliar o todo de maneira justa. (FLAVIUS, 2011, p. 2026 – tradução nossa)

O terceiro ideal destacado por Kantorowicz é uma

meta que contém todas as outras afirmadas, o mais alto objetivo de toda a ação jurídica: a justiça. Apenas onde o cânone estreito de uns poucos parágrafos for escancarado e a abundância do direito livre conferir a oportunidade de fornecer a todo caso seu regramento apropriado, haverá justiça. Apenas onde houver liberdade, haverá justiça. Apenas onde [...] uma vontade criativa fizer surgir novas ideias, apenas onde houver personalidade, haverá justiça. Apenas onde um olhar visionário dos livros à vida calcular as consequências e exigências distantes de uma ação, apenas onde houver sabedoria, haverá justiça. [...] o dogmatismo jurídico [...] é uma maneira violenta de impor um bloqueio sobre as inovações nas decisões judiciais. [...]. De todo modo, nosso Judiciário é maduro o suficiente agora para atuar sem essas velhas e curtas rédeas, e muito mais maduro do que a maioria daqueles políticos picaretas disfarçados de legisladores. (FLAVIUS, 2011, p. 2026 – tradução nossa)

Kantorowicz conclui seu manifesto com a afirmação de que “o progresso do direito depende da vivência cultural do juiz” (FLAVIUS, 2011, p. 2029 – tradução nossa). Antigamente, o magistrado não tinha como, de modo independente, apreciar as provas em todos os seus aspectos lógicos, psicológicos e sociológicos. Diferentemente, em “um século XX que será de bom senso e vontade na arte, na ciência e na religião”, e não, como o século XIX, de “mensurações parciais”; está em vias de se configurar um cenário em que o juiz não precisará mais de “ficções, interpretações e construções para extrair uma regra que sua própria vontade, agora despertada para a vida individual, poderia encontrar” (FLAVIUS, 2011, p. 2029 – tradução nossa). Kantorowicz proclama, na última afirmação do manifesto: “[...] das ruínas do dogmatismo exsurgirá, para o horror dos desconfiados, o orgulho do futuro: a criação livre do direito” (FLAVIUS, 2011, p. 2029 – tradução nossa)

Diante do exposto, podemos concluir que a teoria do Kantorowicz do manifesto nega a possibilidade de que metodologias pré-definidas orientem a resolução dos casos, o que, porém, não significa que o autor tenha deixado de conservar a ideia de que o objetivo fundamental da atividade dos magistrados é encontrar uma resposta justa no direito vivo. Ora, estar livre dos constrangimentos do método seria justamente aquilo que permitiria ao juiz ter espaço para encontrar soluções corretas. Fica claro, pois, que Kantorowicz depositava grandes expectativas na capacidade intuitiva dos magistrados, o que se manifesta em seus elogios à postura dos juízes do “common law”. O autor de origem polonesa, portanto, soa, em certos momentos, como se mitificasse demasiadamente a capacidade decisória de um magistrado orientado pelo direito livre (COSTA, 2008, p. 280). Acerta, porém, ao notar a relevância da

vivência cultural do magistrado, antevendo, ao menos de relance, o condicionamento hermenêutico da compreensão pela pré-compreensão e pela tradição linguisticamente compartilhada.

Após abordarmos os ancestrais sistêmico e desconstrutivismo do metaeixo paranóico do modelo proposto por este trabalho, podemos estudar propriamente os respectivos componentes axiais, quais sejam, as teorias de Luhmann e Derrida.

6.3 DIMENSÃO META-AXIAL AUTOPOIÉTICA: A TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN

Inicialmente, apresentaremos um panorama sobre a teoria dos sistemas autopoieticos luhmanniana e, mais especificamente, sobre sua visão a respeito do sistema jurídico. Posteriormente, aprofundaremos especificamente as reflexões do autor sobre a temática da argumentação jurídica.

6.3.1 O direito na teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann

Luhmann vê a sociedade moderna como assentada na hipercomplexificação social vinculada à diferenciação funcional dos âmbitos de comunicação. O desaparecimento de uma moral tradicional válida para todas as esferas de ação deu surgimento a sistemas sociais operacionalmente autônomos, ou seja, autopoieticos, reproduzidos com base em códigos e critérios próprios, embora condicionados e influenciados pelos seus respectivos ambientes. Nessa sociedade complexa, a moral se fragmentou, de forma que o código moral “consideração/desprezo” funciona difusamente, sem instituir uma generalização congruente de expectativas de comportamento (ausência de consenso suposto em torno de programas ou critérios morais). Cada sistema funcional, então, reproduz-se de maneira moralmente neutra (NEVES, 2006, p. 124).

“Autopoiese”, etimologicamente, significa criação/produção por si mesmo, donde a ideia de que sistemas autopoieticos são aqueles constituídos pelos próprios elementos que ele constrói. Na teoria biológica de Maturana e Varela, “os sistemas vivos são concebidos como máquinas autopoieticas: redes de processos de produção, transformação e destruição de elementos que, por meio de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos” (NEVES, 1996, p. 403 – tradução nossa). Esses sistemas são homeostáticos, o que pressupõe um fechamento produtivo e reprodutivo de

seus elementos como condição da conservação de suas vidas, bem como de sua diferenciação em relação ao ambiente (NEVES, 1996, p. 403).

Luhmann propôs a recepção do conceito de autopoiese nas ciências sociais, mas distancia-se do modelo biológico de Maturana e Varela ao introduzir uma diferenciação entre, de um lado, sistemas que constituem a consciência (psíquicos e sociais), e, de outro, sistemas orgânicos e neurofisiológicos. Enquanto a versão biológica da teoria assume uma concepção radical de fechamento, na qual a produção de relações entre sistema e ambiente exige um observador, seja do próprio sistema, seja de outro sistema; os sistemas constituintes de sentido, na teoria luhmanniana, têm na autoobservação um componente necessário da reprodução autopoietica e têm no sentido algo que só se relaciona com o sentido e só pode ser modificado mediante sentido. A autopoiese, para ser mantida, exige que os sistemas se refiram simultaneamente a si mesmos (para dentro) e a seu ambiente (para fora), bem como que incorporem a diferença sistema/ambiente em seu interior (autoobservação como momento operativo da autopoiese). É tal diferenciação o que proporciona aos sistemas de sentido a combinação entre fechamento operacional e abertura ao ambiente, ambiente este, que é, propriamente, o fundamento do sistema. Os fatores do ambiente só adentram o sistema quando este, de acordo com seus próprios critérios e código binário, os atribui sua forma, de maneira que, em certo sentido, o fechamento operacional é condição de possibilidade para a própria abertura do sistema. A combinação entre fechamento e abertura permite-nos notar que o sistema, como construtor de sentido e construído a partir do sentido, por um lado, controla as próprias possibilidades de negatividade da produção de seus próprios elementos, mas, por outro, depende da seletividade do sistema em relação a seu ambiente (NEVES, 1996, p. 404-5).

Luhmann enxerga o sentido inerente às estruturas de comunicação como base ontológica do sistema. O fechamento operacional dos sistemas autopoieticos não é assumido em nome de uma dada perspectiva epistemológica. Está, isso sim, atrelado ao modo de ser das próprias operações do sistema e de sua reprodução. Os sistemas sociais constituem-se a partir de uma conexão unitária (autorreferencial) de comunicações, as quais são as unidades elementares da sociedade, constituídas por esta por meio da síntese entre informação, mensagem e compreensão. Considerando-se a sociedade como um sistema abrangente e fechado, as comunicações só estão presentes em seu interior, mas não em seu ambiente,

composto pelas dimensões psíquica, orgânica e químico-física. Contudo, a sociedade também estabelece comunicações com o seu ambiente⁸⁴ (NEVES, 1996, p. 408).

A sociedade moderna, visto ser multicêntrica, conserva-se mediante mecanismos que possibilitam “vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais”. Nesse sentido, não bastam os “acoplamentos operativos”, os quais tornam possíveis relações pontuais e momentâneas no plano da operação do sistema”, mas, sim, fazem-se necessários também os “acoplamentos estruturais”, vínculos de influência recíproca entre ambitos autônomos de comunicação. Os acoplamentos estruturais servem

à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa. [...]. Os acoplamentos estruturais constituem fundamentalmente mecanismos de *interpenetrações* concentradas e duradouras entre sistemas sociais. No âmbito da teoria luhmanniana, as interpenetrações possibilitam apenas que cada sistema ponha reciprocamente à disposição da autoconstrução do outro complexidade desordenada, ou seja, o sistema receptor tem à sua disposição “complexidade inapreensível, portanto, desordem”. Fica excluída a possibilidade de que, reciprocamente, a “complexidade preordenada” e a própria racionalidade processada por um dos sistemas sejam postas à disposição do outro, tornando-se acessíveis a este enquanto sistema receptor. [...]. Na relação externa entre sociedade e consciência, Luhmann define a linguagem como acoplamento estrutural. Ela permitiria a instigação e influência recíproca entre comunicação e representações mentais, excluindo mútua e seletivamente alguns fluxos de sentido e admitindo a incorporação de outros em cada um dos sistemas acoplados. A linguagem torna possível que os conteúdos das comunicações, como unidades elementares formadas pela síntese de mensagem, informação e compreensão, sejam percebidas no interior da consciência, dando-se, porém, uma comutação interna de sentido. (NEVES, 2006, p. 35-8)

Nuclear na noção de autopoiese é a autorreferência dos elementos sistêmicos, ou seja, das unidades funcionais do sistema. Trata-se, pois, da combinação entre reprodução unitária dos elementos construtores do sistema e reprodução por elementos constituídos. As unidades do sistema são unidades dos elementos básicos que o compõem e dos seus respectivos processos. A autorreferência, em Luhmann, por pertencer ao direito como sistema social real, ou seja, a um objeto científico, e não à consciência humana (sujeito), não se configura como um problema lógico. Ora, a autorreferência consiste, na teoria do autor germânico, em uma

⁸⁴ “A comunicação existe somente como execução da sociedade, somente como recurso recursivo sobre outras comunicações do sistema da sociedade, e não existe nada parecido no entorno do sistema (isto pressupõe a compreensão da comunicação entre os animais de outra maneira: certamente não como atualização do sentido ou como capaz de conexão social). Gunther Teubner [...] destaca, com razão, que a diferença fundamental, aqui, se encontra entre o fechamento operacional do sistema sociedade e o fechamento dos sistemas parciais” (LUHMANN, 2014, p. 36 – tradução nossa).

questão do pensamento sobre o direito, mas, sim, a um aspecto do próprio direito, mais propriamente a uma condição de suas unidades operacionais e estruturais (NEVES, 1996, p. 405; 412).

A autopoiese, em Luhmann, não se restringe à sua forma mínima, ou seja, à autorreferência elementar ou de base, fundada na diferença entre elemento e relação. Tal é apenas o primeiro momento da autopoiese no modelo luhmanniano. O segundo momento é a reflexividade, isto é, a autorreferência processual, que diz respeito à referência de um processo a processos sistêmicos da mesma espécie. Nesse momento, o processo referente e o(s) referido(s) são estruturados pelo mesmo código binário. Ademais, critérios e programas daquele reaparecem parcialmente neste(s). Temos, ainda, o terceiro momento, qual seja, a reflexão, que diz respeito à diferença entre sistema e ambiente, bem como pressupõe a autorreferência básica (primeiro momento) e a reflexibilidade (segundo momento). É a reflexão que, como uma “teoria do sistema no sistema”, elabora conceitualmente a identidade do sistema como diferente do seu ambiente (NEVES, 1996, p. 406)⁸⁵.

Por sua vez, a alopoiese consiste na reprodução do sistema por critérios, programas e código de seu ambiente, o que extingue a diferença entre este e o sistema. Trata-se, em outros termos, da falta de comutação ou digitalização, de “re-entry”, dos fatores externos. A alopoiese, por um lado, afeta a autorreferência de base (legalidade), a constitucionalidade (reflexividade) e a legitimação (reflexão), momentos constitutivos da reprodução operacionalmente fechada, e, por outro, a heterorreferência do sistema. Em uma situação de alopoiese, na linguagem de Teubner, configura-se um bloqueio do enlace hipercíclico dos componentes sistêmicos – elementos (atos jurídicos), processos, estrutura (normas jurídicas) e identidade (Dogmática Jurídica) –, bem como a não-constituição autorreferencial de cada um desses tipos de componentes (NEVES, 1996, p. 416).

Marcelo Neves (2006, p. 79) entende que, no Luhmann autopoietico, a positividade do direito moderno subordina a decidibilidade e a alterabilidade do sistema jurídico à sua autonomia operacional. Nesses termos, a positividade consiste na atribuição do significado normativo pelo próprio sistema jurídico, ainda que tal atribuição altere radicalmente o direito. A novidade do direito moderno consiste, fundamentalmente, no controle do código-diferença

⁸⁵ Como explica Marcelo Neves (1996, p. 406), Luhmann concebe a autopoiese em três momentos **interdependentes**, enquanto Teubner fala em um enlace hipercíclico entre elementos (atos jurídicos), processos, estrutura (normas jurídicas) e identidade (Dogmática Jurídica). Contudo, não há aí contradição entre Teubner e Luhmann, pois este não reduz a reprodução autopoietica à autorreferência dos elementos, a qual é apenas a forma mínima de autopoiese. Inclui, pois, também um momento estrutural, tal qual Teubner. Ora, a noção de sistema autopoietico não é caracterizada propriamente por uma negação da estrutura, mas, sim, pelo fato de os aspectos operacionais não se referirem, em primeiro lugar, à dimensão estrutural.

lícito/ilícito por um sistema funcional especializado, o que pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, ou seja, nos termos de um princípio de diferenciação. Ora, a sociedade pré-moderna era baseada em um princípio de estratificação, que assumia uma distinção entre “cima” e “baixo”. Havia, então, uma sobredeterminação do direito, que era desprovido de um código binário, pela política e pelas representações morais estáticas, político-legitimadoras. Com o modelo moderno de positivação do direito, o sistema jurídica torna-se o controlador exclusivo do código-diferença lícito/ilícito, o que lhe confere, assim, fechamento operacional, ainda que suas escolhas em termos de lícito/ilícito sejam condicionadas pelo ambiente. Sua capacidade de autodeterminação pressupõe a distinção entre expectativas cognitivas e normativas, que, à luz de seu código binário, possibilita a combinação entre abertura cognitiva e fechamento normativo (NEVES, 1996, p. 408).

O subsistema jurídico, como sistema cognitivamente aberto e operacionalmente fechado, assimila os fatores de seu ambiente com base em seus próprios critérios, em um processo seletivo de filtragem conceitual no interior do próprio subsistema. A abertura cognitiva possibilita a alteração do sistema para fins de adaptação ao ambiente, enquanto o fechamento operacional impede a confusão entre sistema e ambiente. Nesse contexto, a positivação do direito suprime a determinação imediata do direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos donos do poder, bem como neutraliza moralmente o sistema jurídico, de maneira que a diferenciação funcional do sistema jurídico torna irrelevantes os valores circulantes na sociedade, salvo quando são valores próprios do direito. Luhmann, pois, não busca uma teoria da justiça como critério externo ou superior ao direito, mas, sim, vê a justiça apenas como considerada a partir do próprio sistema, seja como consistência das decisões – nos moldes de uma conexão da reprodução normativa autopoietica (justiça interna) –, seja como adequada complexidade adquirida pela via da abertura cognitiva às informações do ambiente (justiça externa) (NEVES, 2006, p. 80 e ss.; 1996, p. 410-1)

Luhmann assume uma concepção de justiça independente de teorizações prévias produzidas no âmbito moral. A justiça, em sua concepção é mera “fórmula de contingência” situada no limite entre determinabilidade e indeterminabilidade decisória. Tal fórmula, para o autor, legitima as resoluções de conflitos sem que isso signifique uma deslegitimação de outras opções de resposta. Luhmann despreza os fundamentos de ordem ética por considerar que eles desestabilizam a função seletiva do direito e sua capacidade de generalizar expectativas. A justiça deixa de ser vista como valor e torna-se uma forma de reflexão do sistema acerca dele próprio. Perde, assim, o seu significado ético e é convertida em unidade operacional do sistema, obediente a suas regras. Nas palavras de Marília Muricy (*in*

BOUCAULT; RODRIGUEZ, 2005, p.120-1), “enquanto o símbolo formal da validade facilita a auto-referência sistêmica recorrendo a textos determinados do direito vigente, a justiça realiza o papel de projetar o sistema em sua totalidade unitária, como espécie de 'programa para todos os programas.’”

A unidade do sistema jurídico em Luhmann não é estabelecida por um critério lógico, dado que o próprio sistema estabelece operacionalmente os seus limites. Não há qualquer esquema de hierarquia escalonada, mas, sim, uma circularidade reflexiva de operações sistêmicas. Garantidas as operações e referências atreladas à validade, esta é apenas um símbolo desprovido de valor intrínseco, indiferente ao conteúdo prescritivo de normas e responsável pela unidade do sistema. A norma jurídica não tem cunho deontológico, mas apenas o caráter de expectativa cognitiva contrafática imune à aprendizagem. Norma e validade estão desvinculadas em nome de uma independência da decisão jurídica em relação a conteúdos valorativos que pudessem ser alegados como fundamentos para sua aceitabilidade social (MURICY *in* BOUCAULT; RODRIGUEZ, 2005, p. 110; 120). Ora, uma recondução a posicionamentos morais tem o efeito prejudicial de traduzir-se como uma rejeição a perspectivas morais contrapostas, o que se torna problemático diante do pluralismo contemporâneo. Quem entende a fundamentação como sustentação sobre razões se vê obrigado também a fundamentar as próprias razões, o que se torna demasiadamente complexo, justamente em oposição ao que se espera quando a periferia realiza seu papel de seletividade na elaboração de programas condicionais. Chegamos, então, a um ponto do pensamento luhmanniano decisivo para a nossa proposta de abordagem da relação entre vinculação e discricionariedade: a argumentação jurídica. Aprofundemos a visão do autor sobre a matéria em tópico próprio.

6.3.2 A argumentação jurídica à luz da teoria dos sistemas de Luhmann

Luhmann (2014, p. 241) afirma que nenhum argumento tem como modificar o símbolo da validade do direito, alterar o direito vigente, gerar direitos e obrigações. Este “não-poder” desincumbe a argumentação de um ônus, visto que permite a tal atividade dependente da validade se restringir ao direito estabelecido como tal pelo sistema, sem incorrer em prejuízos morais ou de algum outro tipo. Os movimentos da validade e da argumentação jurídica não são mutuamente independentes, mas, sim, estão acoplados estruturalmente pelos textos, os quais possibilitam ao sistema “uma coordenação de acordo com suas próprias estruturas, sem que com isso seja necessário fixar de antemão o número (e a designação) das operações

necessárias para a reutilização de determinadas estruturas, para a citação de determinados textos, para lhes dar uma solução, para modificá-los. Só assim se pode cumprir a exigência ideal de que casos iguais recebam tratamentos iguais (justiça)” (LUHMANN, 2014, p. 241 – tradução nossa). Os textos possibilitam, portanto, a auto-observação simplificada. Argumentar e interpretar só é possível quando já foram encontrados os textos pertinentes. Embora o jurista normalmente chame o aglomerado de textos que se remetem reciprocamente (intertextualidade) de sistema, em verdade, o sistema jurídico, no curso decisório, não se observa como sistema, mas, apenas como um aglomerado desse tipo. A autoridade competente, fundada em sua experiência – poderíamos dizer, sua pré-compreensão jurídica a respeito do horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser) e da ideologia jurídica (Peczenik) –, seleciona o que será considerado como texto, em uma representação do sistema dentro do sistema, na qual são determinadas as “fontes do direito”. O sistema, portanto, materializa os seus enlaces, de maneira a restringir as possibilidades operativas e, portanto, de acoplamento entre validade e argumentação mediante textos. As operações são observações de primeira ordem que adquirem, como efeito dos textos, uma relativa segurança sobre as decisões corretas dos casos. Os textos, entendidos como veículos normativos, constituem o direito vigente que guia as operações e é razão suficiente para uma tomada de decisão especificamente jurídica. Se é verdade que as palavras do texto servem como ponto de partida, a interpretação consiste em uma racionalização posterior do texto que confirme a premissa de que a decisão legislativa foi racional. A interpretação do texto consiste, simultaneamente, em, por um lado, manifestar o seu sentido em outra linguagem e, por outro, produzir um novo texto com base naquele interpretado, ou seja, ampliar os fundamentos do texto que serviu como referência. Interpretar, pois, é produzir mais texto a partir de textos pré-dados: “ambas as versões – a forma invariante da interpretação e a ampliação e criação do texto dentro do texto – podem ser postas em operação no nível observacional de primeira ordem” (LUHMANN, 2014, p. 241 – tradução nossa).

A argumentação jurídica, segundo Luhmann (2014, p. 243), encontra-se no nível da observação de segunda ordem, o que significa ser posterior ao questionamento sobre o modo de enfrentamento comunicativo do texto. É no plano jurídico-argumentativo, pois, que são estabelecidas as regras interpretativas – como as mencionadas por Peczenik (normas de raciocínio) e Llewellyn (“known doctrinal techniques”). O intérprete de um texto pode colocar-se na posição de um observador de segunda ordem e perguntar pelo seu sentido como comunicação, bem como pela racionalidade da intenção do seu produtor, ou seja, do legislador. As dúvidas hermenêuticas são resolvidas mediante uma antecipação da

comunicação, entendida esta como um processo que se auto-observa e, portanto, institui uma observação de segunda ordem. Aceita-se uma premissa pré-compreensiva sobre um texto tomado como racional sem que se precise lhe atribuir uma intencionalidade, a qual não poderia ser comprovada de modo observacional. Nesse sentido, o argumento da intenção do legislador é apenas uma possibilidade argumentativa dentre várias. Não é à toa, pois, que a teoria da argumentação, indo mais longe, avalia o poder de convencimento dos argumentos, a sua capacidade de imposição comunicativa.

No contexto da argumentação, há uma dualidade qualitativa entre razões e erros, a qual não é propriamente simétrica, visto que boas razões podem conter erros lógicos, assim como a falta de erros em uma fundamentação não significa que esta seja fundada em boas razões. Erros e razões não são redutíveis entre si, visto que cada um deles é uma forma do ato de observar, uma distinção. Os erros podem ocorrer no plano dos argumentos que contrariem a lógica ou no âmbito de premissas fáticas insustentáveis, o que mostra a existência de um papel de vigilância e controle por parte da lógica na argumentação jurídica, ainda que não possamos encontrar boas razões decisórias por meio da lógica formal. Nas palavras de Luhmann (2014, p. 285 – tradução nossa):

Ver a interpretação, a argumentação e a fundamentação como operações do sistema jurídico implica que a dedução lógica também tem esse caráter. A dedução lógica caracteriza-se por um tipo especial de certeza, que institui a forma de: logicamente cogente/logicamente errado. A lógica manipula de tal maneira a operação que se torna possível a adjudicação inequívoca para um lado ou para o outro da forma. Contudo, um controle insuficiente de suas premissas impede que a dedução lógica forneça razões. [...]. Seria, porém, equivocado deduzir disto uma crítica à dedução lógica ou, inclusive, deduzir (deduzir!) que a lógica é irrelevante para a tomada de decisões judiciais.

Luhmann (2014, p. 285) presta-se, então, a indicar qual o papel da lógica para a tomada de decisões. Segundo o autor, a lógica cumpre a função de organização da redundância ao viabilizar a comprovação de erros e facilitar a sua identificação. Ora, a reconstrução lógica é uma técnica de refutação, ou seja, que redireciona a fundamentação decisória para o lado oposto ao dos erros. Se tal função é, poderíamos dizer, negativa, a lógica tem também a função positiva de canalizar irritações. Quando as expectativas normativas são postas em dúvida, a lógica mostra o que precisaria ser modificado em caso de modificação das expectativas. Sabe-se que a conversão de expectativas cognitivas para normativas não pode ser imposta, bem como que a conversão de fatos a normas não pode ser feita mediante dedução; mas quando a esfera fática irrita as normas em nível suficiente, a lógica permite a percepção de quais consequências (inclusive as negativas) seriam produzidas por uma eventual modificação normativa ou “*overruling*”. A lógica, portanto, protege o sistema em

relação às complexas consequências das modificações, de maneira a lhe conferir uma espécie de ultraestabilidade.

Se o outro lado do lógico é o ilógico, o outro lado de uma razão é uma não-razão? Aqui, Luhmann (2014, p. 245 – tradução nossa) apresenta a seguinte elucubração:

Não seria este outro lado apenas o “valor de reflexão” que torna possível a contingência de todo o fundamentável, ou inclusive, que expressa a não-fundamentabilidade de todo fundamento? Portanto, não será este valor de reflexão o que torna possível refletir sobre o paradoxo do fundamentar? E, se for assim, não teria esta forma de observação de primeira ordem a desvantagem de confrontar rápido demais [...] a argumentação jurídica com seu próprio paradoxo?

A argumentação e suas teorias, segundo Luhmann, invisibilizam o paradoxo acima descrito mediante uma distinção entre boas razões e más (ou “não tão boas”) razões. Surge, então, uma confusão na forma do questionamento sobre os critérios para o reconhecimento de boas ou más (“não tão boas”) razões. Aqui a teoria da argumentação ganha relevância no próprio desenvolvimento argumentativo, dada a necessidade de que tais critérios também sejam fundamentados, “para o que serve o constructo da ‘razão’, à qual se atribui a propriedade de se poder fundamentar a si mesma”, dado que “a razão é racional: ela é seu próprio predicado” (LUHMANN, 2014, p. 245 – tradução nossa).

A argumentação jurídica alimenta-se da variedade dos diferentes casos, o que a torna específica o suficiente para não se dissolver em princípios gerais, como a justiça. Trata-se, pois, não propriamente de um método, e sim da explicitação operativa das diferenças e especificidades dos casos. Sua prática envolve conceitos gerais que são utilizados e reutilizados em contextos diferentes, bem como que, em um metacontexto confiável, permitem a introdução de razões decisórias concretas. A utilização argumentativa dos conceitos pressupõe uma analogia como elo entre os casos e sua diversidade, o que proporciona uma conservação da experiência adquirida a partir de tais eventos e das correlatas expectativas fixadas, as quais, ao serem confirmadas, configuram a redundância. Por outro lado, diante de novos contextos, os conceitos servirão como razoáveis para o reconhecimento do novo ou para a construção de regras para situações até então desprovidas de regulamentação. Nas palavras de Luhmann (2014, p. 247 – tradução nossa), “a argumentação por analogia é um princípio que não precisa de justificação e que é conservador. [...] seria possível dizer também que a conclusão analógica medeia a redundância e a variação, justamente por não estar determinada logicamente; segundo a audácia (ou segundo o resultado proposto), pode tender mais para um lado ou para o outro”.

O caráter razoável da argumentação jurídica não significa que esta realize deduções a partir de princípios de razoabilidade. A fundamentação, caso seja entendida como uma

sustentação baseada em razões, pressupõe que se fundamentem também as próprias razões em princípios sólidos, os quais só podem ser fixados mediante heterorreferência ao ambiente do sistema, espaço em que tais princípios são reconhecidos. A teoria da argumentação complementa os princípios com a “moral”, com a “ética”, com a “razoabilidade”, o que, ao favorecer razões da práxis argumentativa mesma, ofende o fechamento operacional do sistema. Nesse modelo, comumente são alcançadas decisões contrárias e contraditórias, visto que se irreleva a necessidade de distinção dos princípios pelo sistema. Ademais, “o princípio oculta, em sua formulação estática, a temporalidade das operações do sistema, a contínua redundância e a contínua variação, a condensação e a confirmação, o ‘distinguishing’ e o ‘overruling’ da práxis cotidiana do sistema. E isto serve para simular unidade onde as regras serão modificadas com o passar do tempo: oferecer, pois, inconsistência para a consistência” (LUHMANN, 2014, p. 247 – tradução nossa). É possível, porém, conservar o fechamento operacional do sistema sem negar a utilização dos princípios na práxis argumentativa, o que pressupõe o entendimento dos princípios como “fórmulas de redundância – fórmulas que parecem ser compatíveis com as exigências de variação do sistema” (LUHMANN, 2014, p. 247 – tradução nossa).

Luhmann (2014, p. 249) considera necessário um conceito de argumentação que não tome de barato o seu fundamento, mas, sim, que abra uma oportunidade de questionamento sobre as condições de possibilidade e a função da argumentação. O autor afirma que a argumentação, de maneira geral, se autodescreve como um expediente que

oferece razões poderosas e convincentes para a tomada de decisão. [...] estas razões devem ser oferecidas para que sejam repetidamente utilizadas. Tanto nos casos individuais, como no momento de seu descobrimento, estas razões devem estar referidas a uma rede de considerações que as sustentem. Isto pode acontecer mediante a construção de analogias ou pela via das distinções: por exemplo, **o problema atual tem uma tendência diferente de tudo que até o momento se havia pensado**. Na argumentação jurídica [...], ambos os casos não contemplam o sistema. A argumentação desenvolve-se, usando uma velha terminologia aristotélica, de “parte ad partem”, e não “de toto ad ipsum”. [...] Serve-se dos exemplos [...], técnica de orientação preferida pela retórica [...]. Tais exemplos serão buscados nos casos que esperam ser decididos e encontrarão um auxílio que não se funda em uma dedução sistemática. A construção de regras é o resultado – não a condição – desta maneira de argumentar. Precisamente porque o caso individual está contido na rede recursiva da própria argumentação, não pode recorrer ao vazio, nem a este se adiantar. **O caso individual pressupõe que outros casos já foram decididos e que novos casos virão a ser decididos**. Neste sentido (diferente ao referir-se à unidade do sistema), a técnica do exemplo também envolve uma argumentação sistemática. [...] ela considera-se, em seu nível, como um aporte à autopoiese do sistema. A própria situação transforma-se devido a sua própria recursividade: já que recorre seletivamente ao passado e ao que haverá de ocorrer com o transcurso do tempo. Apenas com estes pressupostos é possível falar que regras repetidamente aplicáveis devem decidir casos similares. O que isso mostra, olhando mais de perto, é que **a repetição é um processo significativamente mais difícil e diferenciado do que o mero ato de copiar**. (LUHMANN, 2014, p. 249 – tradução nossa)

Não é à toa, pois, que a prática argumentativa tribunalícia se dirige a uma diferenciação de sua semântica jurídica específica, “ou seja, ou à ‘reafirmação da divergência (‘feedback’ positivo)”, ou à linguística da hipercorreção usual na linguagem” (LUHMANN, 2014, p. 249 – tradução nossa). A argumentação, tal qual a validade, pressupõe o fechamento operacional, motivo pelo qual o autor esboça uma descrição da argumentação jurídica mediante conceitos que não são argumentos e, conseqüentemente, não podem integrar a comunicação argumentativa. Tal concepção de argumentação é independente da avaliação da qualidade das razões e tem por base uma combinação entre as distinções operação/observação, auto/observação-hetero-observação e controverso/incontroverso. Surge, então, a definição luhmanniana de argumentação jurídica, transponível, inclusive, à argumentação moral ou científica:

auto-observação do sistema jurídico que, em seu contexto recursivo autopoiético, reage às diferenças de opinião – passadas ou vindouras – (ou as antecipa) sobre o que deve ser atribuído ao código lícito ilícito. Trata-se, pois, de observação, pois diz respeito à discriminação de casos (ou grupos de casos), servindo-se de distinções. É também uma auto-observação, visto que a operação de observação é desenvolvida dentro do próprio sistema jurídico. E trata-se de comunicação voltada para a controvérsia, dado que a disposição sobre o símbolo de validade e a pura leitura da lei devem ser excluídas do conceito de argumentação. (LUHMANN, 2014, p. 249 – tradução nossa)

A concepção luhmanniana de argumentação substitui a relevância da qualidade das razões pelo destaque à função do sistema, de maneira que a análise se torna independente das razões mobilizadas no próprio sistema. A definição acima, porém, ainda não exclui argumentos que ignorem a função própria da argumentação jurídica, motivo pelo qual o autor se preocupa em explicitar de que se trata essa dimensão funcional. Para tanto, afirma que falar em condições de possibilidade ou em funções envolve um observador de segunda ordem, ou seja, situado em um plano em que se pode questionar como um sistema torna possível sua auto-poiese, inclusive no que diz respeito à auto-observação – pergunta que costuma, equivocadamente, responder com base em um instrumental de primeira ordem. A questão envolve uma compreensão adequada da distinção entre informação e redundância, explicada pelo autor com as seguintes palavras:

A informação é o valor de surpresa das notícias, dado um reduzido (ou ilimitado) número de outras possibilidades. A redundância é o resultado (circular) da necessidade de que a informação precedente seja tomada em conta na operação dos sistemas autopoiéticos. Uma operação reduz o valor de seleção de outro valor de seleção, assim como uma frase reduz a possibilidade de seleção dos aportes comunicativos. Isso implica que selecionar operações que se enlaçam se torna, ao mesmo tempo, difícil e fácil: fácil, quando o âmbito de seleção é pequeno; difícil, quando são introduzidos critérios de seleção mais pretensivos que não são fáceis de satisfazer (precisamente pelas dificuldades decorrentes do alargamento da seleção quando se precisa admitir mais informação). A redundância, como rejeição da

necessidade de obtenção de mais informação, não é, em si mesma, informação. A redundância proporciona a irrelevância das operações do sistema entre si e a irrelevância do mundo. (LUHMANN, 2014, p. 252 – tradução nossa)

Luhmann (2014, p. 252) ressalta que não se pode confundir o estilo linguístico do direito, que utiliza retoricamente fórmulas que parecem revelar redundância, com a precisão conceitual e/ou a capacidade de definição, traços raramente presentes nos conceitos jurídicos. As fórmulas jurídicas são repetidas no sistema, o que lhes permite condensar um núcleo de identidade, mas seu significado é iterativamente deslocado em cada aplicação – aspecto a respeito do qual Luhmann chega a citar Burke, para quem o direito, como ciência, é uma coleção de razões históricas que combinam os princípios de justiça originais à variedade infinita de problemas das relações humanas. De todo modo, a redundância funciona como uma “mão invisível do sistema jurídico”, a qual lhe permite coordenar “decisões independentes (não coordenadas mediante uma cadeia de instruções hierárquicas”, dado que a falta de redundância implicaria que eventual “perda de informações gerada pelo mal funcionamento da transmissão de informação no sistema” se tornasse irreconhecível e incorrigível. A redundância, portanto, é necessária para fins de reconhecimento e prevenção de erros, bem como para a consideração das informações importantes. Sua importância se torna maior de maneira diretamente proporcional à quantidade de informações que o sistema precise processar. Ademais, a redundância cumpre uma função de legitimação, evita a sobrecarga de informações e proporciona um alto nível de refinamento quanto à realização de distinções e designações. Em outras palavras, a redundância “não apenas exclui as informações, mas também produz informações na medida em que especifica a sensibilidade do sistema. Desta maneira, surgem informações que não podem ser oriundas de um ambiente que não está adequadamente preparado: a redução de complexidade serve ao aumento da complexidade” – afinal, poucas comunicações do entorno do sistema têm valor de informação para este (LUHMANN, 2014, p. 252 – tradução nossa). Não se pode, porém, reduzir a necessidade de redundância à proteção perante os ruídos do ambiente, tendo em vista que também é necessário o isolamento das operações particulares do sistema entre si, de maneira que, posteriormente, sejam enlaçadas seletivamente. Em outros termos, “a complexidade estruturada sempre depende do enlace seletivo dos elementos; ou, do outro lado da moeda, da proteção perante um ruído produzido no interior do sistema. A informação é uma diferença que realiza uma diferença no sistema e que modifica seu estado [...]. Selecionar aquelas informações que têm capacidade de novidade é a função da redundância (LUHMANN, 2014, p. 253 – tradução nossa). As redundâncias organizam o processamento da informação

perpetrado pelas operações do sistema, as quais, por sua vez, transformam informações em outras informações para que sirvam para outras operações. Há aí um “fluxo de reafirmações”, o qual admite pouquíssimas novas diferenças. Não é necessário que se precise remeter à unidade ou à totalidade do sistema para explicar esse poder atrativo da redundância que obsta uma configuração caótica das operações do sistema. Não há “um início ou uma razão que configure sentido” nessa atração, cujos elementos parecem surgir casualmente, tendo em vista que “o sistema é um sistema histórico sem razão última para ser do jeito que é” (LUHMANN, 2014, p. 253 – tradução nossa).

Se a redundância é uma mão invisível, o legislador é uma mão visível que está a serviço dela. As instruções de uma instância superior são cumpridas em termos de redundância, o que significa que “conferem uma forma específica à informação que circula no sistema”, forma tal que engloba, por exemplo, a desoneração quanto à responsabilidade pela escolha seletiva. Nas palavras do autor, “em todas as operações é preciso distinguir a seleção propositiva do sistema e a reprodução não-propositiva da redundância do sistema. Uma operação que não destaque este duplo aspecto não seria recognoscível como operação pertencente ao sistema e reprodutora da rede recursiva de nexos operacionais no sistema” (LUHMANN, 2014, p. 253 – tradução nossa). O autor conclui que a redundância (“restrição do âmbito de possibilidades”) é condição de possibilidade da argumentação jurídica (fundamentação). Ora, a redundância estabelece uma delimitação do direito no que se refere ao processamento das perguntas jurídicas, de maneira a possibilitar uma distinção entre tal estabelecimento de limitações e o fundamentar. Evita-se, assim, uma fusão dos conceitos de “razão prática” e de “costume” (“de orientação da argumentação prática pelo razoável”), o que permite uma descrição mais adequada dos fundamentos da argumentação jurídica, “sem que se fique amarrado à autossignificação da prática jurídica como observação de primeira ordem” (LUHMANN, 2014, p. 254 – tradução nossa). Tal vantagem é proporcionada pelo fato de que o conceito de redundância envolve a substituição do raciocínio institucional “por uma variável que reage a outras variáveis (por exemplo: a variedade de casos que devem ser decididos)” (LUHMANN, 2014, p. 253 – tradução nossa).

A argumentação jurídica não pode ser reduzida ao reconhecimento e à prevenção de erros – ainda que essa talvez seja a principal preocupação dos tribunais –, visto que, no nível da observação de segunda ordem sobre a forma de operação do sistema jurídico, se dedica à produção de consistência a partir de uma grande quantidade de decisões, e não apenas a “tematizar argumentos, objetivos e condições de verdade” (LUHMANN, 2014, p. 254 – tradução nossa). Ora, nenhuma decisão pode definir e delimitar a quantidade e o conteúdo das

demais decisões. A justiça é a consistência das decisões, é redundância, e a redundância, quando distingue uma “grande quantidade de informação possível”, se configura como diferente de “outros tipos de decisão ideal que têm em mente a otimização das decisões particulares” (LUHMANN, 2014, p. 254 – tradução nossa). O sistema de justiça não se realiza a partir de decisões isoladas, nem se submete à contabilização moral e à valoração ética. Consiste, isso sim, na prevenção de erros, ou seja, inconsistências passíveis de reconhecimento. Erros são “indicadores operativos para a eventual injustiça do sistema” e, portanto, constituem uma forma de conhecimento que permite, tendo em vista a impossibilidade de consistência absoluta de todas as decisões de um sistema, um afastamento em relação às decisões errôneas pretéritas (LUHMANN, 2014, p. 254 – tradução nossa). No nível da observação de primeira ordem, os erros são um esquema de reconhecimento voltado para que se evitem outros erros; no da observação de segunda ordem, investigam-se as condições de possibilidade e a constituição da redundância, bem como se nota que existem outros imperativos sistêmicos relevantes para o crescimento do sistema e para a tolerância da sociedade, com suas críticas, ao direito. Ora, a autopoiese do sistema encontra na variação – “quantidade e diversidade de operações que um sistema reconhece como próprias e que pode realizar” – uma segunda condição (LUHMANN, 2014, p. 254 – tradução nossa). As duas exigências parecem contrárias, pois

a redundância é a informação que já se tem para processar informações subsequentes; a variação é a informação que falta para tanto. Quanto maior a variação de um sistema, mais difícil é deduzir uma operação de outra mediante a adição de só mais um pouco de informação; mais difícil é identificar o sistema – ou descrevê-lo adequadamente – a partir do conhecimento de apenas algumas de suas operações; mais surpresas a serem processadas são produzidas; maiores são as cadeias; de mais tempo o sistema precisa... Contudo, esse contraste abarca muito pouco. [...] existem diferentes possibilidades de produzir redundâncias e pode ser que uma forma de redundância seja compatível com mais variação do que outra. Isso é válido, por exemplo, para os programas condicionais do tipo: se x, y, z estão dados, então uma sociedade com personalidade jurídica própria está suficientemente constituída. Com base nessa capacidade jurídica, pode [...] adquirir direito se cumprir as condições necessárias. Quem afirma ter direitos pode interpor uma demanda e ganhar (ou perder) o processo. A sequência programática (como mostra o exemplo) conduz a uma rede “heterárquica” de condições que estão disponíveis para outras combinações. [...] funda-se uma sociedade não apenas para se interpor em seu nome uma ação judicial, mas também para acumular capital e limitar suas responsabilidades. [...]. A redundância e a variação são, portanto, estados de coisas que podem aumentar simultaneamente. (LUHMANN, 2014, p. 255 – tradução nossa)

As analogias são um exemplo de expediente que serve tanto para generalizar regras já existentes como para criar regras aplicáveis a situações novas. Por outro lado, há redundâncias que cumprem um papel de incremento de variação, mas deixam de fazê-lo ao longo do tempo, devido às condições do ambiente: foi o que aconteceu com “bem público” e

“interesse coletivo”. Há, ainda, situações em que pontos de vista demasiadamente expostos à variação são substituídos por outros mais estáveis, como acontece frequentemente com as normas de responsabilidade civil. Conclui, pois, Luhmann (2014, p. 255 – tradução nossa) que “a relação entre variação e redundância é [...] uma ordem precária e, ao mesmo tempo, historicamente formada; é precisamente mediante a transformação desta relação (e não a dos institutos jurídicos) que o sistema reproduz a adaptação (sempre dada) ao ambiente”.

Redundância e variação são conceitos que vão além dos limites da argumentação jurídica, pois formulam “exigências que não podem ser expressas simplesmente como contradições entre os argumentos da decisão: de uma perspectiva incongruente, iluminam o que se designa como argumentação jurídica” (LUHMANN, 2014, p. 256 – tradução nossa). É na relação entre redundância e variação que se percebe o modo como o sistema se adapta ao seu ambiente, de maneira a responder simultaneamente ao fechamento operacional e à alta irritabilidade, elementos que, no âmbito da auto-observação, se manifestam na forma daqueles dois conceitos. Por outro lado, é verdade que teorias jurídicas restritas à observação interior e à autodescrição do sistema abrem mão de tais conceitos, tendo em vista que “o caráter surpreendente destas exigências contraditórias não se dá mediante uma repetição de contradição de argumentos. No caminho em direção a possíveis argumentos, este ponto de partida é ocultado e se transforma por meio de uma rede de princípios e regras, o que faz os conflitos da decisão aparecerem apenas localmente, como resolúveis em casos isolados ou grupos de casos” (LUHMANN, 2014, p. 256 – tradução nossa). Conseqüência de uma perspectiva tal é que se torna impossível explicar o construtivismo operativo do sistema, que reconstrói o seu mundo, ponto em que surge o risco de confusão “da terminologia dos fundamentos com denominações usuais fora do sistema”, o que traz à baila a noção de interesse (LUHMANN, 2014, p. 256 – tradução nossa).

A redundância não é uma necessidade, uma certeza lógica, mas, sim, uma casualidade, pois a certeza de uma informação não implica a certeza de outra. Ainda assim, não é uma casualidade qualquer, mesmo se tratando de uma determinação com poucas informações sistemicamente fixadas. O ato de escrever também não é uma determinação absoluta do direito, mas apenas “uma forma que produz uma diferença entre o corpo do texto, a interpretação literal do escrito e o espírito da lei. Não existe nenhuma fixação escrita do direito vigente que não origine uma interpretação. Ambas produzem-se, simultaneamente, como uma forma de dois lados. Assim que o texto é escrito, surge um problema interpretativo” (LUHMANN, 2014, p. 258 – tradução nossa). Não importa, segundo Luhmann, o que o leitor pensa sobre o texto, mas apenas a argumentação que ele prepara em

sua interpretação, seja em uma comunicação simulada consigo mesmo, seja na forma de pensamentos articulados.

A interpretação jurídica, como argumentação, deve fundamentar uma decisão tomada nos conformes do código lícito/ilícito, o que está relacionado à proibição do “non liquet” e à contextualização comunicativa elementar a uma decisão sobre questões de terceiros. O “common law”, a tal respeito, apresenta uma teoria argumentativa bastante rica, visto que, embora também envolva a interpretação de leis, não coloca o juiz tanto como leitor e intérprete (o que ocorre no “civil law”), mas, sim, como um sujeito cujo ofício tem nuclearmente o desiderato de fundamentar decisões nos moldes “distinção/não-distinção” em relação à “ratio decidendi” dos precedentes, que serve como critério de comparação – poderíamos dizer, de analogia. De todo modo, a despeito das ênfases distintas de ambos os sistemas, o autor entende que o “civil law” também envolve uma exigência de fundamentação de decisões sobre situações novas e diferentes. A “ratio decidendi” é, ao mesmo tempo, universal – pois é aplicável a todos os casos de um determinado tipo – e específica – o que significa poder se tratar de uma regra que só aos poucos alcançará propriamente um grau relevante de generalidade. Não é à toa, pois, que Luhmann (2014, p. 261 – tradução nossa) afirma que

nem a interpretação, nem a argumentação jurídica, isoladamente, modificam o estado jurídico vigente. Elas não são formas de disposição do símbolo da validade jurídica, mas, sim, comunicações que esclarecem sob quais condições pode ser praticada essa disposição do símbolo (excluindo-se as razões econômicas para a formação de contratos e as razões políticas para a produção de leis). Devido a esta função preparatória, se confere à argumentação um maior grau de liberdade. A argumentação serve, de certo modo, como um teste preparatório para a responsabilidade, mas não a assume. Contudo, argumentos são operações do sistema limitadoras do âmbito de escolha das decisões que, no final das contas, precisam ser tomadas. A dupla estrutura (textos válidos e razões argumentativas) possibilita a tradução da ambivalência normativa do ato de argumentar em uma distinção (de maneira alguma se trata de um Aufhebung – **subsunção** – no sentido de Hegel). A argumentação, em si mesma, não é um processo normativo: ela pode desapontar-se e aprender com isso. Mas seu produto pode se condensar em regras ou princípios, de maneira que, retrospectivamente, **a dogmática possa ser compreendida como uma “fonte do direito”**.

A argumentação oferece razões que, qualificando a si mesmas como “boas razões” (“razões razoáveis”), configuram uma interpretação particular como preferível perante outra. A fundamentabilidade de tais fundamentos é assentada na própria razão, considerando que esta coloca a si própria em jogo. Obviamente, existe aí uma vedação implícita à utilização de argumentos absurdos, os quais são afastados justamente pela formação de uma tradição de princípios. A argumentação resulta, por um lado, em um “andaime estrutural de referência”, o qual advém do aprendizado (inclusive com os erros) e se conforma em uma tradição de

princípios, regras e doutrinas – ou seja, elementos que possibilitam a redundância –, mas, por outro, em “construções alternativas rejeitadas que constituem uma reserva à qual recorre o legislador e, sobretudo, proporcionam a formação da criatividade jurídica do juiz” – em outras palavras, variação. O andaime não exsurge idealmente, mas, sim, em relação com as operações comunicativas de um sistema, as quais, de maneira oscilante, são utilizadas ou deixadas de lado. Nesse contexto, a Dogmática Jurídica também pode oferecer uma função de inovação, visto que pode servir como instância revisora de erros cometidos na argumentação jurídica até então, os quais, quando envolverem determinações de sentidos normativos equivocados, demandarão uma reconstrução do sentido “desejado” pelo legislador ou a inserção de novas regras. Conclui-se, pois, que, por um lado, o recurso a princípios e regras tradicionalmente estabelecidos é uma razão em si mesma, visto envolver uma consistência cujo peso aumenta paulatinamente a cada vez que se reitera sua aplicação, mas, por outro, toda razão tida como válida pode ser questionada argumentativamente, o que pode ocorrer mediante distinções: “regras e razões apresentam-se, em regra, como elementos que compõem uma unidade, mas podem ser dissociados diante de novos problemas ou de uma modificação nos valores sociais que irrite suficientemente o sistema jurídico” (LUHMANN, 2014, p. 262 – tradução nossa). As novas soluções apresentam-se como melhores que as velhas, o que pressupõe uma avaliação interior ao sistema, condição para que este possa expressar sua própria superioridade, e não meramente remeter a estímulos externos. Tais novidades surgem como fruto de uma auto-reflexão do sistema desenvolvida pela Dogmática Jurídica por dentro da própria cultura jurídica e de sua respectiva “expertise”, em um esforço para que se alcancem significados aceitáveis e se afastem sentidos absurdos para o texto normativo, concebido este como pertencente a um “gênero textual” específico do direito. Luhmann (2014, p. 263 – tradução nossa) afirma que “a argumentação jurídica é uma comunicação completa interior ao sistema, necessária pelo fato de que as leis não apresentam o argumento de que sejam a melhor solução, mas apenas estabelecem o que deve ser futuramente válido”. Portanto, o pensamento exterior, radical, é irrelevante, visto não ser desenvolvido sob um compulso à decisão nos termos do código binário lícito/ilícito e à correlata assunção da responsabilidade pela sustentação desse entendimento.

Luhmann (2014, p. 263 – tradução nossa) explica o núcleo de sua concepção sobre as razões – elementos produtores de diferenças e que remetem a si próprios mediante exclusões – no seguinte excerto:

[...] as razões não são simplesmente pontos de vista significativos, e sim complexas ordenações de ideias que justificam com isso seus efeitos de exclusão. Unicamente na perspectiva da reutilização (ou como consequência dessa) as razões serão

condensadas em forma de regras para que com isso se torne recognoscível (e se possa citar) sua identidade. A reutilização, ao mesmo tempo, confirma a razão como adequada a outras decisões e, com isto, lhes confere generalidade e um sentido enriquecido. O fruto de tais confirmações pode, por sua vez, ser condensado em forma de princípios – os quais deixam em aberto aquilo de que, por sua vez, se diferenciam. Mas também estes princípios são tratados como pontos de vista definitivos da decisão. Para que amadureçam, precisa-se de tempo e [...] da experiência de muitos casos. Seu poder de convencimento aumenta pelo fato de que são submetidos a uma avaliação em circunstâncias heterogêneas. [...] não é tão fácil substituir estas razões estabelecidas (ricas em tradição) e substituí-las por novas razões. A tradição torna visível com clareza suficiente o que deveria ser decidido de outra maneira. Portanto, na maioria das vezes, novos pontos de vista são adicionados apenas como exceções a regras, as quais continuam sendo válidas, ou como novos princípios em casos de um tipo até então desconhecido ou avaliado de maneira equivocada. **O direito existente não se desenvolve ao redor de seus princípios, mas, sim, ao redor daquilo que parece excluído por tais princípios.** O direito válido é modificado a partir do que deixa de lado. A argumentação aumenta a complexidade do sistema, com consideráveis consequências para a sistematização conceitual realizada pela Dogmática Jurídica.

Luhmann (2014, p. 263) registra que, tradicionalmente – o autor reconhece que atualmente essas diferenças não são mais tão grandes –, a argumentação jurídica no “civil law” é construída em termos de uma interpretação que se apresenta como correta, enquanto no “common law” o caráter adversarial do processo tenderia a explicitar, inclusive no registro das decisões dos tribunais, as diversas possibilidades de compreensão contrapostas, o que serviria para registrar a potencialidade de que a tese acolhida fosse outra – de que o direito fosse de outro modo, como diria Teubner ao explicar a concepção de justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico. De todo modo, controvérsias sobre casos isolados não revelam por completo o efeito de exclusão de uma regra bem fundamentada. Ora, Luhmann (2014, p. 264) entende que as razões ocultam sua redundância ao se utilizarem de distinções em referência ao lado a que atribuem sentido, mas não ao lado ao qual não atribuem. Em outros termos, algo que não foi significado não pode ser utilizado, motivo pelo qual a redundância, por ser, em tese, oculta, não poderia assumir uma função de critério.

Luhmann (2014, p. 265) estabelece a premissa de que “razões são distinções introduzidas por um observador” e explica que o observador, na argumentação jurídica, observa um texto e, ao observá-lo, confere a si mesmo um espaço livre para argumentar com suas próprias razões, desde que respeitadas as limitações à sua perspectiva. Em outras palavras, o observador não é propriamente livre para apresentar as razões que considera melhores – não há aqui um decisionismo –, visto ser necessário que fundamente – até mesmo no caso de ponderações abstratas de valores – com base no texto sua consistência com o direito vigente, sob pena de esvaziamento do sentido jurídico da argumentação. A argumentação, com seus respectivos juízos de valor, só pode ser bem-sucedida

hermeneuticamente se tentar restringir novamente a sua própria liberdade no interior do direito, o que envolve, exemplificativamente, a indicação de duas possíveis leituras sobre uma disposição normativa antes de se escolher fundamentadamente uma delas.

O observador do texto age como se a função da argumentação jurídica fosse caracterizar como vitoriosa a interpretação fundada nas melhores razões. Devido ao código binário do direito, o participante do sistema precisa apresentar as questões que suscitam como potencialmente decidíveis, e não apenas manifestar suas preferências e interesses. Contudo, segundo Luhmann, isso não explica propriamente qual a função da argumentação jurídica, o que pressupõe uma observação sobre o observador do texto mediante a distinção entre variação e redundância. Exige-se, pois, um nível de observação de terceira ordem, no qual se observa como os observadores de um texto o entendem quando seu sentido não parece oferecer ao observador de primeira ordem alcançar uma decisão satisfatória. É nesse terceiro nível que se desloca o questionamento sobre a qualidade dos argumentos para a pergunta sobre a função da argumentação.

Uma resposta sobre a função da argumentação pressupõe uma distinção contida na distinção redundância-variação e que não poderia ser aplicada no segundo nível de observação, pois seria muito forte, demasiadamente reveladora. Luhmann (2014, p. 267 – tradução nossa), então, para tentar responder à questão, estabelece a premissa de que “assim como a validade simboliza a unidade da autopoiese do sistema e, de tal maneira, possibilita a unidade operacional do sistema, as boas razões operacionalizam a consistência do sistema (em terminologia de valores: a justiça do sistema como um sistema)”. As razões permitem uma destautologização do símbolo da validade. Ora, não basta afirmar que “o que é válido é válido porque é válido”, pois é necessária uma razão para que se possa sustentar essa assertiva. Ora, aquilo que demanda validade sem apresentar uma razão para tanto não é válido. A partir da duplicação semântica da validade na qualidade de uma razão aplicável às normas correspondentes, questionam-se as razões para validade, a qual se sustenta na noção de fontes do direito, dentre as quais Luhmann situa a doutrina (LUHMANN, 2014, p. 267).

Luhmann (2014, p. 267-8) sugere que a justiça, como um supercritério, abre perspectivas para que se vá mais longe do que a “autodescrição do argumentar fundamentado” acima explicada. Contudo, a justiça, vista como um critério ético, não é um critério apropriado para a determinação da validade do direito e, conseqüentemente, para orientar a tomada de decisão. A questão da validade, pois, dissolve-se mediante a distinção entre direito e ética, o que implica uma práxis jurídica em que as exigências de justiça são juridicamente irrelevantes e argumentativamente inúteis. É justamente por tal razão que

Luhmann prefere compreender a justiça como uma demanda por consistência decisória – no sentido de isonomia – , ou seja, por redundância, um dos lados da distinção em relação à variação. Esta, por sua vez, impede que haja justiça, em sentido metaético, no mundo do direito. A distinção entre redundância e variação mostra a existência de dois lados, bem como que a existência de um outro da redundância não surge de razões piores apresentadas ou de decisões sem fundamento (decisionismo), e sim da demanda por um nível suficiente de variação em um sistema funcionalmente diferenciado. A argumentação, em nome da economia de informação e da necessidade de estabilização de expectativas, converte a provocação da especificidade concreta do caso, que exige o reconhecimento de seu caráter diferente, em redundância pela via de uma referência a programas decisórios ou de uma complementação destes por regras a serem avaliadas, condensadas e confirmadas perante a alta quantidade de possibilidades aplicativas. Nem por isso, contudo, a especificidade dos casos deixa de ser considerada na prática jurídico-argumentativa, o que explica como o sistema evolui em direção a um nível mais alto de variação com um grau suficiente de redundância. Nesse ponto, é importante ressaltar que a diversidade comunicativa oferecida pelos casos não representa o ambiente do sistema, e sim existe apenas dentro do sistema e para o sistema. Ora, redundância e variação são variáveis operacionais do sistema, ainda que este sempre tenha um ambiente.

As operações do sistema jurídico comunicam o poder de convencimento das melhores razões, independentemente das experiências psíquicas de seus participantes, bem como de eventual falta de sinceridade e autenticidade. O juiz, salvo autorização legal para a consideração de suspeitas fundadas, deve deixar de lado suas motivações psíquicas – em linguagem gadameriana, seus pré-conceitos. Por sua vez, o advogado argumenta como se estivesse convencido das razões exclusivamente jurídicas favoráveis ao seu cliente, independentemente de efetivamente concordar com elas ou não. Nas palavras de Luhmann (2014, p. 268 – tradução nossa),

um observador desta forma de comunicação (ou seja, nós) a visualiza duplamente: tanto como necessária para o sistema quanto como contingente na medida em que a variedade dos casos impõe permanentemente uma reflexão contínua. O sistema não se satisfaz com a variação. Consequentemente, há um ganho compreensivo sobre a necessidade e a não-necessidade de todo raciocínio argumentativo, de todas as razões, e, consequentemente, sobre o efeito paradoxal e fértil da escrita. Quem concebe a argumentação jurídica apenas como a busca de boas razões para não cometer erros descreve um sistema que se determina e compromete argumentativamente. Apenas quando se considera a variação introduzida pelos casos se pode compreender o sistema como um sistema de aprendizagem auto-organizado.

Os sistemas jurídicos antigos eram altamente redundantes, coesos, dotados de unidade mediante conceitos simultaneamente formais – no que diz respeito à aprovação ou negação de respostas jurídicas – e ambivalentes –, o que conferia um alto grau de estabilidade e aglutinação. Com a auto-organização e a aprendizagem modernas, o sistema assume operacionalmente a distinção redundância-variação e produz complexidade, o que é acelerado pela via dos acoplamentos estruturais e resulta na introjeção da diferença entre autorreferência (conceitos) e heteroreferência (interesses). A transição da observação de segunda ordem (busca de razões) para a de terceira ordem (diferença redundância-variação) é central no deslocamento de uma teoria da ação para uma teoria dos sistemas, de maneira que a argumentação deixa de ser avaliada meramente em matéria de êxito (descrição que continua sendo possível no segundo nível) e se torna descrita como um acontecimento de um sistema complexo, em que se forma um feixe em volta de certos textos, sem, porém, que haja uma linha diretiva manifesta, sem hierarquias e sem uma teleologia do sistema como um todo. Não há um sentido total que possa ser estabelecido a partir das metas de operações individuais ou da agregação delas, mas apenas como uma função da ocorrência da argumentação. Há, pois, uma espécie de onda de argumentos, o que só pode ser expresso conceitualmente com base na distinção entre redundância e variação (LUHMANN, 2014, p. 268).

As razões, como “sequências de argumentos condensados em pontos de vista decisórios no curso de sua reutilização ou antecipação”, precisam ser fundamentadas, visto que excluem, bem como que sua avaliação como boas ou más não pode ser arbitrária (LUHMANN, 2014, p. 268 – tradução nossa). Um caminho para a estruturação dessas decisões comumente apontado é o dos princípios jurídicos, o qual incorre exatamente no referido problema sobre a assunção de perspectivas morais. Esse tipo de solução, ao buscar razões que fundamentam razões, faz que se remeta ao ambiente do sistema, espaço em que princípios morais são reconhecidos. Realizam-se, assim, considerações éticas e de razoabilidade, em uma violação do fechamento operativo do sistema jurídico pela utilização de razões da própria prática argumentativa (LUHMANN, 2004, p. 312). Ora, a relevância eventual de ponderações referentes a valores pretensamente universais teria como conseqüência dois efeitos disfuncionais: a imobilidade do sistema jurídico e o bloqueio de sua tarefa seletiva. (NEVES, 2006, p.84-5)

Abordar o modo de fundamentação das razões desincumbe Luhmann do ônus de enfrentar os questionamentos sobre as formas de argumentação que produzem resultados razoáveis e sobre a viabilidade da reconstrução lógica da argumentação jurídica. O autor pode, então, concentrar-se no estudo sobre a realização de juízos a respeito das diferentes

consequências decisórias que poderiam ser produzidas por hipóteses de decisão distintas. Ora, em uma perspectiva empírica, é tal avaliação de consequências o que permite à argumentação justificar a si própria. Luhmann questiona o que se está a observar quando se observa o controle e a revisão do direito mediante uma apreciação dos resultados como desejáveis ou indesejáveis. O autor alemão preocupa-se em distinguir dois elementos que são comumente confundidos: a previsão argumentativa de consequências e a programação jurídico-decisória orientada a fins. Ora, os magistrados não têm nem meios nem disposição para assumirem riscos, elementos que são cumulativamente necessários para a persecução de objetivos. Da mesma forma, o legislador não tem nem meios nem disposição no que diz respeito à técnica jurídica, ainda que integre o sistema político e, portanto, possa assumir riscos políticos na busca por objetivos desse tipo (LUHMANN, 2014, p. 271).

Luhmann (2004, p. 196 e ss.) afirma que os programas condicionais, estruturados como “se-então”, estabelecem as condições pelas quais seria realizada, *a posteriori*, a adjudicação dos valores direito/não-direito a fatos passados atualmente verificáveis. O programa condicional estaria diretamente relacionado à função de estabilização das expectativas contrafáticas atribuída ao direito. Ora, se a contingência já significaria a insegurança de que a satisfação das expectativas viesse a se realizar, ao menos seria necessário o conhecimento, de antemão, de quais seriam essas expectativas. Em outros termos, dada a insegurança inerente à possibilidade sempre presente de descumprimento das prescrições normativas, o direito prestar-se-ia a garantir a segurança a respeito de quais expectativas seriam reconhecidas como exigíveis no momento da decisão, não permitindo que fatos futuros fossem determinantes para tanto. Luhmann entende que os programas condicionais, dependendo da escolha das condições, podem ser programas abertos ao futuro mediante uma seleção legislativa das respectivas condições, o que não significaria, no entanto, que fatos futuros, ainda não determinados no momento da decisão, fossem determinantes para a qualificação do fato como lícito ou ilícito. O estabelecimento de programas finalísticos, ao contrário, deixaria em aberto a questão sobre a justificabilidade futura das expectativas, de forma a gerar uma indeterminação insuportável para um sistema que se pretendesse autopoietico. Os programas finalísticos não seriam, portanto, adequados ao sistema jurídico, visto que apenas os programas condicionais serviriam a instruir o enlace entre auto-referência e heterorreferência⁸⁶.

⁸⁶ Essa questão foi abordada, em um outro contexto e tendo como referência dialógica a perspectiva de Dworkin sobre a relação entre princípios, políticas e argumentação consequencialista, em nosso “A tensão hermenêutica entre os papéis representativos do Legislativo e do Judiciário: uma interpretação construtiva do princípio da

A capacidade de elaboração dos magistrados determina como pode ser apreendida e elaborada a complexidade da situação de fato. Tal influência da complexidade do problema na decisão pressupõe uma orientação da resolução em função das conseqüências. Nos conformes do pensamento de Luhmann, isso seria dispensável numa programação de determinação do direito exclusivamente condicional. A programação condicional empregada para o exterior é funcional justamente por reproduzir redutivamente a complexidade do ambiente, já que o sistema jurídico e a dogmática jurídica não têm condições de prever as conseqüências da decisão para tomá-las adequadamente em consideração. A estrutura “se-então” possibilita ao juiz eximir-se da responsabilidade sobre conseqüências imprevistas, já que a validade da norma estaria garantida. Cabe ao legislador, isso sim, escolher conseqüências e agir segundo programas orientados para objetivos. Ora, no sistema de hierarquias entrelaçadas, o tribunal tem a função de converter a indeterminação legislativa em determinação casuística, de transformar a compulsoriedade em liberdade. A legislação, como periferia do sistema jurídico, é o alvo por excelência das irritações do ambiente, o que redundava em uma proteção ao Judiciário em sua condição de centro do sistema. As leis válidas têm a função de reduzir a complexidade e permitir ao Judiciário encontrar fundamento em programas condicionais para a qualificação de um fato passado como lícito ou ilícito.

Luhmann, ao afirmar que os programas do sistema jurídico são sempre programas condicionais, não quer dizer que, empiricamente, o direito contemporâneo não apresente programas finalísticos, mas apenas que não há programas de fins “verdadeiros”, no sentido de deixar ao futuro o estabelecimento do que é conforme ou discrepante com o direito. Os programas finalísticos, em verdade, seriam operações dotadas da função de guiar as estruturas do sistema. Nessa leitura, o conceito de fim marcaria um conceito de temporalidade duplamente modalizado. Tratar-se-ia, aqui, da unidade de uma diferença dupla: a diferença entre estados alcançáveis e que se cumprem; e a diferença, no âmbito do alcançável, entre futuro presente e presentes futuros. Segundo Luhmann, os programas de fins atraem ao presente o risco de separação entre futuro presente e presentes futuros, visto que estes podem não coincidir com aqueles. O juiz deveria decidir unicamente tendo como base aquilo que no presente de sua decisão visualiza como futuro, ou seja, o futuro presente que enxerga após estabelecer com bastante cuidado o enunciado fático. O futuro não ofereceria informação suficiente a respeito de si desde agora, o que inviabilizaria a decisão de que algo viesse a ser, embora ainda não o fosse, qualificado como lícito ou ilícito. Os programas finalísticos não

podem, portanto, ser mais do que guias para a determinação das condições que podem embasar a qualificação lícito/ilícito pela decisão.

O marco jurídico de uma decisão, na lição de Luhmann, nunca é um programa finalístico que exige a busca de meios adequados para a consecução de um fim, mas, sim, uma estrutura do tipo “se-então”. Apenas quando se apresentam problemas na interpretação desse texto o sistema jurídico poderá partir da consideração de qual é a finalidade em função da qual o programa deve operar. Nesse caso, temos um programa condicional que permite certa liberdade na elaboração de metas por meio da inclusão, em seu contexto, de um programa finalístico, inclusão esta que gera uma indecidibilidade argumentativa. Tal expediente de elaboração de metas passa necessariamente pela referência a resultados desejáveis ou não. A argumentação justifica-se pela avaliação das diferentes conseqüências que a aplicação de diferentes regras acarretaria. Mas a relevância argumentativa das conseqüências não pode ser confundida com uma programação finalística da decisão, erro conceitual que, na maior parte dos casos, é evitado pelo fato de que os juízes não desejam assumir riscos nem têm meios para tanto – o mesmo se aplicando ao legislador e sua técnica de elaboração de textos normativos, a despeito de sua liberdade para buscar a concretização de metas coletivas, conferida pelo fato de participar do sistema político (LUHMANN, 2014, p. 271).

Para evitar o problema conceitual acima mencionado, Luhmann (2014, p. 273) distingue as conseqüências do interior do sistema e as conseqüências externas a este. Aquelas são conseqüências jurídicas e, portanto, devem ser consideradas e avaliadas pelos magistrados, algo típico das operações recursivas de suas decisões, as quais precisam ser justificadas e considerar tanto as decisões passadas quanto as futuras. Discutir razões e regras que as tornam gerais envolve analisar quais condutas seriam lícitas ou ilícitas dependendo da regra escolhida. Não se trata, porém, de realizar uma prognose empírica, nem, portanto, de responsabilizar o juiz em relação ao que é contingente. A avaliação pode ser feita meramente com o conhecimento jurídico disponível e com a segurança que este habitualmente proporciona, ou seja, com um compromisso com a consistência (redundância). Empiricamente, contudo, o sistema não se satisfaz com uma avaliação desse tipo. Normalmente, a argumentação jurídica diante dos casos não presta atenção na diferença entre os dois tipos de conseqüência e, mesmo que prestasse, ainda ficaria em aberto se seria possível escolher entre construções jurídicas meramente com base no critério das conseqüências estritamente jurídicas quando estas não sustentassem claramente uma solução. Nesse ponto, surge novamente a pergunta sobre a relevância da avaliação da probabilidade do

comportamento dos atores dependendo da escolha da regra. Luhmann afirma que, nesses casos, os juízes costumam resolver o problema jurídico com vias a uma orientação finalística. Trata-se, então, a lei como meio para a consecução de dada meta, o que pressupõe uma tentativa de prever os efeitos fáticos do estímulo ao comportamento assumido como lícito no conteúdo da decisão. Luhmann entende que as teses dos magistrados sobre o comportamento das partes têm caráter amador, até mesmo tendo em vista a dificuldade de caracterização da causalidade, mesmo quanto aos eventos passados. É quase impossível a realização de prognoses empiricamente sustentadas, mesmo que sejam assumidos padrões científicos, o que conduz o autor à conclusão de que o juiz dificilmente poderia testar racionalmente ou mesmo interpretar uma lei nos moldes de um raciocínio meios-fins. Ainda assim, os tribunais tendem a fazê-lo e suas decisões são autoritativamente válidas, o que estimula o autor a afirmar: “A orientação pelas consequências decisórias, quando analisada à luz dos padrões de investigação empírica, não é nada mais do que atribuir efeitos jurídicos a uma atividade imaginativa” (LUHMANN, 2014, p. 273 – tradução nossa).

Não é à toa, pois, que o autor entende que as ciências sociais podem conduzir menos a prognósticos seguros do que à ampliação do âmbito dos problemas, da variação, o que torna mais difícil retomar a redundância. A teoria do direito tende a descrever o uso do direito como instrumento de funções político-sociais como uma ofensa à especificidade da racionalidade jurídica. Diferentemente, o sociólogo, por não estar comprometido com o sistema jurídico, não precisa fazer recomendações, o que lhe permite meramente observar, em um nível de segunda ordem, as tendências argumentativas, bem como realizar um prognóstico empírico das consequências externas das decisões, elemento relacionado a uma maior variação do sistema e, assim, à substituição do que tradicionalmente se entendia como justiça pela responsividade perante as modificações nas preferências sociais predominantes. Quanto mais o sistema busca satisfazer necessidades de maneira absoluta, mais: encontra contingência; depara-se com o paradoxo da argumentação e a impossibilidade de encontrar razões para razões; e desloca a argumentação do “certo para o incerto, do passado para o futuro e para o provável” (LUHMANN, 2014, p. 274 – tradução nossa). O paradoxo da argumentação reside justamente na circunstância de que a valoração das consequências pode levar todos a se considerarem seguros de que ninguém poderá julgar de maneira mais segura, o que resulta na conversão do paradoxo da argumentação em um paradoxo temporal, qual seja, o da construção do futuro no presente. Aumenta-se, assim, a variação do sistema sem que haja um ganho contraposto de alcance de razões adicionais e melhores, o que redundaria na necessidade de empreendimento de tentativas de reorganização de redundâncias. Representaria, pois, o

futuro um terceiro valor, excluído do código binário? Analogamente, seria o caso de introdução do valor “indeterminado” como um terceiro valor na lógica, que já trabalha com o binômio verdadeiro-falso? O direito tem uma dificuldade maior em relação a tal problema pelo fato de que suas decisões são incorrigíveis, enquanto a ciência faz prognósticos corrigíveis. Também não é adequado deslocar o problema da estrutura temporal mediante sua caracterização como uma questão de legitimação do direito. É, isso sim, o caso de ter em mente o caráter artificial dos códigos binários, visto que o mundo não se organiza nestes termos – “nem como ato, nem como logos, nem como o texto criado. Em cada observação que utiliza distinções, o mundo se retira como o não-observável” (LUHMANN, 2014, p. 274 – tradução nossa). É por conta de tal artificialidade que a administração do paradoxo segundo o qual códigos binários precisam de mais de dois valores demanda a reintrodução de um cálculo do tipo “e se” no sistema.

Os conceitos permitem a conservação das distinções, que podem ser retomadas a cada decisão em que se faça necessário. Os conceitos próprios da terminologia jurídica, como artefatos históricos, congregam informações, ou seja, produzem, ao proporcionarem a retomada da experiência casuística, a redundância sistêmica, dotada de um nível bastante alto, o que exige uma precisão conceitual muito maior do que na linguagem ordinária. Exemplificativamente, Luhmann afirma que a contestação de um contrato pode ser feita em circunstâncias distintas, de maneira a ter consequências diferentes de um mero distrato, e que tais circunstâncias precisam ser vinculadas a conceitos adequadamente especificados – no que se fazem essenciais distinções como posse/propriedade e culpa/dolo –, de maneira a se tornar possível a imputação das respectivas consequências.

A relevância dos conceitos foi distorcida pelo fato de estes terem sido compreendidos como definíveis por certos atributos. Nessa perspectiva, a validade dos conceitos era buscada no sistema que estavam inseridos ou mesmo no princípio que conferia unidade a esse sistema. O conceito era considerado válido por si mesmo, o que era reforçado pela premissa novecentista de que a Dogmática Jurídica seria fonte do direito. Atualmente, a relação entre conceitos jurídicos e Dogmática Jurídica pode ser repensada a partir da premissa de que a Dogmática não é um sistema, nem em sentido sociológico, nem no sentido jurídico de “algo construído a partir de um princípio”. A Dogmática deve ser entendida como a expressão da necessidade da argumentação no direito, a qual se desenvolve mediante conceitos, ou como um escudo para a terminologia jurídico-conceitual, idôneo a protegê-la dos incessantes questionamentos políticos. Deste último ângulo, a Dogmática seria uma regra de limitação imposta ao raciocínio em sua busca por razões. A solução para tal perigo não é abandonar os

conceitos, mas, sim, buscar uma orientação autorreferencial suficientemente equilibrada, visto que os conceitos não podem, em si mesmos, ser instruções decisórias, mas, apenas, tijolos que possibilitam as construções jurídicas. Estas, por sua vez, estão inseridas em programas condicionais, dotados de relevância prática e produtores de efeitos retroativos sobre os contornos dos conceitos. Aquilo que é demandado pela formulação conceitual, de certa maneira, depende das condições que regulam o uso dos conceitos. Como conclui Luhmann (2014, p. 277 – tradução nossa), “a Dogmática não se atém apenas ao seu caráter dogmático, a si mesma, a sua durabilidade histórica e a sua sensibilidade crítica, mas também é sustentada graças a um contexto de usos e aplicações que seria muito difícil de formular repetidamente se não se recorresse a conceitos fixos e específicos”.

Crítico conceitos, pois, exige que se retorne ao problema a ser regulado, o que remete à questão da construção de equivalentes funcionais. Ora, os conceitos não têm uma função direta e primordial de possibilitar deduções lógicas. Sendo distinções, os conceitos prestam-se a destacar as diferenças e, com isto, orientar a argumentação quanto ao espectro do que pode ser considerado similar e, conseqüentemente, análogo. Aqui, Luhmann remete a Savigny, cujos estudos sobre a posse teriam constituído o passo decisivo para a formação da Jurisprudência dos Conceitos, mormente devido à diferenciação entre “posse” e “propriedade” quanto aos seus respectivos sentidos e funções. Os conceitos situam o que pode ser problemático e relevante quanto à formulação do enunciado jurídico, mas não oferecem, isoladamente e de maneira automática, uma decisão, nem têm propriamente uma relação com a lógica. O grande mérito de uma rede complexa de conceitos é possibilitar a detecção e o controle de erros. Porém, não se está a falar de erros lógicos, mas, sim, de desvios em relação aos sentidos conceitualmente fixados. Ainda mais importante, porém, é a função de limitação das condições de êxito das operações, cumprida pelos conceitos sem que se restrinjam aos sentidos literais. Nas palavras de Luhmann (2014, p. 277 – tradução nossa), “Os conceitos devem ser aplicados uniforme e consistentemente em relação a si mesmos e às distinções que eles estabelecem (assim como as palavras em uma linguagem). Eles constroem um metatexto que alimenta uma rede de segurança atributiva de redundância ao sistema. Uma vez que os conceitos tenham sido elaborados e que os textos jurídicos os utilizem, a argumentação jurídica se torna praticamente impossível sem eles”. O autor conclui que novas distinções podem ser introduzidas e antigos conceitos podem ser reformulados, refinados ou desconstruídos, mas não é possível se rebelar contra os conceitos jurídicos, o que implicaria buscar resoluções jurídicas exclusivamente com base em juízos sobre valores e interesses (LUHMANN, 2014, p. 277).

Luhmann (2014, p. 278 e ss.) supõe que tenha havido um exagero no esforço de consolidação conceitual do direito durante o seu processo de positivação moderno, o que se explicaria como uma reação sistêmica a intrusos oriundos de seu ambiente. Os problemas decisórios apresentados pelo sistema viriam a tornar patente a necessidade de maior variação, o que abriu espaço para o surgimento de uma nova teoria do direito, mais pragmática e teleologicamente orientada do que preocupada com conceitos e regras. Trata-se de perspectiva que surge com Jhering, consolida-se com Heck (como “Jurisprudência dos Interesses”) e chega até mesmo aos Estados Unidos, ambiente em que foi vinculada a conceitos como “engenharia social”, “política social”, “instrumentalismo” e, posteriormente, “realismo jurídico”. O direito, nesse contexto, era visto como dotado de uma função de “proteção de interesses justos”, como fica claro na proposta de Pound. A validade do direito foi atrelada, naquele cenário, à ideia de um autoprognóstico do direito quanto às decisões judiciais, o qual permitiria aos participantes experientes da prática jurídica prever os interesses que poderiam ser introduzidos na dinâmica jurídica, bem como quem e como os representaria. Tratava-se, pois, de uma postura atenta à necessidade de um grau suficiente de redundância. Na Alemanha, contudo, a novidade se reduziu a uma espécie de reformulação da tradição da Jurisprudência dos Conceitos, o que redundou em uma manutenção da supremacia do direito fundado na lei, e não de doutrinas interpretativas liberais. Nesse sentido, não é adequada a tradicional contraposição entre Jurisprudência dos Conceitos e Jurisprudência dos Interesses, pois, em verdade, a transição daquela para esta tem como cerne meramente a substituição da fórmula de determinação externa do direito – naquela, a liberdade; nesta, os interesses. O essencial aqui é notarmos que o rótulo “Jurisprudência dos Conceitos”, ao ser analisado por Jhering, não tinha como alvo o uso dos conceitos no direito, o qual ele reconhecia como claramente indispensável desde Roma, mas, sim, a desorientação da Jurisprudência novecentista, que ignorava a finalidade prática do direito e suas condições de aplicabilidade. A Dogmática da época enxergava o seu objeto como sujeito a raciocínios lógicos cujos propósitos e estímulos seriam encontrados na própria dimensão objetiva. O problema, pois, dizia respeito à crescente dissociação moderna entre a doutrina universitária do direito e a prática jurídica. Questão fundamental, pois, é notar que, independentemente da referida controvérsia teórica, a lei não cria interesses, mas, sim, os reconhece, o que torna essencial saber como se determinam quais interesses são dignos de proteção jurídica e como o direito pode resolver os conflitos entre eles. A respectiva resposta exige uma observação sobre o próprio direito – como diriam os realistas, uma previsão do comportamento dos membros dos tribunais – , e não sobre os interesses. Ora, é observando o direito que se podem notar as

redundâncias relevantes. Por outro lado, prever consequências tornaria o problema mais complexo, mas não o resolveria. Se o juiz, como afirma Cardozo, buscasse resolver os conflitos de interesses da mesma maneira que o legislador, ou seja, a partir de suas experiências, seus estudos e suas reflexões (formulações deveras vagas), a prática jurídica estaria condicionada ao seu ambiente, de maneira que o melhor direito seria aquele que realizasse o maior número de interesses em nível máximo. O direito, nessa perspectiva, não teria qualquer valor intrínseco, próprio, que pudesse constituir um contraponto aos interesses. Mas em que consistiria um valor intrínseco tal? Afinal,

É possível contra-argumentar que “interesse público”, “bem comum”, “soma dos bens comuns”, também são verdadeiros interesses. Mas o que, então, não é um interesse? Em última instância, o próprio direito seria convertido, de tal forma, em um interesse. Citando novamente Cardozo: “Um dos mais fundamentais interesses sociais é o de que o direito seja uniforme e imparcial”. Então o direito refletiria a si mesmo em seu ambiente como os interesses desse ambiente, observaria como os interessados observam. O direito tem que se colocar à disposição para sopesar e denegar interesses. Mas como as experiências de vida e o bom senso poderiam ajudar o juiz nessa tarefa de maneira que os interesses do ambiente fossem satisfeitos e compatibilizados com o direito, bem como que fosse feita justiça a outros interesses, conferindo-lhe espaço no direito? O rigor dogmático e o controle conceitual exacerbados fazem que, em contrapartida, a flexibilidade e a responsividade da práxis jurídica aumentem. Tendo em vista a práxis decisória dos tribunais, Esser afirma que “têm se multiplicado as decisões que utilizam como fundamento o descobrimento puramente situacional [...] da responsabilidade e do dever exigidos pelo raciocínio jurídico sem que se faça um grande esforço doutrinário. Ou, em outro contexto, “com os valores não se vai mais do estado da verbalização” (LUHMANN, 2014, p. 279-80 – tradução nossa)

Luhmann (2014, p. 280) diferencia argumentos formais – desembocam no sistema, como os textos normativos, e impedem que ocorram desvios em direção a argumentos sobre fatos – e argumentos substanciais – dizem respeito a considerações morais, econômicas, políticas, institucionais ou sociais em geral, ou seja, elementos que também encontram reconhecimento fora do sistema jurídico (como se tivessem sido reconhecidos dentro do sistema). A argumentação formal é a prática da autorreferência e está vinculada, em todos os níveis, à necessidade de produção de uma decisão – o que exige que se evite um mergulho na complexidade do mundo factual –, enquanto a argumentação substancial é a prática da heterorreferência, ou seja, é um elemento que evita o isolamento do sistema em si mesmo e em sua argumentação formal. A distinção entre argumentação formal e argumentação substancial, ao ser observada a partir da perspectiva de um observador de segunda ordem, revela: que há razões substanciais para a argumentação formal, embora estas (poderíamos dizer, por razões de redução de complexidade) não sejam inseridas no raciocínio jurídico; e que a argumentação substancial oferece regras limitadoras e viabiliza o recurso à persuasão, o

que significa o estabelecimento de condições que podem ser questionadas a qualquer tempo (LUHMANN, 2014, p. 280).

A argumentação formal refere-se a conceitos, enquanto a argumentação substancial é referente a interesses. Os conceitos acumulam experiências casuísticas, o que torna desnecessária a rediscussão crítica dessas experiências como tais, enquanto os interesses são referentes aos catalisadores da autoorganização do que há de relevante no ambiente. A argumentação não deixa de ser uma operação interior ao sistema, seja do tipo formal-conceitual, seja substantiva e orientada por interesses (LUHMANN, 2014, p. 280). Estabelecidas tais premissas, afirma Luhmann (2014, p. 280 – tradução nossa) que

os interesses precisam ser preparados e apresentados ao sistema jurídico de forma tal que tornem possível a tomada de decisões fundamentadas sobre eles – em especial no caso de conflitos de interesses. Aqueles que comunicam seus interesses de outras formas – por exemplo, como meros desejos ou preferências – não se apresenta como participante do sistema jurídico. Do ponto de vista do sistema, os interesses são, em seu estado natural, dotados de igual valor. O sistema homogeniza aquilo que percebe como informação sobre os interesses, visto que é orientado às decisões e está interessado apenas em determinar se os interesses são ou não juridicamente protegidos e quais interesses deve deixar de lado em uma situação conflituosa. Isto, e apenas isto, é o que deve ser demonstrado mediante argumentação.

O conceito de interesse proporciona ao sistema uma heterorreferência, a ser compatibilizada com o processamento de informações em seu interior. A unidade do interesse – “a fixação comunicativa do interesse como referência para a comunicação posterior” –, pois, continua sendo uma construção interior do sistema, o que se aplica, inclusive, a um modelo de sistema jurídico que constrói o interesse do ambiente no sistema em termos de “confiabilidade, uniformidade, previsibilidade e imparcialidade” (LUHMANN, 2014, p. 282 – tradução nossa). De outro lado, temos a autorreferência das operações do sistema, expressa em conceitos jurídicos, “os quais delimitam quais são as construções aptas a enlaces sistêmicos e podem ser associados aos símbolos de validade e sua circularidade, embora isto não signifique que toda vez que alguém se remete a um conceito jurídico está a argumentar circularmente” (LUHMANN, 2014, p. 282 – tradução nossa). Ora, embora os conceitos sejam baseados em tautologias e na recursividade geral das operações do sistema, eles viabilizam a distinção dos problemas jurídicos mediante uma decomposição da tautologia em identidades distinguíveis. Percebe-se, pois, que os conceitos jurídicos têm a função de destautologização da autorreferência e que, por conseguinte, o conceito sistêmico de interesse obriga o sistema a distinguir entre interesses juridicamente justificados e injustificados. O sistema, pois, se tiver formas de observação para tanto, pode observar a si mesmo da perspectiva do ambiente ou vice-versa. Embora seja verdade que o sistema não pode reduzir essas duas referências a uma

única, (quase-)objetiva, ele pode oscilar entre ambas em sua observação, de maneira a aproveitar os dois pontos de vista delimitados para alcançar uma decisão fundamentada. Se o problema, como reconheceu Jhering, não está em utilizar conceitos, mas, sim, na maneira equivocada de praticar esse uso, o que ele está a propor, segundo Luhmann – citando expressamente Gény para fins ilustrativos – é a substituição de uma compreensão dedutiva do sistema pela ideia de técnica jurídica, sem que isso signifique uma rejeição aos conceitos. Ora, assim como estes não oferecem decisões sozinhos, os interesses também não têm como cumprir essa tarefa isoladamente. As distinções entre conceitos – elementos que “ajudam a refinar as questões de direito e a restringir o espectro de utilização de analogias” – e entre interesses – “aos quais se faz referência quando é necessário distinguir entre interesses juridicamente reconhecidos e interesses juridicamente postergados” – são feitas de formas distintas, mas têm em comum o fato de ocorrerem no interior do sistema e só fazerem sentido para as operações deste sistema (LUHMANN, 2014, p. 282 – tradução nossa). A distinção entre interesses tem o mérito de “guardar, na memória do sistema, os interesses postergados”, o que possibilita que, posteriormente, sejam revisitados perante novos fatos e, conseqüentemente, sejam objeto de uma reavaliação quanto à continuidade ou não de sua postergação. Essa “potencialização de interesses” resulta em um giro paradoxal na decisão final, pois, em um nível, o conflito de interesses é decidido, enquanto, em outro, devido ao registro dos interesses postergados na memória como “possivelmente preferíveis”, é tratado como indecidível. Nas palavras do professor alemão,

especialmente quando a Jurisprudência dos Interesses entende as decisões do legislador como decisões favoráveis ou contrárias a interesses, ela reserva a si própria a reavaliação de novas constelações de interesses não consideradas pelo legislador. Neste sentido, a Jurisprudência dos Interesses distingue-se da estrita interpretação teleológica da lei, que busca apenas identificar o propósito buscado pelo legislador e aplicá-lo aos casos. É justamente tal reserva de optar por uma reavaliação o que pressupõe que o sistema jurídico apresenta os interesses como preferências motivadas pelo próprio sistema que só podem ser distinguidas em uma avaliação jurídica de favorecimento ou postergação (LUHMANN, 2014, p. 283 – tradução nossa).

Luhmann (2014, p. 283-4) ataca a fórmula da “ponderação de interesses”, a qual deveria ser abandonada como princípio do direito. Ora, trata-se de fórmula que não obteve sucesso metodológico, pois não possibilita a realização das instruções operacionais. Tomando em consideração os artigos 1 a 3 da Constituição alemã, o autor considera duvidosa a constitucionalidade da fórmula da “ponderação de interesses”, pois, segundo os mencionados dispositivos, o juiz deveria considerar todos os interesses como iguais, salvo quando o direito apresente valorações diferentes em casos de conflito. Essas valorações diferentes não podem

ser criadas pelo magistrado, mas é exatamente isso o que acontece quando se utiliza a “ponderação de interesses”. Ora, tal fórmula não é direito válido, apenas se referindo a problemas relativos à determinação de fatos, mas não ao raciocínio jurídico que fundamenta a decisão. A “ponderação de interesses”, pois, situa-se no âmbito da heterorreferência do sistema, sem oferecer a mediação entre autorreferência e heterorreferência que é essencial às decisões. A Jurisprudência dos Valores viria, ao menos, com a “ponderação de bens”, substituir a avaliação fundada em interesses por uma valoração fundada em regulações legais e que o juiz deveria tentar encontrar por si mesmo. Ainda assim, segundo Luhmann, a prática decisória, ao enfrentar conflitos de valores jurídicos, tende a se deixar orientar por interesses. Por outro lado, são correntes expressões de tais valorações mediante fórmulas que usam conceitos (como o de “dano social”) que não podem ser submetidos a um raciocínio probatório mais rigoroso, o que redundaria em um abandono, pelo sistema, dos argumentos fundados nos conceitos oferecidos pela Dogmática, os quais, por sua vez, poderiam ser adaptados aos novos casos e às respectivas decisões inovadoras. Luhmann (2014, p. 284 – tradução nossa), então, conclui que “a racionalidade ‘substancial’ normalmente é definida a partir dos valores socialmente aceitos. O componente retórico no raciocínio de fundamentação das decisões aumenta: convém ao estilo ‘democrático’ da política tentar agradar”.

A relação entre autorreferência e heterorreferência [...] é um problema fundamental dos sistemas altamente desenvolvidos que operam no “medium” do sentido. Este problema não é idêntico ao da relação entre redundância e variação. Contudo, pode-se supor que se introduz mais variação no sistema mediante o conceito heterorreferencial de “interesse” – com o qual, inclusive, o sistema pode alienar-se mediante uma redução de si mesmo a um interesse – do que com a vazia técnica conceitual de distinção. Se isto é verdade, e não ocorre nenhum outro giro forçado social, religioso ou político na comunicação de interesses, fica claro que a relevância crescente da semântica do interesse assinala a demanda por uma ordem de variação mais alta. [...]. [...] na teoria do direito, isto só ficou mais claro [...] quando as consequências das medidas eficazes de posituação do direito redundaram no domínio do positivismo jurídico (LUHMANN, 2014, p. 285 – tradução nossa).

Luhmann (2014, p. 285) critica a ideia clássica de demonstração logocêntrica, segundo a qual a argumentação racional poderia se projetar sobre a unidade do sistema e garantir a correção do direito. Segundo o autor, a argumentação, no máximo, pode alcançar uma racionalidade local, referente à sua própria esfera sistêmica, o que, no caso do direito, fica claro quando pensamos no condicionamento da racionalidade jurídica pelos casos e textos. Por melhor que seja o intérprete, a argumentação não pode garantir que a aplicação de um teste de racionalidade às decisões resulte no encontro de uma única decisão como correta. Ao contrário, a práxis dos tribunais mostra que decisões diferentes podem ser justificadas com

raciocínios de qualidades semelhantes. Não há, pois, uma determinação inequívoca da situação pela argumentação, podendo ser esperado apenas um “comportamento satisfatório” (Simon). O sistema não pode, pois, garantir um estado racional próprio, visto não ter como reintroduzir no sistema a demanda dos argumentos por informação. Anuncia, pois, Luhmann (2004, p. 353 – tradução nossa) ser “relutante em aceitar a presunção de uma racionalidade operacionalmente alcançável como uma espécie de totalidade”, visto que a “argumentação não é uma questão de utilização instrumental do recurso da complexidade, mas, sim, de como o sistema ordena a complexidade crescente, de maneira a poder preservar o fechamento operacional em sua auto-reprodução sem deixar de lado a heterorreferência”.

A argumentação jurídica, visto ser desenvolvida no contexto de observação de segunda ordem, consiste na elaboração de argumentos perante outros observadores. A teoria contemporânea da interação não assume a forma de disposições de conversação, mas, sim, de observação dos observadores. No nível de observação de segunda ordem, esse deslocamento das operações centrais está relacionado ao processo de diferenciação dos sistemas funcionais, o que torna as particularidades desses sistemas uma questão de segundo plano. Ora, embora o modo pelo qual se chega à estrutura da observação de segunda ordem seja variável de acordo com o sistema considerado, o fato é que isso acontece em todos eles. Nesse contexto, o sistema jurídico deve encontrar o seu ponto de apoio argumentativo dentro de si mesmo, e não no mundo, motivo pelo qual sua observação de segunda ordem demanda um fechamento recursivo. Surge então o questionamento sobre como se pode assegurar que um sistema observa razoavelmente, mesmo que o objeto da observação seja apenas a sua própria observação. A resposta correlata envolve uma coordenação entre autodescrição e autodotação de sentido baseada em “níveis invioláveis”, de caráter inquestionável. Exemplificativamente, a política, que “orienta suas operações pela opinião pública para observar a ressonância de suas ações através dos olhos de outros observadores”, atrela a opinião pública ao nível inviolável da democracia. De maneira semelhante, a argumentação jurídica é baseada em distinções inquestionáveis formuladas como assimetrias, o que fica claro quando consideramos a relação circular entre a aplicação da norma e a interpretação de um texto: “a norma, com um sentido identificável, produz-se no momento em que se aplica. A interpretação produz um **círculo hermenêutico** mediante, primeiramente, a determinação do que deve ser interpretado, e, posteriormente, o seu ajuste às razões que possam justificar a necessidade de uma interpretação” (LUHMANN, 2014, p. 288 – tradução nossa). Aqui, a tendência seria a retomada da discussão tradicional sobre os métodos. Contudo, o essencial é, segundo Luhmann, investigar a possibilidade de que o círculo se preste apenas a tornar

possível uma observação de segunda ordem, o que revelaria uma produção de textos voltada à organização das relações de observação, textos abstratos em relação ao tempo e que não poderiam garantir uma maneira uniforme de observação por todos os observadores. Ainda assim, esses textos poderiam estabelecer, mediante o uso de formas específicas (distinções), uma orientação a ser alcançada e, conseqüentemente, poderiam contribuir para a exclusão da arbitrariedade (dissolução ou entropia). Por outro lado, textos desse tipo não nos permitiriam mais entender como as operações funcionam, nem garantir uma uniformidade de sentido aos resultados da observação. De todo modo, seriam textos específicos o suficiente para que fosse possível reconhecer quando existisse uma razão para que fossem modificados, bem como possibilitariam ao sistema reagir às irritações sem que fosse necessária uma revisão total de suas operações. Tal perspectiva abre horizontes para a discussão dos métodos jurídicos, como o conceito wittgensteiniano de jogos de linguagem, entendidos como um arranjo de observadores para observadores. O autor, porém, quer ir além da dissolução dos cânones metodológicos e da dicotomia norma-texto, o que o faz conjecturar sobre a tendência de deslocamento a uma nova forma de ordem, que, situada no nível de observação de segunda ordem, define o que conta como realidade e o que tem utilidade como recurso procedimental. Segundo Luhmann, os juristas superestimam a interpretação e a argumentação justamente porque vêem o sistema como pertencente a esse nível, o que torna necessário que relembremos o fato de o sistema ser binariamente codificado, tendo como elemento nuclear as decisões de validade/invalidade. É verdade que o grande mérito do jurista é produzir textos a partir de textos mediante interpretação e argumentação (inclusive quanto à matéria fática), mas ele está sempre ciente de que o seu raciocínio argumentativo, por melhor que seja, não determina necessariamente a decisão, a qual, “ultima ratio”, é determinada pelos costumes dos tribunais e pela tradição: “as razões últimas são sempre, apenas, razões penúltimas” (LUHMANN, 2004, p. 356 – tradução nossa)

Após nossa exposição sobre a dimensão sistêmica do metaeixo paranóico do modelo aqui proposto, adentremos sua outra dimensão, qual seja, a desconstrutiva.

6.4 DIMENSÃO META-AXIAL DA “DIFFÉRENCE”: DERRIDA E A DESCONSTRUÇÃO

Derrida (1992, p. 130) questiona se a desconstrução assegura, permite ou autoriza a possibilidade da justiça ou um discurso conseqüente sobre as suas condições de possibilidade.

Fixando o objeto central de sua conferência “A desconstrução e a possibilidade da justiça”, o autor afirma que

Era normal, previsível, desejável, que as investigações desconstrutivas desembocassem em uma problemática do direito, da lei e da justiça. É inclusive o seu lugar mais próprio, se algo assim existe. Um questionamento desconstrutivo que começou por desestabilizar ou complicar a oposição entre “nomos” e “physis”, entre “tesis” e “physis” – isto é, a oposição entre, de um lado, a lei, a convenção, a instituição, e, do outro, a natureza, junto com todas aquelas oposições que estas condicionam, por exemplo, e isto não é mais do que um exemplo, direito positivo e direito natural (a “différance” é o deslocamento desta lógica oposicional) –, bem como por desestabilizar ou paradoxizar o valor [...] do sujeito e, portanto, do sujeito responsável, do sujeito de direito e da moral [...], é um questionamento sobre o direito e a justiça. Um questionamento sobre os fundamentos do direito, da moral e da política. Este questionamento sobre os fundamentos não é fundacionista nem antifundacionista. Inclusive, não deixa de colocar em questão ou de exceder, conforme o caso, a possibilidade ou a necessidade última do questionamento [...] mesmo, [...] interrogando sem confiança ou pré-juízo a história mesma da pergunta e de sua autoridade filosófica, visto que há uma autoridade – portanto, uma força legítima – da forma questionadora ou interrogativa, a respeito da qual podemos perguntar de onde vem a sua força tão importante em nossa tradição. (DERRIDA, 1992, p. 136 – tradução nossa)

Derrida assume a premissa de que a desconstrução não tem uma regra ou um critério seguro para distinguir precisamente o direito e a justiça. Nesse contexto, o título de sua conferência “A desconstrução e a possibilidade da justiça” talvez aparentasse poder ser lido como “A desconstrução ou a possibilidade da justiça”, o que lhe tornaria um tanto violento, mas o autor franco-argelino deixa claro que não quer trabalhar com perguntas cujas possibilidades de resposta sejam taxativamente excludentes. A conferência foi proferida por Derrida em inglês, idioma que, segundo o autor, apresenta uma expressão sem equivalentes em francês e essencial para a tese que ele desejava ali defender: “to enforce the law” (ou “enforceability of the law or of the contract”). Essa expressão não pode ser traduzida literalmente por “aplicação” sem que se perca a alusão direta à força, que remete, por sua vez, à compreensão do direito como uma força autorizada que se justifica ao ser aplicada, ainda que tal aplicação e sua justificação, de outro ângulo, venham a ser consideradas injustas ou injustificáveis.

A aplicabilidade, a “enforceability” não é uma possibilidade exterior ou secundária que seria ou não adicionada, suplementarmente, ao direito. A força essencialmente implicada no conceito mesmo de ‘justiça como direito’, da justiça na medida em que se torna lei, da lei como direito. Quero logo insistir, de pronto, em reservar a possibilidade de uma justiça, ou seja, de uma lei que não só exceda ou contradiga o direito, mas também que, talvez, não tenham nenhuma relação com o mesmo ou mantenha com ele uma relação tão estranha que pode tanto exigir o direito quanto excluí-lo. A palavra “enforceability” lembra que não há direito que não implique, por si mesmo, “a priori”, na estrutura analítica de seu conceito, a possibilidade de ser “enforced”, aplicado à força. Há certamente leis não aplicadas, mas não há lei sem aplicabilidade, e não há aplicabilidade, “enforceability” da lei, sem força, seja

esta direta ou não, física, simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva, coercitiva ou regulativa, etc. (DERRIDA, 1992, p. 131-2 – tradução nossa)

Derrida (1992, p. 132) pergunta, então, como se pode distinguir entre a força da lei, que poderia, em tese, ser justa e legítima, e a violência pressupostamente injusta. Seria possível existir uma força não-violenta? Aqui, menciona o autor a ambiguidade de “Gewalt”, palavra que significa, em alemão, violência, no sentido do poder legítimo, autorizado, ou não. Pergunta, nesse ponto, Derrida (1992, p. 132 – tradução nossa): “Como se pode distinguir entre a força de lei de um poder legítimo e a violência pretensamente originária que originou tal autoridade e que não pode ter sido, por sua vez, autorizado por uma legitimidade anterior, se essa violência não é, nesse momento inicial, nem legal nem ilegal, ou, diriam outros, apressadamente, nem justa nem injusta?”

Derrida afirma que no início da justiça havia “logos” e linguagem, assim como força, dado que o justo deve ser “enforced”, tal qual o mais forte. A justiça, pois, não é justiça se não tem a força para ser “enforced”, se é impotente como direito.

Este “dever ser ‘enforced’” comum ao justo e ao mais forte é justo em um caso, necessário no outro: “é justo que o que é justo seja ‘enforced’” [dito de outra forma, o conceito ou a ideia de justiça implica analiticamente e “a priori” que o justo seja “enforced”, e é justo – também no sentido de justeza – pensar assim]; é necessário que o que é mais forte seja “enforced”. Difícil é, contudo, dizer se o “deve ser” em questão é prescrito pelo que é justo na justiça ou pelo que é necessário na força. Mas isto constitui uma dívida sem objeto, dado que a justiça exige, enquanto justiça, o recurso à força. A necessidade da força está, portanto, implica no justo da justiça. [...] “e assim, não sendo possível fazer que o justo fosse forte, fez-se que o forte fosse justo” (DERRIDA, 1992, p. 136-7 – tradução nossa).

Derrida (1992, p. 137-8) inspira-se em Pascal, mas preocupa-se em deixar claro que não está assumindo o escrito deste autor como convencionalmente é lido (exemplificativamente, por Arnaud), ou seja, como um relativismo que expressa a ideia de Montaigne de que as leis não são justas em si mesmas, mas apenas porque são leis, por terem autoridade, ou seja, pelo crédito que lhes concedemos e que funciona como um fundamento místico. Segundo Derrida, Montaigne distingue, com tal ideia, o direito (as leis) e a justiça, bem como propõe uma analogia entre a ficção legítima necessária para fundar a verdade da justiça e o artifício necessário para sanar uma deficiência da natureza – como no caso do direito positivo, ficção necessária para suplantar a falta de direito natural. Por sua vez, a crítica em que Pascal faz da força um predicado essencial da justiça reenvia “ao pecado original e à corrupção das leis naturais por uma razão corrompida em si mesma”. Se isolarmos, porém, tal vínculo de Pascal com o Cristianismo, podemos encontrar em suas ideias, assim como nas de Montaigne, as

bases para uma filosofia crítica moderna, para uma crítica da ideologia jurídica. Ademais, pode ir mais além, em direção a uma estrutura mais intrínseca do direito:

O surgimento mesmo da justiça e do direito, o momento instituinte, fundador e justificante do direito implica uma força performativa, isto é, uma força interpretativa: desta vez não no sentido de que o direito estaria a serviço da força, instrumento dócil, servil e, portanto, exterior, senão no sentido de que o direito teria uma relação mais interior e complexa com o que se chama de força, poder ou violência. A justiça no sentido do direito [...] não estaria simplesmente a serviço de uma força ou poder social, por exemplo econômico, político ou ideológico existente for a ou antes desta e ao qual a mesma deveria se submeter ou com o que deveria se colocar de acordo, em termos de a utilidade. O momento mesmo de fundação ou instituição (que [...] nunca é um momento inscrito no tecido homogêneo de uma história, visto que o que faz é o rasgar com uma decisão), o ato de inaugurar, justificar o direito, fazer a lei, consistiria em um golpe de força, uma violência performativa e, portanto, interpretativa que não é justa ou injusta, e que nenhuma justiça ou direito prévio e anteriormente fundante, nenhuma fundação preexistente poderia garantir, contradizer ou invalidar por definição. Nenhum discurso de justificação pode nem deve assegurar o papel de metalinguagem com relação à performatividade da linguagem instituinte ou a sua interpretação dominante. O discurso encontra aí o seu limite: nele mesmo, em seu próprio poder performativo. É o que proponho chamar de místico. Há um silêncio encerrado na estrutura violenta do ato fundador, [...] silêncio que não é exterior à linguagem. [...] o fundamento místico da autoridade. (DERRIDA, 1992, p. 140 – tradução nossa)

A autoridade e a fundação da lei estão apoiadas em si mesmas, motivo pelo qual se pode dizer que são uma violência sem fundamento, a qual excede as oposições fundado/não-fundado e legal/ilegal. A estrutura do direito, pois, é essencialmente desconstruível, visto que ele é “construído, fundado, em capas textuais interpretáveis e transformáveis (e isto é a história do direito, a possível e necessária transformação, ou, às vezes, a sua melhoria), bem como porque seu fundamento último, por definição, não está fundado” (DERRIDA, 1992, p. 140 – tradução nossa). Paradoxalmente, porém, esta estrutura desconstruível do direito (da justiça como direito) também é o que assegura a desconstrução, visto que a justiça, em si mesma – se é que ela existe fora do direito – não é desconstruível. Da mesma forma, a desconstrução, em si mesma – se é que existe assim – também não pode ser desconstruída fora do direito. Ora,

a desconstrução é a justiça, pois o direito, como distinto da justiça, é construível, em um sentido que transborda a oposição entre convenção e a natureza; o direito, por transbordar tal oposição, é construível e, portanto, desconstruível e, mais, ainda, possibilita a desconstrução, ou, ao menos, o exercício de uma desconstrução que diz respeito sempre, no fundo, a questões de direito. 1. A desconstrutibilidade do direito, da legalidade, da legitimidade ou da legitimação (por exemplo) torna a desconstrução possível. 2. A indeseconstrutibilidade da justiça torna também possível a desconstrução, isto é, confunde-se com ela. 3. Consequência: a desconstrução tem lugar no intervalo que separa a indeseconstrutibilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito, da autoridade que legitima ou legitimada. Ela é possível como uma experiência do impossível, ali onde, mesmo que ela não exista, se não está preente, ainda não ou nunca, existe a justiça. Em toda parte em que se pode substituir, traduzir, determinar o X da justiça, deveríamos dizer: a desconstrução é possível como impossível, na medida (ali) em que existe X

(indesconstruível), portanto na medida (ali) em que existe (o indesconstruível). Por outras palavras, a hipótese e as proposições em direção às quais eu aqui tateio solicitariam preferivelmente como subtítulo: a justiça como possibilidade da desconstrução, a estrutura do direito ou da lei, da fundação ou da auto-autorização do direito como possibilidade do exercício da desconstrução. (DERRIDA, 1992, p. 141 – tradução nossa; 2010, p. 28).

Derrida (1992, p. 141) afirma que há uma mescla entre força, justeza e justiça no ato de falar em um idioma alheio e não no próprio, ou seja, no ato de se dirigir (aqui, novamente recorrendo a uma expressão do inglês que afirma não ter equivalente em francês, Derrida fala em “to address”) ao outro. E é também necessário dirigir-se a problemas infinitos “em seu número, história e estrutura”, os quais podem todos ser reconduzidos ao título da conferência “A desconstrução e a possibilidade da justiça”. A infinitude de tais problemas não é quantitativa, mas, sim, de caráter aporético, o que significa não ser alheio ao “místico”. A experiência, de maneira geral, é uma travessia, um dirigir-se a algum lugar. Como experiência, ela é possível. Contudo, não pode haver uma experiência plena de uma aporia, justamente porque esta não possibilita a travessia, visto ser um “não-caminho”. Afirma, então, Derrida (1992, p. 142 – tradução nossa) que

a justiça seria, desse ponto de vista, a experiência daquilo que não se pode experimentar [...]. Contudo, acredito que não há justiça sem esta experiência da aporia, por mais impossível que seja. A justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura, não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma expectativa de ser o que é: um apelo à justiça. Cada vez que as coisas acontecem ou acontecem de modo adequado, que aplicamos uma regra boa a um caso particular, a um exemplo corretamente subsumido, segundo um juízo determinante, o direito é respeitado, mas não podemos ter certeza de que a justiça o foi. O direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo e é justo que haja direito; a justiça é incalculável, exige que se calcule com o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências da justiça tão improváveis quanto necessárias, isto é, momentos em que a decisão entre o justo e o injusto não está jamais determinada por uma regra.

Dirigir-se (“to address”) é algo sempre singular, idiomático, o que gera uma perplexidade perante o fato de que a justiça, enquanto direito, parece supor necessariamente uma norma geral ou um imperativo universal. Ora, pergunta Derrida (1992, p. 143 – tradução nossa): “como conjugar o ato de justiça, que deve sempre se referir a uma singularidade, indivíduos, grupos, existências insubstituíveis, o outro ou eu ‘como’ o outro, em uma situação única, com a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça que tem necessariamente uma forma geral, inclusive considerando que esta generalidade prescreve uma aplicação que cada vez é singular?”. Ora, a aplicação de uma regra justa, quando não acompanhada por uma “invenção da regra e do exemplo”, é compatível com o direito objetivo, mas não é justa (à la Kant, falar-se-ia em conformidade externa com o dever, mas não é ação “por” dever).

Derrida (1992, p. 143) considera que dirigir-se (“to address”) ao outro na língua deste é uma condição para a justiça possível, mas é estritamente impossível – já que “só posso falar a língua do outro na medida em que dela me aproprio, ou que a assimilo segundo a lei de um terceiro implícito” – ou, até mesmo, é algo excluído da justiça como direito, visto “parecer implicar um elemento de universalidade, o recurso a um terceiro que suspenda a unilateralidade ou a singularidade dos idiomas”. Parece, pois, justo administrar a justiça em um idioma em que os afetados sejam competentes, sob pena de violência, por menor que seja a diferença na competência quanto ao domínio da língua. Em verdade, segundo Derrida (1992, p. 144 – tradução nossa), “a violência de uma injustiça começa exatamente quando nem todos os membros de uma comunidade compartilham completamente o mesmo idioma. Como a situação ideal de competência igual é impossível, [...] a injustiça de julgar em um idioma alguém que não o compreende não é uma violência ou injustiça qualquer, mas, sim, uma que supõe que a vítima [...] seja competente em uma língua em geral, seja um homem como animal falante”. Nesse contexto, uma desconstrução dos limites do que é, como “medida do justo e do injusto”, um sujeito humano não implica necessariamente injustiça, nem supressão da dicotomia justo-injusto, mas apenas, se for o caso, e desde que “em nome de uma exigência mais insaciável de justiça”, a reinterpretação de tais limites histórico-culturais (DERRIDA, 1992, p. 144 – tradução nossa). A desconstrução, pois, não é, ao contrário do que alguns costumam pensar e afirmar, “uma abdicação quase-nihilista da questão ético-político-jurídica da justiça e da oposição justo/injusto”. Ora,

Os discursos sobre a dupla afirmação, sobre o dom além da troca e da distribuição, sobre o indecível, o incomensurável e o incalculável, sobre a singularidade, a diferença e a heterogeneidade, são também, de parte a parte, discursos ao menos oblíquos sobre a justiça. [...] somente em aparência [...] a desconstrução não abordou o problema da justiça. [...] quero dedicar-me a mostrar porque e como, sem que pareça, a desconstrução aborda o problema da justiça, ainda que de maneira oblíqua. Oblíqua como neste momento mesmo em que me disponho a demonstrar que não se pode falar diretamente da justiça, tematizar ou tornar objetiva a justiça, dizer “isto é justo” ou, muito menos, “eu sou justo” sem trair imediatamente a justiça, senão o direito” (DERRIDA, 1992, p. 134-6 – tradução nossa).

A desconstrução é um movimento duplo. Primeiramente, por ser uma responsabilidade ilimitada, excessiva e incalculável, ou seja, devido aos limites dos conceitos de justiça, lei, direito, valores e normas sedimentados. Trata-se, pois, de uma exigência de justiça infinita que pode assumir um caráter místico.

Deve-se ser justo com a justiça, e a primeira justiça que deve ser feita é a de escutar, ler, interpretar, tentar compreender de onde ela vem, que é o que se quer de nós, sabendo que ela o faz através de idiomas singulares e que se dirige sempre a singularidades, à singularidade do outro, apesar, ou em razão mesmo, de sua pretensão de universalidade. Consequentemente, o fato de nunca ceder sobre este

ponto, de manter sempre um questionamento sobre a origem, o fundamento e os limites de nosso aparato conceitual, teórico ou normativo sobre a justiça, constitui tudo menos uma neutralização do interesse pela justiça, uma insensibilidade à justiça por parte da desconstrução. Trata-se, ao contrário, de um aumento hiperbólico na exigência da justiça, de uma sensibilidade a uma espécie de desproporção essencial que deve inscrever nela o excesso e a inadequação, e que induz a denunciar não apenas limites teóricos, mas também injustiças concretas, com efeitos mais sensíveis, na boa consciência que se detém dogmaticamente em tal ou qual determinação da justiça herdada. (DERRIDA, 1992, p. 146 – tradução nossa)

Em segundo lugar, a desconstrução envolve uma responsabilidade sobre a memória, mais precisamente, uma responsabilidade sobre outra responsabilidade, qual seja, a que regula a justiça e a justeza dos comportamentos e decisões ético-políticas. A desconstrução, pois, não é irresponsabilização, mas, sim, um apelo por um incremento de responsabilidade. Quando a desconstrução suspende o crédito de um axioma, temos um momento de “epoké” estruturalmente necessário em que não há lugar para a justiça ou para o interesse teórico sobre os problemas a ela correlatos. Tal intervalo encontra seu impulso na possibilidade de justiça, na exigência, a qual não pode ser suspensa, de incremento ou suplemento de justiça, ou seja, “na experiência de uma inadequação ou de uma desproporção incalculável, [...] em um apelo sempre insatisfeito, mais além das determinações dadas” (DERRIDA, 1992, p. 146-7 – tradução nossa).

Derrida (1992, p. 147 – tradução nossa) aborda três aporias que se congregam em um único potencial aporético infinito e produzem uma “distinção difícil e instável entre a justiça e o direito, entre a justiça (infinita, incalculável, rebelde à regra, estranha à simetria, heterogênea e heterotrópica) e o exercício da justiça como direito, legitimidade ou legalidade, estabilizadora, estatutária e calculável, sistema de prescrições reguladas e codificadas”. Esse conceito de justiça, em certa medida, é próximo do de Levinas, dados o seu caráter infinito e a sua relação heterônoma com o rosto do Outro. O equitativo, pois, é o assimétrico. Contudo, não há entre direito e justiça uma distinção na forma de oposição logicamente regulada, passível de dominação, pois o direito é exercido em nome da justiça, e esta, por sua vez, demanda ser instaurada mediante um direito efetivamente imponível. Se a desconstrução é encontrada sempre entre o direito e a justiça, é essencial a abordagem das três mencionadas aporias.

A primeira aporia é “a ‘epoké’ da regra”. A premissa fundamental dessa aporia é o fato de que, por um lado, qualquer ação, para ser justa ou injusta, precisa ser praticada por um sujeito livre e responsável por suas decisões; mas, por outro, tal decisão livre, para ser justa, deve seguir uma lei, uma prescrição, uma regra. Uma decisão tal, pois, precisa ser calculável

ou programável. Contudo, se o ato justo é uma aplicação de regra, a realização de um cálculo, ele poderá ser dito legal, mas só o poderemos chamar de justo por figura de linguagem, visto que, em verdade, não se trata de decisão. Nesse ponto, Derrida (1992, p. 148 – tradução nossa) menciona expressamente as

decisões de um juiz, as quais, para serem justas, não devem apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas, sim, assumi-la aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse em cada caso. Cada exercício da justiça como direito só pode ser justo se se trata de um “fresh judgment”, o qual pode e deve ser conforme a uma lei preexistente, mas a interpretação reinstauradora, reinventiva e livremente decisória, responsável, do juiz requer que sua justiça não consista somente na conformidade, na atividade conservadora e reprodutora da sentença. [...] para que uma decisão seja justa e responsável, é necessário que em seu momento próprio, se é que existe, seja simultaneamente regra e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva desta, para que a possa reinventar em cada caso, ao menos na reafirmação na confirmação nova e livre de seu princípio. Cada casa é um caso, cada decisão é diferente da outra e requer uma interpretação absolutamente única que nenhuma regra existente e codificada poderia ou deveria garantir de maneira absoluta; se houvesse uma regra que a garantisse de maneira segura, o juiz seria uma máquina de calcular – o que às vezes acontece, o que acontece sempre em parte, segundo uma parasitagem irreduzível pela mecânica ou pela técnica que introduz a iterabilidade necessária dos julgamentos – e, então, não seria possível a sua qualificação como justo, livre e responsável. Mas também não será qualificado como tal se ele não se referir a nenhum direito ou regra, ou se, por não considera nenhuma regra como dada para além de sua interpretação, ele suspender a decisão, detendo-se no indecidível, ou, ainda, improvisar, fora de qualquer regra ou princípio. Desse paraxodo decorre que em nenhum momento se pode dizer presentemente que uma decisão é justa, puramente justa (livre e responsável) ou que alguém seja justo ou, menos ainda, que “eu sou justo”. No lugar de justo, pode-se dizer legal ou legítimo, em conformidade com um direito, com regras ou com convenções que autorizam um cálculo, mas com um direito cuja autoridade fundante apenas faz recuar o problema da justiça. (DERRIDA, 1992, p. 149 – tradução nossa)

A segunda aporia, chamada por Derrida de “a obsessão do indecidível”, deixa claro que a presunção de uma certeza determinante de justiça pressupõe uma ideia de justiça infinita, irreduzível, devida ao outro, singular. Tal justiça é irreduzível por não exigir cálculos, regras, razão ou racionalidade, dominação reguladora. Trata-se de uma espécie de mística, em um contexto em que a desconstrução está louca por esse desejo de justiça, que não é o direito, mas, sim, o próprio movimento da desconstrução presente no direito, na história deste e na história política. A caracterização da aporia da indecidibilidade inicia-se com a constatação de que nenhuma justiça pode ser exercida, enquanto direito, sem uma decisão, a qual não é apenas um produto, mas, sim, algo que começa, em direito ou em princípio, pela iniciativa de

conhecer, ler, compreender, interpretar a regra e, inclusive, calcular. Pois se o cálculo é cálculo, a decisão de calcular não é e não deve ser da ordem do calculável. O indecidível, que se associa frequentemente ao tema da desconstrução, não é simplesmente a oscilação entre duas significações ou regras contraditórias, bem determinadas e igualmente imperativas (por exemplo, o respeito ao direito universal e à equidade, mas, ao mesmo tempo, à singularidade sempre heterogênea e única do

exemplo não-subsumível). O indecível não é apenas a oscilação ou tensão entre duas decisões: é a experiência do que, sendo estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, deve, entretanto – é de um dever que se deve falar aqui –, entregar-se à decisão impossível, tendo em conta o direito e a regra. Uma decisão que não enfrentasse o teste do indecível não seria uma decisão livre; seria apenas a aplicação programável ou o desenvolvimento de um processo calculável. Talvez fosse legal, mas não justa. Contudo, no momento da suspensão do indecível, também não é justa, dado que justa só poderia ser apenas como decisão. [...] um sujeito nunca pode decidir nada. Passado o teste do indecível (se isso é possível, mas essa possibilidade não é pura, nunca é uma possibilidade como qualquer outra: a memória da indecibilidade deve conservar um rastro vivo que marque, para sempre, uma decisão como tal), a decisão já seguiu novamente uma regra dada inventada, reinventada ou reafirmada, e não já não é mais presentemente justa, plenamente justa. Parece que não há um momento em que uma decisão possa ser dita presente e plenamente justa: ou não foi um produto da adaptação e uma regra, e então nada que a chamemos de justa, ou seguiu uma regra [...], que nada garante; por outro lado, a decisão, se estivesse garantida, teria se convertido em cálculo e não poderia, por conseguinte, ser chamada de justa. É por isso que o teste da indecibilidade ao qual toda decisão deve ser submetida nunca é por esta ultrapassado. O indecível permanece preso, alojado, ao menos como um fantasma, mas um fantasma essencial em qualquer decisão, em qualquer acontecimento decisório. Sua fantasmaticidade desconstrói, desde o seu interior, toda garantia de presença, toda certeza ou toda pretensa criteriologia que nos garanta a justiça de uma decisão, em verdade, o acontecimento mesmo de uma decisão. Quem poderá garantir que uma decisão, como tal, ocorreu, que ela não seguiu algum cálculo ou regra, inclusive sem que se tenha produzido aquela suspensão imperceptível em toda decisão livre no momento de aplicar ou não uma regra. (DERRIDA, 1992, p. 149 – tradução nossa)

A terceira aporia indicada pelo autor franco-argelino foi por ele chamada de “a urgência que obstrui o horizonte do saber”. Derrida (1992, p. 153 – tradução nossa) parte da premissa de que um horizonte é, “simultaneamente, uma abertura e o seu limite, que define ou um progresso infinito, ou uma espera”, enquanto a justiça, por mais inapresentável que seja, não espera, dado que uma decisão justa é sempre demandada de maneira imediata, não se prestando a procurar “a informação infinita e o saber sem limite sobre as condições, regras ou imperativos hipotéticos que a poderiam justificar”. Ora, mesmo que a decisão, hipoteticamente, dispusesse ilimitadamente “do tempo, da prudência, da paciência do saber e do domínio das condições”, o momento decisório, que deve ser justo, continuaria sendo, necessariamente, por mais postergado que viesse a ser, “um momento finito de urgência e precipitação na noite de um não-saber e de uma não-regra, e não a consequência ou efeito de um saber teórico ou histórico, de uma reflexão ou deliberação, pois estabelece sempre a interrupção da deliberação jurídica, ética ou político-cognitiva que a precede, que a deveria preceder” (DERRIDA, 1992, p. 153 – tradução nossa). Frise-se, aí, que, com “não-saber” e “não-regra” não se está a falar de uma falta de regra ou de saber, mas, sim, de “uma re-instituição da regra que, por definição, não vem precedida de nenhum saber e de nenhuma garantia enquanto tal” (DERRIDA, 1992, p. 153 – tradução nossa). A decisão justa, no

momento em que tomada, é uma loucura que desafia as dialéticas e rasga o tempo; é uma loucura envolvida em uma necessária heteronomia, “pois tal decisão é, ao mesmo tempo, superativa e sofrida, conservando algo de passivo ou de inconsciente, como se aquele que decide só tivesse a liberdade de se deixar afetar por sua própria decisão e como se ela lhe viesse do outro” (DERRIDA, 2010, p. 48).

O autor franco-argelino, remetendo à distinção entre o performativo e o constativo, considera que a “irreduzibilidade da urgência precipitativa, da irreflexão e da inconsciência” é devida à estrutura performativa dos atos de fala – sejam derivados, supondo convenções anteriores, sejam instituintes – e, especificamente, dos atos de justiça ou do direito. Enquanto um ato constativo só pode ser justo no sentido da justeza, um ato performativo só o pode ser no sentido da justiça, o que pressupõe que esteja fundado em convenções, ou seja, em performativos anteriores, o que, “ultima ratio”, significa que “o performativo conserva sempre em si certa violência irruptiva e não responde às exigências da racionalidade teórica” (DERRIDA, 1992, p. 153 – tradução nossa). De toda maneira, todo enunciado constativo se sustenta sobre uma estrutura performativa, o que significa que a justeza ou verdade dos enunciados teórico-constativos (inclusive os da teoria do direito) pressupõe sempre a “justiça dos enunciados performativos, sua precipitação essencial que, às vezes, implica certa assimetria e certa qualidade de violência” – não é à toa, pois, a afirmação de Levinas de que a verdade supõe a justiça, o que significa, em outras palavras, que a justiça é a única coisa verdadeira. É justamente por conta

desse transbordamento do performativo, desse adiantamento sempre excessivo da interpretação, dessa urgência e precipitação estruturais da justiça, que esta não tem horizonte de expectativa, seja regulador, seja messiânico. Mas, por isso mesmo, ela talvez tenha um futuro, justamente, um por-vir que precisamos distinguir rigorosamente do futuro. Este perde a abertura, a vindo do outro (que vem) sem o qual não há justiça; e o futuro pode sempre reproduzir o presente, anunciar-se ou apresentar-se como um presente futuro na forma modificada do presente. A justiça permanece por-vir, ela tem por-vir, ela é por-vir, ela abre dimensão mesma de acontecimentos irreduzivelmente por-vir. Ela o terá sempre, esse por-vir, e ela o terá sempre tido. Talvez seja por isso que a justiça, na medida em que não é somente um conceito jurídico ou político, abre ao por-vir a transformação, a refundição ou a refundição do direito e da política. “Talvez”, é preciso sempre dizer talvez quanto à justiça. Há um por-vir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, às regras, aos programas, às antecipações etc. A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história. Esse excesso da justiça sobre o direito e o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir álibi para ficar de fora das lutas jurídico-políticas no interior de uma **instituição ou de um Estado, entre Estados, ou entre uma instituição ou Estado e outros Estados**. Abandonada asi mesma, a ideia incalculável e doadora da justiça [...] pode sempre ser reapropriada pelo mais perverso dos cálculos. É sempre possível, e isso faz parte da loucura [...]. Mas a justiça incalculável manda calcular. E primeiramente no mais próximo daquilo a que associamos a justiça, isto é, o direito, o campo jurídico que

não se pode isolar em fronteiras seguras, mas também em todos os campos de que não podemos separá-lo, que nele intervêm e que já não são somente campos: o ético, o político, o técnico, o econômico, o psicossociológico, o filosófico, o literário, etc. Não apenas é preciso calcular, negociar a relação entre o calculável e o incalculável, e negociar sem regra que não esteja por reinventar ali onde estamos “jogados”, ali onde nos encontramos; mas é preciso também fazê-lo tanto longe quanto possível, para além do lugar em que nos encontramos e para além das zonas já identificáveis da moral, da política ou do direito, para além da distinção entre o nacional e o internacional, o público e o privado, etc. A ordem desse “é preciso” não pertence “propriamente” nem à justiça nem ao direito. Ela só pertence a um dos dois espaços transbordando sobre o outro. O que significa que, em sua própria heterogeneidade, essas duas ordens são indissociáveis: de fato e de direito. A politização, por exemplo, é interminável, mesmo que ela não possa e não deva nunca ser total. [...] cada avanço da politização obriga a reconsiderar, portanto a reinterpretar os próprios fundamentos do direito, tais como eles haviam sido previamente calculados ou delimitados. Isso aconteceu, por exemplo, com a Declaração dos Direitos do Homem, com a abolição da escravatura, em todas as lutas emancipadoras que permanecem ou deverão permanecer em curso, em qualquer parte do mundo, para os homens e para as mulheres. Nada me parece menos peremptório do que o clássico ideal emancipatório (DERRIDA, 1992, p. 154 – tradução nossa).

Na conferência “Prenome de Benjamin”, Derrida (2010, p. 73-4; 97) visita três distinções jurídico-filosóficas fundamentais da obra do mencionado teórico crítico. A primeira delas é a diferença entre violência fundadora, que institui e instaura o direito, e violência conservadora, que “mantém, confirma, assegura a permanência e a aplicabilidade do direito”, ou seja, que “é uma ameaça do direito. Duplo genitivo: ela procede do direito e ameaça o direito”. A segunda distinção refere-se à violência fundadora do direito, de caráter místico, “manifestação violenta da violência, [...] que não seja meio com vistas a um fim”, vinculada à tradição grega e de caráter indecível; e a violência destruidora do direito, revolucionária, histórica, antiestatal, antijurídica, de caráter divino e origem judaica. A terceira diferença é relativa à justiça, “princípio de toda colocação divina de finalidade”, e poder, “princípio de toda instauração mística de direito”.

Questionando a primeira oposição dentre as acima mencionadas, Derrida (2010, p. 89; 95; 101) afirma que a violência fundadora envolve a violência conservadora, pois é próprio à estrutura daquela pretender a sua repetição, fundar o que deve ser conservado. Tal é o paradoxo da iterabilidade, segundo o qual esta “faz com que a origem deva originariamente repetir-se e alterar-se, para valer como origem, isto é, para se conservar”. Ora, fundar é prometer, de maneira que “a iterabilidade inscreve a promessa de salvaguarda no instante mais irruptivo da fundação. Ela inscreve, assim, a possibilidade de repetição no coração do originário. [...] ela está inscrita nessa lei de iterabilidade, mantém-se sob sua lei ou diante de sua lei”. Não há, pois, nem pura violência fundadora, nem pura violência conservadora, pois “a instauração já é iterabilidade, apelo à repetição auto-conservadora. A conservação, por sua vez, é ainda re-fundadora para poder conservar o que pretende fundar”. A decisão excepcional

inapreensível do instante revolucionário impede a distinção rígida entre fundação e conservação ao inscrever a iterabilidade na originariedade, o que envolve o paradoxo de ser, ao mesmo tempo, mais fácil – dado o seu caráter injustificável com base em uma legalidade preexistente, o que lhe dá um caráter mais selvagem – e mais difícil – visto que não há direito preexistente reconhecido para servir de parâmetro – criticar a violência fundadora. Afinal,

[...] todos os discursos revolucionários, de esquerda ou de direita, justificam o recurso à violência, alegando a instauração, em curso ou por vir, de um novo Estado. Como esse direito vindouro legitimará, por sua vez, retrospectivamente, a violência que pode ferir o sentimento de justiça, seu futuro anterior já a justifica. [...]. Nessas situações ditas fundadoras de direito ou de Estado, a categoria gramatical do futuro anterior assemelha-se ainda demasiadamente a uma modificação do presente, para descrever a violência em curso. Ela consiste justamente em simular a presença ou a simples modalização da presença. [...] A fundação de um Estado bem sucedida ([...] “felicitous performative speech act”) produzirá “a posteriori” aquilo que ela estava destinada de antemão a produzir, isto é, modelos interpretativos próprios para serem lidos retroativamente, para dar sentido, necessidade e sobretudo legitimidade à violência que produziu, entre outros, o modelo interpretativo em questão, isto é, o discurso de sua autolegitimação. Os exemplos desse círculo, outro círculo hermenêutico, outro círculo da violência, não faltam [...]. [...] Há casos em que, durante gerações, não se sabe se o performativo da fundação violenta de um Estado foi bem-sucedido [...] ou não. [...] Essa ilegibilidade da violência depende da própria legibilidade de uma violência pertencente àquilo que outros chamariam de ordem simbólica do direito, e não à física pura. Poderíamos ser tentados a revirar como uma luva a “lógica” (“lógica” entre aspas, pois esse “ilegível” é igualmente “ilógico” na ordem do “lógos” [...]) dessa legível ilegibilidade. Ela significa, em suma, uma violência jurídico-simbólica, uma violência performativa no próprio interior da leitura interpretativa. E uma metonímia poderia devolver o exemplo ou o índice à generalidade conceitual da essência. (DERRIDA, 2010, p. 83; 86-7)

Derrida (2010, p. 87) estabelece uma analogia entre o direito de greve geral e a possibilidade de contestar hermeneuticamente a ordem estatal, ou seja, de desconstruí-la de maneira a suspender sua autoridade legitimadora e suas normas de leitura (as quais, muitas vezes, explicam a leitura utilizando-se do ilegível). A noção de greve geral estaria presente em toda leitura instauradora, revolucionária, “ilegível com relações aos cânones estabelecidos e às normas de leitura, isto é, ao estado presente da leitura ou àquilo que representa o Estado, com maiúscula, no estado da leitura possível”. O autor vê uma estrutura fenomenal tautológica no direito, visto que ele mesmo se instaura, violentamente, e decreta que tudo o que ele não reconhece é violento. Há, pois, uma tautologia performativa em “toda fundamentação da lei, a partir da qual se produzem performativamente as convenções (ou o ‘crédito’ [...]) que garantem a validade do performativo graças ao qual, desde então, obtêm-se os meios de decidir entre a violência legal e a violência ilegal”. Conclui o autor que é possível ver “[...] a violência como exercício do direito e o direito como exercício da violência. A violência não é exterior à ordem do direito. Ela ameaça o direito no interior do direito. Ela não consiste, essencialmente, em exercer sua potência ou uma força brutal para obter tal ou tal

resultado, mas em ameaçar ou destruir determinada ordem de direito [...]” (DERRIDA, 2010, p. 80).

O problema do direito, ao ser colocado em termos de meio/fim, tende à configuração de uma indecidibilidade. Tal é a indecidibilidade última dos problemas jurídicos, a qual é análoga à das línguas nascentes, em que não é possível determinar o justo ou injusto, o certo ou errado. Em Benjamin, cogita-se de uma justiça dos fins que não se vincule à possibilidade do direito, àquilo que se concebe sempre como universalizável – dado que, como afirma Derrida, “a universalização do direito é sua própria possibilidade, ela está analiticamente inscrita no conceito de justiça” (DERRIDA, 2010, p. 118). Essa universalidade incorre em contradição com o divino, autoridade que, acima da razão, decide sobre a legitimidade dos meios e a justiça dos fins, o que remete à singularidade irreduzível de cada situação. A violência divina, ao contrário daquela do *mythos* grego, não coloca fronteiras, mas, sim, aniquila. Enquanto esta é exercida em seu próprio favor, aquela o é em favor da vida, o que pode, inclusive, aniquilar o direito, mas não deixando o campo livre para os crimes humanos. A diferença entre ambas expressa-se significativamente na temática da indecidibilidade, como o autor franco-argelino explica com as seguintes palavras:

Toda a indecidibilidade está situada, bloqueada, acumulada no lado do direito, da violência mitológica, isto é, fundadora e conservadora do direito. Toda a decidibilidade, ao contrário, se situa no lado da violência divina, que destrói o direito, poderíamos mesmo arriscar dizer que desconstrói o direito. Dizer que toda decidibilidade se acha no lado da violência divina, que destrói ou desconstrói o direito, é dizer pelo menos duas coisas: 1. Que a história está do lado dessa violência divina, e a história precisamente por oposição ao mito [...]. 2. Se toda a decidibilidade se encontra concentrada do lado da violência divina, na tradição judaica, isso viria, confirmando-o, dar sentido ao espetáculo oferecido pela história do direito. Esta se desconstrói por ela mesma e se paralisa na indecidibilidade. [...] a violência conservadora deve exercer constantemente a “repressão das contra-violências hostis”. Ora, essa repressão – e o direito, a instituição jurídica é essencialmente repressiva, desse ponto de vista – não cessa de enfraquecer a violência fundadora que ela representa. Ela se destrói, portanto, por ela mesma, no curso desse ciclo. Pois aqui Benjamin reconhece, de certo modo e implicitamente, aquela lei de iterabilidade [...]. (DERRIDA, 2010, p. 126).

A despeito da aparente oposição entre a decidibilidade da violência divina e a indecidibilidade da violência mítica no texto de Benjamin, Derrida (2010, p. 129) destaca que o autor percebe que a decisão determinante sobre o caráter violento puro e revolucionário é uma decisão inacessível ao homem, o que gera uma nova indecidibilidade. A explicação para tanto está no poder e na justiça da violência divina, a qual, embora seja

a mais justa, a mais efetiva, a mais histórica, a mais revolucionária, a mais decidível e a mais decisória [...], não se presta a nenhuma determinação humana, a nenhum conhecimento ou ‘certeza’ decidível de nossa parte. Nunca a conhecemos nela mesma, ‘como tal’, mas somente em seus ‘efeitos’ [...] ‘incomparáveis’. Eles não se prestam a nenhuma generalidade conceitual, nenhum juízo determinante. Só há certeza ou conhecimento determinante no domínio da violência mítica, isto é, do

direito, isto é, da indecidibilidade histórica. “Só a violência mítica, e não a violência divina – diz Benjamin –, se deixa conhecer como tal, com certeza, a menos que não seja em seus efeitos incomparáveis”. [...] de um lado, a decisão (justa, histórica, política etc.), a justiça para além do direito e do Estado, mas sem conhecimento decidível; do outro, haveria conhecimento decidível e certeza, num domínio que permanece estruturalmente o do indecidível, do direito mítico e do Estado. De um lado, a decisão sem certeza decidível, do outro, a certeza do indecidível, mas sem decisão. De qualquer modo, sob uma ou outra forma, o indecidível está nos dois lados, e é a condição violenta do conhecimento ou da ação. [...]. O direito mítico, poderíamos dizer, a ficção jurídica, é uma violência que teria “abastardado” as “formas eternas da violência divina pura”. (DERRIDA, 2010, p. 129-30).

Derrida conclui, pois, que não há um critério de distinção entre a positividade e a justiça, entre as violências mítica e divina, seja antes, seja depois da decisão, o que resulta em um paradoxo determinante da relação entre o direito e a justiça.

Após esta exposição sobre a relação entre direito, justiça e desconstrução em Derrida, podemos retomar a ideia de Teubner sobre a existência de uma mútua paranóia entre autopoiese e “différance”.

6.5 TEUBNER E A MÚTUA PARANÓIA ENTRE LUHMANN E DERRIDA

Teubner (2011, p. 17) demonstra certa perplexidade com a circunstância de a Sociologia do Direito não propor qualquer projeto de normatividade sobre a justiça como um projeto propriamente jurídico, restringindo-se a formular a justiça como um projeto político e/ou a denunciar a ocorrência de injustiças. Tendo em vista a falta de teorias jurídico-sociológicas da justiça, as quais sugerissem qual o significado positivo da justiça do Direito, o autor levanta a seguinte hipótese: “É a própria justiça – a expectativa fundamental dos homens em face ao Direito – o ponto cego da distinção Direito/Sociedade”. Tal é a conjectura inicial de Teubner sobre o seguinte problema, suscitado, segundo o autor, pelos “observadores externos” Derrida e Luhmann: “seria a teoria sociológica do Direito, em comparação à filosofia moral, política e jurídica, capaz de oferecer uma contribuição específica para um conceito atualmente plausível de justiça?”. A autopoiese de Luhmann e a desconstrução derridariana, vistas por Teubner (2011, p. 18) como as principais irritações teóricas recentes dos estudos de “Direito e Sociedade”, oferecem, para o autor, possibilidades de realização tanto de uma genealogia da justiça quanto da observação dos paradoxos decisórios do direito moderno. Ora, se ambos os estilos estão presentes em Luhmann, também são subscritos por Derrida (2010, p. 41), para quem a desconstrução, que encontra nas aporias entre direito e justiça sua instabilidade privilegiada, é praticada segundo dois modos ou estilos, os quais, de maneira geram, são combinados entre si: “um deles assume o aspecto demonstrativo e aparentemente não

histórico dos paradoxos lógico-formais. O outro, mais histórico ou anamnético, parece proceder por leituras de textos, interpretações minuciosas e genealógicas. Permitam-me praticar os dois exercícios”.

A dimensão genealógica, segundo Teubner, não compreende a justiça tanto como uma construção filosófica, mas, sim, como uma reconstrução de práticas sociais e auto-imagens cambiantes do Direito, o que permite uma identificação das variações da justiça historicamente situadas e suas relações com as estruturas sociais. Tal perspectiva, pois, abre mão de pretensões universais, atemporais e espacialmente descontextualizadas de justiça, optando por bloquear o relativismo mediante uma denúncia das conexões entre a semântica da justiça e a estrutura social. Nesses termos, a Sociologia do Direito poderia resultar mesmo em uma reformulação de um conceito contemporâneo de justiça mediante uma “re-entry” de tais análises sociológicas em um intervalo do Direito entre o jusnaturalismo e o positivismo. Qualquer projeto nesse sentido, porém, envolve um enfrentamento dos paradoxos do Direito e da justiça, mormente no que se refere às “práticas subversivas da auto-transcendência do Direito” (TEUBNER, 2011, p. 18-9).

Uma perspectiva de justiça compatível com Luhmann e Derrida demanda uma substituição de noções como universalização da reciprocidade, busca do consenso e racionalidade, típicas de teorias da justiça de tradição kantiana, como as de Habermas e Rawls, por ideias como “assimetria”, “orientação pelo ambiente” e “Outro não-racional”. Ora, “diante da policontextualidade, ou seja, diante da emergência de estruturas sociais intermediárias, altamente fragmentadas, e da dissociação de sistemas de interação, de organizações formais e do sistema social, não se pode mais compreender a sociedade a partir da interação”, o que obsta os projetos de compreensão da justiça como vinculada a um princípio de universalização da reciprocidade entre atores individuais⁸⁷. Nesse particular, a existência de uma pluralidade de sistemas fechados auto-referenciais descrita por Luhmann

⁸⁷ “Numerosas teorias da sociedade tematizaram, a partir de diferentes pontos de vista, a problemática relação entre policontextualidade e justiça. A análise da fragmentação social não começa com os teóricos contemporâneos da pluralidade do discurso, mas remonta ao conceito de solidariedade orgânica de Emile Durkheim, ao novo politeísmo da racionalidade formal de Max Weber, à pluralidade dos jogos de linguagem de Wittgenstein e à crítica sociológica da moral kantiana de Theodor Adorno. Max Weber, em particular, analisou a modernidade como racionalização independente de diferentes esferas de valores e ordenamentos de vida, que desencadeou conflitos insolúveis entre poderes de crença despersonalizados. Em uma situação desse tipo, a justiça não pode mais ser fundamentada por referência a uma base racional una, à reciprocidade e à universalização. Na pluralidade dos jogos de linguagem de Wittgenstein, as estruturas idiossincráticas das regras de cada jogo de linguagem não se deixam justificar nem por princípios racionais, nem por valores abstratos, mas tão somente derivam da *praxis* das formas de vida reais. De acordo com Adorno, entre uma justiça universal, no sentido kantiano, e a sociedade moderna, reina uma contradição estrutural; sua incomensurabilidade, com a diferenciação vertical e horizontal da sociedade, transforma o impulso moral da justiça em seu oposto.” (TEUBNER, 2010, p. 20).

destaca a vinculação entre o caráter fragmentado da sociedade e as diferenças irreconciliáveis entre os princípios de justiça de ordenamentos distintos. Como afirma Marcelo Neves (2009, p. 26), “a sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade. Trata-se de uma *unitas multiplex*.” Diante dos conflitos entre práticas sociais reais, dotadas de racionalidade e normatividade próprias, é inviável uma reconciliação pela via de uma racionalidade societal ou de uma justiça socialmente abrangente. Ademais, deve-se considerar que as injustiças de instituições fragmentadas envolvem relações assimétricas em que racionalidades históricas parciais são institucionalizadas em uma cadeia recursiva de operações, de modo que a justiça só faria sentido como uma “supernorma para uma racionalidade parcial altamente desenvolvida”, ou seja, como uma justiça baseada em uma reflexividade dos sistemas sociais simultaneamente sustentada pelas respectivas lógicas destes e capaz de ultrapassá-los. Em outros termos, seria necessária uma abordagem que permitisse a tais sistemas problematizarem suas racionalidades especializadas ao mesmo tempo em que delimitassem os limites de sua expansão (TEUBNER, 2011, p. 20 e ss.).

Premissa central na tese de Teubner (2011, p. 23-4) é a necessidade de distinção entre monocontexturas de justiça, como a moral, a política, a econômica e a jurídica, tendo em vista ser impossível, diante da policontexturalidade, imaginar “qualquer fórum, quaisquer procedimentos ou critérios para a *causa* da justiça societal”. Em formulação sintética, pois, o estudioso afirma que “os mais diferentes conceitos de justiça são desenvolvidos em práticas sociais específicas, que são sempre motivadas por sua racionalidade e normatividade próprias” (TEUBNER, 2011, p. 23). Nesse ponto, Teubner remete à teoria das “esferas de justiça” de Walzer, para quem princípios de justiça distintos devem ser aplicados a contextos sociais diferentes. Exemplificativamente, enquanto a justiça política envolve “a acumulação de poder [...], o consenso quanto à tomada coletiva de decisões” – ponto em que teorias deliberativas, como as de Rawls e Habermas, são pertinentes, visto envolverem uma exigência de universalização de reciprocidade –, a justiça jurídica refere-se à solução de conflitos individuais mediante um juiz neutro normativamente orientado e comprometido tanto com a aplicação correta de disposições gerais a casos concretos como com a consideração da singularidade de casos e pessoas.

A tarefa de uma Sociologia do Direito, para Teubner, demanda necessariamente a formulação de uma ideia de justiça jurídica, ou seja, regida pela racionalidade e pela normatividade do Direito. Teubner (2011, p. 25) explica ilustrativamente que a igualdade em sentido político é diferente da igualdade em sentido jurídico, dada a distinção entre as

respectivas esferas de justiça: “A igualdade política deriva de uma generalização, que um tratamento agregador igualitário dos cidadãos exige; a igualdade jurídica se segue, em contraste, de um processo de individualização, que demanda um tratamento-igual-ou-desigual [...] dos novos estados de coisas em relação a casos mais antigos”.

Para explicitar mais adequadamente o cerne de sua proposta teórica, Teubner se preocupa em caracterizar a especificidade de tal igualdade jurídica em relação à política, desiderato que inicia mediante a seguinte afirmação: “pode-se compreender a aplicação recursiva de operações jurídicas aos resultados de operações jurídicas em uma variedade de processos judiciais como aquele processo que produz, descentralizadamente, a rede artificial de normas jurídicas, conceitos dogmáticos e princípios – e que, a partir dessa perspectiva “local”, formam os conceitos jurídicos da justiça” (TEUBNER, 2011, p. 24). Enquanto a igualdade jurídica está preocupada com a “diferenciação do tratamento-igual-ou-desigual” de situação específicas, a igualdade política tem por objeto as decisões coletivamente vinculantes. A relevância da isonomia no plano da igualdade jurídica deflagra “uma série iterativa de diferenciações” que incrementa continuamente a complexidade dos construtos jurídicos. Nesse ponto, Teubner (2011, p. 25) esclarece que se propõe a colocar ênfase na dimensão da variação no sistema jurídico (tratamento desigual de casos desiguais), e não no âmbito da redundância (“stare decisis” e tratamento igual de casos iguais), dado que é a diferenciação o que estimula o surgimento de novas construções do Direito em nome de uma justiça jurídica. Ora, mais do que ressaltar a aplicação auto-referencial de decisões pretéritas e regras anteriores a novos casos, o autor dedica-se a abordar as irritações dos processos sociais externos sobre o Direito, as quais o provocam no que diz respeito à “semântica jurídica da justiça”. Conflitos individuais, ao alcançarem o Judiciário, irritam a rede de operações jurídicas, demandando uma justiça especificamente jurídica, bem como gerando uma tensão no que diz respeito à generalidade das normas jurídicas (produto de decisões coletivamente vinculantes produzidas pelo Legislativo) e da dogmática. Os conflitos específicos variam em função das modificações de estruturas sociais, o que suscita a incongruência entre o geral e abstrato e o individual e concreto, desafiando o sistema a resolver tais situações novas com critérios jurídicos. É aqui que o autor considera ser produtiva a paranóia mútua entre autopoiese e desconstrução:

A autopoiese, a policontexturalidade e a cibernética de segunda ordem têm o efeito de imunizar com sucesso os sistemas sociais contra a sua desconstrução. Certamente, esta imunização funciona apenas temporariamente, dado que eles são, ao longo do tempo, repetidamente consumidos por seus próprios paradoxos. O resultado deste jogo quase rítmico de paradoxização, desparadoxização e reparadoxização é uma dinâmica evolutiva em que a desconstrução,

permanentemente provocada por sua subversão autopoietica, é obrigada a modificar o seu caráter continuamente. Variação, seleção, retenção – os mecanismos evolutivos que dão origem à proliferação de macacos e sistemas sociais também direcionam os agitados movimentos iterativos da *différance*? Mas o darwinismo desconstrutivo não seria o seu pior pesadelo, e sim a incrível produtividade nas repercussões recíprocas entre a reconstrução autopoietica e a desconstrução. Paradoxos não apenas afetam as estruturas dos sistemas sociais (regras jurídicas [...]), contra os quais estes devem se defender [...]. O mais importante é que os paradoxos provocam as instituições [...] jurídicas para que estas, criativamente, produzam novas regras [...]. A real obsessão desconstrutiva não é com a manutenção defensiva e conservadora das estruturas originais do sistema, mas, sim, com o seu impulso insaciável em direção à invenção de novas diferenças. O nascimento da autopoiese a partir do espírito da desconstrução? (TEUBNER, 2001, p. 16 – tradução nossa).

Teubner (2001, p. 2) fala em um consenso desconstrutivo entre Luhmann e Derrida, dado que ambos não consideram o elemento irracional como meramente ocasional em decisões calculáveis, e sim como um componente fundante da racionalidade formal. É necessário expor a irracionalidade, caracterizada pela “arbitrariedade, por inconsistências, antinomias, paradoxos e até mesmo pela violência” que estão por trás das construções jurídicas. Porém, os autores concordam que não se pode parar por aí: em vez de se restringirem a uma denúncia da justificação jurídica como um pretexto mistificador da ideologia e do poder, ambos estabelecem um nível ainda mais alto de expectativas quanto a tais cálculos jurídicos, ainda que cientes de seus paradoxos. “Expor a irracionalidade de uma decisão, segundo ambos os autores, não significa suspender as demandas por uma sociedade justa, mas, sim, levar as exigências normativas da justiça ainda mais a sério” (TEUBNER, 2001, p. 3 – tradução nossa).

A pretensão de Teubner, contudo, não é tanto revelar “isomorfias, analogias e afinidades seletivas” entre a autopoiese e a “*différance*”, mas, sim, destacar como uma das teorias pode ver aquilo que a outra não pode. Nesse sentido, o intérprete fala em uma paranóia recíproca entre ambos, os quais se acusam mutuamente, a despeito da análise inicial comum a respeito dos paradoxos fundantes do direito. Luhmann e Derrida apresentam construções da realidade incompatíveis, o que gera uma desconfiança recíproca e uma impossibilidade de que enxerguem as mesmas coisas.

Em geral, os teóricos sistêmicos preferem uma técnica de incorporação seletiva. Eles decoram as fachadas de seus palácios autopoieticos com fragmentos desconstrutivos de *différance*, de iteração, de rastro. Isto certamente é interessante para fins de construção teórica, mas resulta em uma involução da arquitetônica sem modificar as suas bases. Se Jean Paul estiver certo quando diz que ser espirituoso significa conectar ideias remotas, então esta incorporação decorativa é tão irrelevante quanto o cotejo rigoroso entre desconstrução e autopoiese preferido pelos derridarianos, o qual produz apenas uma imunização recíproca. (TEUBNER, 2011, p. 2-3).

Em vez de buscar unificar tais campos de visão, Teubner prefere explorar as potencialidades geradas por tal dinâmica paranóica, a qual tem como cerne convicções que parecem similares mas são, em verdade, conflituosas, bem como não podem ser modificadas pela lógica ou por experiências. Aqui, Teubner (2001, p. 3 – tradução nossa) questiona: “Autopoiese e desconstrução – o que ganhamos de suas recíprocas manias de perseguição resultantes em um redemoinho de movimentos desconstrutivos e contramovimentos sistêmicos, em uma relação crescente entre estabilizações e desestabilizações [...]?”. Antecipando sua conclusão, o autor afirma que sua leitura paranóica se faz produtiva quando o mundo ficcional de uma das teorias reaparece no da outra.

Derrida e Luhmann são bastante corajosos por assumirem o risco de afirmar que as instituições jurídicas “não são fundadas em princípios racionais, mas, sim, em perigosas antinomias e paradoxos que não apenas destroem sua legitimidade, mas também paralisam cada operação e cálculo mediante suas estruturas autocontraditórias” (TEUBNER, 2001, p. 5 – tradução nossa)⁸⁸. Ambos enxergam o direito como preso nos paradoxos de sua autoreferencialidade, de maneira a o caracterizarem como uma violência desprovida de bases. Ora, por definição, o direito não pode encontrar uma base, fundamento ou origem autoritativa em nada que não em si mesmo, o que não significa que se esteja a falar de uma injustiça, no sentido de ilicitude, dado que o direito, em seu momento de fundação, não é lícito nem ilícito, e sim uma violência (arbitrária) primeira, a qual estabelece a diferenciação inicial entre o jurídico e o antijurídico. Não é possível, diante da aplicação do paradoxo do código binário a si mesmo, fundar o Direito em bases normativas legítimas ou em um conceito de justiça.

A despeito das proximidades iniciais, há uma diferença fundamental quanto ao paradoxo da fundação do direito nas visões de Derrida e Luhmann. Como visto anteriormente, para o professor franco-argelino, a positividade do Estado e do Direito tem origem em uma violência fundante mítica e sanguinária, enquanto a justiça funciona como uma violência fundante divina destruidora, mas comprometida com a vida e, portanto, sem cunho sanguinário. Não há, porém, um critério de distinção entre a positividade e a justiça, entre as violências mítica e divina, seja antes, seja depois da decisão, o que resulta em um paradoxo determinante na relação entre direito e justiça. “A questão é meramente postergada para um futuro indeterminado o qual, com efeito, é uma delegação a uma responsabilidade infinita”

⁸⁸ Teubner (2011, p. 5 – tradução nossa) considera Luhmann especialmente corajoso por “recusar-se a conceber as bases do direito em termos de uma *Grundnorm*, de uma regra última de reconhecimento, de princípios de validade jurídicas substantivos ou procedimentais, ou em termos de sua legitimação sociopolítica, mas, sim, em termos de casos fronteira externos de pura autoreferencialidade de operações jurídicas que incorrem em confusão paradoxal mediante sua autoaplicação”.

(TEUBNER, 2001, p. 6 – tradução nossa). Já para Luhmann, tal visão combina os efeitos paralisantes do paradoxo jurídico e a arbitrariedade, motivo pelo qual o autor alemão prefere um uso criativo do paradoxo, qual seja, a investigação deste mediante técnicas sociais de desparadoxização. Em vez de uma repetição das inconsistências e da falta de regras paradoxais em uma linguagem distinta, a desparadoxização de Luhmann consiste na “invenção de novas distinções que não negam o paradoxo, mas o deslocam temporariamente e, conseqüentemente, nos livram de seu poder paralisante” (TEUBNER, 2001, p. 6 – tradução nossa). Luhmann busca cumprir sua tarefa pela via de análises históricas e sociológicas das distinções entre direito natural-direito positivo e legislação-decisão judicial ao longo da evolução jurídica europeia, com o propósito de identificar as conquistas geradas por tais diferenciações, “a despeito de ou precisamente por causa do paradoxo jurídico” (TEUBNER, 2001, p. 7 – tradução nossa). Conclui-se, pois, que enquanto Luhmann busca fugir autopoieticamente dos paradoxos do Direito, Derrida persegue tais paradoxos, ainda que ambos tenham como ponto de partida o paradoxo da fundação do Direito. Não é à toa, pois, que enquanto Luhmann busca construir uma teoria social como fenomenologia da comunicação, em uma analogia com a fenomenologia da consciência de Husserl, Derrida nega-se a desenvolver uma teoria científica, visto que esta seria incapaz de pensar o presenteio, a dádiva. O professor franco-argelino prefere “revitalizar a analogia concernente à oposição entre pensamento e epistemologia, entre o numenal e o fenômeno, de maneira a conceber uma ‘ilusão de dádiva transcendental’ que ‘se estende para além e excede a experiência, o conhecimento, a ciência, a economia e até mesmo a filosofia’” (TEUBNER, 2001, p. 8-9 – tradução nossa). Derrida e Luhmann, pois, não têm nada a dizer um ao outro, e é justamente por isso que a paranoia mútua entre eles pode ser produtiva, como explica Teubner (2001, p. 9), nos seguintes termos:

Luhmann questiona como as técnicas de desparadoxização constroem a imanência das instituições sociais e constroem um mundo de sistemas sociais autopoieticos, sua codificação e sua programação. Em contraste, o pensamento de Derrida orienta-se em direção à transcendência das instituições sociais mediante sua reparadoxização e propõe um contramundo de *différance* no qual o movimento duplo desconstrutivo expõe permanentemente as antinomias fundantes das instituições sociais e a paralisia paradoxal das decisões concretas no direito [...]. O mundo de Luhmann e o contramundo de Derrida opõem-se e resistem um ao outro ortogonalmente, não podem influenciar um ao outro diretamente. É, porém, exatamente por conta dessa cláusula mútua que eles ameaçam, perseguem e assombram um ao outro.

A relação de oposição entre Luhmann e Derrida, caracterizada pelas oposições entre desparadoxização e reparadoxização, entre análise institucional empírica e ilusão transcendental, entre a imanência dos sistemas sociais e a transcendência destas pela

différance, não pode resultar em mera indiferença, mas apenas em paranóia. Para que se compreenda a razão disto, devemos notar a ligação entre ambos os pensamentos no que diz respeito às distinções que assumem o papel de diretrizes nas duas teorias, quais sejam: a diferença derridariana entre escritura (ou escrita) e fala; e a distinção luhmanniana entre consciência e comunicação. Tais distinções não podem ver uma à outra, não podem conceituar uma à outra, mas provocam-se reciprocamente. É essa cegueira mútua entre “*différance*” e autopoiese o que permite a percepção social de ambos e suas respectivas posições a respeito da possibilidade da justiça (TEUBNER, 2001, p. 9).

Derrida e Luhmann buscam superar o fracasso de Husserl quanto à abordagem das instituições sociais, bem como a alternativa consciência/fala no que se refere ao monopólio da produção de sentido.⁸⁹ Em Derrida (1973, p. 22 e ss.), a escritura assume um primado sobre a fala no ataque à filosofia da consciência, o qual tem como alvo exatamente o ponto cego entre consciência e fala, para o qual a escritura serve como um suplemento. A escritura combate a diferença entre processos de significado interiores e exteriores, os quais configuram um rastro. Para superar a justaposição entre jogos de linguagem e filosofia da consciência, Derrida “desconstrói a hierarquia entre fala e escritura de modo duplo, como uma hierarquia entrelaçada e como uma inversão secreta da relação hierárquica”. Por sua vez, Luhmann duplica o processo de constituição de sentido ao configurar “a consciência e a comunicação como produtoras de mundos separados, independentes e autônomos de sentido que não podem ser reduzidos um ao outro” (TEUBNER, 2001, p. 11 – tradução nossa). A distinção fundamental de Luhmann, portanto, está situada justamente no ponto cego de Derrida e vice-versa. De tal maneira, as duas distinções fundamentais não podem ser integradas em uma síntese, mas apenas constituir o objeto de uma observação externa que se desenvolve como um contínuo e produtivo vai-e-vem de uma à outra. Trata-se, pois, de uma observação quase simultânea do mundo com duas perspectivas contraditórias, mas também suplementares, dada a revelação recíproca de seus respectivos pontos cegos (TEUBNER, 2001, p. 12).

O ponto cego da distinção derridariana diz respeito às instituições sociais, as quais não

⁸⁹ “É, de modo geral, pacífico que as tentativas de Husserl de integrar a sociedade à filosofia da consciência [...] falharam [...]. Sua distinção entre a consciência e o mundo exterior não tem lugar para o social, e a mera construção fenomenica do mundo da consciência é a razão para a sua inadequação às instituições sociais. A sociedade [...] não pode ser concebida adequadamente pela fenomenologia de Husserl. Dado que Husserl descreve a comunicação como uma mera declaração de signos, o significado é produzido exclusivamente na consciência. Isto não faz justiça ao outro: o outro praticamente apenas conduz uma existência fenomenológica (dependente da consciência). A distinção transcendental/empírico (ideal/psicológico) serve apenas como uma compensação pobre. Apesar de tornar possível uma esfera de sentido universal, objetiva e ideal para além de uma simples consciência, ela apresenta todas as dificuldades associadas ao transcendentalismo: é aistórica, a priori, não-empírica, não-dinâmica, altamente abstrata, ‘pura’, etc.”. (TEUBNER, 2001, p. 10 – tradução nossa).

podem ser adequadamente analisadas desconstrutivamente, visto que a imposição da escritura como um terceiro excluído na diferença entre consciência e fala exclui a sociedade da intertextualidade. Em outros termos, a desconstrução não consegue captar a autonomia do social e a consciência individual, dado que a escritura não pode distinguir a comunicação e a consciência. Para compensar, Derrida vai à filosofia levinasiana da alteridade, a qual, contudo, como uma mera tentativa de correção dos problemas da tese de Husserl, faz desaparecer a experiência da sociedade. Derrida, pois, só pode desconstruir as instituições jurídicas como textos e intertextualidades, mas não como sistemas sociais, os quais não podem ser vistos pela “différance” e, por conseguinte, não se sentem ameaçados pelos paradoxos da leitura desconstrutiva, visto que a reprodução autopoietica envolve, nas operações do sistema, a desparadoxização de seus paradoxos fundantes (TEUBNER, 2001, p. 12). Os sistemas conseguem desconstruir a desconstrução sem excluí-la, bastando-lhes historicizá-la e deslocá-la, o que resulta em uma modificação de suas condições de possibilidade, como explica o próprio Luhmann (1995).

Se, por um lado, os conceitos centrais da teoria dos sistemas, como “autopoiese”, “policontextualidade” e “cibernética de segunda ordem”, são não-conceitos derridarianos, Luhmann consegue lidar com o paradoxo da alteridade, das “autocontradições paralisantes geradas pelo encontro primário com o outro”, tendo em vista que Ego, ao tornar sua ação dependente de Alter (e vice-versa), admite a paralisação desta. Tal questão, tematizada por Derrida à luz da ideia de dádiva, figura em Luhmann como o paradoxo da dupla contingência e é enfrentada pelo autor alemão por meio da autopoiese. Sem extinguirem o paradoxo original, os sistemas o transferem para uma nova esfera de significado, qual seja, a da comunicação, vencendo os efeitos paralisantes do paradoxo. A dupla contingência autorreferencial pode ser suportada quando a comunicação, como um terceiro, figura como uma esfera autônoma de produção de sentido. A dualidade imanente à autorreferência sistêmica gera um círculo cuja quebra resulta em estruturas, de maneira que o paradoxo da alteridade não se extingue, mas, sim, é reconstruído e homogeneizado na esfera comunicacional. Permite-se, então, que Ego e Alter, como sistemas auto-referenciais, reconstruam um ao outro em uma circularidade infinita, em vez de ficarem paralisados; tal é a interdependência social de ambos como construções comunicativas. A reconstrução comunicativa, pois, torna o paradoxo da alteridade inofensivo, o que, por outro lado, ressalta os paradoxos fundantes dos sistemas sociais (da mesma forma que tornar estes paradoxos invisíveis suscita o problema da comunicação) (TEUBNER, 2011, p. 12).

Diante do exposto, a vantagem de Luhmann sobre Derrida está no fato de que o autor

franco-argelino, ao questionar os paradoxos constitutivos da subjetividade e da intersubjetividade, não tem como “tematizar a transformação crucial do paradoxo da alteridade nos paradoxos fundantes dos mundos da comunicação, entre eles o paradoxo do direito”, o que deixa a desconstrução à mercê dos paradoxos originais da alteridade, de maneira a ressaltar o déficit histórico-sociológico dessa teoria (TEUBNER, 2011, p. 12 – tradução nossa). Apenas historicamente a desconstrução poderia dar conta da “transformação do paradoxo da dupla contingência nos paradoxos fundantes dos sistemas sociais emergentes”, pois, malgrado a estrutura básica do paradoxo não seja modificada, o processo em que este se torna invisível e a ameaça de que este retorne está submetido a contingências históricas.

As distinções utilizadas para a desaparadoxização são dependentes de condições histórico-sociais de plausibilidade e aceitabilidade, estando, pois, submetidas à contingência do conhecimento vinculante em sociedades particulares. É assim que a construção social dos sistemas, sua desconstrução contínua e sua reconstrução recorrente tornam-se temas da sociologia do conhecimento. Que tipo de sociedade torna plausíveis as distinções de desaparadoxização? Que tipos de choques externos expõem novamente os paradoxos fundantes de uma instituição social? A obsessão desconstrutiva é, de tal maneira, socializada e historicizada (TEUBNER, 2001, p. 14 – tradução nossa).

Subsiste, pois, a possibilidade de exclusão do paradoxo da alteridade, mas o decisivo é que este não produz consequências, mormente quando consideramos que a reparadoxização do sistema social concreto ao longo da história é a verdadeira ameaça. Não é à toa, pois, que o paradoxo, na teoria de Luhmann, é um conhecimento transcendental necessário, o qual substitui o sujeito transcendental da filosofia da consciência (TEUBNER, 2011, p. 14).

A policontextualidade assusta a desconstrução pelo fato de modificar drasticamente a situação histórica ao caracterizar uma pluralidade de esferas autônomas de sentido na sociedade, cada qual com seus próprios códigos, programas e fechamentos operacionais e observacionais. Tais elementos estabelecem uma “imunidade” contra a desconstrução, visto tornarem cada esfera resistentes aos paradoxos das demais. Exemplos pertinentes são a qualificação, pelo direito, do problema econômico da escassez como juridicamente irrelevante e a construção de regras constitucionais autorreferentes, a qual ignora a impossibilidade lógica de um paradoxo tal. O direito só considera a desconstrução quando esta ataca o próprio paradoxo jurídico, de maneira a ameaçar a prática de aplicação do seu respectivo código binário. Nesses casos, a doutrina busca distinções conceituais que possam restaurar a estabilidade sistêmica. Quando o direito natural foi questionado, suas hierarquias metafísicas foram substituídas pelas práticas institucionais do positivismo jurídico. Por ora, porém, a ameaça ao sistema gerada pela globalização ainda não encontrou distinções salvadoras. De

todo modo, determinante é notar que a policontextualidade desconstrói a desconstrução ao possibilitar que os sistemas externalizem seus paradoxos fundantes e neutralizem seus poderes paralisantes mediante um deslocamento destes para outros sistemas. Exemplo privilegiado, segundo o autor, seria a politização do paradoxo jurídico, ou seja, a sua externalização pela via da institucionalização de uma diferenciação entre “níveis decisórios”, quais sejam, o das decisões legislativas e o das decisões judiciais, qualificando aquele como um “nível mais alto”, irrelevante para a ação jurídica e a cargo do sistema político (TEUBNER, 2001, p. 14-5).

A institucionalização social da cibernética de segunda ordem (“a diferença entre a operação e auto-observação”) constitui o nível máximo de resistência à desconstrução. Atos desconstrutivos só suscitam a busca por novas bases de validade normativa quando afetam a validade de decisões judiciais, legislativas ou contratuais (tal é o efeito da globalização). Ora,

As operações dos sistemas jurídicos (precedentes judiciais, decisões legislativas, contratos) estabelecem uma rede autônoma de decisões, cuja validade não é necessariamente dependente de auto-observações jurídicas, isto é, da argumentação jurídica (conceitos, doutrinas, princípios, políticas), estando a elas conectadas de modo meramente frouxo. Tal separação institucionalizada entre auto-observação e operação cria problemas para a prática desconstrutiva, dado que esta não distingue sistematicamente entre textos e instituições sociais, ou seja, estruturas normativas de longa data fundadas em presunções de consenso. Contradições, antinomias e paradoxos, que exsurtem regularmente no exercício da argumentação jurídica, não necessariamente têm um efeito sobre a tomada de decisão jurídica operacional. (TEUBNER, 2001, p. 15-6 – tradução nossa).

Teubner (2001, p. 16-7) diz que a afirmação de autores como Frankenberg de que o ponto cego da teoria sistêmica está na pessoa, no indivíduo, no sujeito, é um equívoco, pois Luhmann não trabalha com sistemas desprovidos de pessoas ou com um anti-humanismo. Tal crítica seria pertinente, isso sim, contra a desconstrução, que subjetiviza a própria “différance” ao desconstruir o sujeito tradicional. Ora, Luhmann atribui a dinâmica autopoiética tanto à sociedade quanto à consciência ao buscar superar as falhas da filosofia da consciência e da teoria dos jogos de linguagem pela via de uma duplicação dos espaços de produção de sentido.

Ao contrário de derrida, que silencia a distinção mente/sociedade com seu conceito abrangente de escritura, Luhmann separa a comunicação e a consciência e constrói ambas como mundos autônomos de sentido. Em certo sentido, Luhmann combina Husserl com Wittgenstein: [...] a fenomenologia dos jogos de linguagem com aquela da consciência, sem, contudo, fundi-las (como a *différance* de Derrida [...]). (TEUBNER, 2001, p. 17 – tradução nossa).

O ponto cego da teoria dos sistemas não é, pois, uma suposta falta do sujeito, e sim a distinção entre dois sujeitos, entre “a comunicação e a consciência, a sociedade e o indivíduo, o externo e o interno, um sistema e outro” (TEUBNER, 2001, p. 17 – tradução nossa). É

verdade que, ao mesmo tempo, tal é a grande conquista da teoria luhmanniana: a construção autônoma da sociedade como uma rede comunicativa cujo ambiente engloba os seres humanos. Mas tal sucesso implica também a cegueira para o espaço simbólico de encontro entre as “mônadas de comunicação e a consciência”, entre os sistemas sociais e psicológicos. Na visão de Teubner (2001, p. 17 – tradução nossa), Luhmann tentou compensar a violência da separação entre a mente e a sociedade por meio de conceitos dotados de carga emocional, como “acoplamento estrutural” e “interpenetração”, os quais serviriam para reconectar os mencionados tipos de sistema, “mas a lógica própria de sua teoria o força a, de tempos em tempos, situar tais vínculos exclusivamente no interior dos próprios sistemas participantes”. Claro que Luhmann admite a irritação dos sistemas pelo ambiente, mas esta, de todo modo, é uma conquista do próprio sistema em sua reconstrução interior do ambiente. “Com tais manobras conceituais, Luhmann tenta minimizar, se não eliminar, a interação, a tradução, a interrelação entre consciência e comunicação” (TEUBNER, 2001, p. 18 – tradução nossa).

A paranóia de Luhmann em relação à desconstrução está justamente no fato de a teoria da autopoiese não conseguir conceituar a relação entre sistema e ambiente, precisando recorrer ao constructo secundário do acoplamento estrutural. Não é à toa que, para Luhmann, a relação entre sujeitos e a relação entre sistemas são não-conceitos, o que torna necessárias “observações compensatórias mediante a sincronização de ações e sua reconstrução mútua” (TEUBNER, 2001, p. 18 – tradução nossa). A “différance”, com sua unidade, assombra a policontextualidade, visto que em Derrida o sentido não se constitui em processos paralelos de sistemas operacionalmente fechados, nem se admite uma separação entre sistemas psíquicos e sistemas sociais. Ao contrário, a desconstrução apresenta uma dinâmica caracterizada por transformações, dependência contextual, contingências contínuas e conexões. É nesse ponto que a “différance”, embora incompatível com a autopoiese, a complementa: “a dança de operações heterogêneas, a rede infinita de relações, a interrelação de vários aspectos que ocorrem continuamente sem se transferirem para um sistema fechado” (TEUBNER, 2001, p. 18 – tradução nossa).

A desconstrução, ao assombrar a teoria dos sistemas, colabora para o seu conceito de justiça, o qual não consiste em um “critério de decisão de casos individuais”, “na mais alta norma interior do direito” ou em um “valor político ou moral externo pelo qual o direito positivo deve se orientar”, e sim em uma problematização da relação entre o direito e o seu ambiente, ou seja, em uma fórmula de contingência (justiça). A tal respeito, Teubner explica que,

como compatibilidade entre complexidade social adequada do direito e sua

consistência decisória interna, a justiça medeia exigências internas e externas [...]. Porém, aqui, novamente, a teoria dos sistemas não pode lidar com a relação ambiental “como tal”, mas apenas assimetricamente, seja da perspectiva interna do sistema jurídico, seja da perspectiva externa do observador. As interrelações entre direito e sociedade, os processos de tradução de um sistema ao outro, desaparecem novamente no ponto cego da distinção entre sistema e ambiente. [...] esta formulação da justiça reflete adequadamente as exigências internas do direito positivado moderno. Sob condições de diferenciação funcional extrema, a consistência interna do direito na tomada de decisões é constringida pela policontextualidade – [...] à qual a justiça reage. O conceito luhmanniano de justiça é menos adequado às instituições que compõem o ambiente do sistema jurídico, dado que estas aparecem apenas como perturbações externas ao direito, as quais ameaçam a consistência à qual só se pode fazer justiça por meio de um novo tipo de consistência. (TEUBNER, 2001, p. 19 – tradução nossa).

O conceito de justiça como fórmula de contingência não equivale à relação entre o direito e o mundo, à unidade da diferença entre o jurídico e o extrajurídico, entre o sistema e o ambiente. Surge, aqui, o paradoxo da identidade da diferença, a respeito do qual, em Luhmann, a intenção de sua observação torna possível o mundo do sentido. A unidade da diferença entre o jurídico e o extrajurídico não pode ser um tema da justiça como fórmula de contingência de um sistema, questão que se faz relevante em Derrida (1992, p. 147 – tradução nossa), com sua distinção instável entre justiça (“infinita, incalculável, rebelde contra as regras, estranha à simetria, heterogênea, heterotrópica”) e direito positivo (“estabilizável, legal, calculável, um sistema de prescrições reguladas e codificadas”). A justiça derridariana, nos moldes de Levinas, é infinita e heteronômica, governada pela face do outro, e, tal qual a justiça luhmanniana, nem é “uma norma interna do sistema jurídico, nem uma condição externa social, moral ou política do direito” (TEUBNER, 2001, p. 20 – tradução nossa). Diferentemente de Luhmann, porém, Derrida, tendo em vista a impossibilidade de reconciliação entre a imanência do direito positivo e a justiça, vê esta como voltada para a transcendência do direito, inalcançável pelas operações jurídicas que constituem o alvo de suas demandas. “Ironicamente”, escreve Teubner (2001, p. 20 – tradução nossa), isto iria, em um sentido propriamente luhmanniano, constituir uma observação do direito e do mundo como unidade da diferença direito/não-direito, que necessariamente resulta em paradoxos”.

A teoria luhmanniana importa-se exclusivamente com o direito imanente, com a positividade dos atos e regras jurídicas e com a relação entre o direito e o ambiente, salvo em um único ponto, qual seja, o paradoxo jurídico, que expõe o Direito a sua própria transcendência. Ainda assim, esta exposição é proibida pelo modelo luhmanniano, que opta pela busca da desparadoxização do Direito. “Evitar os bloqueios operacionais das decisões jurídicas exige tornar o paradoxo invisível, em vez de confrontá-lo. A autopoiese social, para sua própria preservação, precisa suprimir a relação entre os sistemas sociais e a

transcendência” (TEUBNER, 2001, p. 20 – tradução nossa), exceção feita apenas à religião, que pode tematizar os paradoxos sociais e a simbolização do terceiro excluído pela diferença sistema-ambiente. Já Derrida oferece um questionamento à teoria dos sistemas, qual seja, aquele sobre a possibilidade de uma experiência particular da transcendência do Direito, ou, em outras palavras, sobre a viabilidade de que o paradoxo jurídico seja observado não apenas como algo a ser invisibilizado, mas também à luz da pretensão de que a linguagem jurídica simbolize o que está além do direito como uma utopia jurídica. Nesses moldes, a justiça se converteria em uma fórmula de transcendência, de maneira a retirar da religião a exclusividade quanto a esse tipo de potencial ou, até mesmo, a caracterizar uma nova forma de experiência religiosa paradoxal adequada historicamente à policontextualidade e simbolizável como transcendência. Ora, é relevante para a prática jurídica a exposição a demandas extremas de justiça desconstrutiva, sempre por-vir, impondo uma responsabilidade infinita diante da inexorabilidade do fracasso do direito, que sempre resultará em injustiça e culpa.

Embora seja verdade que o direito positivo só pode exsurgir da invisibilização do paradoxo jurídico, um conceito de justiça separado do direito positivo mas a ele conectado confrontaria diretamente o paradoxo do direito, de modo a não mais lidar apenas com a consistência interna do direito ou com sua adequação ao ambiente. [...]. Questões de justiça não estariam meramente preocupadas com um Direito esotérico ou especulações teóricas, mas, sim, com a experiência prática que ocorre quando critérios de justiça são considerados. (TEUBNER, 2001, p. 22 – tradução nossa)

Diante do exposto, podemos notar que Teubner destacou três grandes contribuições de Derrida sobre o discurso da justiça. Primeiramente, enquanto Luhmann busca introduzir uma diferença que desfaça os paradoxos do direito, o professor franco-argelino enfrenta a experiência dos paradoxos de uma maneira que, para Luhmann, implicaria uma condução do pensamento jurídico a “paralisia e horror”. Em Derrida, mais do que fórmula de contingência ou consistência, a justiça seria uma fórmula de transcendência, a qual geraria rupturas, contradições e caos dentro do Direito, como fica claro a partir do seguinte excerto da obra do autor francês:

[...] em sua própria violência, ininterpretáveis ou indecifráveis. É o que chamo o “místico”. Tal como a apresenta Benjamin, essa violência é certamente legível, ou inteligível, já que ela não é estranha ao direito [...]. [...] ela é, no direito, aquilo que suspende o direito. Ela interrompe o direito estabelecido para fundar outro. Esse momento de suspense, essa “epokhé”, esse momento fundador ou revolucionário do direito é, no direito, uma instância de não-direito. Mas é também toda a história do direito. Esse momento sempre ocorre e nunca ocorre numa presença. É o momento em que a fundação do direito fica suspensa no vazio ou em cima do abismo, suspensa a um ato performativo puro que não teria de prestar contas a ninguém e diante de ninguém. O sujeito suposto desse performativo puro não estaria mais diante da lei, ou melhor, ele estaria diante de uma lei ainda indeterminada, diante da lei como uma lei ainda inexistente, uma lei ainda por vir, ainda à frente e devendo

vir. [...] homem que não consegue ver, ou sobretudo tocar a lei, encontrar-se com ela: porque ela é transcendente na exata medida em que é ele que a deve fundar, como por-*vir*, na violência. “Tocamos” aqui, sem o tocar, este extraordinário paradoxo: a transcendência inacessível da lei, diante da qual e antes da qual o “homem” se encontra, só parece infinitamente transcendente e portanto teológica na medida em que, muito próxima dele, ela depende apenas dele, do ato performativo pelo qual ele a institui: a lei é transcendente, violenta e não violenta, porque ela só depende daquele que está diante dela – e portanto antes dela –, daquele que a produz, a funda, a autoriza num performativo absoluto cuja presença lhe escapa sempre. A lei é transcendente e teológica, portanto sempre futura, sempre prometida, porque ela é imanente, finda e portanto já passada. Todo “sujeito” se encontra preso de antemão nessa estrutura aporética. (DERRIDA, 2010, p. 84)

Em segundo lugar, enquanto a auto-transcendência do Direito em Luhmann está voltada para os próprios ambientes projetados por este, havendo certa resignação quanto às deficiências da “re-entry”, que se resume a uma reconstrução do exterior no interior, de maneira a configurar, ao mesmo tempo, inclusão e exclusão; Derrida destaca que aquilo que é excluído pelo Direito demanda inclusão mediante o discurso da justiça. Tal é o ponto cego de Luhmann, o qual, devido à diferença entre sistema e ambiente, só enxerga as diferenciações posteriores à perturbação, não dando atenção ao próprio incidente de perturbação. Derrida, diferentemente,

postula que também esta fronteira seja ultrapassada e exige, do discurso da justiça, que as confusões e concussões sejam expostas, que a transcendência para além de cada sentido – “a travessia do deserto” – seja experimentada. E isso é, de fato, desconcertante para o estilo científico de hoje em dia: uma transcendência de cada sentido, uma remissão à violência mística, um encontro com o Outro da filosofia da alteridade de Levinas, um desafio da racionalidade moderna através de “pura” justiça, dom, amizade, perdão. (TEUBNER, 2011, p. 40)

Em terceiro lugar, Derrida possibilita que a noção de transcendência seja deslocada da dimensão religiosa para uma concepção especificamente jurídica. Ora, em Luhmann a transcendência é algo típico da religião, o que implicitamente a retira dos demais subsistemas, enquanto em Derrida os mundos racionalizados, tais quais o da ciência e o do Direito, admitem a consciência da transcendência. De tal maneira, em Derrida, o conhecimento não se restringe à ciência; os processos de poder não estão confinados na política; a distinção entre o lícito e o ilícito também é realizada externamente ao sistema jurídico; e a transcendência não se limita à religião⁹⁰. Cada instituição moderna, pois, tem uma modalidade específica de auto-

⁹⁰ “O fato de Max Weber ter utilizado a estranha formulação de um “politeísmo” da modernidade ganha, na verdade, seu significado próprio apenas em cada uma dessas referências de transcendência de cada subracionalidade elevada, significado este que se perde se ele é reduzido a uma mera variedade de racionalidades ou a um policentrismo. Trata-se, na verdade, da variedade de possíveis acessos à transcendência – assim se poderia ler Max Weber. Pois esta foi, afinal, uma das conquistas do velho politeísmo: a partir das diferenças da transcendência, legitimar diferenças na imanência, especialmente papéis sociais, competências e funções.” (TEUBNER, 2011, p. 40-1).

transcendência, a qual reativa energias utópicas. Tais efeitos paradoxais são, respectivamente: “o ‘dom puro’, em contraposição à economia guiada pelo lucro, a ‘amizade’ em contraposição à política profissionalizada, o ‘perdão’ em contraposição à moral secularizada e, sobretudo, a ‘justiça’ em contraposição ao Direito altamente tecnicizado” (TEUBNER, 2011, p. 41). A justiça, portanto, seria uma experiência de transcendência que não se confunde com a religiosa, encontrando sua peculiaridade no fato de se iniciar onde o Direito se encerra, ou seja, no paradoxo gerado pelo intervalo entre norma e decisão. O discurso da justiça, pois, ultrapassa os limites de sentido do Direito. A auto-transcendência do Direito questiona o caráter justo ou não da aplicação do código binário do sistema jurídico ao mundo. O paradoxo de tal código não pode se expresso no discurso racional do Direito, mas apenas em uma “linguagem enigmática, idealização irreal, simbolização”, em uma utopia. O justo, pois, não poderia encontrar critérios no próprio Direito, na sociedade ou na religião. Tal busca, isso sim, precisaria ultrapassar o Direito em cada sentido, em uma experiência especificamente jurídica de transcendência, e retornar ao direito positivo, imanente, e a suas decisões. Tratar-se-ia de uma transcendência não-religiosa, mas, sim, filosófica, em que se contrapõem, levinasianamente,

a totalidade do sentido à exterioridade da transcendência, na qual a justiça aparece como interminável demanda do Outro e dos muitos Outros. Entretanto deve-se, aqui, fazer justiça à radicalidade do Outro no pensamento de Levinas e Derrida. Com alteridade, não se quer dizer simplesmente o princípio ético da assistência ao Outro ou a consideração da singularidade da perspectiva individual, mas mesmo a experiência não verbalmente mediada, não fenomenológica do Outro, uma experiência de transcendência na “face do Outro”. Em oposição à insistência na fundamentabilidade da justiça, na racionalidade do discurso público, insistir-se-ia na justiça do não-fundamentável, no Outro não-racional da justiça. A justiça estaria, então, localizada na fronteira da imanência do Direito para sua transcendência. Por fim, justiça como a busca pela superação da fratura entre imanência e transcendência – “regresso ao Pai” –, essa é a tarefa da transcendência, transformar a imanência nos sentidos que são, para ela, incompreensíveis. A justiça não é, então, qualquer critério em “impecável idealidade”, mas um “processo de transformação do antijurídico em jurídico”. (TEUBNER, 2011, p. 43).

A “re-entry” não faz jus à transcendência, pois a justiça só é possível a partir da experiência da injustiça e da transformação desta, de maneira a anular a separação entre imanente e transcendente. Teubner (2011, p. 43) remete aqui, em alegoria religiosa, à definição de justiça de João, que afirmou: “Da justiça, porque vou para meu Pai, e não me vereis mais”. Tal regresso seria a mencionada anulação, a qual teria como pressuposto o sofrimento, que, por sua vez, tem sua origem na procura pela justiça. O sofrimento ocorre justamente porque a justiça deve ser realizada no direito positivo, imanente, o qual é sempre provisório e produz consequências injustas. A justiça, nesse contexto, é um processo de transformação do Direito, o qual envolve, inclusive, a violação de normas como fonte

material para a elaboração de novas normas, bem como o sentimento de injustiça como inspiração para a atividade normativa. Tal justiça, de todo modo, não pode ser salva, visto não ser divina e não envolver uma transcendência acessível, mas, apenas, uma busca por um justo por-vir, o qual irrita o Direito, expondo-o a experiências de injustiça, catapultando novos critérios jurídicos de igualdade e fundamentações decisórias, destruindo de novo a própria justiça. “A busca pela justiça se torna um mero vício do Direito, ao mesmo tempo destrutivo e inventivo” (TEUBNER, 2011, p. 43).

O preço pela redução da experiência infinita da justiça a uma decisão binariamente codificada, à sua fundamentação responsivo-consistente e à sua normatização condicional é alto – nova injustiça. Especialmente em função da miserabilidade do compêndio à forma jurídica, mas também devido à falta de sensibilidade da universalização filosófica, a busca jurídica pela justiça provoca necessariamente nova injustiça, que, por seu turno, conduz a uma renovada auto-transcendência e a um renovado disciplinamento. Levinas: “Os princípios genéricos e generosos podem se perverter na aplicação. Cada pensamento generoso é ameaçado por seu próprio stalinismo”. Aqui, torna-se especialmente perceptível a diferença desta visão cíclica, minada pela própria justiça, para uma visão hierárquica da justiça, que espera um aumento da justiça por meio de decisões amparadas por fundamentos racionais. Pois ela demonstra claramente que a dependência do Direito em relação a decisões racionais, fundamentações e normatizações é uma das mais complexas fontes de injustiça entre os homens. (TEUBNER, 2011, p. 48).

Se, por um lado, derridarianamente, a “re-entry” não faz jus à transcendência, por outro, sistemicamente, consiste em um elemento fundamental para a auto-transcendência do Direito diante do intervalo entre normas e atos. Ora, é a “re-entry” o que preserva o fechamento operacional do sistema e, conseqüentemente, a utilização por este de critérios de justiça próprios, idôneos a conservar tanto a autorreferência quanto a heterorreferência do direito. A tal respeito, o autor destaca que é compartilhada por Luhmann e por Derrida a tese de que teorias da justiça radicais, a despeito de seu potencial provocador, não podem se sustentar caso não ofereçam propostas alternativas àquilo que criticam. Sistemicamente, pois, podemos dizer que as teorias da justiça não podem produzir **livremente** estruturas de novos tipos com a pretensão de superar o intervalo entre estrutura e operação, dado que o entendimento da justiça como transcendência radical do Direito não pode ignorar “as demandas reversas da transcendência do Direito de, em nome da onipresença, realizar a justiça na imanência do Direito”. O Direito moderno, ao cogitar sua auto-transcendência, compele sua fórmula de contingência, mas não como um impulso cego. A justiça jurídica não confunde a injustiça do Direito e a mundana, tendo como limite a deficiência da decisão propriamente jurídica no que diz respeito à conexão entre estrutura e operação, entre norma jurídica e decisão.

Assumidas as premissas estabelecidas no parágrafo anterior, podemos dizer que a especificidade da justiça jurídica encontra nos compêndios à fundamentação e à

normatização duas faces essenciais para a conservação da autorreferência e da heterorreferência do sistema jurídico. Senão, vejamos.

Se entendermos a irracionalidade como a “capacidade de reprodução internamente consistente e externamente adequada de um sistema ou jogo de linguagem qualquer”, podemos notar que a negação de alteridade pode se dar por corrupção sistêmica ou por autismo sistêmico (NEVES, 2009, p. 46). Em casos de corrupção sistêmica, um âmbito de racionalidade expande-se sem reconhecimento do outro, o que consiste em uma negação da alteridade. O efeito fundamental de tal processo é o fato de o sistema corrompido assumir uma irracionalidade no que diz respeito ao seu padrão parcial codificado, o que pode ser descrito como um “excesso de adequação externa em detrimento da consistência”, ou seja, a sujeição ao outro. A face oposta de eventual irracionalidade de um sistema é o autismo, ou seja, a perda de sua capacidade de aprendizagem em relação a outro sistema. O sistema “autista”, ao ignorar o outro, mergulha em um excesso de redundância ao absolutizar a consistência interna e desprezar a necessidade de variação para fins de adequação ao ambiente, o que consiste, mais uma vez, em irracionalidade. Podemos dizer, diante do exposto, que tanto no autismo quanto na corrupção sistêmica encontramos como resultado a neutralização da função seletiva dos acoplamentos estruturais (NEVES, 2009, p. 46).

O compelimento à decisão, ao impor à autoridade competente, com fundamento nas possibilidades decisórias oferecidas pelo código binário do direito e por seus programas, a tomada de uma decisão que será, em dado momento, reputada imutável; depende dos outros dois compelimentos para que tal obediência ao código lícito/ilícito não seja negligente nem quanto à autorreferência nem quanto à responsividade ao ambiente do sistema jurídico. Por um lado, o compelimento à fundamentação estabelece exigências cognitivas rígidas na procura pelo justo, o que redundará em uma proibição de que “a busca se perca em sentimentos irracionais de injustiça ou em aspirações vagas à justiça. Ao invés, ela é constrangida pelas aporias especificamente estruturadas do processo jurídico [...] a expor-se com toda a intensidade à experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência” e, posteriormente, a converter tais experiências em fundamentos racionais, técnicos, dogmaticamente fundados (TEUBNER, 2011, p. 45). A responsividade ao ambiente, pois, precisa ser satisfeita mediante uma argumentação racional que embase uma decisão consistente de um determinado caso, sob pena de violação do fechamento operacional do sistema jurídico e, por conseguinte, do esvaziamento de sua autorreferência devido à corrupção sistêmica. Por outro lado, um sistema autopoiético precisa, para conservar sua autorreferência, evitar o autismo em relação ao seu

ambiente, bem como a tentação de uma expansão desmedida. Nesse ponto, é essencial o limite imposto pelo compimento à normatização, o qual obsta que a justiça jurídica ceda ao “incontrolável impulso à universalização de si própria”. Evita-se, assim, a “justicialização, que expande a sua lógica de dupla face – auto-transcendência do Direito e seu re-disciplinamento jurídico – para toda a sociedade”, em uma busca pela construção de um mundo justo com base exclusiva no código binário do Direito (o que, em si, já constitui uma injustiça). Ora, cada subsistema só pode oferecer respostas limitadas, motivo pelo qual não devemos admitir projetos totalitários de racionalidades parciais (TEUBNER, 2011, p. 48).

Por outro lado, as próprias dimensões de compimento à decisão, à fundamentação e à normatização geram uma pressão inovativa sobre o Direito, de modo que “a combinação de alta indeterminação (auto-transcendência) e alta determinação (o compimento à forma do jurídico) estimula o desenvolvimento de energias criativas. No ‘espaço imaginário’ da *re-entry*, as fantasias jurídicas de construção encontram sua grande chance” (TEUBNER, 2011, p. 47), nos moldes da fábula do “décimo segundo camelo”, que ilustra a semelhança entre as criatividades artística e jurídica. Qualquer esforço de introdução do caos na ordem submete as normas, atos decisórios e construções doutrinárias à justiça jurídica, demandando que tais elementos sejam substituídos por outros continuamente mais justos. Essa dimensão comparativa entre graus mais altos e mais baixos de justiça ecoa o justo por-vir de Derrida, que, a despeito do fracasso inevitável, mantém um contínuo aperfeiçoamento dos esforços pela justiça. “Mais justo que os outros seria, assim, um ordenamento jurídico que permitisse e promovesse sua auto-transcendência em diferentes dimensões da alteridade de forma mais radical que os outros, mas que também produzisse decisões, argumentos e normas que se manifestassem como mais justas diante de outros ordenamentos jurídicos (TEUBNER, 2011, p. 47).

Tanto o decisionismo quanto a racionalização (ou, em outras palavras, tanto a discricionariedade quanto a vinculatividade extremas) são alternativas rejeitadas pela justiça jurídica, a qual percebe o caráter aporético das decisões mediante uma reflexividade autodescritiva. O discurso da justiça reconhece a aporia e desenvolve uma articulação desta na forma de limitações da possibilidade racional de fundamentação, o que resulta em uma catalisação da própria aporia. Busca-se, pois, superar tais aporias mediante uma “elevação da reflexividade até a auto-transcendência do Direito”, o que figura como “condição de partida necessária do processo da justiça no interior do Direito, no qual nem a sociedade, nem as teorias sociais ou uma outra instância externa do Direito ditam seus critérios normativos, mas no qual o Direito realiza o seu próprio processo” (TEUBNER, 2011, p. 38).

Teubner (2011, p. 34) destaca o fato de que não está a descrever um mero impulso de irritação da racionalidade jurídica no sentido de que esta produza um Direito melhor, e sim está a tratar de uma “dinâmica especificamente estruturada, teoreticamente descritível e empiricamente identificável dentro da prática jurídica”. Tal dinâmica, a justiça jurídica, assemelha-se à “justiciance” de Derrida, caracterizada pelo cunho iterativo de oscilação e deslocamento de significado contínuos. A justiça nunca se completa ou se encerra, mas, sim, constitui elemento essencial de uma dinâmica auto-subversiva, decisório-paradoxal, do sistema jurídico, que combina uma alta indeterminação com uma alta estruturação, o que não ocorre em um modelo de compromisso ou mediação (“indeterminação relativamente estruturada”), e sim no formato de uma radicalização mútua de introdução do caos na ordem, para que esta busque ordenar aquele. A dinâmica em questão é restringida pelas condições de partida do próprio sistema e pelas limitadas possibilidades de solução que este oferece, motivo pelo qual a justiça jurídica é temporalmente situada e se diferencia de meros impulsos por um Direito melhor e um mundo justo (TEUBNER, 2011, p. 34-6).

O Direito promete justificar suas decisões com base em fundamentos racionais, mas inexoravelmente fracassa em tal desiderato, motivo pelo qual o sistema jurídico necessita praticar uma autosubversão em nome da justiça. Ora, o Direito não pode “evitar a invasão da irracionalidade no mundo racional das decisões orientadas por normas e da argumentação embasada na razão”, algo que é denunciado tanto por Luhmann quanto por Derrida em suas análises sobre as aporias da justiça e os paradoxos do Direito (TEUBNER, 2011, p. 34). O intervalo entre a norma e o fato envolve a inserção de premissas adicionais no “silogismo”, de maneira que a justificação de normas por meio de outras normas necessariamente incorre “no trilema de Münchhausen: regresso infinito, interrupção arbitrária ou circularidade” (TEUBNER, 2011, p. 34). A justiça jurídica, nesse contexto, é a contínua reação do Direito contra seu necessário fracasso, não se reduzindo a uma construção filosófica ou a um critério jurídico-decisório, mas, sim, consistindo em uma dinâmica social estruturada do próprio sistema.

Expostos os contornos do metaeixo paranóico de nosso modelo, podemos, finalmente, entrelaçar o respectivo nível de linguagem (L2) aos quatro eixos do nível de linguagem (L1) de nosso modelo de análise, bem como submeter este instrumental teórico a um teste do tipo estudo de caso.

7 UMA LEITURA DESCONSTRUTIVO-CONSTRUTIVA DAS INDECIDIBILIDADE VINCULAÇÃO/DISCRICIONARIEDADE, CONTEXTO DE DESCOBERTA/CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO E UNIVERSALISMO/MULTICULTURALISMO: O POTENCIAL DE JUSTIÇA-JURÍDICA-POR-VIR DO MAL-ENTENDIDO CRIATIVO NO INTERVALO ENTRE ESTOCADAS E BLOQUEIOS

Chegamos ao capítulo principal deste trabalho, no qual apresentaremos os contornos de nosso modelo hermenêutico descritivo-enquanto-normativo idôneo à abordagem dos intervalos vinculatividade/discricionariiedade, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo no cenário do discurso dos direitos humanos em uma sociedade policontextural. Pretendemos, ao longo das próximas paginas, responder à seguinte questão: o que a razão, com todas as suas limitações, ainda pode nos oferecer no que se refere a uma análise da qualidade da justificação das decisões judiciais? O cumprimento de tal desiderato envolverá, primeiramente (7.1), um entrelaçamento dos quatro eixos do nível de linguagem (L1) em torno do metaeixo paranoico (L2) do modelo ora proposto, de modo a proporcionar uma adequada caracterização das indecidibilidades vinculação/ discricionariiedade e contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais, inclusive no que se refere à determinação do sentido do significante vazio “direitos humanos” no âmbito dos conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais (extraestatais). Em seguida (7.2), apresentaremos, como referência para o nosso modelo no que diz respeito à “re-entry” do costume das ordens jurídicas locais nos programas normativos das ordens jurídicas estatais, o estudo realizado por Teubner e Fischer-Lescano a respeito dos conflitos sobre o patenteamento da “árvore neem” e do “pó turmérico”. Finalmente (7.3), testaremos nosso modelo mediante sua aplicação a uma situação-problema já judicializada, qual seja, o conflito entre culturas envolvido na disputa travada entre os indígenas Kaingang e o Município de Porto Alegre pelos direitos em torno do Parque do Morro do Osso.

7.1 AS INDECIDIBILIDADES VINCULAÇÃO/DISCRICIONARIEDADE E CONTEXTO DE DESCOBERTA/CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO: ENTRELAÇANDO PARANOICA E DIATOPICAMENTE OS COMPLEMENTOS SISTÊMICOS E O “HUNCH” ORIENTADO A UMA JUSTIÇA POR-VIR

Estabeleceremos, neste tópico, orientados pela preservação dos limites sistêmicos da autotranscendência do direito, situados na face autopoietica do metaeixo paranóico de nosso modelo de análise, uma reaglutinação reconstrutiva entre os quatro eixos do nível de linguagem (L1) de nosso constructo. O resultado de tal reconstrução será a caracterização da relação aporética de entrelaçamento hierárquico entre vinculação e discricionariedade, pressuposto para que possamos abordar, em seguida, os reflexos de tal relação no discurso retórico de expansão dos direitos humanos desenvolvido no contexto dos conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais.

7.1.1 Entrelaçando os eixos compreensivo e analítico em torno do metaeixo paranóico

Este tópico apresentará nossa proposta de entrelaçamento dos eixos compreensivo e analítico – nível de linguagem (L1) – em torno do metaeixo paranóico – nível de linguagem (L2) – do modelo de análise aqui proposto, o que envolverá três etapas: uma exploração do potencial construtivo da argumentação jurídica pelo metaeixo paranóico; uma abordagem dos limites desconstrutivos a que tal potencial construtivo está submetido; e uma leitura desconstrutivo-construtiva sistêmico-iterativa dos “steadying factors” como pontos de apoio de uma metodologia reflexiva idônea a desafiar (e, inexoravelmente, fracassar) a discricionariedade situada no intervalo entre redundância e variação.

7.1.1.1 Uma exploração do potencial construtivo da argumentação jurídica à luz da paranóia mútua entre autopoiese e desconstrução

Inicialmente, vejamos como a face construtiva do metaeixo paranóico – nível de linguagem (L2) – do modelo teórico proposto por este trabalho possibilita que entrelacemos os eixos compreensivo e analítico do respectivo nível de linguagem (L1).

A face autopoietica do metaeixo do modelo aqui proposto encontra-se nos três compelimentos que servem como limites impostos pelo fechamento operacional do sistema à sua abertura cognitiva. Primeiramente, retomemos o compelimento à decisão, o qual está intrinsecamente relacionado ao nosso eixo compreensivo. Tal compelimento, em um dado viés, funciona de modo semelhante à discricionariedade no segundo sentido fraco de Dworkin, visto que o sistema impõe à autoridade competente a tomada de uma decisão a ser reputada, em dado momento, imutável, fazendo coisa julgada, devido a sua origem de “pedigree”. Sabemos também que se situa como base do compelimento à decisão a

necessidade de que o juiz respeite, ao conectar operação e estrutura, as possibilidades decisórias oferecidas pelo código binário do direito e por seus programas. Ora, o juiz precisa decidir por uma conjectura decisória mesmo quando não se sente convencido de que uma das partes está propriamente certa e que a outra está precisamente errada. Em outros termos, o magistrado não pode se deixar paralisar pela indecidibilidade constitutiva do momento primário decisório, ponto em que retomamos a nossa leitura sobre o primeiro sentido fraco de discricionariedade em Dworkin. Aqui, a tradição realista estadunidense, reformulada por Esser, encontra no “hunch”, na antecipação de sentido que decide o indecidível, um elemento indispensável à ultrapassagem do momento da discricionariedade no primeiro sentido fraco em direção à cristalização da decisão de última instância, ou seja, à discricionariedade no segundo sentido fraco. Essa transição da estrutura indeterminada à operação determinante é o ponto em que se encontra uma dobra entre o compimento à decisão e o compimento à normatização, o qual – visto pressupor que a justiça jurídica não tem meios para criar uma sociedade justa, mas, apenas, “operações e estruturas do Direito, de atos jurídicos e normas jurídicas, que, em comparação, são ao mesmo tempo altamente especializados e pobres”, elementos que oferecem limitadas possibilidades decisórias – requer analiticamente “a redução da complexa problemática do caso a uma norma casuística muito mais simples” (TEUBNER, 2011, p. 45), o que envolve, na terminologia de Peczenik, um “jump inside the law”. Por um lado, o compimento à decisão – consubstanciado, à la Ross, na equivalência performativa entre, de um lado, o ato de julgar, e, de outro, o reconhecimento, pelo magistrado, de que está vinculado a aplicar a norma em que fundamenta o conteúdo de sua decisão e a norma de atribuição de competência para a realização do ato judicante – impõe que o juiz decida dentro dos limites previamente estabelecidos pelo legislador (em regra) na forma de programas submetidos ao código binário lícito/ilícito, limites estes que constituem um elemento de vinculatividade em relação ao momento de determinação (discricionária no primeiro sentido fraco) do indecidível. Por outro lado, esse elemento vinculante, como fica claro no entrelaçamento hierárquico entre legislador e juiz subscrito por Luhmann, só encontra seu próprio sentido no ato de determinação discricionária no primeiro sentido fraco – algo que foi vislumbrado tanto pelos realistas estadunidenses quanto por um crítico de tal vertente como Morris Cohen, para quem podemos conceber a ideia de discricionariedade apenas tendo como pano de fundo as regras a que os juízes estão submetidos⁹¹. O referido ato

⁹¹ Luhmann (2004, p. 280 – tradução nossa), no seguinte excerto, atribui aos realistas estadunidenses um papel fundamental na percepção do entrelaçamento hierárquico Legislativo-Judiciário: “[...] a opinião (especialmente no Realismo Estadunidense) de que o direito é apenas o que os tribunais consideram como tal. As decisões

determinativo, hermeneuticamente, envolve um “hunch”, uma antecipação de sentido, mas, analiticamente, pode ser objeto de uma tentativa inexoravelmente imperfeita de transformação (Peczenik) em uma “ratio decidendi”, ou seja, uma hipótese que se pretenda reconduzível a um enunciado normativo e busque caracterizar a conjectura do magistrado como apropriada a adquirir redundância e estabilizar expectativas. O compelimento à normatização, pois, produz uma redução de complexidade que se presta a, analiticamente, converter o “hunch” oriundo das experiências de irracionalidade e de alteridade, “da infinitude interna do homem individual, [...] da racionalidade própria e da normatividade própria dos diferentes discursos” (TEUBNER, 2011, p. 45), em linguagem que possa ser reconduzida aos critérios de “legal doctrine”(Llewellyn)/horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser)/romance em cadeia/ideologia jurídica (conforme a reformulação de Peczenik em relação à categoria ideológica na tradição de Ross). Nota-se, então, que esse produto analítico está envolvido em uma outra dobra, qual seja, a existente entre o compelimento à normatização e compelimento à fundamentação, sendo este último o espaço por excelência da recondução analítica da determinação do sentido normativo à (ao) ideologia jurídica/horizonte intersubjetivo de expectativas/”legal doctrine”/romance em cadeia. Ora, a formulação normativa do resultado da redução de complexidade, na transição entre estrutura e operação, está submetida a exigências cognitivas rígidas na procura pelo justo, o que se perpetra mediante uma conversão (“re-entry”) da “experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência” em fundamentos racionais, técnicos, dogmaticamente fundados, ou, em outras palavras, analíticos (TEUBNER, 2011, p. 45). Trata-se, pois, da imposição de que a responsividade ao ambiente obedeça aos ditames de uma argumentação racional que envolva uma dimensão de autorreferência, conceitual, idônea a proporcionar à decisão que se precisa tomar e à determinação do indeterminável que se precisa realizar um caráter, mesmo que por-vir, de redundância na variação e variação na redundância. Para concluir, é claro que se o produto analítico exigido pelo compelimento à normatização pressupõe a determinação inerente ao compelimento à decisão, também fica configurada uma dobra entre este e o compelimento à fundamentação, visto que é justamente a recondução à (ao) “legal doctrine”/ideologia jurídica/horizonte intersubjetivo de expectativas/romance em cadeia o que permitirá o estabelecimento de uma ponte de justificação coerentista entre o “hunch” determinativo (compreensivo) e a sua respectiva

judiciais tornam-se, assim, aceitas como uma fonte do direito ‘sui generis’. Isto conduziu gradualmente à tese de de que a relação entre legislação e jurisdição não deve ser vista como assimétrica e linear, mas, sim, como circular, e como uma limitação recíproca de seus âmbitos decisórios”.

formulação analítica, de maneira a compensar, retrospectiva e imperfeitamente, a violência situada no intervalo entre vinculatividade e discricionariedade.

Se, conforme registrado no quarto capítulo deste trabalho, tanto a compreensão doutrinária quanto a compreensão de um magistrado estão ontologicamente submetidas à universalidade do “como” hermenêutico – ou, nas palavras de Luhmann, “quando os professores e os pesquisadores jurídicos atuam de maneira similar, eles o fazem com a reconstrução das decisões jurídicas dos tribunais em mente” (LUHMANN, 2004, p. 297 – tradução nossa); a noção de equilíbrio reflexivo, utilizada por Peczenik como referência para a justificação coerentista da doutrina, é transponível para o âmbito das decisões judiciais. De tal maneira, podemos, em uma leitura desconstrutiva, afirmar que o modelo coerentista de equilíbrio reflexivo de Peczenik, ao ser qualificado pelo próprio autor como “restrito” e “amplo”, expressa, respectivamente: a exigência de explicitação, no contexto de justificação decisória, de uma “re-entry” (transformação) respeitadora das fontes do direito (“legal interpretative jump”) e, de maneira geral, da linguagem e da cultura jurídicas; e o esforço de mitigação, no contexto de descoberta, das contingências psicológicas irracionais mediante a revisão, pelo sujeito, de suas próprias crenças, preferências e modos de raciocinar, inclusive em cotejo com as orientações morais presentes no que Gadamer chamaria de tradição linguisticamente compartilhada. À la Pareyson, o pensamento revelativo aponta para a comunidade de intérpretes, dado que uma dada formulação interpretativa da verdade permite a quem a realiza compreender a verdade presente em uma formulação diferente. Como defendem, cada um à sua maneira, Esser, Peczenik e Dworkin, o sujeito deve formular a sua versão da prática interpretativa como a melhor versão de verdade que consiga conceber, para, em seguida, se abrir dialogicamente ao outro, consubstanciado na comunidade personificada e em suas instâncias relevantes para o direito, referências para o teste de aceitabilidade ao qual devem ser submetidas as hipóteses utilizadas para fundamentar uma decisão e as teorias doutrinárias. Portanto, a “legal doctrine”/a ideologia jurídica/o horizonte intersubjetivo de expectativas/o romance em cadeia serve(m) justamente como critério de teste das hipóteses (que não são mais do que algumas “suspeitas”) obtidas por abdução e expostas argumentativamente, de modo que, anteriormente à confirmação da hipótese em tese, o impulso pré-lógico (“hunch”) seja posto à prova mediante uma contínua reflexão sobre as orientações fornecidas pela pré-compreensão.

Expostos os contornos básicos do potencial construtivo do metaeixo paranóico do modelo ora proposto no que concerne ao entrelaçamento dos eixos compreensivo e analítico,

estudemos, em tópico próprio, os limites desconstrutivos a que o esforço racional acima descrito está inexoravelmente submetido.

7.1.1.2 Os limites desconstrutivos da argumentação jurídica à luz do metaeixo paranoico

Todo o esforço de racionalidade descrito no tópico anterior, embora construtivamente produtivo, sempre resulta desconstrutivamente em fracasso. Não é à toa, pois, que Luhmann (2014, p. 264) afirma que as razões ocultam sua redundância ao se utilizarem de distinções em referência ao lado a que atribuem sentido, mas não ao lado ao qual não atribuem, o que, em outras palavras, revela a violência constitutiva de toda determinação decisória. Ora, algo que não foi significado não pode ser utilizado, motivo pelo qual a redundância, oculta, em tese, não poderia assumir uma função de critério. Aqui, porém, Luhmann questiona se um elemento oculto realmente não pode servir como critério de crítica ou, até mesmo, de desconstrução da argumentação jurídica. Nesse ponto, o autor destaca que a desconstrução não conduz à reconstrução, mas, sim, a uma postura terapêutica que vai até o mais profundo, justamente tendo em vista que só se pode rejeitar ajuda enquanto não se está totalmente desorientado. Questiona, então, o autor: “Mas quem deve tratar terapêuticamente o sistema jurídico? E quem assume a função do sistema jurídico enquanto isso?” (LUHMANN, 2014, p. 264 – tradução nossa). Em trecho relevante para que visualizemos a relação paranóica entre autopoiese e desconstrução, Luhmann afirma que toda significação, inclusive a de “desconstrução”, depende de distinções, as quais permitem um cruzamento (“crossing”) em que se pode perguntar

quais decisões são excluídas por quais decisões e quais razões são excluídas por quais razões. Pode-se também estabelecer uma definição do outro lado da distinção para distinguir a própria distinção como um instrumento de observação que está especificado em ambos os seus lados. Porém, isto conduz apenas à definição da distinção e oculta o outro lado da distinção, que é necessário para esta definição. Uma outra questão poderia ser: o que distingue a distinção entre legislação e decisão judicial? Os desconstrutivistas nunca estão desempregados. Porém, o sistema jurídico, sob os olhares deles, pode produzir, passo a passo, uma arquitetura de distinções com o qual tente cumprir a tarefa que propõe a si mesmo cada vez em que se presta a mediar a variação e a redundância. Outras perguntas podem ser feitas sempre que as distinções são especificadas de ambos os lados de um argumento, até que se chegue à descoberta de que haverá sempre algo por conhecer, porque invariavelmente se oculta algo. Esta é apenas uma outra versão da tese de que um sistema só pode operar no sistema, e não em seu ambiente. (LUHMANN, 2014, p. 265 – tradução nossa).

Aproximando-se explicitamente de Derrida, Luhmann considera que a interpretação do texto, ao mesmo tempo, manifesta o seu sentido em outra linguagem e produz um novo

texto com base no interpretado. Trata-se, pois, de “repetição ‘cum’ alteração”, ou seja, de iteração, no sentido conferido à palavra pelo pensamento desconstrutivo. Não é à toa, pois, que Luhmann (2014, p. 249 – tradução nossa) afirma que “a repetição é um processo significativamente mais difícil e diferenciado do que o mero ato de copiar”. Nesse ponto, Luhmann cita explicitamente a distinção feita por Derrida, em “Limited inc”, entre iterabilidade e repetição, segundo a qual, nas palavras do autor alemão, “diferentemente do mero repetir, nas repetições se tem em conta a diferença das situações, as quais se produzem unicamente com o passar do tempo” (LUHMANN, 2014, p. 249 – tradução nossa). Luhmann nota, pois, que qualquer repetição sempre se dá em um contexto distinto daquele em que se deu o evento que se pretende repetir. Essa premissa, quando transposta para a comparação intrínseca à analogia entre casos exigida pela justiça como isonomia, torna mais complexa uma demanda desse tipo: “as repetições estão submetidas a uma dupla exigência (na qual se reflete exatamente o que a justiça exige: identificar regras e confirmar essa identificação, a despeito da não-identidade da situação de cada caso. A repetição exige a condensação e a confirmação: reduzir a identidades definíveis e torná-las gerais. É assim que procedem os tribunais na interpretação dos precedentes e das leis” (LUHMANN, 2014, p. 249 – tradução nossa). Há aí, para falarmos em linguagem derridariana, uma “différance” na igualdade, dado que há um mero rastro de similaridade. Por tal razão, a argumentação dos magistrados não é uma aplicação de regras fixas, pois “a orientação argumentativa se encontra em constante movimento, dado que a garantia recursiva se move, ela mesma, de situação a situação” (LUHMANN, 2014, p. 249 – tradução nossa).

As razões oferecidas pela argumentação, pois: só podem ser repetidamente utilizadas em termos iterativos; devem, segundo Luhmann, estar referidas a uma rede recursiva de considerações que as sustentem – ponto em que ecoam, na tese do autor sistêmico, em um plano analítico, as cadeias de sustentação do coerentismo de Peczenik, inclusive no que diz respeito à fundamentação de critérios para o reconhecimento de boas ou más razões, o que envolve a propriedade da razão como um constructo que pode fundamentar a si mesmo e, “ultima ratio”, o caráter aporético dessa propriedade, tão bem caracterizado por Derrida – ; e são apresentadas mediante um raciocínio “de parte ad partem” (parte de exemplos de casos anteriores para resolver os novos casos).

Particularmente quanto ao raciocínio “de parte ad partem”, Luhmann aproxima-se do procedimento abduutivo de Kaufmann, que, como visto no quarto capítulo deste trabalho, envolve um elemento analógico heurístico, referente às experiências pretéritas, as quais servem como inspiração para uma comparação conjectural do conhecido com o desconhecido –

à la Reale, a conjectura tanto transcende a experiência como produz resultados que devem se conciliar com o que se experimentou e cuja plausibilidade deve ser fundada nessa própria experiência. A tese de Kaufmann nos oferece um contínuo entre abdução – juízo primordialmente prospectivo em que se busca a similaridade, por assim dizer, analógica entre os fatos presentes e as prováveis consequências futuras da hipótese – e analogia – juízo que se inicia retrospectivamente, em um sentido que é admitido pelo próprio Kaufmann, em sua fase madura. Sistemicamente, tal contínuo pode ser lido nos termos da relação paradoxal entre redundância e variação, a qual implica que a temporalização seja compreendida como um pressuposto decisório: “a decisão abre ou fecha possibilidades, as quais, sem ela, não existiriam. Ela pressupõe o passado como imutável e o futuro como modificável, o que inverte o sentido da **relação de determinação**. Não se deixa determinar pelo passado, mas tenta determinar o futuro, sem, contudo, produzir este efeito modificador, visto que haverá mais decisões subsequentes a serem tomadas no futuro”. (LUHMANN, 2004, p. 283 – tradução nossa). Podemos afirmar desconstrutivamente que também nesse paradoxo, subscrito por Luhmann, a analogia de comparação com o passado pode ser vista como a inspiração para as novidades jurídicas, enquanto a abdução – que nos parece uma espécie de analogia em que se comparam o presente e o futuro – equivaleria, em um primeiro momento, à antecipação de sentido (“hunch”), a qual, quando não é objeto de posterior reflexão, tende, como bem notou Kaufmann, a reproduzir o que a pré-compreensão oferece de mais subjetivamente consolidado, ou seja, a assumir equivocadamente a hipótese como tese, desconsiderando as possibilidades alternativas de futuro⁹². Em outros termos, o direito, como

⁹² Sobre a relação entre temporalidade e sistema jurídico, vejamos as seguintes palavras de Luhmann (2004, p. 283; 297-8 – tradução nossa: “Um sistema existe apenas no momento de seu funcionamento, motivo pelo qual assume como dado um mundo que existe simultaneamente [...] naquele momento temporal. Uma extensão temporal é possível apenas mediante a introdução do presente como uma distinção, como uma unidade da diferença entre passado e futuro. De tal maneira, o presente é o ponto cego de um tempo que se estende ao que não é atual. Pode-se, então, utilizar o presente como o momento temporal da decisão e torná-lo o que não pode mais ser modificado em relação ao passado e o que ainda pode ser modificado em relação ao futuro. Consequentemente, o mundo simultaneamente existente assume a forma de uma alternativa. Pode-se ser seletivo em relação aos horizontes temporais do passado e do futuro diante de seu caráter não-atual. Esta postura seletiva proporciona a construção de uma alternativa que possibilite a compreensão da situação como uma situação decisória. Uma decisão poderá ocorrer apenas se for temporalizada deste modo. [...]. Uma análise tal da atividade decisória é relevante por pressupor que uma decisão não é determinada pelo passado (incluindo, é claro, leis aprovadas e atos praticados), o que, para os juristas, pode ser particularmente inaceitável. A decisão funciona dentro de sua própria construção, a qual é possível apenas no presente. Por outro lado, produz consequências para o presente futuro. [...]. O direito válido é assumido como um dado e, conseqüentemente, como o produto do passado. O ideal de ser capaz de deduzir a decisão a partir da lei significaria, na prática, que o passado é suficiente como um ‘input’ e que o futuro poderia ser deixado à impossibilidade lógica ou à necessidade. Pode-se calcular o futuro sem a necessidade de que isto seja feito de maneira decisiva. Contudo, sabe-se que este não é o caso dos tribunais, os quais são forçados a enredar um futuro. Isto ocorre mediante a elaboração de regras decisórias às quais os tribunais virão a aderir nos casos similares futuros. Estas regras podem ser regras de interpretação das leis ou, sobretudo no ‘common law’, regras derivadas de casos por

um sistema científico autocorretivo (Morris Cohen), ou seja, que se esforça reiteradamente para incrementar a qualidade de suas razões justificantes, traduz a linguagem lógico-normativa mediante uma “re-entry” que tem como critérios a testabilidade das normas em relação a suas implicações (elemento abduutivo em sentido estrito, de caráter prospectivo) e o estabelecimento de similaridades dos juízos nelas presentes com experiências pretéritas (elemento analógico em sentido estrito, retrospectivo), de maneira a resultar na qualificação de tais normas como justificadas. Nada disso, contudo, viabiliza uma perfeita determinação, pois a temporalização exige a prática contínua de atos iterativo-determinativos, motivo pelo qual, nos moldes de uma justiça por-vir (Derrida), ainda que o compêndio sistêmico à decisão exija uma providência autoritativa, qualquer tese sempre terá que ser vista, ao menos no plano da crítica, como uma hipótese a ser incessantemente revisada.

Especificamente no que concerne à dimensão analítico-conceitual, Luhmann afirma que “a argumentação mediante conceitos é uma argumentação histórica (mesmo quando não sejam citados textos antigos), e a Jurisprudência analítico-conceitual é Jurisprudência histórica” (LUHMANN, 2014, p. 275 – tradução nossa). Ainda que pareça paradoxal, justamente por ser histórica, a análise conceitual não está apenas vinculada à redundância, mas também dirigida à inovação, visto que surge das dúvidas sobre se um caso pode ser decidido mediante uma mera subsunção ao significado conceitual usual. A criação tanto das regras quanto dos conceitos obedece a uma estrutura dual de condensação e confirmação no contexto de suas repetidas utilizações. Os conceitos – tais quais “direitos fundamentais” ou “responsabilidade direta” – precisam ser identificáveis, reconhecíveis, para que possam ser reutilizados, motivo pelo qual recebem nomes específicos. O processo de reutilização (iterativa) de um conceito é sempre enriquecedor para este, tanto pelo fato de gerar regras formuladas com base em tal elemento conceitual, quanto pela sua aplicação prática a problemas específicos, os quais, inclusive, problematizam a própria densificação iterativa do sentido conceitual⁹³. Nas palavras do autor,

abstração. Trata-se aqui da criação de limitações, as quais também precisam ser vinculantes no futuro. Isto significa que o sistema, em sua dimensão temporal, se fecha mediante a construção do presente (que desaparece com a decisão) como um passado de um futuro presente. A decisão está sujeita a regras ‘modo futuri exacti’ e é disciplinada por estas. Este modo de mediação entre passado e futuro requer um segundo quadro temporal: um tempo centrado e construído no presente, e que se transforme com este. Isso não altera o fato de que não existem, no âmbito do real, espaços fictícios de possibilidades. Ora, no plano do real, tudo ocorre simultaneamente. O tempo, visto como diferença, é sempre a construção de um observador.”

⁹³ Vejamos o seguinte exemplo de Luhmann (2014, p. 276 – tradução nossa): “No que corresponde à ‘delegação’, seria necessário esclarecer: se é possível uma completa delegação de competência sem a transferência desta competência; se e em que extensão é necessária uma especificação da competência delegada precisa ter validade jurídica; como esta exigência pode ser prescrita de maneira geral com certeza suficiente; e se o poder delegado pode ser objeto de nova delegação [...]. Decisões desse tipo sobre regras são convertidas em

os conceitos se originam durante os processos argumentativos e, sobretudo, por razão daquilo que se repete para ser aplicado em situações decisórias a cada vez diferentes. Os textos não são conceitos, mas, sim, objetos (embora possa haver um conceito acerca do texto). Os conceitos desenvolvem-se no processo de trato com os textos, na medida em que as distinções que os definem são tornadas mais precisas, ou seja, são distinguidas em si mesmas. Isto é exatamente o que acontece na argumentação. O que importa em certas circunstâncias é distinguido do que não importa. E aquilo que não importa não é apenas “todo o resto”, mas, sim, um outro entendimento sobre o problema, uma outra interpretação, outras regras de decisão, que teriam outras consequências jurídicas. A argumentação produz uma sequência de razões e consequências que, como toda sequência, serve para conservar e para retomar a aplicação de distinções. Os conceitos possibilitam a livre escolha de acesso às distinções que tenham sido conservadas, sem que seja necessário retornar à sequência que as gerou: os conceitos, em seu novo nível, organizam distinções emergentes (LUHMANN, 2014, p. 274-5 – tradução nossa).

A relação entre memória do sistema e prática da argumentação jurídica envolve conceitos previamente conhecidos pelo “law-conditioned official” (Llewellyn) que são utilizados e reutilizados (ou seja, continuamente iterados) em contextos diferentes, bem como que, em um metacontexto confiável, permitem a introdução de razões decisórias concretas. O uso dos conceitos na argumentação pressupõe uma analogia como ligação entre os casos e sua diversidade, o que proporciona uma conservação da experiência adquirida a partir de tais eventos e das correlatas expectativas fixadas, as quais, ao serem confirmadas, configuram a redundância. Por outro lado, diante de novos contextos, os conceitos servirão como razoáveis para o reconhecimento do novo ou para a construção de regras para situações até então não reguladas.

Podemos destacar o fato de Luhmann (2014, p. 249; 274 – tradução nossa) concluir, a respeito do compimento à normatização, que “a construção de regras é o resultado – não a condição – desta maneira de argumentar. [...]. ‘A dedução surge apenas depois que a parte interessante do argumento, que decide sobre o direito a ser aplicado, é concluída’. Dizer que os juristas realizam deduções a partir de conceitos seria uma descrição simplista deste processo”. Essa afirmação remete: por um lado, à sua perspectiva de hierarquias entrelaçadas, em que o tribunal, diante da indecidibilidade, tem a função de converter a indeterminação legislativa em determinação casuística, de transformar a compulsoriedade em liberdade, de colmatar o intervalo de indecidibilidade entre estrutura e operação; por outro, à ideia compartilhada por Radbruch e Kantorowicz, bem como subscrita por Esser, de que a

componentes do conceito, e se se vê que o conceito não é adequado, se escolherá outra palavra que se julgue mais apropriada e, se for o caso, outro conceito. Neste sentido, o conceito acumula experiências que estão disponíveis para serem retomadas, embora não formule estas experiências (de outro modo, seria um texto), mas apenas as **reatualizem** em dadas circunstâncias”.

construção do direito pelo juiz é o resultado de seus próprios resultados⁹⁴. Devemos, aqui, lembrar o entendimento de Luhmann de que a autoridade competente (“law-conditioned official”, diria Llewellyn), fundada em sua experiência jurídica – pré-compreensão sobre o horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser), ideologia jurídica (Peczenik), romance em cadeia “Dworkin”, “legal doctrine” (Llewellyn) –, seleciona o que será considerado como texto, cujas palavras são um mero ponto de partida, visto que a interpretação propriamente dita é uma racionalização posterior desse texto idônea a confirmar a premissa de que a decisão legislativa foi racional. Visualizamos aí o reconhecimento luhmanniano da violência constitutiva da atividade hermenêutica desde a compreensão (atribuição de sentido, “hunch”) até a explicitação dos resultados de uma pretensa reconstrução analítico-retrospectiva do momento compreensivo, o que demanda que abordemos, mais uma vez, a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação.

Luhmann (2014, p. 267) aparenta recepcionar implicitamente a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação quando – citando MacCormick, para quem as razões explicitadas nos textos das decisões judiciais devem ser razões que as façam aparentar ser o que se supõe que sejam – afirma que as operações do sistema jurídico comunicam o poder de

⁹⁴ Sobre o entrelaçamento hierárquico Legislativo-Judiciário, vejamos as palavras de Luhmann (2004, p. 289; 278-9 – tradução nossa): “[...] a dissolução da clássica hierarquia entre legisladores e tribunais em uma relação circular de influência recíproca. [...] O juiz aplica as leis de acordo com as instruções do legislador. E este embarcaria em uma “viagem às escuras” (Esser) se não considerasse a compatibilidade das novas leis com as premissas ordenadoras das decisões judiciais. Esta diferença entre jurisdição e legislação se torna uma espécie de círculo cibernético no qual o direito observa a si próprio no nível das observações de segunda ordem. O juiz deve tentar reconhecer as intenções do legislador e como este observou o mundo. [...] Contudo, o legislador deve também antecipar como serão recebidos e analisados os casos nos tribunais”. Por sua vez, quanto ao caráter paradoxal da relação entre indeterminação e determinação, vejamos o seguinte excerto: “[...] uma decisão é sempre uma questão de uma alternativa, que consiste em dois ou, frequentemente, mais caminhos dentre os quais se deve escolher. O caminho selecionado, por sua vez, pode conter situações, eventos e decisões resultantes da decisão que o escolheu. Por conseguinte, as decisões subsequentes não poderiam ser realizadas sem a primeira decisão [...] e são consideradas, em princípio, imprevisíveis. A decisão em si mesma, porém, não é um componente da alternativa dada, não é um caminho. Por isso, deve-se presumir que a decisão é o terceiro excluído do estado de alternatividade das duas alternativas. É a diferença o que constitui esta alternativa. Mais precisamente, a decisão é a unidade desta diferença. Trata-se de um paradoxo. **Decisões podem ser tomadas apenas se a indecidibilidade for assumida como uma questão de princípio** (e isto não é meramente algo ainda não decidido). Se não fosse assim, a decisão já teria sido decidida e apenas precisaria ser descoberta. O fato de os tribunais escolherem a forma de apresentação “descoberta” precisa ser assumido como uma fuga em relação ao problema e, talvez, também como uma invisibilização e dissipação do paradoxo. De todo modo, isto não deveria conduzir à equivocada ideia de que os conflitos jurídicos não exigem nenhuma decisão. Se não há alternativa, a decisão dos tribunais já foi antecipada pelo legislador ou por um contrato. Contudo, mesmo quando esta tiver sido a intenção, frequentemente poderão ser encontradas alternativas. Não há decisão que possa excluir, como consequência sua, que decisões ulteriores sejam necessárias ou possíveis. [...] Apenas aos tribunais incumbe a administração do paradoxo do sistema, independentemente de como este seja definido. Apenas os tribunais precisam **transformar a indeterminação em determinação quando necessário**. Apenas eles estão obrigados a decidir e, por conseguinte, apenas eles têm o privilégio de poder transformar a compulsoriedade em liberdade. [...] O paradoxo [...] é a “re-entry” da forma na forma, [...] mesmidade na diferença, [...] determinação da indeterminação, [...] autolegitimação.” (LUHMANN, 2004, p. 282; 292 – tradução nossa).

convencimento das melhores razões independentemente das experiências psíquicas de seus participantes e de eventual falta de sinceridade e autenticidade. O autor exemplifica tal afirmação com a situação dos advogados, os quais argumentam como se estivessem convencidos das razões favoráveis ao seu cliente (contexto de justificação), independentemente de efetivamente concordar com elas ou não (contexto de descoberta). Retomando a temática da iteração, Luhmann considera que a redundância não é logicamente necessária, pois a certeza de uma informação não implica a certeza de outra, assim como toda a elaboração de qualquer disposição normativa produz, simultaneamente, como uma forma de dois lados, uma interpretação e correspondentes problemas interpretativos. A tal respeito, não importa, segundo Luhmann, o que o leitor pensa sobre o texto, mas apenas a argumentação que ele prepara em sua interpretação, seja em uma comunicação simulada consigo mesmo, seja na forma de pensamentos articulados (LUHMANN, 2014, p. 258).

Se, por um lado, a perspectiva sobre o leitor descrita no parágrafo anterior parece sugerir que, para Luhmann, não importa o contexto de descoberta, mas apenas o contexto de justificação; por outro lado, o professor alemão reconhece a relevância do teste da argumentação consigo mesmo, o que consiste em uma interpretação em sentido reflexivo, ou seja, como vimos, uma postura em que se revisam entrelaçadamente a descoberta e a justificação. Não é à toa, pois, que o autor, construtivamente, afirma que o juiz, salvo autorização legal para a consideração de suspeitas fundadas, deve deixar de lado suas motivações psíquicas – em linguagem gadameriana, seus pré-conceitos –, bem como menciona a relevância, no teste argumentativo, “dos critérios sobre o que se pode dizer de maneira convincente” e “de quais contextos de comunicação podem ser relacionados a determinados textos”, o que nos parece remeter à ideia de submissão do “hunch”, originado na pré-compreensão, a uma reflexão, também fundada nas experiências prévias, orientada a uma compatibilização com as tradições autênticas (Gadamer), o horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser), a ideologia jurídica (Peczenik), o romance em cadeia (Dworkin), a “legal doctrine” (Llewellyn). A tal respeito, aliás, Luhmann (2014, p. 259) cita Esser expressamente no que diz respeito à substituição da argumentação jurídica tradicional, que se debruçava sobre o texto e o princípio, por um modelo de justificação argumentativa que tem o caso como ponto de partida. Outro autor influenciado por Gadamer mencionado por Luhmann (2014, p. 259) nesse contexto é Owen Fiss, que busca a objetividade da interpretação nas relações sociais e vê a interpretação como uma interação dinâmica entre o leitor e o autor

delimitada pela realidade da comunidade interpretativa⁹⁵. Luhmann defende, então, que o raciocínio, inclusive no que diz respeito às demonstrações lógicas, é um comportamento social, bem como que não se deve distinguir entre hermenêutica, dialética, dialógica e retórica. Nesse sentido, o autor afirma que a interpretação não é destinada a si próprio, mas, sim, ao uso do que se interpretou em um contexto comunicativo que colabora com o reconhecimento da autoridade, independentemente do caráter altamente seletivo dos resultados, razões e argumentos, bem como das possibilidades de inserção de novos argumentos (LUHMANN, 2014, p. 259). Em certa semelhança com Reale, para quem a interpretação é uma atividade intersubjetiva em que um sujeito busca captar e trazer para si um ato de outrem, não de acordo com uma visão pessoal, e sim como um significado objetivamente válido, o qual, no entanto, deve receber do intérprete uma contribuição para constituir seu sentido; Luhmann entende que, a despeito das variações de sentido de um texto, todos que o interpretam têm diante de si um mesmo texto – poderíamos dizer, em linguagem recepcionada por Gadamer e, portanto, indiretamente, por Fiss, “um mesmo ente” –, o que significa que embora

a forma linguística não garanta [...] a existência de limites à ousadia do intérprete, garante a unidade do contexto de um episódio comunicativo. A forma linguística constitui um meio social para a aquisição de novas formas, ou seja, boas razões justificantes de uma determinada interpretação de um texto. O sujeito pode alienar-se em relação ao sentido literal de um texto na medida em que se aliena do sentido literal de suas palavras. Esta é a diferença entre o entendimento literal de um texto e um entendimento análogo, a qual, para ser conservada, pressupõe que a interpretação não destrua a unidade funcional do texto (LUHMANN, 2004, p. 324 – tradução nossa).

Luhmann (2014, p. 249 – tradução nossa) enxerga a argumentação jurídica como uma comunicação voltada para a controvérsia – ou, poderíamos dizer, para a indecidibilidade –, uma “auto-observação do sistema jurídico, que, em seu contexto recursivo autopoietico, reage

⁹⁵ A perspectiva de Fiss é influenciada pela vertente da teoria literária conhecida como New Criticism, contraposta à antiga tendência de preocupação com o autor vigente no século XIX. A exclusiva preocupação com o texto (que não é visto por uma perspectiva realista-essencialista) é caracterizada por Joana Aguiar e Silva (2001, p. 82 e ss.), no campo do direito, como um pensamento interpretativista objetivista de caráter gadameriano. Fiss (*in* LEVINSON; MAILLOUX, 1998, p. 230 e ss.) percebe, com Gadamer, que o decisor judicial nunca deixa de estar constringido por determinadas pautas de conduta interpretativa, as quais não implicam a possibilidade de determinação apriorística unívoca do sentido de um texto. A identidade entre direito e interpretação leva à conclusão de que os limites da autoridade legítima para aplicar o direito confundem-se com os limites impostos à interpretação jurídica, os quais são encontrados na historicidade de todos os textos e nas limitações sócio-históricas dessa pré-compreensão que determina constitutivamente o próprio resultado interpretativo. Assim, o conjunto de leituras que vai se acumulando em torno de um texto ao longo de sua história condiciona o seu sentido, intersubjetivamente determinado, na medida em que dependente das relações intersubjetivas estabelecidas entre o leitor e o texto e entre a própria comunidade de leitores – o que configura uma circularidade hermenêutica entre o texto e o seu intérprete. De tal maneira, o autor, ao não se submeter à dicotomia sujeito-objeto, transcende a dualidade entre vontade da lei e vontade do legislador, bem como consegue não incorrer no equívoco de conceber o texto como o repositório de uma verdade objetiva apriorística.

às diferenças de opinião – passadas ou vindouras – (ou as antecipa) sobre o que deve ser atribuído ao código lícito/ilícito”. O autor parece recepcionar a distinção entre justificação interna e justificação externa ao mencionar a existência de uma “dualidade qualitativa entre razões e erros”, segundo a qual boas razões podem conter erros lógicos, assim como a falta de erros em uma fundamentação não significa que esta seja fundada em boas razões em sentido material. Ora, quando o autor afirma que a argumentação jurídica não pode ser reduzida ao reconhecimento e à prevenção de erros, está manifestando perceber o caráter insuficiente da justificação interna. A justificação externa, como espaço da busca por boas razões, cumpre o papel de conferir responsividade ao sistema perante as demandas de seu ambiente por mais variação. Nas palavras do autor, “as boas razões devem ser interpretadas como possíveis interpretações de um texto, com o correlato caráter indubitável da validade jurídica. Toda argumentação jurídica deve demonstrar consistência com o direito vigente e apenas com base em textos apropriados ou tornados apropriados interpretativamente poderá sustentar a qualidade de suas razões para apresentar um resultado como um tipo de subsunção”, ou, poderíamos dizer, para que possamos reconstruir uma decisão na linguagem lógico-retrospectiva da justificação interna” (LUHMANN, 2014, p. 274 – tradução nossa). Por outro lado, Luhmann não nega a necessidade da justificação interna para que o sistema possa tomar decisões justas, entendidas estas como consistentes, o que pressupõe a prevenção de erros, “indicadores operativos para a eventual injustiça do sistema” (LUHMANN, 2014, p. 254 – tradução nossa).

A argumentação é uma comunicação desenvolvida no interior do sistema para determinar o sentido daquilo que as leis, indeterminadamente, estabelecem como futuramente válido. Trata-se de expediente que qualifica uma compreensão específica como superior a outra e que se fundamenta mediante cadeias recursivas de auto-sustentação, as quais, em seu “andaime estrutural de referência” paulatinamente construído pelas operações sistêmicas e suas iterações, envolvem: por um lado, uma tradição de elementos que possibilitam a redundância – Luhmann cita os princípios, as regras, a doutrina e o aprendizado com os erros, mas poderíamos, desconstrutivamente, mencionar, de modo mais abrangente, os “steadying factors” de Llewellyn – ; e, por outro, “construções alternativas rejeitadas que constituem uma reserva à qual recorre o legislador e, sobretudo, proporcionam a formação da criatividade jurídica do juiz”, ou seja, variação (LUHMANN, 2014, p. 262 – tradução nossa). Contudo, a argumentação não pode, mediante demonstrações logocêntricas, garantir que uma dada decisão seja correta – motivo pelo qual, aliás, Luhmann (2004, p. 353 – tradução nossa), desconstrutivamente, se diz “relutante em aceitar a presunção de uma racionalidade

operacionalmente alcançável como uma espécie de totalidade”. Ao contrário, decisões opostas, em tese, podem ser justificadas com base em argumentações de qualidade equiparável. De tal maneira, a determinação do sentido normativo configura-se como um problema de indecidibilidade – não é à toa que Luhmann cogita a inserção de um terceiro valor, o “indeterminado”, na lógica, a qual, tradicionalmente, utiliza apenas o binômio verdadeiro-falso – que, dada a artificialidade dos códigos binários – afinal, o mundo, dada a contingência, não se organiza nos termos destes “nem como ato, nem como logos, nem como o texto criado. Em cada observação que utiliza distinções, o mundo se retira como o não-observável” (LUHMANN, 2014, p. 274 – tradução nossa) –, só pode ser solucionado violentamente: “a lógica manipula de tal maneira a operação que se torna possível a adjudicação inequívoca para um lado ou para o outro da forma” (LUHMANN, 2014, p. 285). O círculo hermenêutico entre a determinação do que deve ser interpretado e o seu ajuste às razões que justificam a necessidade da interpretação possibilitam uma observação de segunda ordem (nos termos da busca de um equilíbrio reflexivo descrita por Peczenik e seu modelo coerentista de cadeias de sustentação), mas não têm como garantir uma uniformidade na observação por todos os observadores. Podem, contudo, mediante o uso de distinções, contribuir construtivamente para evitar a arbitrariedade – o que se assemelha à afirmação do autor polonês de que uma reconstrução teórica não pode eliminar o caráter “fuzzy” dos “platitudes” ou oferecer respostas objetivamente corretas, mas, pode diminuí-lo – e para viabilizar um grau de responsividade que não destrua a consistência do sistema.

Se, por um lado, deve-se reconhecer que não é possível uma determinação logocêntrica do sentido normativo (dado o seu caráter imensurável), também é necessário notar, por outro lado, que o observador, ao argumentar, não tem uma liberdade irrestrita para inserir razões no contexto observacional de um texto. Em outros termos, não há aí um decisionismo, pois a exposição das razões tidas como boas exige uma fundamentação textual que explicita sua consistência com o direito vigente. Nesse sentido, a argumentação, com seus respectivos juízos de valor, só pode ser bem-sucedida hermenêuticamente se tentar restringir novamente a sua própria liberdade no interior do direito, o que envolve, exemplificativamente, a indicação de duas possíveis leituras sobre uma disposição normativa antes de se escolher fundamentadamente uma delas.

Diante do exposto, temos em Luhmann, por um lado, a construtiva negação da tomada de decisões por mera equidade, ou seja, orientadas exclusivamente pela heterorreferência a valores externos ao sistema; e, por outro, o desconstrutivo reconhecimento da indecidibilidade como constitutiva da atividade decisória. Nesse contexto, é relevante notarmos que, na teoria

autopoietica de Luhmann, a consciência do intérprete (entendido este como um sistema psíquico estruturalmente acoplado ao sistema jurídico) a respeito do caráter aporético do ofício judicante é, ao mesmo tempo: um requisito de mitigação do espaço para uma, digamos, discricionariedade em sentido forte ofensiva aos limites impostos pelas fronteiras e compelimentos sistêmicos; e uma condição de possibilidade para a inserção de variações no sistema jurídico. Exploraremos essa questão mais detidamente em tópico próprio, no qual entabularemos um diálogo entre a teorização de Llewellyn sobre os “steady factors” e a abordagem de Luhmann sobre as restrições de comportamento às quais os magistrados estão submetidos.

7.1.1.3 Uma leitura desconstrutivo-constitutiva sistêmico-iterativa dos “steady factors”: pontos de apoio de uma metodologia reflexiva diante da discricionariedade envolta no intervalo redundância/variação

Luhmann (2014, p. 229) afirma que o magistrado sabe estar submetido a restrições de comportamento. Ora, ao produzir textos com base em outros textos, o seu raciocínio argumentativo, por melhor que seja, não determina necessariamente a decisão, a qual será orientada pelos costumes dos tribunais e pela tradição: “as razões últimas são sempre, apenas, razões penúltimas” (LUHMANN, 2004, p. 356 – tradução nossa). Tais afirmações demonstram que o professor alemão, ao admitir que a argumentação produz um “andaime estrutural de referência”, ou seja, uma tradição de princípios, regras, doutrinas e aprendizado com os erros introjetada pelos “law-conditioned officials” à medida que estes vivenciam suas experiências no jogo de linguagem jurídico, percebe, de modo semelhante a Llewellyn (1960), o peso dos “steady factors” na atividade decisória. Senão vejamos.

Primeiramente, podemos notar que ambos os autores reconhecem que o juiz está vinculado a obedecer às regras que governam o seu ofício. Na terminologia do realista estadunidense, encontramos lastro para tal assertiva no “steady factor” “law-conditioned officials”, segundo o qual o pensamento dos magistrados é juridicamente condicionado pela sua experiência jurídico-profissional, adquirida mediante participação no jogo de linguagem do direito. De maneira semelhante, Luhmann (2014, p. 229 – tradução nossa) considera a mais importante restrição de comportamento aquela segundo a qual o magistrado precisa “produzir novas regras jurídicas de acordo com padrões conteudísticos e metodológicos pré-estabelecidos”. Tais padrões, segundo Llewellyn, são encontrados na “legal doctrine”, ou seja, nas leis, nos precedentes e nas construções doutrinárias, referências argumentativas que

devem ser reflexivamente analisadas no contexto decisório. Para Llewellyn (1960, p. 20), como existem diversas respostas em potencial nos materiais que compõem a “legal doctrine”, tais elementos, ao mesmo tempo, cumprem uma função de estabilização (sistemicamente, de redundância) e comportam possibilidades de variação (mais uma vez, em compatibilidade com a leitura sistêmica), o que abre espaço para uma oscilação entre cânones opostos na prática judiciária (“thrust and parry”). Esses cânones, chamados pelo professor estadunidense de “known doctrinal techniques” – de maneira semelhante: ao que Peczenik chamou, no contexto dos expedientes de justificação externa, de normas de raciocínio (“reasoning norms”), razões “pro tanto” que se justificam pela sua própria efetividade no jogo de linguagem jurídico e não podem ser ignoradas, sob pena de descaracterização da própria forma de vida em que o direito está envolvido; e ao que Reale chamou de modelos dogmáticos, produtos de escolhas hermenêuticas pretéritas que – ao cumprirem a função de instâncias crítico-axiológicas sobre o elemento ideológico-volitivo da ponência legislativa –, por um lado, ao serem reconhecidas como dotadas de um potencial de vinculação, contribuem para a redundância dos sentidos normativos, mas, por outro, ao serem reiteradas aplicativamente, envolvem um inexorável resquício de variação significativa – consistem em uma articulação de argumentos em uma linguagem técnica utilizada para justificar a seleção e a exclusão de possibilidades aplicativas da “legal doctrine”. Sistemicamente, as “known doctrinal techniques” são componentes às vezes implícitos – nas palavras de Llewellyn (1960, p. 22 – tradução nossa), muitas “são raramente formuladas de maneira expressa ou ensinadas, mas ainda assim são conhecidas e aprendidas; muitas são sentidas e usadas de maneira padronizada, mas são aprendidas e, de fato, utilizadas sem que os seus usuários tenham consciência de que as estão utilizando” – às vezes explícitos – muitas, diria Llewellyn, são expressamente formuladas e ensinadas – da memória do sistema (ideologia jurídica/horizonte intersubjetivo de expectativas/romance em cadeia). Em ambas as hipóteses, a doutrina, como atividade sistêmica de auto-observação científica, tem um papel determinante na conservação dessa memória e, no caso de sua formulação expressa, na articulação conceitual desses argumentos.

Llewellyn (1960, p. 23) nota que o fator de estabilização “responsibility for justice”, ou seja, o sentimento do magistrado de que sua resposta precisa ser justa, pode entrar em conflito com a “legal doctrine” (e, por extensão, com as “known doctrinal techniques”), visto que o sentido dessa justiça será variável dependendo do problema ou do juiz. Nesse contexto, o uso do jogo de linguagem típico da tradição e a assunção de uma postura voltada para objetivos sedimentados intuitivamente alcançados contribuem para a redução das variações

decisórias (LLEWELLYN, 1960, p. 23), visto que o fato de o magistrado ter como preocupação fundamental oferecer uma resolução justa pra o caso não significa que ele se sinta livre para fazê-lo sem recorrer aos materiais autorizados. Llewellyn (1960, p. 220), assim, nega o decisionismo e defende, remetendo ao “steadying factor” “the general period-style and its promise”, o “grand style” que considera vigente, cujo cerne é a existência de uma “law of leeways”, ou seja, um guia decisório não-explicito segundo o qual quanto mais intenso for o “felt sense”, maior será o intervalo (“leeway”) disponível para fins de uma justificável reformulação do sentido dos materiais autorizados. Por um lado, o “know-how” sobre as “known doctrinal techniques” por “law-conditioned officials” permite que se formulem construções linguísticas simultaneamente flexíveis e claramente orientadas, enquanto, por outro, a limitação da abrangência de cada técnica autorizada estabelece uma bitola para a atuação dos magistrados. Sistemicamente, podemos afirmar que é exatamente esse o papel da “legal doctrine” e das “known doctrinal techniques”: diante da contingência decisória e da iterabilidade constitutiva da atividade hermenêutica, oferecer materiais autorizados que sirvam como pontos de referência estáveis (Peczenik diria: colhidos da ideologia jurídica) para fins de realização de uma reflexiva e, em algum grau, previsível “re-entry” do “hunch” em que consiste o “felt sense” nos programas normativos submetidos ao código lícito-ilícito.

Na terminologia de Llewellyn (1960, p. 24), é apenas por meio da “legal doctrine” e das “known doctrinal techniques” que se pode respeitar outro “steadying factor”, qual seja, o “one single right answer”, segundo o qual a decisão judicial deve ser formulada como se fosse a única resposta existente para o problema jurídico sob análise. Em outras palavras, a despeito da grande margem de indeterminação quanto aos resultados que as “known doctrinal techniques” produzirão, a decisão deve transmitir uma sensação de naturalidade e obviedade à luz dos materiais autorizados, de maneira a não gerar perplexidades ou revoltas, e sim, diria Luhmann, uma estabilização de expectativas. Para tanto, o conflito incessante entre o “felt sense” (compreensão ainda não formulada em palavras) e o resultado sugerido pelos textos dos materiais autorizados deve, segundo Llewellyn (1960, p. 217 e ss.), ser resolvido nos moldes de um ideal de “regularidade razoável das decisões”. No contexto do “grand style”, a discricionariedade não pode ser completamente livre ou banal, mas, sim, deve ser entendida como uma inserção de variação que iterativamente desconstrói e reconstrói, mediante autotranscendência do direito, os limites da redundância, sem destruir os padrões da(o) coerência narrativa (Peczenik)/romance em cadeia (Dworkin) – como diz Luhmann, o “andaime estrutural de referência” estabelece, mediante sua tradição de princípios (elementos

que, entendidos como fórmulas de redundância, são compatíveis com as exigências de variação do sistema sem que ofendam o seu fechamento operacional), uma vedação implícita à utilização de argumentos absurdos. Tal concepção pressupõe uma postura de boa-fé por parte do “law-conditioned official” no uso de sua experiência (pré-compreensão), de maneira que ele possa (à la Kaufmann) refletir continuamente sobre sua hipótese decisória e, assim, evitar o proferimento de uma decisão antecipatória de sentido, ou seja, um mero “hunch” orientado por pré-conceitos – ponto em que podemos remeter à afirmação de Golding (2010, p. 54-5) de que assim como Simon defende ser existente uma lógica de descoberta, a qual deveria seguir normas derivadas dos objetivos da atividade científica, normas de justificação poderiam ser derivadas dos **objetivos do processo judicial**, dentre os quais se destaca o de encontrar resoluções jurídicas por meio da argumentação, ou seja, sustentadas por razões justificantes aceitáveis pelas partes, por terceiros interessados e por toda a comunidade jurídica. Uma conduta desse tipo contribui para o aumento de previsibilidade das decisões (redundância), dado o cuidado do magistrado em evitar renovações (variações) drásticas e/ou que não sejam antecedidas por um correlato “felt sense”. Assim, o reconhecimento, típico do “grand style”, da existência de diversas possibilidades de resposta contribui para tornar a contingente (Luhmann) seleção entre estas mais previsível, o que é viabilizado pelo “steadying factor” “issues limited, sharpened, and phrased in advance”, ou seja, a pré-determinação das hipóteses decisórias pela “legal doctrine”, pelos procedimentos, pela experiência dos próprios juristas, pelos textos legais e pelos precedentes. Ora, segundo Llewellyn (1960, p. 220 – tradução nossa), “o que é adequado e esperado em um caso extremo, se feito na prática diária em casos corriqueiros, se tornaria um abuso, uma usurpação judicial” (ou, em linguagem sistêmica, poderíamos dizer, um excesso de variação e uma redundância demasiadamente baixa), visto desrespeitar os modos básicos de funcionamento do sistema jurídico e desconsiderar os “intervalos” (“leeways”) reconhecidos nos limites compartilhados da prática decisória cotidiana. Por outro lado, a discricionariedade, de acordo com o “grand style” defendido por Llewellyn (1960, p. 514 – tradução nossa), a despeito de estar inexoravelmente ligada à peculiaridade do caso sob análise, também não pode ser completamente única, mas, sim, deve pressupor uma postura hermenêutica de disposição (Peczenik diria: uma busca pela coerência nos molsdes do equilíbrio reflexivo) para que o seu produto seja reiterado em casos posteriores análogos, visto que “um sistema jurídico adequadamente resiliente pode [...] absorver problemas específicos e transformar cada um deles em um novo padrão para ação – ou mesmo uma nova regra de direito – útil como guia de orientação para o futuro”. Em linguagem sistêmica, poderíamos traduzir essa afirmação de

Llewellyn, no contexto do paradoxo entre autoreferência e heterorreferência, como a exigência de que a introdução de variação no sistema dê origem a uma redundância, temática a respeito da qual o professor estadunidense destaca ainda o “steadying factor” “group decisions”. Para o professor estadunidense, a pluralidade de um órgão colegiado gera clivagens contra pré-conceitos, corrupção e precipitação, bem como tende a gerar uma perspectiva mais ampla e menos extremista do que uma decisão tomada por um único indivíduo. Trata-se, pois, de um contorno institucional gerador de decisões com maior continuidade, visto que eventuais modificações de posição de um membro provavelmente serão questionadas por outro(s). Como, de maneira geral, há tanto membros que se importam mais em preservar a tradição quanto outros que estão interessados em viabilizar a determinação das decisões futuras, o desenho institucional das decisões colegiadas contribui para a assunção de um conservadorismo epistêmico (Peczenik) equilibrado entre esses dois extremos.

Diante do exposto, nota-se, com Luhmann (2014, p. 236), que a submissão dos magistrados a restrições de comportamento pressupõe a existência de sistemas sociais formalmente organizados, aspecto em que o professor alemão destaca o papel da organização e da profissionalização como expedientes que, por um lado, conferem aos magistrados a independência necessária à formação de sua convicção – justamente pelo fato de haver uma incerteza sobre o conteúdo decisório, se faz necessário, segundo o professor alemão, conferir uma imunidade institucional ao juiz, de modo que este não possa ser responsabilizado individualmente pelas consequências de suas decisões – e, por outro, impõem limitações a tais agentes, os quais estão vinculados ao direito válido. Aqui, mais uma vez, Luhmann está a se aproximar de Llewellyn, mais especificamente quanto ao “steadying factor” “judicial security and honesty”, segundo o qual, por um lado, as garantias institucionais são essenciais para, por um lado, evitar decisões aleatórias e arbitrárias, mas, por outro, não podem ser compreendidas como uma desoneração do juiz ou tribunal quanto ao dever de prestar contas à sociedade (“accountability”) pela qualidade de suas decisões. Luhmann oferece um exemplo de uma arbitrariedade desse tipo no seguinte excerto: “um juiz pode rebelar-se contra uma opinião dominante e provocar os tribunais superiores, desde que, para tanto, se utilize de argumentos aceitáveis [...]. Se os tribunais superiores não lhe dão razão, a mesma opinião divergente não pode ser apresentada repetidamente, apenas para obrigar as partes a recorrerem em cada caso” (LUHMANN, 2014, p. 236 – tradução nossa). Aqui, podemos visualizar uma semelhança entre o pensamento do professor alemão e o “steadying factor” “an opinion of the court”, nos moldes do qual, segundo Llewellyn (1960, p. 26), a existência de uma expectativa

intersubjetiva (à la Esser, vinculado, de certo modo, à tradição realista estadunidense), nutrida inclusive pelas partes, de que as decisões se baseiem em fundamentos já manifestados em precedentes influencia frequentemente a própria tomada de decisão. Tal expectativa é relevante, segundo Llewellyn, até mesmo pelo fato de que a fundamentação decisória tem como uma de suas funções a de mostrar como deve ser a resolução adequada para um tipo de caso no futuro, o que, contudo, deve ser construído com base naquilo que o passado oferece, em uma reavaliação constante da tradição, a qual, ao mesmo tempo que confere solidez, fornece possibilidades futuras mediante iterações (ponto em que podemos remeter ao conservadorismo epistêmico do padrão de coerência narrativa de Peczenik), inclusive mediante a integração de um caso específico em um grupo de casos semelhantes e recorrentes. Nesse ponto, podemos visualizar o contínuo entre analogia e abdução que também enxergamos em Luhmann (2004, p. 297-8 – tradução nossa), mais especificamente quando este afirma que, em um contexto de “mediação entre passado e futuro”, os tribunais “são forçados a enredar um futuro”, o que “ocorre mediante a elaboração de regras decisórias às quais [...] virão a aderir nos casos posteriores similares. Estas regras podem ser [...] derivadas de casos por abstração. Trata-se aqui da criação de limitações, as quais também precisam ser vinculantes no futuro. [...]. o sistema, em sua dimensão temporal, se fecha mediante a construção do presente (que desaparece com a decisão) como um passado de um futuro presente”. Em uma dimensão contextual mais específica, tal similaridade entre os autores também tem como ponto de convergência o “steadying factor” “a known bench”, concernente ao peso da sedimentação das posições de um dado tribunal nos casos posteriores, o qual também contribui significativamente, em um nível mais detalhado, para a própria constituição do horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser). Segundo Llewellyn (1960, p. 34), essa peculiaridade envolve, inclusive, uma tradição a respeito das relações entre cada juiz especificamente considerado com os demais, o que chega até mesmo a se impor aos novos magistrados quando estes ingressam em um dado tribunal. Ora, como Luhmann (2014, p. 236 e ss.) nota, a organização judiciária, assim como em qualquer carreira, envolve, como parte do cumprimento das tarefas do magistrado, a obediência a limitações de conduta, inclusive no que concerne a um respeito pelas próprias opiniões anteriormente emitidas – as quais integram o horizonte intersubjetivo de expectativas e, por tal razão, implicam a assunção de um ônus em caso de violação à redundância (coerência) – e pelas opiniões dos colegas, o que, segundo o autor, é deveras significativo quando existem convergências – situação que pode gerar um aumento na solidariedade profissional – ou divergências políticas significativas – hipótese em que a solidariedade profissional serve como um pano de fundo que contribui para

viabilizar, a despeito das diferenças, o trabalho conjunto e respeitoso – entre os membros de um tribunal. O professor alemão, aliás, ao afirmar que a pertença ao Judiciário implica um grau – variável ao longo do tempo – de lealdade organizacional e solidariedade profissional, considera tais elementos determinantes no que concerne ao grau de autoregulação da carga de trabalho dos magistrados, visto ser comum que a discussão entre membros de um tribunal a respeito da admissibilidade de certas demandas tenha em seu cerne as consequências de longo prazo no que se refere à administração do próprio órgão de decisão – ponto em que, sem dúvida, o conteúdo decisório, eventualmente, é direcionado por constrangimentos quanto à assunção da responsabilidade pela inviabilização da atividade tribunalícia⁹⁶. De tal maneira, segundo Luhmann, a despeito das sensações subjetivas de independência, existem relevantes relações políticas entre os membros do Judiciário, as quais são significativas para o bom andamento dos procedimentos institucionais. Estes procedimentos, na lição de Luhmann, são essenciais para que os trâmites desde a conversão da incerteza inicial quanto ao conteúdo da decisão até a determinação de seu resultado possam comportar, no caso de “group decisions”, as opiniões divergentes dos membros de um tribunal de maneira razoavelmente cooperativa, de maneira que eventuais protestos contra a resolução do conflito social em questão possam ser institucionalmente suportados e absorvidos. Ademais, para o professor alemão, o papel de tais procedimentos no que concerne à estabilização de expectativas também envolve a exposição da troca de argumentos pelas partes, nos moldes do fator de estabilização “adversary argument by counsel” descrito por Llewellyn (1960, p. 30-1), segundo o qual a garantia do contraditório é essencial para a fixação dos elementos autoritativos relevantes a serem avaliados pelo tribunal ao decidir entre hipóteses decisórias, o que gera uma barreira contra a arbitrariedade e a desconsideração dos materiais autorizados – ponto em que, mais uma vez, se faz pertinente a mencionada relação estabelecida por Golding entre a lógica de descoberta proposta por Simon e os “objetivos do processo judicial”. Nesse contexto, o “steadying factor” “professional judicial office”, referente à autocompreensão do juiz quanto ao caráter de imparcialidade e retidão intrínseco à institucionalização, à profissionalização e à dignidade de sua atividade (e, neste particular, também de sua atuação pessoal), pressupõe a busca por uma percepção equânime das posições das partes e uma consideração adequada do problema como um todo, em uma postura “verdadeiramente aberta a escutar, a se informar, a ser persuadido, a responder às boas razões” (LLEWELLYN, 1960, p. 50 – tradução nossa) –

⁹⁶ Como exemplos óbvios, podemos mencionar, no contexto do Supremo Tribunal Federal, o requisito de repercussão geral e o debate sobre a caracterização de ofensa ao princípio da legalidade como questão constitucional

ponto em que podemos obviamente remeter ao papel do horizonte intersubjetivo de expectativas como referência para o controle de precisão em Esser, bem como ao padrão de coerência oferecido por Peczenik em sua concepção de equilíbrio reflexivo amplo, restrito, segmentado e centrado em torno de “platitudes”.

Diante de tudo o que foi exposto neste tópico, podemos, em uma leitura desconstrutivo-constructiva, concluir, com inspiração em Gadamer, que, dado o fato de o círculo da compreensão não ser um círculo "metodológico", mas, sim, descrever um momento estrutural ontológico da compreensão; os “steadying factors”, lidos sistemicamente, servem como pontos de apoio em uma metodologia reflexiva regida pela noção de equilíbrio reflexivo proposta por Peczenik, mas não como elementos de um método em sentido constitutivo, ou seja, que trace um caminho seguro, sintetizado em regras “mágicas”, para o alcance de uma resposta juridicamente correta – afinal, não é possível, como bem notou Esser, influenciado por Gadamer, encontrar nas sentenças locucionais e/ou no método a plena expressão da verdade⁹⁷. Dando sequência a nossa leitura desconstrutivo-constructiva,

⁹⁷ Sabemos que pode parecer contraditória a nossa pretensão de combinar teses assumidas por Heidegger e Gadamer com intuições de Derrida, motivo pelo qual nos prestamos agora, especificamente, a fundamentar a sustentabilidade de tal iniciativa. Como é notório, Derrida acusa Heidegger e Gadamer de não lograrem êxito em suas tentativas de superação da metafísica do presente. Para o professor franco-argelino, a hermenêutica filosófica subscreve um conceito de verdade vinculado a uma ideia de acordo harmônico, o que, desde a radical crítica da verdade feita por Nietzsche, não poderia mais se sustentar. Derrida rejeita, pois, a ideia de que “o evento hermenêutico da verdade, em que o assunto apresenta um aspecto de si próprio, ainda implica que há uma verdade, um significado, que pode ser descoberto” (SCHMIDT, 2006, p. 226). Ora, para o teórico da desconstrução, não “há verdade ou significado, apenas muitas perspectivas diferentes, interpretações diferentes. Estas perspectivas não revelam um significado subjacente, e são apenas o jogo da diferença. [...] A análise não descobre nenhuma totalização devido à falta de um centro [...] e à multiplicidade resultante” (SCHMIDT, 2006, p. 226). O cerne da divergência entre Gadamer e Derrida foi descrito da seguinte maneira por Schmidt (2006, p. 226; 230: “há duas interpretações da interpretação: ‘Uma busca decifrar uma verdade ou uma origem’ que escape do jogo’ [...], e isto caracteriza a hermenêutica de Schleiermacher a Gadamer. A outra atitude, que Derrida defende, não busca mais um centro e afirma o jogo da própria ‘différance’. [...]. Como não há um significado transcendental, um texto não tem sentido nem verdade, e se refere apenas a outros textos. [...] [...] um texto sempre já é uma interpretação e [...] a interpretação de um texto é apenas outro texto onde não há um assunto final a que esta série de textos se refere”. Nota-se, em uma leitura conjunta das duas contribuições de Derrida – “Three questions to Hans-Georg Gadamer” e “Interpreting signatures” (in MICHELFELDER; PALMER, 1989) – para o encontro que teve com Gadamer em Paris, ocorrido no ano de 1981, considera que a origem do fracasso da hermenêutica gadameriana estaria no fato de Heidegger, que o influenciou de modo decisivo, não ter lido Nietzsche desconstrutivamente, mas, sim, metafisicamente, tal qual uma unidade totalizante. De tal maneira, ao contrário do que afirmou Heidegger, o último metafísico não seria Nietzsche (que afirma, segundo Derrida, muitas interpretações e verdades), mas, sim, Gadamer, que, seguindo o “penúltimo” metafísico (o próprio Heidegger), buscava descobrir o único significado de um texto. Para o professor franco-argelino, se Heidegger atribui a Nietzsche o rótulo de metafísico por conta da subjetividade voluntária intrínseca ao conceito de vontade de potência, também precisaria qualificar Gadamer como tal, dado o apelo deste à noção de boa vontade, que continua presa a uma metafísica do presente. Nesse contexto, a postura de disposição dialógica (boa vontade) em prol do alcance de um consenso seria um imperativo ético que funcionaria como uma precondição da compreensão na teoria hermenêutica gadameriana, vinculada a uma metafísica da vontade. Enquanto Gadamer descreve a experiência vivida como um vir a ser em forma de acordo, o qual pressupõe uma ampliação do contexto da compreensão mediante uma fusão de horizontes, Derrida entende que o “diálogo cotidiano não é tipicamente voltado para um acordo racional, mas, sim, caracterizado por um “não escutar o outro, motivado por impulsos não racionais, pela força, e onde é preciso empregar a desconfiança”, o que

significa que “aumentar o contexto seria então uma ‘reestruturação descontínua’ em vez de uma expansão contínua (SCHMIDT, 2006, p. 238; 233-4). Derrida, então, formula a tese de que a pré-condição da compreensão não é um consenso simpático, mas, sim, o reconhecimento da diferença, ou seja, uma interrupção de toda a mediação. Nesse contexto, o autor afirma que Gadamer, embora pretenda não pensar metafisicamente a experiência de ser compreendido, ao descrever tal experiência como a apresentação enquanto tal, assume tom tipicamente metafísico. Derrida, então, arremata sua crítica questionando a possibilidade da experiência de ser perfeitamente compreendido. A resposta de Gadamer a Derrida, consubstanciada em “Reply to Jacques Derrida” (in MICHELFELDER; PALMER, 1989) – uma das duas contribuições de Gadamer para o mencionado encontro em Paris –, tem como cerne os seguintes argumentos: Derrida interpretou Nietzsche como mais radical do que ele realmente era; Heidegger pensa sobre o ser – que é sempre tanto um esconder quanto um descobrir – indo por trás da metafísica, motivo pelo qual não subscreve a metafísica da presença; a afirmação filosófico-hermenêutica de que o ser passível de ser compreendido é linguagem pressupõe os limites implícitos na experiência compreensiva e, por conseguinte, a noção de que o ser nunca pode ser compreendido por completo, o que é frontalmente contrário a uma metafísica da presença; Derrida não compreendeu o teórico da hermenêutica filosófica, pois a referência deste à boa vontade, ao contrário do que imaginado pelo professor franco-argelino, não tem inspiração em Kant, mas, sim, no “eumeneis elenchoi” de Platão, ou seja, a noção de um questionamento ou diálogo amigável, no qual em vez de defendermos nossa posição e expormos as fraquezas de nosso interlocutor, buscamos fortalecer a posição deste, de modo a enxergarmos o que há nela de esclarecedor – algo que não pressupõe um imperativo ético, pois as pessoas imorais também tentam compreender umas às outras; o próprio ato de falar ou escrever indica o desejo de ser compreendido, o que significa que o próprio Derrida, ao fazer questionamentos a Gadamer, pressupõe (contrariamente ao que está a afirmar) que este se disponha a os compreender, motivo pelo qual a abordagem da linguagem (que não é um mero sistema de signos, mas, sim, constituída por convenções consensuais resultantes acordos alcançados em diálogos pretéritos) e de sua função precisa ser iniciada com base na noção de acordo mútuo; e a assunção da desconfiança sobre o que o outro diz resultaria na impossibilidade de se chegar a um acordo e, por conseguinte, na inviabilidade de qualquer tentativa de comunicação. Gadamer chega a afirmar que Derrida se satisfaz com o fato de ambos não chegarem a um acordo, pois este resultado, em tese, é favorável à própria teoria do professor franco-argelino. Contudo, o professor alemão, de maneira congruente com sua defesa do acordo mútuo, não deixa de abrir espaço a uma aproximação entre o seu pensamento e o de Derrida, iniciativa que fica clara na seguinte explicação: “Gadamer admite que ‘as solidariedades que unem os seres humanos e os tornam parceiros em um diálogo’ nem sempre são suficientes para alcançar um acordo mútuo total. Gadamer concorda com Derrida que experimentamos limites e às vezes não nos comunicamos. Implicitamente, Gadamer concorda com Derrida que ele não experimentou ser compreendido perfeitamente” (SCHMIDT, 2006, p. 237). Por outro lado, isto não significa deixar de buscar um acordo no diálogo, pois “Gadamer reitera que nossa habilidade de conversar, mesmo quando mal-sucedida, ainda se baseia nestes acordos e solidariedades que constituem nossa linguagem compartilhada” (SCHMIDT, 2006, p. 237). Segundo o próprio Gadamer (in MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 57 – tradução nossa), “talvez a experiência de um texto sempre inclua um momento em que limites são encontrados; mas, exatamente por este motivo, ela também envolve tudo o que nos mantém vinculados”. Nesse contexto, para o professor alemão, um texto é algo a ser aceito, ainda que nos moldes de um “assentimento que é o início de um longo e frequentemente repetido esforço voltado para o entendimento. Toda leitura que busca o entendimento é apenas um passo de uma trajetória que nunca se encerra. Quem assume essa trajetória sabe que nunca encerrará o seu trabalho com o texto” (GADAMER in MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 57 – tradução nossa). Ademais, podemos encontrar também em outro texto de Gadamer, mais especificamente em um excerto em que ele defende Heidegger das acusações de Derrida, um ponto de aproximação fundamental entre o professor franco-argelino e a ontologia subscrita pela hermenêutica filosófica, o que nos confere lastro para a utilização desconstrutivo-construtiva da noção de indicadores formais ora proposta. Vejamos, então, a mencionada afirmação de Gadamer em “Ethos y Ética” (2002, p. 78 – tradução nossa: “Heidegger [...], **quando fala da diferença ontológica (e nisso é seguido por Derrida)**, não se refere a uma diferenciação que realiza o pensamento, mas, sim, “à” **diferença**, ou seja, à abertura da dimensão em que se pode produzir, em geral, o pensar disto e não daquilo, disto e daquilo, do idêntico e do diferente. O ser e o ente não são distinguidos pelo pensamento, pois a diferença entre eles é a do próprio pensamento. É a diferença do ser que acontece. [...]. Mas também Heidegger só pode se mover nas estruturas da linguagem falada. [...]. [...] Acumula-se em Heidegger este quiasmo, figura da dialética semântico-didática, começando pela inversão de “Ser e tempo” (resultando em “Tempo e ser”) e da “essência da verdade” (resultando em “a verdade da essência”). [...] estas reversões dialéticas [...] não pretendem representar [...] a forma da demonstração filosófica, mas, sim, querem se desvincular do modo de pensar metafísico. [...]. O intento de Derrida de sobrepujar Heidegger e de acusá-lo de, ao seguir falando da essência do ser ou do sentido do ser, permanecer no logocentrismo desconhece, em minha opinião, a situação em que se encontra o pensamento: este nunca pode começar de novo, e, por isto, sempre, contra sua própria intenção, depende da linguagem dentro da qual se move normalmente. Ainda que Derrida (ao contrário de Heidegger) não queira

saber nada sobre o sentido do ser, ele também se aferra ao sentido de seus próprios trabalhos. [...] não há outro tipo de razão que não o calculador e intuitivo? [...] é a dimensão hermenêutica que se estende à vida da significação da linguagem. Essa, certamente (ainda que talvez ele a chame de “écriture”), não caduca com a metafísica da “présence” denunciada por Derrida. A tal respeito, penso de maneira similar”. Outros aspectos de aproximação entre Heidegger e Derrida, conforme mencionado em nota de rodapé presente no tópico 5.5 deste trabalho, foram destacados por: Bernasconi (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 236 – tradução nossa), que explica como a “Destruktion” heideggeriana não influenciou apenas a hermenêutica gadameriana, mas também a noção derridariana de “desconstrução”; e Dallmayr (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 87), que mostra como a ambivalência de noções como “verdade/não-verdade”, “ser/não-ser” e “velamento/desvelamento” percebida por Heidegger influenciou decisivamente, mormente mediante a noção de “Ereignis”, a assunção derridariana de uma indecidibilidade quase-ontológica dissolutória da distinção entre categorias como as mencionadas. Já no que diz respeito à aproximação entre Gadamer e o professor franco-argelino, podemos citar a conclusão do mencionado “Reply to Jacques Derrida” (GADAMER *in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 57 – tradução nossa), em que podemos ler Gadamer destacar que, ao afirmar que “nunca se sabe antecipadamente o que se descobrirá ser”, não está tão longe de Derrida, algo reiterado pelo estudioso alemão em textos como “Hermeneutics and logocentrism” e “‘Destruktion e ‘deconstruction’”: “Eu tenho seguido os passos da obra de Derrida há alguns anos. Dentro de toda a cena francesa, ele é claramente aquele com quem eu compartilho a maior quantidade de pontos de partida. Ele também veio de Heidegger. Ademais, diferentemente de quase todos os outros que se comprometeram a entender Heidegger, ele não começou com Heidegger sozinho, mas também com Aristóteles. Certamente esta é uma pré-condição básica sem a qual nenhum diálogo sobre Heidegger pode ser considerado sério. [...] Como Heidegger, Derrida mergulha na misteriosa multiplicidade de uma palavra e na diversidade de seus significados, no potencial indeterminado de suas diferenciações de sentido. O fato, contudo, de Heidegger deslocar a investigação [...] de volta à abertura do Ser que, fundamentalmente, torna as palavras e proposições possíveis permite que ele, ao mesmo tempo, ganhe uma vantagem para entender toda a dimensão das asserções, antíteses e contradições. Da mesma forma, Derrida parece estar seguindo as pistas daqueles rastros que só podem ser encontrados no ato da leitura. Ele buscou, particularmente, retomar a análise do tempo em Aristóteles: que “o tempo” aparece no ser como diferença diferida, ou, como Derrida chama, ‘La différance’. [...] nossa relação mútua com o giro hermenêutico da fenomenologia. [...] Obviamente, o princípio da desconstrução envolve algo bastante similar ao que eu estou fazendo, dado que ao conceber o que ele chama de ‘écriture’, Derrida também está se esforçando para deconstituir qualquer reino metafísico de sentido que governe as palavras e seus significados. [...] A palavra, acima das distinções entre elementos gramaticais como frases, palavras, sílabas, etc., é aquilo que diz algo. Parece-me perfeitamente razoável que precisamente na base do conceito de ‘écriture’ sejamos jogados de volta a este sentido mais amplo do que é uma palavra. A escrita [...] só está lá quando é lida. Então, as palavras são o que são apenas como discurso falado. Nesta conjuntura, o giro hermenêutico, que consiste em ultrapassar o presente, se torna inescapável. [...] Então, aí, a leitura corresponde à ‘écriture’ [...]. Ambas dependem uma da outra, mas nenhuma das duas pode ser satisfeita plenamente no sentido de uma simples auto-identidade. Ambas são apenas o que são quando representam a “diferença” [‘Différenz’] e quando se distanciam da identidade não-mediada [...]. [...] Em certo sentido, Derrida percorreu um caminho a partir de Heidegger muito similar ao meu. [...] o ponto de vista hermenêutico realmente não tem nenhuma relação com o estabelecimento de significados corretos de palavras, como se significados fossem firmes ou tivessem uma firmeza que pudesse ser apreendida. A diferença existe no interior da identidade. Se não fosse assim, a identidade não seria identidade. O pensamento contém o diferimento e a distância. Se não fosse assim, não seria o pensamento. [...] Qual é o sentido literal de *Verstehen*? Significa “substituir alguém”. Em seu sentido original, esta palavra é aplicada a alguém que representa outrem perante um juiz [...]. [...] isto significa que ele fala de si mesmo como um outro e está voltado em direção aos outros. Obviamente, isto implica ‘différance’. Em 1960, eu mesmo já escrevi em “Verdade e método”: “Quem compreende deve compreender *diferentemente* se quiser compreender.” [...] Não se pode ler o que está escrito sem que se o entenda. [...] Derrida apresentaria a objeção de que o entendimento se transforma em apropriação e, por conseguinte, envolve um encobrimento da alteridade. [...] Quando eu falo [...] de uma necessidade de que o horizonte de uma pessoa e o horizonte de outra se fundam em um só para que ocorra um entendimento entre eles, eu não estou me referindo a um permanente e identificável “um” [...] mas apenas o que ocorre na conversação na medida em que ela continua a se desenvolver. [...] Em Sócrates, encontramos uma ideia da qual se deve começar e da qual eu também comecei quando busquei entender Derrida e me entender com Derrida. Deve-se buscar entender o outro, e isso significa que se deve acreditar que se pode estar errado. Em relação a Derrida, eu aderi a esta ideia até o ponto em que, através da fronteira de nossos modos de exposição, nossos pontos de partida e metas em comum se tornaram cada vez mais claros para mim. Como filologistas, estamos todos familiarizados com o fato de que só é possível defender a evidência acumulada quando todas as tentativas de a pôr em dúvida houverem falhado. [...] Há uma [...] palavra cujo significado conforme desenvolvido historicamente na língua alemã reflete um dos temas

centrais da obra de Derrida, qual seja, o da ‘différance’. Estou falando da palavra “Selbstverständnis”, “autocompreensão”. A vida humana é uma questão de continuidade de um autocompreender-se, [...] colocar-se constantemente em questão, em um constante ser-outro. [...] nunca se pode alcançar uma autoconsciência no sentido de uma autoidentificação completa. [...]. Assim como a ‘desconstrução’ de Derrida, a autocompreensão – para a qual a compreensão contribui – ultrapassa completamente a posição da primeira ‘Investigação Lógica’ de Husserl e o chamado platonismo da fenomenologia” (GADAMER *in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 112; GADAMER *in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 114-5; 118; 120; 124 – tradução nossa). Manfred Frank (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 157 – tradução nossa) também vê aproximações entre os dois autores, como podemos depreender do seguinte excerto: “Gadamer compartilha [...] com Derrida [...] esta premissa: a autoconsciência pressupõe uma posição no interior de um mundo simbolicamente articulado, o qual coloca em nossas mãos os sinais com cuja ajuda podemos identificar a nós mesmos (dá no mesmo se se fala aqui em ‘tradição’ ou em ‘ordem simbólica’). O mundo, linguagem ou ‘contexto de envolvimentos’ [...] define o lugar no qual um sujeito se compreende, bem como compreende tudo o que é, ou seja, as coisas como um todo [...]”. Já Risser (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 177 – tradução nossa) – desenvolvendo a supracitada subscrição, por Gadamer, da disposição socrática para, no contexto da tentativa de entender o outro, admitir a possibilidade de que se esteja errado – considera que Derrida e Gadamer exibem duas faces complementares da vigilância defendida por Sócrates: “A hermenêutica e a desconstrução podem ser descritas como tentativas pós-hegelianas de livrar a linguagem de si mesma. Ambas consideram seriamente o jogo intrínseco à linguagem e, com isso, a possibilidade de esta se libertar da solidificação do significado das palavras. [...]. A tarefa preparatória fundamental de Sócrates é uma vigilância contra a pretensão de saber. [...]. No estilo contemporâneo, a figura socrática é o filósofo antifundacionista. Aquele que não procura por origens [...] que nos fariam decidir, de uma vez por todas, ao menos em princípio, o que constitui o sentido e a verdade”. Por um lado, Risser (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 182-5 – tradução nossa) enxerga em Gadamer uma vigilância que, sabendo não haver bases metafísicas para respostas corretas, não se propõe a escolher entre diferir infinitamente o significado ou investigar profundamente um texto de modo a encontrar “o” seu sentido, mas, sim, socraticamente, assume a lógica de pergunta e resposta como um princípio hermenêutico compatível com o auto-reconhecimento das limitações humanas e orientado a evitar que se incorra em um fechamento metafísico: “Esta é a vigilância de Gadamer. A compreensão é sempre uma forma de diálogo, um chegar a um acordo dentro de uma estrutura de abertura. [...] a conversação não fala sobre algo que já está lá, mas, sim, tem a estrutura de um evento, uma performance presente, que permanece inacabada. Qualquer texto é uma estrutura que pode ser assumida como um novo evento; as coisas escritas devem começar a falar novamente. Toda leitura que tenta entender é apenas um primeiro passo e nunca chega a um final; precisamos de um esforço contínuo em busca de um território comum. [...]. Gadamer instala um *logos* que não é centrado, mas, sim, [...] não-enraizado, desvinculado de um sujeito transcendental ou de um procedimento metodológico. É um *logos* que está, em princípio, sempre inacabado. Dessa forma, contra a ingenuidade de uma leitura que vê o *logos* como simplesmente escrito ali [...]. [...]. O fato de que uma potencialidade de alteridade remanesce sugere que, para Gadamer, o texto continua sendo plural, e isto não ocorre por conta de uma ambiguidade em seu conteúdo. Ao contrário, o texto continua sendo plural em virtude da estrutura da própria interpretação. [...] Gadamer vê o trabalho da compreensão de textos como, essencialmente, um trabalho de repetição que não busca origens. [...]. Não se trata de um retorno ingênuo à metafísica da presença, pois o evento característico da compreensão significa exatamente que não há nem uma mera repetição do texto, nem uma mera repetição deste, mas, sim, uma nova criação da compreensão”. Por outro lado, segundo Risser (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 177; 183-4 – tradução nossa), Derrida demonstra um outro tipo de vigilância – visualizável na própria acusação do autor franco-argelino de que Gadamer, ao defender um modelo de conversação pautado em uma boa vontade para entender o outro, deixaria de perceber a dominação sobre o texto intrínseca a essa postura –, a qual, assumindo a indecidibilidade como inafastável, se debruça crítica e incessantemente sobre a “estrutura que governa a totalidade do fenômeno do entendimento” e sobre “o sistema de signos que conduz à pura presença, à afirmação de um significado estabilizado. [...] É a perturbação o que permite a Sócrates neutralizar os logoi privilegiados. [...] [...] o que é excluído pareceria pertencer às intenções escondidas que entrariam em conflito com a suposta transparência da boa vontade. Porém, isto não significa, para Derrida, que devemos substituir um tipo de hermenêutica por uma arqueologia do sujeito”, mas apenas que devemos questionar o fechamento das verdades. Risser (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 184-5 – tradução nossa) conclui, pois, que uma comunidade política precisa dos dois tipos de vigilância: a derridariana, cujas perturbações não produzem uma anarquia, mas, sim, abrem espaço para uma comunidade não-excludente, que busca a diferença libertadora, em vez de uma unidade repressora; e a gadameriana, que, com a conversação que nós somos, permite que se busque uma unidade (comunidade) dentro da diferença: “Para Gadamer, o ideal da democracia é o de que [...] o outro está possivelmente certo. Consequentemente, dentro da experiência que limita [...] aquele que quer compreender, estão inclusas todas aquelas coisas que nos mantêm vinculados. [...] o elemento do diálogo nos orienta à solidariedade humana. [...] Gadamer caracterizou isto como participação”. Conclusiva, talvez acima

entendemos que os “*steadying factors*” (inclusive na leitura sistêmica aqui realizada) – assim como, “*ultima ratio*”, os indicadores formais heideggerianos – não podem, sob pena de entificação, ser concebidos como descrições teóricas de uma realidade presente⁹⁸. Os “*steadying factors*”, pois, requerem, por parte de quem os compreende, uma ação pessoal de apropriação, ou, poderíamos dizer, com Pareyson, uma formulação de verdade, o que enseja uma responsabilidade pessoal do intérprete-aplicador – de quem se espera uma vigilante consciência da história efetual (Gadamer) e uma dedicação a adentrar corretamente o círculo hermenêutico – por cada concretização (iteração) de tais elementos. Nesse ponto, remetemos, em mais um movimento hermenêutico desconstrutivo-constutivo, ao relativismo metateórico de Peczenik, segundo o qual os juízos são teoricamente objetivos quando têm como referência os conceitos e padrões de práticas pressupostos por seu agente, mas relativos quando, metateoricamente, se faz necessário admitir, dada a dupla contingência entre Ego e Alter, uma possibilidade alternativa a cada formulação de verdade e, por conseguinte, utilizar cláusulas como “eu acho que” e “em minha opinião”. De tal maneira, os “*steadying factors*”, lidos (“metadesconstrutivo-constutivamente”, por óbvio) como expedientes que, construtivamente, contribuem para uma filtragem sistêmica, mas, desconstrutivamente, estão submetidos à dinâmica do rastro, permitem que sejam trazidas à tona, na comunidade jurídico-comunicativa, as contradições entre as conclusões de intérpretes distintos a respeito do mesmo caso, de maneira que muitos juízes, a despeito de suas peculiaridades pessoais, cheguem reflexivamente a conclusões fundamentalmente semelhantes – sempre sujeitas à

de todas as já mencionadas, é a opinião de Madison (*in* MICHELFELDER; PALMER, 1989, p. 195 – tradução nossa), para quem “uma leitura não-desconstrutiva de Gadamer mostraria claramente que a sua hermenêutica gadameriana é, no que concerne à metafísica (ou ao que Gadamer chama de ‘a era epistemológica’), ao menos tão desconstrutiva quanto a desconstrução”. Diante do exposto, consideramos (desconstrutivamente?) que a concepção de compreensão gadameriana se assemelha à compreensão por-vir derridariana, ou seja, é possível apenas como impossível, o que significa que, embora com acentos distintos – enquanto Gadamer destaca a necessidade de se buscar, ainda que como um mero ideal, um acordo mútuo sobre a compreensão correta (o que, em nosso modelo, assume a forma, na linguagem da autopoiese, da exigência, resultante dos compelimentos sistêmicos, de realização de uma “*re-entry*” mediante reflexão; Derrida ressalta as limitações da racionalidade e a irredutibilidade da diferença intrínsecas à busca pela justiça por-vir, a qual, dada a dinâmica iterativa do rastro, nunca poderá ser logocentricamente alcançada e/ou traduzida (apofanticamente) – , os dois autores, especialmente devido à relevância de Heidegger para a construção de suas teses, estão mais próximos (e de acordo) do que o debate entre eles parece indicar, o que justifica o fato de nossa leitura desconstrutivo-constutiva, a despeito da subscrição de uma matriz derridariana, explorar produtivamente as contribuições hermenêuticas de Gadamer.

⁹⁸ “Para obviar ao perigo de uma nova escolastização, ele [Heidegger] introduz os seus conceitos como meros ‘indicadores formais’. O conceito do indicador formal, básico para o Heidegger da primeira fase, quer insinuar que locuções sobre o ser-aí requerem, por parte de quem compreende, uma ação pessoal de apropriação. Elas não podem ser concebidas como sentenças que descrevem teoricamente uma realidade presente, porém como desafios à auto-apropriação no terreno de cada ser-aí. O seu ‘sentido predicativo primário’, não é, pois, a ‘indicação de algo presente’, porém um ‘permitir a compreensão de um ser-aí’, que desperta uma ação de interpretação específica para o Dasein. Sentenças filosóficas têm o caráter de indicativos, só entendidos, enquanto se procura efetivá-los concretamente por empenho pessoal – cada um à sua maneira e com responsabilidade pessoal”. (GRONDIN, 1198, p. 170)

continuidade compreensiva da espiral hermenêutica na tradição linguisticamente partilhada (horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia) – a partir de iterações dos mesmos materiais autorizados.

Após o entrelaçamento dos eixos compreensivo e analítico do nível de linguagem (L1) em torno do metaeixo paranoico – nível de linguagem (L2) –, adicionaremos a tal reconstrução os eixos político e cultural do modelo ora proposto, de modo a proporcionar uma adequada caracterização da indecidibilidade constitutiva da relação entre vinculação e discricionariedade, inclusive no que se refere à determinação do sentido do significante vazio “direitos humanos” no contexto dos conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais (extraestatais).

7.1.2 Entrelaçando os eixos político e cultural em torno do metaeixo paranoico

O entrelaçamento dos eixos político e cultural em torno do metaeixo paranóico de nosso modelo de análise exige que: analisemos o papel da categoria teórica “interesse” no pensamento de Luhmann, mormente à luz dos compelimentos sistêmicos à decisão, à fundamentação e à normatização; caracterizemos, mediante uma retomada das contribuições de Gény e Kantorowicz, o “thrust-and-parry” entre vinculação e discricionariedade, entre uma “re-entry” autorreferente e uma “justiça por-vir” que não respeita compelimentos sistêmicos; e apliquemos nossa leitura da aporia entre vinculação e discricionariedade ao problema da determinação do sentido do significante vazio “direitos humanos” no contexto dos conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais (extraestatais).

7.1.2.1 O papel dos interesses em uma concepção de argumentação jurídica como comunicação sistêmica

A argumentação jurídica, como comunicação sistêmica, precisa conservar como seus limites os compelimentos já abordados e, assim, não se deixar orientar pela radicalidade dos estímulos externos, ponto em que se torna necessário que retomemos a categoria teórica “interesse” para que possamos adicionar ao entrelaçamento compreensivo-analítico acima desenvolvido os eixos político e cultural do nível de linguagem (L1) do modelo ora proposto.

As dobras entre os compelimentos sistêmicos também têm papel fundamental na leitura dos eixos político e cultural à luz do metaeixo paranóico – nível de linguagem (L2) – de nosso modelo de análise. O compelimento à fundamentação, ao demandar uma conexão entre

consistência e responsividade, envolve o esforço luhmanniano de situação no intervalo combinatório entre conceito e interesse (também visualizado por Peczenik e Esser, inclusive com menção explícita deste a Heck), no qual a Dogmática Jurídica, em sua atividade conceitual, cumpre uma função de controle de concordância idônea a equilibrar hetero e autorreferência mediante o fornecimento de “topoi de transformação” que viabilizem a reconstrução retrospectiva do raciocínio jurídico em termos dedutivos exigida pelo compeltimento à normatização⁹⁹. O sistema político, estruturalmente acoplado ao sistema jurídico, perante as irritações geradas pelos interesses externos, abre-se cognitivamente a tais elementos e, mediante “re-entry”, perpetra a sua inserção no sistema jurídico, de maneira a satisfazer o compeltimento à decisão mediante uma estabilização de expectativas, na linguagem do código binário lícito/ilícito, quanto às pressões por inovação. O produto dessa “re-entry” será formulado no sistema jurídico em linguagem conceitual, inclusive nos termos do conceito jurídico-sistêmico de “interesse”. Nosso ponto de vista fica mais claro se retomarmos a constatação de Larenz de que, em Heck, o “interesse” funciona como causa, como critério e como objeto da normatização realizada pelo legislador. Em linguagem sistêmica, a noção de “causa”, obviamente, devido à inexorabilidade da “contingência”, precisa ser relida, o que pode ser feito em termos de irritações: os interesses, como categoria à qual o sistema jurídico se heterorrefere, pressionam pela prática de operações legislativas (políticas) que introduzam, nos termos do acoplamento estrutural direito-política, novos programas no direito-sistema. Introduzidos tais programas, os interesses, agora compreendidos como um conceito jurídico, servem como elemento integrante dos critérios das decisões judiciais. Por sua vez, tais critérios, inclusive no que diz respeito aos interesses, serão sempre caracterizados por uma indeterminação que lhes é constitutiva e que só poderá ser determinada pelo “hunch” do magistrado (hierarquia entrelaçada entre Legislativo e Judiciário), em uma decisão que, mediante determinação do “interesse como critério conceitual”, terá como objeto o “interesse” como categoria de heterorreferência do sistema jurídico.

⁹⁹ O autor polonês, aparentemente percebendo, tal qual Luhmann, a inviabilidade de uma oposição excludente entre conceito e interesse, escreveu o seguinte: “A jurisprudência dos interesses e os movimentos relacionados tentaram reformar a doutrina jurídica. Eles conseguiram modificar sua estrutura profunda? Em minha opinião, não. Eles propuseram-se a considerar os ‘interesses’ exclusivamente, e não também os ‘conceitos’ e o ‘sistema’, mas eles fizeram-no apenas da boca pra fora; de fato, tanto a velha jurisprudência conceitual como a nova jurisprudência dos interesses olhavam tanto para o sistema de conceitos quanto para os interesses. A modificação foi apenas de ênfase. A doutrina jurídica tornou-se mais pragmática e um tanto menos sistemática, bem como perdeu sua autoconfiança, concebendo a si mesma cada vez mais como um servo da política.” (PECZENIK, 2005, p. 25 – tradução nossa).

Obviamente, o “interesse”, na acepção de “objeto”, encontra variações axiológicas cultural e espacialmente condicionadas, o que abre espaço ao problema da tensão entre universalismo e particularismo. Ora, as demandas multiculturalistas por abertura ao Outro manifestam-se – ainda que muitas vezes na linguagem de exigência de uma transcendência radical – como irritações perante o acoplamento estrutural direito-política. Poder-se-ia argumentar que caso fossem rigidamente respeitadas as fronteiras sistêmicas impostas pelos compelimentos e códigos próprios do sistema jurídico e do sistema político, os tribunais não responderiam direta e radicalmente a tais demandas por justiça, visto que eles operam nos termos da justiça especificamente jurídica. Caberia, pois, à atividade legiferante, nos moldes do procedimento descrito acima, conferir a tais irritações um grau de responsividade suficiente para introduzir mais variação nos programas do sistema jurídico. Contudo, devemos lembrar que Luhmann, ao elogiar o modelo adversarial de processo do “common law” quanto à explicitação das diversas possibilidades de compreensão contrapostas, está a ressaltar a possibilidade de que a tese acolhida pelo tribunal fosse outra, ou seja, de que, nos moldes da justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico, o direito fosse de outro modo (Teubner). Ora, as razões são produtoras de efeitos excludentes e de diferenças, o que deixa claro o caráter constitutivamente violento da atividade jurídico-argumentativa. O uso reiterado de uma mesma razão sedimenta regras gerais e enriquece iterativamente o seu sentido, bem como pode ser condensado em linguagem principiológica. Essa tradição torna difícil que se substituam as razões nela sedimentadas por novas razões, bem como “torna visível com clareza o que, sem ela, teria de ter sido decidido de outra maneira. [...] O direito existente não se desenvolve ao redor de seus princípios, mas, sim, ao redor daquilo que tais princípios parecem excluir. O direito válido é modificado a partir do que deixa de lado (LUHMANN, 2004, p. 328 – tradução nossa)”. Aqui, faz-se pertinente a ideia de interesses postergados, a qual está atrelada à noção de que o conflito de interesses, no nível da decisão justificada mediante razões (compelimento à fundamentação), é visto como decidido (compelimento à decisão), mas, no nível do armazenamento de interesses preteridos na memória do sistema para eventual reavaliação, é tido como indecidível (LUHMANN, 2014, p. 283 – tradução nossa) – até mesmo devido à inexorável dinâmica iterativa do rastro (Derrida). Os interesses postergados são justamente, nas palavras de Luhmann (2014, p. 262 – tradução nossa), as já mencionadas “construções alternativas rejeitadas que constituem uma reserva à qual recorre o legislador e, sobretudo, proporcionam a formação da criatividade jurídica do juiz” – ou, em outras palavras, que servem como matéria-prima para a variação. É justamente nesse ponto que se faz relevante a irritação do sistema jurídico pelo ambiente

mediante a retórica de expansão dos direitos humanos: toda formulação de verdade que busca realizar um vó de sentido a respeito do significante direitos humanos em nome de uma justiça sempre por-vir, de uma transcendência radical derridariana, adentra o sistema jurídico como o produto de uma reavaliação dos interesses postergados coexistentes no próprio sistema com os interesses anteriormente reconhecidos.

Luhmann assume que a argumentação jurídica se desenvolve no nível da observação de segunda ordem, bem como que o sistema jurídico deve encontrar o seu ponto de apoio argumentativo dentro de si mesmo, e não no mundo, motivo pelo qual sua observação de segunda ordem demanda um fechamento recursivo. De tal maneira, os compelimentos sistêmicos exigem que a argumentação jurídica respeite os limites de auto-transcendência do direito, ou seja, não se utilize de recursos à “razoabilidade”, a “ética” e à “moral”, elementos encontrados no ambiente do sistema jurídico, sob pena de ofensa ao seu fechamento operacional. Em outros termos, o uso argumentativo dos princípios jurídicos precisa ser desenvolvido mediante distinções interiores ao sistema, ou seja, considerando-se os princípios como fórmulas de redundância compatíveis com as exigências de variação do sistema jurídico. Não se pode, pois, assumir um pretensão padrão de “racionalidade substancial” que permita a determinação do direito por valores socialmente aceitos subscritos no âmbito da argumentação substancial, ou seja, da heterorreferência. Ora, se é verdade que o compelimento à fundamentação demanda uma conexão entre consistência e responsividade, o que o torna o espaço por excelência da argumentação substancial; também é certo que o compelimento à decisão exige que estas sejam reconduzidas a critérios interiores ao sistema, o que demanda uma argumentação formal, de caráter autorreferente, idônea a, mediante redução de complexidade, garantir a identidade do sistema e sua correlata diferenciação em relação ao ambiente.

Contudo, se, como afirma Teubner (2011, p. 48), a justiça jurídica não pode ceder a um impulso de universalização de si própria” e incorrer em “‘justicialização’, ou seja, a expansão de sua lógica de dupla face – auto-transcendência do Direito e seu re-disciplinamento jurídico – para toda a sociedade, em uma busca (injusta) pela construção de um mundo justo com base exclusivamente no código binário do direito; é verdade que, conforme percebido por Kantorowicz e Derrida, existe um elemento de violência na determinação do indecível pelos tribunais, ou seja, que o sistema jurídico, em resposta às irritações de seu ambiente, gera variação mesmo quando, submetido aos próprios compelimentos sistêmicos, converte (“re-entry”) as pressões irracionais por um reconhecimento de interesses multiculturais – ou seja, na terminologia de Gény, “dados” – em

elementos analítico-conceituais – no vocabulário de Gény, “construídos”. Abordemos tal questão mais detidamente em tópico próprio, em que retomaremos, contexto da aporia entre vinculação e discricionariedade, as teses de Gény e Kantorowicz como inspirações para a caracterização do metaeixo paranoico do modelo ora proposto.

7.1.2.2 “Thrust-and-parry”: entre vinculação e discricionariedade, entre a “re-entry” cientificamente livre do dado no construído e a livre justiça responsiva às irritações geradas pelo Outro

Vimos, no sexto capítulo deste trabalho, que, desconstrutivo-constructivamente, o projeto de Gény poderia ser lido sistemicamente, enquanto o manifesto de Kantorowicz poderia, em certa medida, ser compreendido de maneira semelhante à abordagem de Derrida sobre a justiça. Ora, enquanto Gény defendia a necessidade de que os dados seletivamente colhidos pelo direito, como sistema cognitivamente aberto, de seu ambiente fossem objeto de uma “re-entry”, ou seja, de uma conversão técnica em construído (código lícito/ilícito), de maneira a limitar a discricionariedade da consciência-juíz (sistema psíquico em acoplamento com o sistema comunicacional “direito”) aos limites estabelecidos pelo fechamento operacional do sistema jurídico; as teses do Kantorowicz do manifesto poderiam, em certa medida, ser compreendidas, à la Derrida, como uma defesa da justiça dotada de uma pretensão de transcendência radical movida por um (quase-)voluntarismo irracionalista que não respeita fronteiras sistêmicas. Retomada tal premissa, visualizemos como é possível a caracterização de um produtivo jogo de estocadas-e-bloqueios (“thrust-and-parry”) entre as propostas dos autores, assim como Teubner viria a propor, muito tempo depois, com sua tese sobre a existência de uma paranoia mútua entre a autopoiese luhmanniana e a “différance” derridariana.

Inicialmente, podemos notar, em uma abordagem desconstrutiva do manifesto de Kantorowicz, que suas próprias denúncias parecem envolvidas em um movimento concertado de “thrust-and-parry”. Ora, embora, na maior parte do texto, ele realize reiterada apologia ao caráter dominante da vontade em relação à mente na tomada de decisões – lembremos, exemplificativamente, sua afirmação de que “é a vontade de alcançar uma decisão previamente fornecida que orienta o raio de alcance das posições jurídicas estabelecidas por essa decisão”, bem como sua assertiva segundo a qual “é sempre a vontade o que conduz a mente em rédeas curtas” (FLAVIUS, 2011, p. 2015 – tradução nossa) –, há um trecho do escrito em que, sintetizando os passos da postura que espera de um bom magistrado, o autor,

em aparente contradição, assume um tom deveras moderado:

Demandamos [...] que o juiz, vinculado por seu juramento, decida um caso no nível máximo em que este possa ser decidido de acordo com o texto da lei. Ele pode e deve abandonar o texto, em primeiro lugar, quando o código aparentar não oferecer uma decisão indiscutível; em segundo lugar, se não é provável, de acordo com sua convicção livre e conscienciosa, que a autoridade estatal à época da decisão teria considerado uma decisão tal como exigida pelo direito. Em ambos os casos ele deve chegar à decisão que, de acordo com sua convicção, o poder estatal atual teria chegado se tivesse o caso individual em mente. Se ele não tiver como alcançar uma convicção desse tipo, deve decidir de acordo com o direito livre. Finalmente, em casos desesperadores ou apenas quantitativamente questionáveis [...], ele deve decidir de acordo com a vontade livre. (FLAVIUS, 2011, p. 2025 – tradução nossa)

Parece-nos, diante do excerto acima, que o verdadeiro incômodo de Kantorowicz dizia respeito à tradição que considerava os juízes como autômatos. No fundo, a crítica do autor tem como alvo aquilo que Llewellyn (1960, p. 37 e ss.) chamou de “formal style”, estilo de decisão em que, segundo a descrição do estudioso estadunidense: se acreditava que as regras como exclusivo critério da resolução dos casos pelos magistrados; as modificações do sistema jurídico eram relegadas ao espaço legislativo; se restringia a atividade dos tribunais ao proferimento de decisões dotadas de fundamentação exposta em forma dedutiva, com aparência de irrefutabilidade, de caráter apodítico; se assumia uma postura passiva quanto ao distanciamento entre as regras escritas e as demandas sociais; e se defendia a desconsideração de qualquer dimensão emotiva ou senso de justiça na atividade decisória. Kantorowicz, pois, tal qual Llewellyn (1960, p. 39-41 – tradução nossa), estava preocupado em denunciar que a criatividade consciente e as modificações graduais geradas pelas decisões não deixavam de existir, mas elas ficavam escondidas, em vez de serem explícitas nas fundamentações¹⁰⁰. Esse

¹⁰⁰ Ressalve-se aqui, a bem da verdade, que Kantorowicz (1934), em tom deveras mais moderado do que o do manifesto, escreveu muitos anos depois um texto especificamente dedicado a manifestar suas críticas ao que ele considerava excessivo no realismo estadunidense. O principal autor analisado nesse escrito foi o próprio Llewellyn, escolha que Kantorowicz (1934, p. 1244 – tradução nossa) justifica com base no “indubitável fato de que ele é considerado o mais representativo dentre os realistas estadunidenses”. As críticas de Kantorowicz ao realismo estadunidense giram em torno do que ele entende como os dois principais postulados da mencionada vertente de pensamento: uma teoria substantiva sobre a natureza do direito, na qual este é descrito como um conjunto de fatos, e não de regras; e uma teoria formal sobre a natureza da Ciência do Direito, em que esta é qualificada como uma ciência empírica, e não como uma ciência racional. Kantorowicz reconhece ter contribuído tanto para a consolidação da teoria substantiva (contexto em que ele destaca também a relevância dos escritos de Gény e Ehrlich, autores que, na classificação de Kantorowicz, pertenceriam a um movimento franco-alemão pelo direito livre) quanto para a da teoria formal (contexto em que ele destaca também as obras de Ehrlich, Heck e Pound). Essas teses, contudo, teriam sido exageradas, em diversos momentos, pelos autores realistas (exemplificativamente, Llewellyn e Frank), ainda que, contraditoriamente, muitos dos textos de tais pensadores, como nota Kantorowicz (em uma leitura, digamos, desconstrutiva), admitam, em certos momentos: que o direito não é apenas um conjunto de decisões judiciais, mas também de regras; e que a Ciência do Direito não é apenas uma ciência social, mas também racional. O objeto da crítica de Kantorowicz, pois, é apenas a faceta exagerada dos realistas, até mesmo porque, como mencionado, ele subscreve tanto a tese substantiva quanto a tese formal defendida por essa vertente. Especificamente quanto à tese substantiva, o incômodo de Kantorowicz diz respeito ao fato de os realistas desconsiderarem a distinção entre (questões de) direito e (questões de) fato ao considerarem o direito como uma realidade fática constituída pelo efetivo comportamento das autoridades competentes (notadamente os juízes), e não como um dever-ser. A explicação para esse equívoco, segundo

“formal style” gerava uma dicotomia improdutiva em que, de um lado, havia “juízes que queriam fazer o certo, mas não sabiam como”, e, de outro, juízes que, frequentemente, ignoravam as demandas por justiça (heterorreferência), visto se sentirem vinculados a um dever de aplicar “o direito”, mas, eventualmente, de modo um tanto aleatório, cediam à justiça mediante decisões logicamente inconsistentes, posturas decisionistas, distorções fáticas e/ou

Kantorowicz, estaria na assunção inconsciente de dogmas extrajurídicos equivocados sobre a filosofia do direito. Com base em excertos de Llewellyn, Kantorowicz, então, indica a existência de seis pré-conceitos dos realistas estadunidenses: o formalista (a crença de que o direito é um direito formal desenvolvido na tradição, ignorando-se a necessidade de criação de normas pelo juiz para fins de colmatação de lacunas); o verbalista (a crença de que o direito equivale aos textos jurídicos, e não ao significado destes); o histórico (a crença de que o direito é um ato histórico cujo sentido é imutável e equivale à intenção do legislador ou do juiz, em vez de se perceber que o direito é o sentido sistemático-objetivo da lei ou decisão judicial em seu contexto de aplicação); o nominalista (a falta de percepção quanto ao fato de que a linguagem legislativa é relacionada a classes de coisas, e não a objetos individuais, motivo pelo qual não faz sentido falar em “situações que não tinham como ser visualizadas pelo legislador”); o sociológico (a crença de que os fenômenos sociais podem ser estudados independentemente das regras que os governam); e o profissional (a crença de que o direito é constituído pelos juízes – ideia que se explica pelo fato de os realistas serem, em sua maioria, vinculados à atividade advocatícia – , e não pelo comportamento do homem comum em suas relações jurídicas, dentre as quais a imensa maioria não é judicializada). A consequência fundamental dessa teoria substantiva, segundo o autor, é a inexistência de um direito que não estivesse nas decisões judiciais, o que, “ad absurdum”, significaria, dada a inexistência de precedentes sobre uma dada matéria, que: uma nova lei sobre a o tema não poderia ser interpretada (pela falta de critérios para tanto); e que uma violação dessa lei não poderia ser considerada uma ofensa ao direito. Já quanto à tese formal, Kantorowicz destaca seis confusões conceituais em que os realistas estadunidenses incorrem, quais sejam: a confusão entre ciência natural e ciência cultural (os realistas negam que a Ciência do Direito seja uma iniciativa “racional e normativa de tentar transformar o direito positivo em um sistema de regras mais ou menos consistente”); a confusão entre explicação e justificação; a confusão entre direito e ética (e, por conseguinte, entre, no sentido kantiano, normas jurídicas e normas morais); a confusão entre as realidades e os seus sentidos; a confusão entre um conceito (direito) e um dos elementos que o compõem (o funcionamento dos tribunais como instituições que administram o direito); e a confusão entre os casos e o direito casuístico (ou, entre outras palavras, a falta de percepção de que os casos, em si, não vinculam, pois a vinculatividade é uma propriedade das “rationes decidendi”, as quais não podem ser descobertas mediante uma indução baseada em fatos, mas, apenas, construídas mediante uma compreensão teleológica em que se pressupõe o direito como um sistema mais ou menos coerente). A consequência fundamental da tese formal, segundo o autor, é a ideia de que a Ciência do Direito tem como objetivo prever os comportamentos dos tribunais, o que, “ad absurdum”, significaria: que a tarefa fundamental dos estudantes de direito seria conhecer o comportamento individual de cada juiz; e que um voto divergente em um tribunal seria uma ofensa a tal ciência, visto que o magistrado que o proferisse saberia antecipadamente que sua posição não prevaleceria (nessa hipótese, imaginando-se uma situação em que o magistrado, ao proferir um voto divergente, o fizesse por ser previsível que tal posição se tornaria majoritária no futuro; a teoria formal qualificaria ambas as posições, a majoritária e a minoritária, como compatíveis com a Ciência do Direito. A despeito de todas essas críticas, Kantorowicz afirma expressamente que o teor de seu texto ser não significa que ele não reconheça os notórios méritos desse movimento. Destacando que os realistas estadunidenses começaram a fazer, ainda que com exageros, aquilo que os defensores europeus do direito livre e os sociologistas prometeram fazer; Kantorowicz deixa claro que sua preocupação maior é referente ao fato de o barulho feito pelo movimento, a despeito de cumprir a tarefa de angariar atenção para suas teses, gerar, como contrapartida, os riscos típicos da falta de uma metodologia sólida, mormente caso seus exageros sejam seguidos rigidamente pelo público do discurso realista. Exemplificativamente, Kantorowicz afirma que se o ataque dos realistas ao uso da noção de sistema se restringe à sua acepção estritamente racional, ele, a tal respeito, concorda com o movimento, visto ser central na proposta do direito livre a tese de que o sistema jurídico-científico é permeado por elementos emocionais e volitivos. Ademais, o autor qualifica Llewellyn como “pertencente ao grupo mais moderado do movimento”, o que, convenhamos, poderia até mesmo explicar a constatação (desconstrutiva) do professor europeu quanto à existência de afirmações contraditórias nos textos do estudioso americano (KANTOROWICZ, 1934, p. 1243 – tradução nossa). Kantorowicz concluiu seu texto com um voto de confiança quanto à possibilidade de que a Ciência do Direito do futuro fosse resultante de uma combinação dos dons específicos e complementares dos juristas alemães e estadunidenses – é exatamente para esse desiderato que a identificação de pontos de aproximação entre o seu pensamento e o de Llewellyn realizada no presente tópico busca contribuir.

distorções dos materiais autorizados (LLEWELLYN, 1960, p. 39-41 – tradução nossa). Dessa maneira, construções violentas como as denunciadas por Kantorowicz (exemplificativamente, o recurso à analogia e à “ratio legis” como se estes fossem expedientes puramente científicos e racionais) poderiam resultar nas seguintes consequências descritas por Llewellyn (1960, p. 41 – tradução nossa) no que concerne ao que chamamos aqui de contexto de justificação: “fatores decisivos podem deixar de ser e pseudofatores podem ser mencionados; a ênfase e o sopesamento de fatores pode ser [...] enviesada; quaisquer declarações de “policy” podem [...] ocorrer [...] meramente para consumo; a [...] declaração dos ‘fatos’ pode ser um mero arranjo argumentativo realizado por um jurista mediante seleção, omissão, ênfase e distorção”. Todo esse esforço para atribuir um tom adequado que torne o resultado decisório tolerável, segundo Llewellyn, consiste em uma “justificação para mero consumo público” constituinte de uma “ilusão artificialmente arquitetada” – exatamente aquilo que tanto incomodava Kantorowicz.

A despeito do tom aparentemente voluntarista da maior parte de seu manifesto, Kantorowicz, de maneira semelhante a Frank, não abria mão de propor um modelo de juiz; mas, sim, exigia que fosse reconhecida, em outros termos, a distinção entre o contexto de descoberta – em que o “hunch” compreensivo é orientado pela vontade – e o contexto de justificação – em que “a vontade coloca energias em movimento, as quais desta ou daquela posição jurídica e, se for necessário, mediante a utilização de regras interpretativas consagradas pelo tempo, chega ao resultado inverso, ‘bem-vindo’, mediante um constrangimento lógico” (FLAVIUS, 2011, p. 2013 – tradução nossa). Tal qual Llewellyn (1960, p. 56 – tradução nossa) – para quem “apenas por casualidade uma fundamentação decisória relata precisamente o processo decisório. [...] uma fundamentação decisória é apenas uma ‘racionalização’ de uma decisão previamente alcançada” –, Kantorowicz defende a exigência de um esforço assumido para o estabelecimento de uma convergência entre a vontade do intérprete e a fundamentação legal, de maneira a não mais se ocultar o fato de a relação entre a vontade (dimensão do materialmente justo) e a mente (dimensão da fundamentação) ter como cerne uma investigação retrospectiva, por esta, de como se poderia explicitar racionalmente a decisão, cuja força-motriz é, contudo, em sua origem, voluntarista.

Ainda assim, Kantorowicz reconhece que qualquer expectativa em relação aos magistrados está submetida à onipotência destes, o que deixa aos cidadãos apenas a esperança de que sua confiança quanto ao manejo razoável da discricionariedade pelos juízes seja correspondida. Apostando na sensatez dos tribunais, Kantorowicz propõe uma substituição dos tradicionais métodos de interpretação por uma maior assunção de responsabilidade dos magistrados em relação a suas decisões, o que exigiria que seus membros dispusessem de

uma melhor formação interdisciplinar e de uma maior responsividade às demandas sociais (heterorreferência), ou, poderíamos dizer, às irritações geradas no sistema jurídico pelos pleitos de interesses. Nesse ponto, Kantorowicz incorre parcialmente em dois equívocos das tentativas de pluralização do direito denunciados por Teubner (2005, p. 100) – sem menção expressa, contudo, ao teórico do direito livre: a politização do direito formal mediante uma funcionalização social de suas proposições, o que o tornaria mais responsivo aos interesses que o irritassem; e a cientificização social do direito, segundo a qual o uso de argumentos jurídicos artificiais deveria ser substituído pelo recurso a conhecimentos teóricos, experiências empíricas e recomendações políticas das ciências sociais. Kantorowicz (2011, p. 2016 – tradução nossa), ao sugerir, atribuindo posição privilegiada à heterorreferência, que os juízes decidissem com base “em um conhecimento completo da função social de toda proposição jurídica e do impacto social de suas decisões” (com destaque para os estudos sobre economia nacional, psicologia, filosofia, criminologia e sociologia), afirma que “entender o todo é avaliar o todo de maneira justa”; o que nos permite depreender que, embora não desconsiderasse por completo a legislação, assumia como critério hermenêutico a transcendência radical em relação à justiça por-vir, sem se submeter, pois, a compelimentos e fronteiras sistêmicas. Nossa afirmação se torna mais clara quando se nota que o autor, ao escrever que o magistrado pode e deve abandonar o texto “se não é provável, de acordo com sua convicção livre e conscienciosa, que a autoridade estatal à época da decisão teria considerado uma decisão tal como exigida pelo direito”, defende o primado da intuição do justo, a ser buscada, primeiramente, no direito livre (responsividade), e, subsidiariamente, na pura vontade. Ora, a menção à autoridade estatal funciona aí apenas como um álibi, podendo muito bem ser compreendida como uma exigência radical de equidade, a qual aparenta constituir o âmago do entendimento tradicional sobre o manifesto (exemplificativamente, a já mencionada leitura de Larenz) e as motivações para a sua elaboração e publicação, como se pode depreender do seguinte excerto:

[...] meta que contém todas as outras afirmadas, o mais alto objetivo de toda a ação jurídica: a justiça. Apenas onde o cânone estreito de uns poucos parágrafos for escancarado e a abundância do direito livre conferir a oportunidade de fornecer a todo caso seu regramento apropriado, haverá justiça. Apenas onde houver liberdade, haverá justiça. Apenas onde [...] uma vontade criativa fizer surgir novas ideias, apenas onde houver personalidade, haverá justiça. Apenas onde um olhar visionário dos livros à vida calcular as consequências e exigências distantes de uma ação, apenas onde houver sabedoria, haverá justiça. [...] o dogmatismo jurídico [...] é uma maneira violenta de impor um bloqueio sobre as inovações nas decisões judiciais. (FLAVIUS, 2011, p. 2026 – tradução nossa)

Nossa leitura sobre o manifesto é, ademais, congruente com a sugestão do autor de que o juiz (em moldes um tanto semelhantes com os do “grand style”, da “law of leeways” e o “ideal de regularidade razoável” descritos por Llewellyn) também deve abandonar o texto legal quando este não aparentar oferecer uma decisão indiscutível, assertiva que revela sua constatação sobre a indecidibilidade constitutiva das decisões, a serem determinadas mediante uma orientação por uma ideia de justiça que nos arriscamos a qualificar, derridarianamente, como por-vir.

Encontramos, contudo, certa ingenuidade quanto à possibilidade de “calcular as consequências e exigências distantes de uma ação”, pois, como notou Luhmann, a contingência inviabiliza a distinção entre presente e futuro e, por conseguinte, a orientação das decisões judiciais por consequências externas, ou seja, que rompam as fronteiras sistêmicas. Em outras palavras, tal pretensão de calculabilidade, derridariana e luhmannianamente, não poderia ser mais do que verdadeira transcendência voluntarística, holística e incalculável, desconsiderando-se a policontextualidade em nome de uma justiça radical, o que fica mais claro quando retomamos o seguinte excerto do manifesto: “a relação da vontade com a mente e os sentidos é a mesma. Inúmeras vezes, a mente interpretativa chega a um resultado que, naquele momento, contradiz o senso [...] jurídico do sujeito. A vontade, porém, demanda o acordo entre ambos. Consequentemente, [...] a mente será conformada aos sentidos – o que ocorre particularmente no caso da jurisprudência”. (FLAVIUS, 2011, p. 2023 – tradução nossa). Ler a proposta de Kantorowicz como orientada à transcendência radical, aliás, soa mais compatível com o tom do manifesto do que a menção um tanto surpreendente à “calculabilidade”, mormente ao lembrarmos as críticas do próprio autor às tentativas de utilização de expedientes supostamente lógicos – “construções tão **violentas** que sua incompatibilidade com o texto legal seria óbvia ao olhar mais estúpido” – para fins de preenchimento de lacunas, esforço pretensamente racional que serviria apenas para livrar os juízes de terem que reconhecer o caráter obscuro de uma realidade jurídica, ou seja, “um caso como **indecidível** de acordo com o direito” (FLAVIUS, 2011, p. 2017; 2020 – tradução nossa). Kantorowicz, em sua crítica à autorreferência conceitualista, afirma que a defesa dos dogmas jurídico-científicos é sustentada pela presunção idealista de que seria possível completar o “grande mosaico dos conceitos jurídicos” mediante a inserção de algumas peças adicionais, o que, contudo, ele considera inviável, dado que os elementos que permitiriam a definição dos aspectos indefinidos do direito também precisam de definições. Ora, a busca por tais definições exigiria, por sua vez, que se remetesse a novos elementos, também indefinidos, de maneira a configurar um regresso “ad infinitum” ou, no caso de haver

entrecruzamentos entre essas categorias definitórias de elementos, círculos viciosos. Parece-nos que, nesse ponto, o autor foi visionário em dois sentidos. Primeiramente, pela semelhança entre tal entendimento e a formulação do modelo de cadeias de justificação coerentista fundado na ideia de equilíbrio reflexivo que viria a ser proposto por Peczenik tantos anos depois. Em segundo lugar, por ter antecipado a dinâmica derridariana do rastro ao denunciar a insuficiência de uma abordagem analítica no que diz respeito à colmatação do intervalo entre vinculação e discricionariedade – não à toa, tal qual Derrida, Kantorowicz afirmou que não existe “uma única resposta correta dentre as múltiplas combinações possíveis” (FLAVIUS, 2011, p. 2016-7 – tradução nossa) –, insuficiência, aliás, que o próprio Peczenik reconhece, em certa medida, ao admitir, como já mencionado, que nenhuma reconstrução teórica pode, mesmo que nos moldes do equilíbrio reflexivo, eliminar o caráter “fuzzy” dos “platitudes”, mas, apenas, reduzi-lo.

Diante do exposto, concluímos que a pretensão de transcendência radical da justiça por-vir derridariana que reputamos visualizável na maior parte do manifesto de Kantorowicz aparenta estar em contradição com a relevância atribuída por Gény aos compelimentos sistêmicos. Podemos afirmar, aliás, que Kantorowicz incorre mais profundamente do que Gény não apenas no equívoco de politização, mas também, em uma frente específica, no de cientificização social. Ora, se é verdade que a crítica de Teubner à cientificização social do direito tangencia os excessos do estudioso francês, precisamos, para sermos justos com sua obra, lembrar: que ele se limitou a propor o recurso às ciências sociais meramente como expediente auxiliar de colmatação de lacunas, sendo contrário à subordinação do direito a um sociologismo; e que ele propunha uma abordagem interdisciplinar a se submeter aos compelimentos sistêmicos da “re-entry”.

Sistemicamente, podemos afirmar que a “re-entry” busca, mediante a construção analítica que pretende – na terminologia de Gény – revestir o material dos “dados” (ou “interesses externos ao sistema”) reunido pela livre investigação científica na forma do tecnicamente “construído” (ou “interesses conceitualmente compreendidos”), evitar que o direito seja regulado autonomamente por elementos externos, ou, em outras palavras, que o sistema jurídico perca a sua qualidade de diferenciação funcional devido a invasões derridarianas, radicais, utópicas, pragmáticas, de interesses externos (como encontramos em Kantorowicz). Transpondo essa perspectiva para uma leitura sistêmica do significante “direitos humanos”, a abstração conceitual a que a “re-entry” remete obsta o caráter moralizante de eventuais formulações de verdade do discurso jus-humanista desenvolvido no

ambiente do sistema jurídico, de maneira a impedir que o direito tenha as suas fronteiras destruídas por pretensões de transcendência radical.

Porém, por mais que Gény tenha tido receio em assumir esse tom na maior parte de sua obra, o revestimento dos dados pelo construído, como conjectura Joana Aguiar e Silva, envolve uma escolha do intérprete, a qual fica mais clara quando remetemos à relevância da equidade em sua teoria, elemento que proporciona um temperamento das deduções lógicas, uma atenuação que, nas palavras do autor francês, está “longe de ter uma certeza e uma autoridade que se imponham a todos”¹⁰¹¹⁰². Desconstrutivamente, podemos notar que o próprio Gény (1925, p. 588) chega a reconhecer que os dados, como pontos de apoio metódicos, obstam a arbitrariedade das decisões e reduzem o mínimo a ação da subjetividade, mas não afastam completamente um elemento personalista. Segundo o teórico da livre investigação científica, os princípios de justiça, como conceitos, representam uma

¹⁰¹ “Se ao longo da sua obra, procura sempre caracterizar o desempenho da jurisprudência enquanto elemento por excelência de toda a formação jurídica, descrevendo-a como o verdadeiro coração do direito vivo, capaz de fazer face às necessidades reais enfrentadas pela ordem jurídica, são vários os momentos em que confessa que, por vezes, mais vale ‘renunciar a um certo refinamento da justiça concreta para manter a supremacia da regra geral’. Mais do que por vezes, essa parece gradualmente assumir-se como regra. Logo de seguida, no entanto, reconhece o erro de sacrificar a uma quimera de inflexibilidade e de igualdade abstractas toda a ideia de adaptação individual dos princípios gerais através da apreciação judiciária. Terá o dividido autor francês pretendido mesmo cingir-se com este reconhecimento aos princípios gerais? A sensação que perpassa muito do seu texto, é a de que tenta desesperadamente, e em vão, conciliar o inconciliável. A segurança e certeza da abstracção e inflexibilidade legislativa, por um lado, e a riqueza e fecundidade proporcionadas pelas virtualidades hermenêuticas, sobretudo, da jurisprudência, por outro. Em última análise, parece preferir que toda a questão de direito se resolva através de uma regra absoluta e categórica, que o intérprete não possa nem discutir nem modificar; que possa, quando muito, ‘discerni-la’ de entre as outras. Estará Gény a pensar numa **escolha**, com este discernimento? Acrescenta ainda que semelhante organização é a primeira base para uma boa justiça, devendo assim impor-se como princípio formal, para garantia dos interesses e estabilidade das questões em apreço. De contrário, ‘é toda a flutuação de opiniões que se substitui à direcção inflexível do direito positivo; é a incoerência e a agitação das paixões humanas que ameaçam suplantam o equilíbrio, imutável e incorruptível, da justiça’. Mas se, como antes sugerimos, naquele acto de discernimento da regra a aplicar estiverem envolvidos momentos de escolha, de selecção, é já todo o edifício moderno que é posto em causa...” (SILVA, 2008, p. 189).

¹⁰² “Às vezes, uma consequência deduzida de uma lógica severa entra abertamente em conflito com nosso sentimento de equidade ou mostra-se inconciliável com as necessidades práticas dependentes do jogo de interesses na vida jurídica. Neste caso, o manejo da indução é muito delicado; e varia segundo a natureza do intérprete. O homem prático, que vive em contato com a realidade concreta, frequentemente hesitará em sacrificar a equidade ou as exigências da vida à lógica jurídica. Mas o puro jurista que queira permanecer fiel ao seu método e que elabora construções abstraindo dos fatos e das necessidades contingentes, inclinar-se-á a prosseguir na dedução imperiosa do princípio. [...]. Uma vez que os princípios tenham sido deduzidos rigorosamente das regras legislativas, admitir-se-iam forçosamente todas as suas consequências, e só ao legislador corresponderia especificar, entre estas, as que a equidade ou as considerações fáticas rechaçam. Tal é o rigor do método ideal. [...] o sentimento de justiça e o sentido comum protestam contra isso com tal energia que mesmo entre os juristas mais apegados à afirmação de seus princípios, são poucos os que levam ao extremo as deduções estritamente lógicas. Por isso se estabeleceu na prática e se introduziu em nosso ensino jurídico o método de dedução temperada [...]. Estas atenuações à lógica mediante considerações de equidade ou práticas estão longe de ter uma certeza e uma autoridade que se imponham a todos, e nos extraviariam do caminho reto e seguro do método se não tivéssemos o cuidado de as enlaçar com o postulado essencial deste, afirmando que o legislador não poderia ter querido negar as ‘necessidades práticas da vida’ ou a ‘equidade evidente’” (GÉNY, 1925, p. 43-4 – tradução nossa).

manifestação individual da razão e da consciência, a qual assume expressões, em alguma medida, subjetivamente diferentes dependendo do sujeito (GÉNY, 1995, p. 556). Os princípios de justiça, para Gény, são noções objetivas por essência, mas só podem ser transpostas ao plano prático subjetivamente, no qual se adaptam aos elementos variáveis da realidade¹⁰³. Quanto mais próximos da faticidade, mais esses princípios se apresentam sob a aparência de conhecimento subjetivo e, portanto, mais distantes ficam de sua caracterização como entidades objetivas, independentes da subjetividade humana.

Descontada a metafísica dotada de resquícios jusnaturalistas de Gény, não podemos aqui, retomando Pareyson, estabelecer uma analogia entre as afirmações do autor francês e as formulações personalistas de verdade sobre o “platitude” direitos humanos (Peczenik), a serem entendidas como diversos vãos de sentido a respeito de um elemento que, ainda que desprovido de referentes mundanos que possibilitem juízos verificacionistas, tenha uma pretensão de “objetividade”, entendida esta como coerência narrativa com a tradição (Esser/Peczenik/Dworkin/Kaufmann)? Ora, conforme afirmado por Kaufmann (ecoando, de certo modo, o horizonte intersubjetivo de expectativas em Esser), os momentos subjetivos emanam, em cada conhecimento, de fontes diferentes, se enfraquecendo mutuamente quando em confronto, enquanto os momentos objetivos sempre têm origem “no mesmo ser” (“natureza das coisas”), descrita por Peczenik como o conhecimento de fundo sobre a sociedade: extraído das reações avaliativas das pessoas em suas asserções normativas e avaliativas; de caráter contestável; e, em certa medida, tácito, visto que qualquer esforço para torná-lo explícito – formulação de verdade – resultará em controvérsia), de maneira a remeterem todos para o ponto de unidade do sentido normativo, o que os configura como fundamentados. Em outras palavras, conforme descrito por Llewellyn ao abordar o “grand style”, a reavaliação constante da tradição, ao tentar equilibrar, de um lado, a “responsibility for justice”, e, do outro, o respeito à “legal doctrine” e às “known doctrinal techniques”, reduz os fluxos de incerteza e, por conseguinte, as divergências. Aumenta-se, assim, a previsibilidade das decisões, bem como a possibilidade de que muitos juízes, a despeito de suas peculiaridades pessoais (momentos subjetivos emanados de fontes de diferentes), cheguem a conclusões fundamentalmente semelhantes (enfraquecimento dos momentos subjetivos e recondução ao “mesmo ser” objetivo) a partir dos mesmos materiais autorizados.

¹⁰³ “Ao âmago da justiça, que a razão descobre nas relações humanas, não podemos recusar valor objetivo, sem o qual o justo seria desprovido do absoluto, que constitui a sua essência; isso não nos impede de reconhecer que a ação dos princípios que dito problema contém em si implica obra pessoal e individual do intérprete, cujos resultados últimos se traduziram necessariamente em pontos de vista subjetivos, que penetrem, não obstante, por suas mais profundas raízes nesta entidades objetivas que constituem todo o seu poder.” (GÉNY, 1925, p. 556 – tradução nossa)

Por outro lado, desconstrutivamente em relação a Luhmann (e a Gény), podemos afirmar que, devido à violência inexorável do ato de determinação discricionária no primeiro sentido fraco – formulação de verdade (Pareyson)/momento subjetivo (Kaufmann) – daquilo a que o magistrado, no contexto da tradição da comunidade de intérpretes, está vinculado, sempre estará latente na transição entre texto normativo (em sentido um tanto lato, de modo a abarcar não apenas as leis, mas também os precedentes de caráter vinculante) e decisão judicial um grau maior ou menor de corrupção sistêmica operativa. Em outras palavras, mesmo quando não haja uma submissão habitual do código lícito/ilícito ao código binário de outro sistema, redundando em alopoiese; haverá uma violência constitutiva, irracional, no intervalo entre redundância e variação. Para fundamentar tal afirmação, inspiramo-nos em Teubner, que, a despeito de toda a influência de Luhmann em seu pensamento, não se restringe, como faz este autor, a caracterizar a autopoiese do direito como uma questão de autoprodução dos elementos do sistema jurídico, ou seja, os seus atos jurídicos. Senão, vejamos.

Na visão de Teubner (1989, p. 32-3; 48), não apenas todos os componentes do sistema – elementos, estruturas, processos, limites, identidade e unidade – devem ser auto-produzidos, mas também o próprio ciclo de autoprodução precisa ser capaz de alimentar a si mesmo, o que demanda um hiperciclo, ou seja, uma “conexão do primeiro ciclo de autoprodução com um segundo ciclo, que possibilite a produção cíclica garantindo as condições da sua própria produção”¹⁰⁴. Rejeitando, pois, a subscrição de Luhmann à

¹⁰⁴ Teubner (1989, p. 71-2) procura diferenciar sua concepção de autonomia em relação à de Luhmann: enquanto esta se identificaria com a noção de autopoiesis, aquela envolveria “a capacidade do sistema para organizar (auto-organização) ou para alterar ‘espontaneamente’ (auto-regulação) as suas próprias estruturas”, mas não se restringiria a essa “capacidade do sistema de criar as suas próprias regras”, e sim se estenderia à sua capacidade para gerar suas próprias operações originárias e produzir a sua própria identidade, ou, de um modo mais abrangente, à “capacidade de auto-constituição de ações jurídicas, à juridificação dos processos e à ‘invenção’ de institutos jurídico-doutrinários”. Nesse contexto, Teubner (p. 65-71 – tradução nossa) descreveu com as seguintes palavras a noção de hiperciclo e a relação entre auto-observação, auto-constituição e auto-reprodução: “A existência de um hiperciclo auto-reprodutivo está dependente da interrelação cíclica dos componentes sistêmicos, já de si organizados de forma cíclica. [...] “Logo que a comunicação jurídica sobre a distinção básica legal/ilegal comece a diferenciar-se da comunicação social geral, aquela torna-se inevitavelmente auto-referencial e é compelida a tematizar-se a si mesma no quadro de categorias intrinsecamente jurídicas. Isto implica – para além de círculos ‘viciosos’ e ‘virtuosos’, tautologias, contradições, paradoxos e retornos infinitos – que o sistema jurídico é forçado a descrever os seus componentes utilizando as suas próprias categorias. Este sistema começa por estabelecer as normas reguladoras das suas próprias operações, estruturas, processos, limites, meio envolve e até de sua própria identidade. Uma vez que estas auto-descrições tenham sido utilizadas operativamente deste modo, então o sistema começa a constituir os seus próprios componentes. Isto conduz a [...] círculos auto-referenciais no respeitante a atos jurídicos, a normas jurídicas, a processos jurídicos e à dogmática jurídica, o que, por sua vez, implica uma maior autonomia do sistema jurídico: o direito determina, ele próprio, quais os pressupostos da relevância jurídica de um fato, da validade jurídica de uma norma, etc. O sistema jurídico apenas se torna auto-reprodutivo ‘stricto sensu’ quando os seus componentes auto-referencialmente constituídos se encontram de tal modo interligados e articulados que atos e normas jurídicas se reproduzem reciprocamente entre si, e que processo jurídico e doutrina jurídica relacionem, por seu turno, tais

concepção de autopoiese de Maturana e Varela, que, com uma “rigidez inflexível”, considera esta “como um processo de ‘tudo ou nada’: o direito ou se reproduz ou não se reproduz [...]”; Teubner (1989, p. 56-8) afirma que “autonomia e autopoiesis deveriam antes ser entendidas como conceitos gradativos”, visto que “quer se analise a evolução histórica do direito ou de um particular sistema jurídico-positivo, é sempre possível identificar graus de autonomia”, a qual consiste em uma “realidade gradativa”. Diferentemente de Luhmann, para quem não existem sistemas parcialmente autopoieticos e parcialmente heteropoieticos, Teubner (1989, p. 68) entende que auto-observação (“definição auto-referencial dos seus componentes”), auto-constituição (“incorporação e utilização operativa no sistema dessa auto-observação”) e auto-reprodução (“articulação hipercíclica dos componentes sistêmicos auto-gerados, enquanto elementos que se produzem entre si numa circularidade recíproca”) são traços distintos da evolução sistêmica e devem ser assumidos como referência para que se determine o seu grau de auto-referencialidade e autonomia, noções que não se resumem a um “tudo-ou-nada”: “O aumento cumulativo de relações circulares faz assim da autopoiesis um processo gradativo. [...]. Auto-observação não implica necessariamente auto-constituição, nem auto-constituição implica necessariamente auto-reprodução” (TEUBNER, 1989, p. 68).

Se, por um lado, a descrição de Teubner sobre o hiperciclo envolve o reconhecimento de que a autopoiese é um processo gradativo, por outro, seria possível argumentar que o sistema jurídico, dado o seu alto grau de diferenciação funcional, tem suas condições de produção devidamente garantidas pelos processos hipercíclicos, motivo pelo qual não seria o caso de se falar em uma autopoiese parcial. Contudo, devemos notar que Teubner (2010, p. 14 – tradução nossa) adiciona à sua tipologia dos ciclos a noção de ultraciclo: enquanto “um hiperciclo surge quando operações comunicativas no interior de uma rede fechada formam ciclos circularmente interligados”, “um ultraciclo surge quando um ciclo de irritações mútuas desenvolve-se entre redes fechadas”. Em outras palavras, um ultraciclo conecta processos cíclicos de diversos sistemas e ultrapassa as suas fronteiras, sem, contudo, os fundir em um “supersistema” ou eliminar sua autonomia. Processos ultracíclicos não envolvem uma “recursividade de operações”, mas, sim, aproveitam a autonomia dos sistemas por eles conectados, de maneira a estabelecer uma “recursividade de irritações”, o que pode “conduzir a inovações normativas” (TEUBNER, 2002, p. 9 – tradução nossa). O traço típico do ultraciclo é o “valor cognitivo adicional que surge sempre que as faíscas de irritação

interrelações: apenas quando os componente sistêmicos ciclicamente organizados interagem entre si desta forma o hiperciclo jurídico atinge o seu termo perficiente”.

ultrapassam as fronteiras dos códigos envolvidos”, dado que “sistemas autônomos não compreendem uns aos outros, mas conectam-se entre si e produzem algo novo nesta cadeia de mal-entendidos” (TEUBNER, 2010, p. 15; 2002, p. 9 – tradução nossa). O fechamento mútuo entre sistemas ultracíclicamente conectados torna possível a constituição de mecanismos de abertura mútua a um aprendizado cognitivo: no contexto das pressões por aprendizagem, o vínculo ultracíclico estabelece processos cognitivos de influência recíproca mediante uma transcendência de fronteiras que envolve, no percurso da tradução do conteúdo original do(s) sistema(s) irritante(s) para a linguagem do(s) sistema(s) irritado(s), uma travessia por diversos sistemas sociais. De tal maneira, processos de auto-reprodução podem ocorrer fora das fronteiras de um sistema sem que este seja privado de seu fechamento autopoietico: é o que Teubner chama de recursividade ecológica, (e não sistêmica), na qual a autopoiese do sistema é explorada para construir (ultra)ciclos ecológicos que, a despeito de ultrapassarem as fronteiras do sistema, continuam a respeitá-las (TEUBNER, 2005, p. 86; 98). Teubner (2005, p. 100), pois, subscrevendo Wiethölter, conclui que a autonomia social significa confiar simultaneamente na autodeterminação e na inevitável externalização, desde que este controle externo não seja entendido como heterodeterminação, mas, sim, como a possibilidade de recurso a um auxílio externo que cumpre uma função análoga à terapêutica.

Consideramos, desconstrutivamente, que o “valor cognitivo adicional” mencionado por Teubner, ao ultrapassar as fronteiras dos códigos envolvidos, não se submete por completo à rigidez do fechamento operacional, visto que, como reconhecido por Luhmann (2014, p. 274 – tradução nossa), os códigos binários são artificialidades que, dada a inexorabilidade da contingência, não podem organizar o mundo – o qual, “em cada observação que utiliza distinções, se retira como o não-observável” – logocentricamente. Há, pois, uma invasão residual inexorável na recursividade de irritações típica dos ultraciclos, o que explica “as inovações normativas” que surgem como produtos da iteratividade intrínseca à articulação hipercíclica que enseja o entrelaçamento hierárquico entre os atos decisórios do Judiciário e as estruturas produzidas pelo Legislativo (ou, “mutatis mutandis”, os precedentes de caráter vinculante produzidos pelo próprio Judiciário). Em outras palavras, dado o primado da dinâmica iterativa do rastro, o “valor cognitivo adicional” não pode ser artificial e logocentricamente aprisionado como tal, o que significa que existe um inafastável resquício de violência normativa em qualquer processo ultracíclico de tradução (re-entry como “mal-entendido”) do conteúdo que o sistema jurídico recebe de seu ambiente como uma irritação. A travessia por diversos sistemas sociais, nos moldes da “recursividade ecológica”, mais (e antes mesmo) do que uma resposta a pressões por aprendizagem, é um evento

hermeneuticamente inafastável que, na linguagem artificial e retrospectiva da teoria dos sistemas, simultaneamente: respeita as fronteiras do sistema jurídico ao se atrelar à sua exigência de redundância mediante a ideia de vinculação; e ultrapassa as suas fronteiras pela via de processos de auto-reprodução que ensejam variação mediante um aporte discricionário. Não é, pois, possível que a autonomia social, ao combinar autodeterminação e externalização, afaste completamente a heterodeterminação: como em qualquer terapia, haverá sempre algo de normativo na irritação gerada pelo terapeuta sobre o sistema psíquico ao qual sua comunicação se dirija.

Consolidadas as premissas acima apresentadas, o desafio da indecidibilidade entre vinculação e discricionariedade, pois, é o de estabelecer os limites que demarcam: de um lado, a “re-entry”, com sua inexorável (e ultracíclica) discricionariedade no primeiro sentido fraco; e, de outro, uma variação radical ofensiva à redundância, ou seja, discricionária em sentido forte, capaz de ultrapassar o grau suportável da inexorável corrupção sistêmica operativa e ameaçar, caso convertida de episódica em habitual (corrupção estrutural), a diferenciação funcional do sistema. O desafio em questão, consubstanciado na “law of lawful discretion” de Llewellyn (1960, p. 216-7 – tradução nossa) – segundo a qual o ideal de regularidade razoável está situado no intervalo entre a regra e a discricionariedade, visto ir de encontro “por um lado, à ‘certeza’ do resultado ou à ‘universalidade’ da regra, e, por outro, à ‘livre discricionariedade’ ou à escolha ‘arbitrária’ ou desprovida de um padrão” – é aporético, pois esse limite perseguido deixa apenas um rastro, motivo pelo qual também é, em si, indeterminado: este é o núcleo da relação de entrelaçamento hierárquico entre os “platitudes” (ou, à la Dworkin, “conceitos interpretativos”) vinculação e discricionariedade. De tal maneira, embora a verdade não caiba no *logos*, o caráter espectral, sempre diferido, daquela nos força a utilizar, nos moldes do “ideal de regularidade razoável” de Llewellyn, o elemento analítico oferecido no contexto de justificação como critério restante de estabilização e previsibilidade para fins de avaliação do grau de respeito da (tentativa de) tradução do “felt sense”, como produto da discricionariedade no primeiro sentido fraco, aos compêndios sistêmicos – afinal, como entende Llewellyn, ainda que, intimamente, a norma efetivamente determinante das decisões judiciais não seja aquela exposta em um catálogo normativo escrito e apresentada formalmente como fundamentação da decisão, a admissão de que as regras e os princípios são elementos necessários da justificação do discurso jurídico impõe sua consideração como direito na forma de “legal doctrine”.

Diante de tudo aqui exposto, podemos dizer que tanto Gény quanto Kantorowicz reconhecem, cada um com um sotaque específico – respectivamente: destacando, mediante a

ideia de conversão técnica do dado em construído, a necessidade de preservação da consistência e da autorreferência; e hipertrofiando, em forma de direito livre, a responsividade e a heterorreferência – , a unicidade das formulações subjetivas de verdade. Nesse ponto, podemos, desconstrutivo-construtivamente, reler a lista de paradoxos encontrados pelo próprio Kantorowicz em postulados tradicionais sobre a atividade do juiz: como uma versão alternativa do “thrust-and-parry” de Llewellyn à luz da paranóia mútua entre autoipoiese e “différance”; ou, em alguma medida, como uma descrição do próprio jogo de estocadas-e-bloqueios que podemos visualizar entre os acentos de Gény e do próprio Kantorowicz. No primeiro paradoxo, o “thrust” de que todos os casos devem obrigatoriamente ser decididos e de que tais decisões devem ser fundadas em textos de lei (“autodestruição da vontade”) pode ser compreendido como o compelimento sistêmico à decisão; enquanto o “parry” consiste no constante recurso dos tribunais a uma discricionariedade razoável, o que pode ser lido nos termos da aporia entre vinculação e discricionariedade (inclusive quanto ao caráter espectral, indecível, da fronteira entre discricionariedade no primeiro sentido fraco e discricionariedade em sentido forte). No segundo paradoxo, o “thrust” segundo o qual o juiz deve ser um servo do direito se depara com o “parry” da celebração das práticas tribunalícias que conservam o frescor de uma codificação por séculos mediante uma adaptação a novas necessidades (responsividade), de maneira que podemos enxergar aqui as tensões redundância-variação, autorreferência-heterorreferência e compelimentos sistêmicos-transcendência radical de uma justiça por-vir. No terceiro paradoxo, o “thrust” de que todas as decisões devem ser motivadas corresponde ao compelimento sistêmico à fundamentação; mas defronta-se com o “parry” da admissão de uma instituição como o tribunal do júri, que decide psicológica, subjetiva e imotivadamente, o que revela a falta de confiança que temos nos juízes – questão explicável pela insuficiência e pelo caráter necessariamente violento e injusto de toda decisão judicial, o que resulta nas demandas por uma transcendência radical em direção a uma justiça sempre por-vir. No quarto paradoxo, temos o “thrust” de que as decisões devem ser previsíveis, ou seja, a exigência de redundância e o compelimento à decisão; mas a existência de uma quantidade quase infindável de processos judiciais funciona como um “parry”, visto que a figuração como parte em tais feitos releva performativamente o reconhecimento do caráter inalcançável de tal previsibilidade, o que revela a violência constitutiva no intervalo entre redundância e variação em que se dá a determinação discricionária, pelo magistrado, daquilo a que se reconhece como vinculado. No quinto paradoxo, o “thrust” segundo o qual as decisões devem ser objetivas, e não pessoais, ou seja, vinculadas, e não discricionárias em sentido forte; irreleva o “parry” revelado pela

circunstância de as modificações nas composições dos tribunais serem acompanhadas por novidades (ou seja, variação) em suas orientações jurisprudenciais, o que está relacionado ao fato de que o homem necessariamente coloca o traço de sua personalidade – ou seja, discricionariedade no primeiro sentido fraco – em tudo que faz e, portanto, de que a personalidade do juiz é uma inexorável violência determinante do resultado do litígio, mormente quando considerada a indecidibilidade entre discricionariedade no primeiro sentido fraco e a discricionariedade em sentido forte. No sexto paradoxo, encontra-se o “thrust” prescritor de tomadas de decisão de modo estritamente científico, ou seja, em termos de “re-entry”, mas também o “parry” dos constantes elogios aos juízes que decidem de maneira artística e corajosa, ou seja, orientados pela “travessia do deserto” da transcendência radical em busca da justiça por-*vir*. No último paradoxo, vemos o “thrust” que impõe a imparcialidade da jurisdição (compelimento à fundamentação e autorreferência), mas também o “parry” de que as decisões dos magistrados são vinculantes devido ao seu “pedigree” – discricionariedade no segundo sentido fraco –, o que significa que não há necessidade de que a vontade do magistrado se torne rebeldemente caótica e/ou parcial, dado não encontrar obstáculos intransponíveis à sua onipotência.

Concluimos, oscilando entre o Kantorowicz do manifesto e Gény, bem como entre os mutuamente paranoicos Derrida e Luhmann, que a investigação do magistrado é livre, tal qual o radical Direito Livre, com suas aberturas derridarianas ao Outro antecipatórias de sentido, desde que científica. Isto significa que a variação, para ser posteriormente passível de estabilização (redundância), pressupõe uma fundamentação dotada de pretensão de racionalidade compatível (embora sempre de maneira imperfeita) com os critérios do próprio sistema e referida a elementos básicos constitutivos da ideologia jurídica (Peczenik)/tradições autênticas (Esser) “steady factors” (Llewellyn), nos termos de uma coerência narrativa (Dworkin) regida por um conservadorismo epistêmico (Peczenik), o que possibilita que as modificações nos sistemas de crenças não ocorram de maneira brusca, mas, sim, sustentável¹⁰⁵.

¹⁰⁵ É oportuno, aqui, remeter, com reconhecimento de sua decisiva influência neste trabalho, à hermenêutica heterorreflexiva, teoria prescritiva cunhada por Wálber Carneiro (2011, p. 252 e ss.), composta por dois tempos. O primeiro deles consiste em uma abertura cognitiva a partir do problema, com o fulcro de ampliação do horizonte heterorreferencial. É nesse primeiro tempo que se dá o enfrentamento direto e contratextual da conduta a ser juridicamente apreciada pelo magistrado. Não se trata de neutralização do papel redutor de complexidade do sistema jurídico, pois o problema, como ente, funciona como elemento de redução, dado que só trabalharemos com as demandas por ele apresentadas, ainda que seu sentido seja incorporado à tradição institucional para fins de aproveitamento nos casos posteriores. A abertura ao problema é abertura ao outro, um diálogo com as textualidades não-normativas oriundas de outros espaços de vivência – como os movimentos sociais – e de pensamento – como a filosofia, a sociologia e a literatura. Trata-se, nos termos do autor, de um direito que, embora autônomo, está cognitivamente aberto à interdisciplinaridade. O segundo tempo, por sua vez,

Consolidadas tais premissas, a próxima etapa do entrelaçamento dos eixos cultural e político aos eixos compreensivo e analítico – nível de linguagem (L1) – em torno do metaeixo paranoico – nível de linguagem (L2) – de nossa proposta tem como dobra o paradoxo da necessidade de posituação dos direitos humanos pré-positivos, noção fundamental para o cumprimento do objetivo geral deste trabalho de oferecer um modelo de análise adequado não apenas ao enfrentamento do intervalo entre vinculatividade e discricionariedade, mas também de sua repercussão nos conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais, os quais giram em torno da aporia entre universalismo e multiculturalismo no discurso dos direitos humanos. Por tal razão, analisaremos tal problema especificamente, em tópico próprio, à luz de nossa tese sobre a relação aporética entre vinculação e discricionariedade.

7.1.2.3 A abertura à irracionalidade da justiça por-vir como condição de (uma tentativa inexoravelmente imperfeita de) racionalidade de um sistema jurídico permeado por conflitos entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais a respeito do significado dos direitos humanos

O paradoxo da necessidade de posituação dos direitos humanos pré-positivos, como visto no capítulo 5 deste trabalho, foi reconhecido por Douzinas (2009, p. 268), para quem, como se depreende do trecho a seguir, não existem limites ontológicos à recognoscibilidade dos “direitos humanos”, significante vazio disponível às convenções estabelecidas na

diz respeito a uma **filtragem sistêmica** que preserva a autopoiese do direito em relação à moral no âmbito da compreensão mediante uma estratificação do sistema em quatro níveis apofânticos: 1) o do conteúdo substancial dos princípios; 2) o do conteúdo semântico das regras; 3) o da doutrina; e 4) o da jurisprudência. Apesar da assunção, por este trabalho, de uma matriz de pensamento derridariana, diferentemente do que faz Carneiro, que constrói sua leitura de Luhmann por um prisma heideggeriano, parece-nos que é possível a visualização de uma analogia entre: de um lado, o tempo contratextual da proposta do autor baiano e a abertura radical derridariana à transcendência de uma justiça que não respeita limites sistêmicos; e, de outro lado, a “filtragem sistêmica” sugerida pela hermenêutica heterorreflexiva e a exigência de que a “re-entry” respeite os limites de cientificidade e racionalidade. Contudo, se retomarmos aqui as palavras de Pound (1976, p. 98 – tradução nossa), para quem se “reveste de importância a aproximação do ideal que formamos sobre o processo judicial”, e não, como faziam os realistas estadunidenses, “das deficiências que continuamente procuramos controlar e reduzir ao mínimo”; podemos afirmar, analogamente, que enquanto Carneiro, à luz de Heidegger e Gadamer, construtivamente, destaca a possibilidade do não-discricionário e da compreensão correta, estamos aqui a ressaltar, desconstrutivamente, as limitações da racionalidade na busca de uma justiça por-vir, consubstanciadas na indecidibilidade entre vinculação e discricionariedade. De todo modo, se, por um lado, a compreensão, em Gadamer, pode ser desconstrutivamente lida como compreensão por-vir (possível apenas como impossível), e, por outro, a crítica radical derridariana pode ser entendida construtivamente como um estímulo ao aperfeiçoamento do justo, nossa proposta e a de Carneiro, assim como as de Gadamer e Derrida, estão mais próximas do que aparentam.

dinâmica incessante das lutas políticas pela institucionalização de vãos de sentido sobre o significado do que é ser humano:

A lei dos direitos humanos envolve o seguinte paradoxo: “na qualidade de lei, ela atua como um agente de estabilização da identidade e de racionalização do poder do Estado; na qualidade de direitos humanos, ela introduz no Estado e na personalidade (jurídica) a abertura da indeterminação social e cultural. [...] [...] o próprio desejo substitui a natureza humana como o conceito fundador e se torna o significante flutuante e vazio que pode ser atrelado ou à lógica do poder e do Estado ou à lógica da justiça e da abertura. [...] Os direitos são ficções linguísticas que funcionam e reconhecimentos de um desejo que nunca chega ao fim.

É interessante notarmos, contudo, que o paradoxo mencionado no parágrafo anterior não foi apenas reconhecido por um autor derridariano como Douzinas, mas também por um pensador sistêmico como Luhmann, que considera paradoxal a distinção entre direitos humanos e direitos estabelecidos convencionalmente, unidade de uma diferença que se pretende resolúvel mediante a positivação dos direitos pré-positivos em forma de texto. Luhmann (2001, p. 159) afirma que a manifesta administração do paradoxo em questão mediante a nomeação dos direitos humanos oculta uma outra forma desse mesmo paradoxo, qual seja, a de que “os produtos da civilização passam a ser reconhecidos dentro de seus próprios limites”. A afirmação normativa dos direitos humanos, atualmente, segundo o autor, é reconhecida quando as normas respectivas são descumpridas, quando os direitos humanos são violados¹⁰⁶. Ora, em trecho em que aparenta ecoar a “travessia do deserto” da experiência de alteridade derridariana, o professor alemão afirma que

¹⁰⁶ Conforme explica Marcelo Neves (2009, p. 253), Luhmann modificou sua leitura sobre os direitos humanos ao longo de sua produção acadêmica, o que resultou na perspectiva do paradoxo ora abordado: “para Luhmann [...], os direitos fundamentais (positivados constitucionalmente) serviriam à “manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação” [...]. Embora os direitos humanos tenham sido, nas suas primeiras obras, cunhados de “direitos eternos” e, por isso, desprezados, Luhmann passou, mais tarde, a enfatizar que “a crescente atenção para as ofensas aos direitos humanos faz parte dos mais importantes indicadores de um direito da sociedade mundial”. Os direitos humanos estariam relacionados ao problema da exclusão, orientando-se, portanto, para a inclusão do homem como pessoa nos sistemas funcionais da sociedade, especialmente no direito. Defendia, porém, uma semântica restritiva dos direitos humanos, para incluir apenas aquelas situações em que houvesse violações chocantes e escandalosas à dignidade humana no âmbito da sociedade mundial: “o desaparecimento de pessoas assegurado pelo Estado”, “deportações forçadas e expulsões”, execução [...], prisão e tortura contrárias ao direito e com o conhecimento e proteção de órgãos estatais”. Registramos, nesse ponto, a existência de uma crítica do professor brasileiro a Luhmann: “Essa restrição não me parece justificada. [...] também a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população na sociedade mundial de hoje, implicando como que uma exclusão social absoluta dos respectivos grupos humanos, também tem sido vista como violação gritante e escandalosa à ‘dignidade humana’ e, pois, aos direitos humanos enquanto inclusão jurídica [...]. Em ambos os casos, trata-se do paradoxo da afirmação de expectativas normativas (contrafactuais) diante da própria prática que as contraria sistematicamente. [...] proponho que os direitos humanos sejam definidos primariamente como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social. [...]. Quanto maior for a exclusão em determinados âmbitos da sociedade mundial, tanto mais será limitada a realização da diferenciação funcional nos respectivos contextos sociais” (NEVES, 2009, p. 253). Optamos, contudo, por subscrever a perspectiva do autor alemão, tendo em vista que, dada a redução de complexidade perpetrada pelo recorte assumido por este trabalho, não é necessário realizar uma análise crítico-comparativa entre as duas

Assim como freqüentemente as expectativas tornam-se conscientes por via de sua frustração, [...] também as normas freqüentemente [tornam-se conscientes] pela ofensa a elas. A situação de frustração conduz nos sistemas que processam informações à reconstrução de seu próprio passado, ao processamento recorrente, com resgate e apreensão do que no momento for relevante. Parece que a atualização dos direitos humanos, hoje, utiliza-se em nível mundial primariamente deste mecanismo. Seria de “mau gosto”, diante de tais atrocidades, recorrer a textos ou investigar a ordem legal válida local, para saber o que é ou não permitido. O problema reside antes na comunicação de tais lesões e na vigilância pública considerando a dimensão massificada e a reprodução corrente do fenômeno. (LUHMANN, 2001, p. 160)

Se parece chocante e insuficiente, pelo ângulo de uma cultura jurídica bastante desenvolvida e acostumada a determinar as expectativas de seus membros, ter que admitir que, paradoxalmente, “a validade da norma mostra-se em seu descumprimento”; Luhmann lembra que a ordem jurídica do direito mundial assemelha-se às de sociedades tribais, desprovidas de força sancionatória organizada e prévia qualificação normativa de tipos de condutas como ilícitos. O autor considera que o problema dos direitos humanos ganha relevância toda vez que, notada uma violação, fica manifesta a incapacidade do Estado para impedi-la, o que inspira o professor alemão a conjecturar sobre formas produtivas de desdobramento desse paradoxo mediante recurso à desconstrução.

Luhmann (2009, p. 160) afirma que “um observador que tenta observar um paradoxo fica preso a ele”, o que torna necessário não olhar para o paradoxo de maneira direta. O sociólogo, por privilegiar uma observação daquele que observa o paradoxo (observação de segunda ordem), incorreria, por via indireta, no mesmo erro ao tentar saber “como e de que formas o olhar direto sobre os paradoxos é evitado, de que modo é visto e como tem que ser evitado, pelo que ele mesmo esquece que isto precisa ser evitado” (LUHMANN, 2001, p. 160). Em uma ambivalência tipicamente reveladora da paranóia da autopoiese em relação à “différance”, Luhmann cogita, então, a alternativa desconstrutiva, nos termos da crítica metafísica de Derrida, para quem seria necessário um estudo das “omissões” da filosofia e um olhar sobre o modo pelo qual “o ausente na presença se faz notável”, procedimento que, segundo o professor alemão, encontra no termo “desconstrução” uma expressão famosa e enganadora. Explicando o procedimento em termos derridarianos, Luhmann afirma que “esta

posições, visto que o sentido atribuído por Luhmann à noção de “direitos humanos” é justamente aquele nuclear à mútua paranóia entre o compêlimento autopoietico à normatização e as experiências desconstrutivas de injustiças radicais utilizada como metaxo de análise do modelo proposto por este trabalho. Talvez uma crítica ao déficit de efetivação dos direitos fundamentais possa ser realizada mediante uma análise desconstrutiva, visto que a noção de justiça por-vir tem em seu núcleo a ideia de um aperfeiçoamento incessante em busca de uma perfeição que se sabe ser inatingível. Contudo, o enfoque que pretendemos dar à noção de justiça por-vir neste trabalho não diz respeito a questões de eficácia social, de caráter fático, mas, sim, à pretensão de transcendência radical no contexto do conflito entre programas normativos e entre seus respectivos sentidos, sempre sujeitos à iterabilidade e à indecidibilidade constitutivas da atividade hermenêutica.

visualização de si representa ao mesmo tempo a dissolução da visualização de si e uma visualização da dissolução da visualização de si – um ‘trace de l’effacement de la trace’” (LUHMANN, 2001, p. 160). É possível, de todo modo, aproveitar positivamente um procedimento tal – como explica o professor alemão no seguinte excerto:

cada fundamentação dos Direitos Humanos (e fundamentação no duplo sentido da produção de validade e de apresentação de razões justificadoras) exige um gerenciamento de paradoxos [...]. A seguir-se o esquema teórico geral de que os paradoxos aparecem em toda distinção operacional, tão logo se questione sua unidade, ou seja, a unidade que só como diferença pode ser utilizada, torna-se presente a questão de como os paradoxos são “desdobrados”, ou seja, de como serão substituídos e recalcados por identidades indistinguíveis. A hierarquia tipológica ou a diferenciação por níveis da linguística podem servir aqui de modelo. Em todo caso, não se pode realizar o desdobramento dos paradoxos de forma lógico-dedutiva. Seus critérios apresentam-se antes na questão de quais distinções, para quais sistemas, em que período histórico demonstram tal plausibilidade, de modo que a questão sobre a unidade da distinção, ou também a questão de por que essa distinção e não alguma outra é utilizada não é mais lançada. “Anything may go”, mas não tudo a qualquer tempo. Chega-se assim a uma semântica histórico-empírica das formas de desdobramento de paradoxos. Pode-se correlacioná-las – se a sociologia participar nisto – a mudanças sociais. Pode-se, desta forma, também provocar uma crítica de hábitos de distinção, mediante a questão de que paradoxos elas deveriam ocultar e se as formas usadas para isso ainda convencem. Disto pode resultar um grande descompromisso na percepção de processos novos, o que representaria um ganho nada pequeno em uma sociedade atormentada pela própria insegurança. (LUHMANN, 2001, p. 160)

Podemos, produtivamente, visualizar a alteridade derridariana subscrita por Douzinas como um elo entre a abertura cognitiva em Luhmann e a hermenêutica diatópica, conforme demonstraremos daqui em diante.

Em Derrida, o outro é visto como aquilo que não pode ser representado, medido ou repetido, como "completamente outro", uma alteridade irreduzível. Uma tentativa de mensuração do outro, para o professor franco-argelino, seria ofensiva à diferença, devendo-se buscar a relação entre o calculável e o não-calculável em uma desconstrutiva ética da diferença. Segundo Derrida, pois, as identidades são contingentes, imensuráveis e não-antecipáveis. Como descreve Ganis (2011, p. 87 – tradução nossa),

A dádiva incondicional de Derrida objetiva cumprir a tarefa ético-política de salvaguardar singularidades incomensuráveis da ameaça (presumida) de remoção epistêmica por totalidades idealizadas de pensamento e ação. Derrida situou [...] a dádiva [...] não como mera expressão de preocupação com o outro, mas, sim como intercessão política contra o inerradicável resíduo de violência no núcleo de todos os esforços universalistas para suavizar a não-identificabilidade intrínseca entre o self e o outro. Tanto no nível da ética quanto no da política, [...] “a indecidibilidade continua a habitar a decisão... a relação com o outro não se fecha; é por causa disto que existe a história e que se tenta agir politicamente.”

Contudo, para o autor franco-argelino, a igualdade mensurável e o cuidado imensurável não são pontos de vista morais mutuamente excludentes, pois o calculável dá

acesso ao próprio incalculável, ainda que, ao mesmo tempo, ameace a própria singularidade. A razão, pois, para Derrida, é encontrada entre e em ambos os lados: o do cálculo e da condicionalidade, e o da incalculabilidade incondicional. Ora, Derrida alia o impulso ético de preocupação com o outro a uma justiça-por-vir universal. Podemos, então, com o derridiano Douzinas, retomar a combinação de dois elementos do discurso dos direitos humanos. O primeiro é um elemento de identidade, de caráter universal, porém indeterminado, o qual legitimaria o pleito de igualdade de tratamento perante os demais seres humanos, expediente que pressupõe lutas políticas por interesses exteriores ao sistema jurídico a serem convertidos em direitos (Jhering). O segundo é um elemento de diferença, dada a distância entre a natureza humana abstrata e as características concretas dos reivindicantes, o que legitima sua exigência de um tratamento diferenciado que respeite sua identidade específica. Não é toa, pois, que Derrida identifica na justiça uma tensão entre a responsabilidade pelo Outro individualizado e a responsabilidade imparcial por todos os Outros, o que envolve um compromisso construtivo com a possibilidade. A ideia de reciprocidade implica que o que se deve ao Outro é devido a todos os Outros como iguais, inclusive a si mesmo, como o Outro do Outro. É tal compromisso com a imparcialidade o que permite a Derrida não abrir mão de comparar as qualidades dos fracassos e conservar a função crítica da noção de justiça, mesmo que esta esteja sempre por vir (BANKOVSKY, 2012, p. 115; 131).

Derrida, ao admitir, para fins de satisfação da face imparcial da responsabilidade da justiça, a necessidade de transgressões à “travessia do deserto” consubstanciada na consideração individual, deixa um flanco aberto à atuação dos compelimentos sistêmicos, os quais incidem sobre aquilo que, oriundo da experiência de transcendência radical, adentra o sistema via sua abertura cognitiva. Reside aqui a definição de Teubner (2011, p. 34) sobre a justiça jurídica como

uma dinâmica social estruturada dentro do Direito. A justiça jurídica é um processo obstinado de auto-descrição no Direito, que interrompe, bloqueia, sabota, mina a ininterrupta auto-reprodução do sistema jurídico, a recursividade rotinizada das operações jurídicas; que, com isso, compele o Direito à sua auto-transcendência sobre cada sentido; que, entretanto, se coloca ao mesmo tempo de volta sob o compelimento a continuidade da produção de novas operações jurídicas; e que, assim, se auto-sabota, porque gera, exatamente através disso, novas injustiças. Pois após a passagem pela experiência “irracional” da transcendência, após a “travessia do deserto”, ele se compele a reconstruir essa experiência sob as condições restritivas do sistema jurídico – compelimento à decisão, compelimento à normatização, compelimento à fundamentação. Consequência inexorável desse compelimento à continuidade é, todavia, que o processo jurídico, especialmente após a auto-provocação em sua auto-descrição “justiça”, que se traduz em novos critérios jurídicos, gera sempre novas injustiças, contra as quais a justiça deve novamente protestar, para então se expor mais uma vez aos compelimentos do sistema jurídico. E assim em diante – em uma contínua oscilação auto-agonizante.

A descrição acima é equiparável à ideia de direito como um sistema autocorretivo (Morris Cohen) que, no entendimento de Esser, é sempre provisório, renovado quando as decisões judiciais são provocadas por problemas e/ou argumentos novos, o que configura um processo circular de descoberta de problemas, formação de princípios e consolidação do sistema (LARENZ, 2005, p. 312 e ss.). Em outras palavras, a justiça, como fórmula de contingência, viabiliza a alteridade ao proporcionar uma crítica, em termos de por-vir, segundo a qual as coisas poderiam sempre ser de outro modo. Como explica Douzinas (2009, p. 374), as alegações de direitos humanos traduzem uma denúncia de injustiça, entendida como o esquecimento de que a natureza humana (o universal) está constituída na e por meio da sua transcendência pelo mais particular, em sua singularidade não-repetida. Conforme descrito na dinâmica de aperfeiçoamento incessante descrita por Teubner no excerto acima transcrito, o caos é repetidamente introduzido na ordem (“re-entry”), em uma combinação entre alta estruturação – ou seja, a **vinculação** estabelecida pelos compelimentos sistêmicos – e alta indeterminação – isto é, a **discricionariedade** intrínseca às iterações e às experiências de alteridade. Considerando que não há limites ontológicos à recognoscibilidade de direitos resultante de lutas políticas por interesses desenvolvidas na forma de uma retórica de afirmação de semelhança e diferença; a correlata determinação prática (vôo, formulação de verdade) do sentido dos “direitos humanos” na linguagem do sistema (“re-entry”) pode ser atrelada a uma justiça jurídica compreendida de modo semelhante à “justiciance” de Derrida, ou seja, iterativa, envolvida em oscilações e deslocamentos de significado contínuos. Afinal, como reconhece o próprio Luhmann (2004, p. 136 – tradução nossa) – que, aliás, conforme vimos no tópico anterior, não deixa de atribuir relevância à dinâmica iterativa descrita por Derrida –,

os direitos humanos correspondem exatamente à abertura estrutural da sociedade moderna ao futuro. [...] não se pode decidir de antemão quem tem que dizer o que e com o que cada um tem que contribuir. Nestas circunstâncias, as suposições sobre a “natureza” do homem e dos direitos que dela podem ser derivados são, na melhor das hipóteses, detalhes pitorescos do raciocínio de justificação das decisões judiciais. [...]. Sistêmico-funcionalmente, os direitos humanos mantêm aberto o futuro da reprodução autopoietica dos diversos sistemas. Nenhuma classificação, subdivisão ou, acima de tudo, classificação política das pessoas pode limitar o futuro, especialmente quando os seres humanos pertencem ao ambiente do sistema.

A exigência de “re-entry” das decisões na linguagem do sistema jurídico, como tentativa de redução da violência discricionária intrínseca à atividade decisória, em Esser, é manifestada mediante uma conversão dos princípios colhidos da realidade e das circunstâncias do caso – em linguagem sistêmica, do ambiente – , ou seja, dos dados (Gény), em elementos específicos do sistema jurídico, isto é, o construído (Gény). Para Esser, pois, a

dogmática cumpre uma função estabilizadora mediante uma transformação de questões de valoração (em linguagem sistêmica, de justiça extrajurídica) em questões de conhecimento (em linguagem sistêmica, questões de justiça especificamente jurídica), o que evoca a imagem dos “legal interpretative jumps” de Peczenik.

Por sua vez, com o próprio Peczenik (1983, p. 105), podemos retomar a noção de ideologia jurídica, coleção de pontos de partida que são: tradicionalmente estabelecidos; circularmente condicionados por e constitutivos de uma forma de vida; modificáveis de acordo com a prática legal fragmentária; e passíveis de exposição analítica (inexoravelmente imperfeita) em termos de cadeias de fundamentação dotadas de coerência narrativa. A ideologia jurídica, pois, congrega: as ideias hermenêuticas (compreensivas) de tradição e historicidade na noção de forma de vida; e uma dimensão analítico-reflexiva na pretensão de organizar coerentemente uma coleção de convicções normativas e cognoscitivas (dados, na linguagem de Gény) introjetadas (pré-compreensivamente) pelos tribunais, autoridades, juristas e alguns leigos, e performativamente aceitas por eles em seus discursos e ações (o que, circularmente, constitui a forma de vida em questão). Por um lado, a aceitação do conceito teórico de ideologia jurídica é uma condição do controle de concordância que a dogmática jurídica exerce, segundo Esser, no que se refere à exigência do respeito ao horizonte intersubjetivo de expectativas. Por outro, devemos considerar que a pretensão de calculabilidade, compelimento sistêmico e racionalização que compõem o cerne analítico-reflexivo do esforço por uma organização coerente consubstanciada na noção de ideologia jurídica é desafiada pela experiência de transcendência radical (de que “o direito poderia ser de outro modo”) descrita por Teubner. Nas palavras do autor sistêmico, “a justiça atua internamente ao Direito como uma força subversiva, com a qual o Direito protesta contra si mesmo [...], contra suas tendências naturais de se vincular a **precedentes, rotina, segurança, estabilidade, autoridade e tradição**”, ou, poderíamos dizer, à ideologia jurídica no sentido de Peczenik (TEUBNER, 2011, p. 32-3). Contudo, como visto, a dinâmica oscilatória da justiça jurídica inexoravelmente fará também o movimento oposto: “Contra as tendências de auto-continuidade bem-ordenada embutidas no Direito, a justiça exhibe sua preferência pela desordem, revolta, divergência, variabilidade e mudança. Ela protesta em nome da sociedade, dos homens e da natureza – entretanto, ela o faz a partir do arcano interno do Direito” (TEUBNER, 2011, p. 33).

As demandas de Esser e Peczenik por uma responsividade ao pluralismo do horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica e às respectivas diferenças irrenunciáveis exigem, por um lado, uma abertura derridariana ao Outro, e, por outro, o respeito aos

compelimentos sistêmicos. Senão, vejamos.

Para que possamos ler desconstrutiva e contemporaneamente a proposta de Esser, devemos retomar o seu “insight” de que um ordenamento jurídico estatal pode reconhecer como vinculante um conceito jurídico de outra ordem jurídica desde que seja realizada a devida conversão para um jogo de linguagem e uma imagem de mundo próprios da cultura jurídica receptora, nos termos da chamada “lei de vasos comunicantes: [...] as culturas que resultam prejudicadas pela estrutura de seu Direito recepcionam elementos tomados de outros sistemas” (ESSER, 1961, p. 467 – tradução nossa). Trata-se de uma tentativa de ler o Outro e suas produções conceituais inexoravelmente imperfeita, visto que tal leitura sempre será feita a partir da própria lente do “Ego” (em termos diatópico-hermenêuticos, de sua própria janela), o que, contudo, conserva um potencial produtivo na tentativa de encontrar certa comensurabilidade entre conceitos funcionalmente análogos em cada uma das tradições consideradas. Nesse ponto, Esser, diatopicamente, reconhece que o esforço para enxergar a comensurabilidade será, de todo modo, sempre culturalmente condicionado, visto que qualquer comparação sempre será “realizada inconscientemente a partir do pensamento de escola” de quem compara e “introduzirá prematuramente na estrutura alheia o mundo conceitual de sua ‘lex fori’”. Tal premissa redundante na impossibilidade de produção de pensamento a partir de um ponto arquimediano e, por conseguinte, na inviabilidade da confirmação do universalismo como hipótese de trabalho. Diante da policontextualidade contemporânea e do fato de que o direito, como um sistema funcional da sociedade mundial moderna, comporta diversas ordens jurídicas, cada qual com seus programas e critérios, “com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica)” (NEVES, 2009, p. 115); a interculturalidade, diatopicamente, exige a compreensão da linguagem do outro sem que haja propriamente uma tradução, em sentido estrito, dessa linguagem.

Trata-se mais propriamente, diria Panikkar (2006, p. 63-4), de uma comunicação e uma fecundação mútua, o que nos conduz ao entendimento de que a noção de “vasos comunicantes” precisa ser desconstrutivamente compreendida não como uma mera recepção unilateral do conceito da ordem “alter” pela ordem “ego” – afinal, conforme nota Teubner (2005, p. 84), um modelo que concebe os sistemas como autopoieticos rejeita a concepção binária de “input/output” presente na teoria dos sistemas abertos – , mas, sim, nos moldes de uma racionalidade transversal. Neves (2009, p. 62), tendo em vista a noção wittgensteiniana de jogos de linguagem, descreve a constituição deste tipo de racionalidade como, simultaneamente, uma síntese e uma comutação de sentido. Ora, a “re-entry” implica um

“espaço imaginário” comum, o que torna possível, tendo como pano de fundo uma fusão de mundos, a comutação discursiva, como foi descrito sistemicamente por Neves (2009, p. 124) no seguinte excerto:

Na construção da norma jurídica e da norma de decisão, cada uma das ordens envolvidas pode considerar como dimensão do seu âmbito normativo elementos do âmbito material relevante originariamente para outra ordem, como também incorporar como dimensão do seu programa normativo partes do programa normativo de outras ordens. Ou seja, partindo simultaneamente dos textos normativos e dos casos comuns, podem ser construídas normas diversas tendo em vista os processos de concretização que se desenvolverão na ordem colidente ou parceira. O processamento dos casos vai exigir uma postura indutiva de construções e reconstruções de estruturas de acoplamento no plano das novas operações do sistema. A dinâmica relacional entre estrutura (critérios normativos) e operações (atos jurídicos) para aprendizados recíprocos é intensamente circular [...]. A cada novo caso inesperado, as estruturas reflexivas das respectivas ordens precisam rearticular-se consistentemente para possibilitar uma solução complexamente adequada à sociedade, sem atuar [...] bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas antes contribuindo para estimulá-la a estar disposta [...] em futuros “encontros” para enfrentamento de casos comuns.

Por sua vez, Aarnio e Peczenik (1996, p. 323), também a partir da noção wittgensteiniana de jogos de linguagem, consideram que os sujeitos sempre realizam juízos culturalmente condicionados, sendo inviável fazê-lo a partir de um ponto arquimediano – o que ecoa, mais uma vez, a alegoria das janelas de Panikkar. Tais juízos, circularmente, modificam continuamente os próprios jogos de linguagem e formas de vida que lhes condicionam – é o que Nimis chamou de criatividade governada por regras, a qual tem convenções sedimentadas como pressupostos e novas convenções como resultado. Ora, por um lado, a origem última das variações nunca é independente do contexto local e das próprias formas de vida, ou seja, nunca deixa de ser intersubjetiva, dado que “um indivíduo não pode conformar autonomamente para si mesmo uma forma de vida completamente privada, uma imagem do mundo e uma linguagem próprias” (AARNIO, 1991, p. 278). Por outro, há sempre um quê único em cada formulação de verdade (Pareyson), o que explica a eventual criação (aquiliana, por assim dizer) de novas convenções. Como visto com Nimis, tal “hunch” criativo nunca é propriamente “ex nihilo”, visto ser condicionado pelas convenções preexistentes e formulado (de modo inexoravelmente imperfeito) por meio da utilização de expressões convencionais de maneira diferente da usual – ou, poderíamos dizer, pela via de iterações que destacam mais a “alteração” do que a “repetição” –, de modo a, ao longo do tempo, constituir propriamente uma novidade em termos de imagem de mundo. Um exercício criativo tal pressupõe um momento violento de liberdade primária (Wittgenstein II), que podemos entender como um “hunch”, e é uma condição de possibilidade do diálogo intercultural pretendido pela hermenêutica diatópica.

É oportuno, aqui, retomarmos a “hipótese antropológica” suscitada por Aarnio e Peczenik (1996, p. 323 – tradução nossa), segundo a qual a existência de valores básicos em cada cultura não impede a realização de um “esforço de comunicação de um sujeito através das fronteiras de sua própria cultura, o que permitiria a ele se dar conta de que também há algo ‘prima facie’ relevante na cultura estrangeira”. Podemos afirmar mesmo que a interação entre sujeitos pertencentes a culturas diferentes pode resultar, paulatinamente, em um compartilhamento, ainda que um tanto precário, de formas de vida e, conseqüentemente, em semelhanças de família entre jogos de linguagem originalmente monoculturais perpetradas pelo movimento circular descrito. Para tanto, embora Peczenik e Aarnio considerem necessária a existência de alguns conceitos e concepções “comuns” a tais sujeitos, preferimos, dada a intransponibilidade intrínseca à “diferença de janelas”, falar na necessidade de equivalentes homeomórficos, ou seja, noções que cumpram, cada uma, funções análogas nos respectivos jogos de linguagem próprios das formas de vida em que foram concebidas. É verdade, como entende a dupla de autores, que o que há em comum entre culturas diferentes não é um núcleo específico de noções e pontos de vista, mas apenas a pertença a uma família de jogos de linguagem e de convicções; mas talvez isso seja suficiente para que a compreensão de expressões que cumprem funções equivalentes em jogos de linguagem distintos possa funcionar como uma ponte entre tais jogos e, conseqüentemente, entre as formas de vida em que eles se desenrolam.

Nas palavras de Panikkar (*in* BALDI, 2004, p. 209), para que possamos estabelecer uma relação de equivalência homeomórfica, “devemos investigar como outra cultura consegue atender a uma necessidade equivalente – o que só pode ser feito uma vez que tenham sido construídas bases comuns (uma linguagem mutuamente compreensível) entre as duas culturas”. Nesse cenário, os equivalentes homeomórficos – e, de pronto, assumimos aqui, desconstrutivamente, tal noção em sentido lato, não se restringindo a princípios abrangentes de organização social (como “direitos humanos”, “dharma” ou “umma”) ou seus derivados imediatos (como “svadharma”, ideia que Panikkar considera homeomorficamente equivalente a “direitos humanos”), mas também abarcando conceitos especificamente jurídicos envolvidos em relações de equivalência funcional, de maneira similar à lei de vasos comunicantes subscrita por Esser – podem funcionar como novas regras de um jogo de linguagem intercultural, cumprindo na hermenêutica diatópica, quando combinados, o papel de *topoi* concebidos justamente para suplantar a dificuldade de que membros de culturas, formas de vida e jogos de linguagem diferentes desenvolvam um diálogo adequado. No contexto dos diálogos interculturais, o sentido dos equivalentes homeomórficos e da própria

relação de equivalência seriam contínua e entrelaçadamente modificados de modo iterativo, o que catalisaria a circularidade entre antigas e novas convenções, de maneira a resultar em um cruzamento entre formas de vida, jogos de linguagem e imagens de mundo distintos, bem como em uma percepção da limitação imposta pelas janelas que estabelecem as fronteiras entre as culturas. Trata-se, pois, para utilizarmos como base a alegoria de Panikkar, não apenas de colocarmos um pé em nossa cultura de origem e o outro pé em outra cultura, mas também de notarmos que, em um cenário tal, o pé que se encontra em nossa cultura de origem, devido aos efeitos da transversalidade, não é mais o mesmo – bem à moda da “lei dos vasos comunicantes” mencionada por Esser.

Mas como eventuais produtos interculturais que se aproveitem da abertura cognitiva do sistema jurídico podem ser processados por uma ordem jurídica estatal, ou seja, em que termos pode se dar a “re-entry” exigida pelos compelimentos sistêmicos? Como um “hunch” criativo pode ser traduzido (ainda que de modo inexoravelmente imperfeito) para a linguagem dos programas do sistema jurídico e, conseqüentemente, regido pelo código lícito/ilícito? O mecanismo de expressão apto para tanto é justamente o significante vazio “direitos humanos”, porta de entrada para os pleitos da justiça por-vir derridariana, os quais se pretendem formulações de verdade orientadas à inclusão de “alter” no sistema jurídico. Nesse sentido, parece oportuna a seguinte descrição de Marcelo Neves¹⁰⁷ (2009, p. 254-6; 292:

Parece-me [...] que a “inclusão” da pessoa e a “exclusão” do homem são indissociáveis no âmbito da teoria dos sistemas, constituindo duas faces da mesma moeda. A garantia da integridade de corpos e mentes perante a sociedade, seus sistemas funcionais e as organizações só é possível se houver inclusão das respectivas pessoas [...], dignas de serem “endereços do processo de comunicação”. [...]. Como forma de dois lados, a pessoa constitui um acoplamento estrutural entre homem e sociedade, servindo para enfrentar o perigo tanto de que a integridade de seu substrato biopsíquico seja violada ou destruída pela expansão da sociedade quanto de que, ao contrário, esta seja destruída e desintegrada pela falta de limites dos desejos e impulsos humanos. [...] os direitos humanos estão localizados na fronteira do sistema jurídico, vinculando-o a uma moral da inclusão e do dissenso. [...] As controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos. [...] A promoção da inclusão [...] encontra melhores perspectivas no desenvolvimento do transconstitucionalismo no sistema jurídico de

¹⁰⁷ Preferimos, nesse particular, a perspectiva de Neves à de Teubner, visto concordarmos com o autor brasileiro quanto à indissociabilidade das noções de inclusão e de exclusão no que concerne ao significante “direitos humanos”: “Teubner propõe uma [...] distinção teórica entre direitos fundamentais e direitos humanos, tentando distingui-los qualitativamente quanto ao conteúdo. [...] o homem faz parte do ambiente da sociedade, Teubner considera os direitos humanos na perspectiva da *exclusão do homem* da sociedade, a saber, como “garantias da integridade da psique e do corpo” perante a sociedade e os seus subsistemas. [...] “A questão dos direitos humanos, no sentido rigoroso, deve ser compreendida hoje como ameaça à integridade de corpo/alma do homem individual por uma multiplicidade de processos de comunicação anônimos e independentes, atualmente globalizados”. Os direitos fundamentais, ao contrário, estariam, por sua vez, orientados para a *inclusão da pessoa*. [...] Parece-me, porém, que a “inclusão” da pessoa e a “exclusão” do homem são indissociáveis no âmbito da teoria dos sistemas, constituindo duas faces da mesma moeda.” (NEVES, 2009, p. 271).

níveis múltiplos entrelaçados do que em ordens isoladas, sobretudo se essas têm pretensão de constituir comunidades. Isso porque a identidade jurídica de cada ordem vinculada à alteridade transconstitucional possibilita a universalização dos direitos, independentemente da eventualidade de ser membro ou não de uma determinada comunidade. [...] o que se exige, no âmbito do transconstitucionalismo, não é pertinência (qualidade de membro: *membership*) ou comunidade, mas sim uma promoção de inclusão, ou melhor, a redução da exclusão primária crescente, especialmente em relação ao direito, no contexto de uma estrutura heterogênea e diferenciada de comunicações.

Se o reconhecimento entre ordens jurídicas é um problema de dupla contingência, o não-reconhecimento de “alter” e de sua liberdade por “ego” pode ser objeto de uma provocação, dotada de pretensão de transcendência radical, para a experiência de irracionalidade em que este se dê conta do sofrimento e da injustiça vivenciados por aquele. O significativo vazio “direitos humanos” serve justamente como conceito idôneo a restaurar o vínculo de confiança na interação ego-alter, de modo que ambos os polos, reciprocamente, considerem o “também-ser-possível-de-outra-maneira” intrínseco à dupla contingência. Considerando, no que se refere ao conflito entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local (extraestatal), que ambas constituem uma polaridade ego-alter submetida à dupla contingência, o reconhecimento da alteridade de uma pela outra é necessário pelo fato de que todo observador tem um “ponto cego”, ou seja, “aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação” (NEVES, 2009, p. 297-8) – o que nos permite, mais uma vez, remeter à alegoria das janelas de Panikkar. De tal maneira, diante de um caso problemático para mais de uma ordem jurídica – assumindo-se aqui a premissa de que “não é a estrutura, tampouco a função, que define o que é propriamente jurídico [...], e sim, tão somente, o código binário. [...]. As fronteiras do sistema jurídico [...] não são definidas pelas instituições jurídicas oficiais. Toda comunicação observadora de ações pelo código do direito constitui parte integrante do discurso jurídico” (TEUBNER, 2005, p. 84) –, os critérios de validade normativa de cada uma delas não precisam ser negados, pois é possível que os respectivos conteúdos normativos sejam construtivamente transformados no processo de concretização, tendo em vista a capacidade de aprendizado recíproco, o que tende a resultar numa reconstrução da própria identidade das ordens jurídicas em conflito por efeito da observação recíproca em que se envolvem.

Obviamente, o nível de produtividade da interação acima descrita dependerá do grau de abertura de “ego” a “alter” para fins de aprendizado, o qual, muitas vezes, é baixíssimo ou mesmo inexistente, de maneira a revelar uma postura de intolerância. Neves considera, inclusive, que a tendência das ordens jurídicas é o fechamento ao aprendizado recíproco, ou seja, uma irracionalidade heterobloqueadora que, de modo autista, nega a alteridade, se recusa

a aprender com o outro e resulta em um autobloqueio quanto à possibilidade de solução de problemas jurídicos pela ordem jurídica que opta pelo isolamento. Podemos, aqui, em movimento desconstrutivo arriscado, deslocar nossa ênfase da dimensão sistêmica para a dimensão hermenêutica (pouco explorada pela abordagem sistêmica de Luhmann) e retomar uma premissa heideggeriana consolidada no quarto capítulo deste trabalho, segundo a qual há uma tendência humana ao velamento, à não-verdade, o que se compatibiliza com a insuficiência da racionalidade e com as críticas derridarianas ao logocentrismo. Ora, o caráter limitado, indecidível, “fuzzy”, da racionalidade, implícito tanto no coerentismo de Peczenik quanto na hermenêutica de base gadameriana de Esser, não apenas se explica pelo condicionamento linguístico, mas também pela precedência do “hunch” irracional, discricionário, que não se submete ao logocentrismo. Se a pré-estrutura da compreensão tende à alienação daquele que compreende, visto dar prevalência ao que já está (pré-) concebido em sua estrutura (prévia) de compreender, não surpreende que o contato entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local (extraestatal), por ser, “ultima ratio”, perpetrado por sujeitos que compreendem, tenda a uma paranóia mútua resultante em não-reflexividade (autismo), intolerância e falta de disposição para o aprendizado recíproco. É justamente tal elemento prescritivo o que nos oferecem as teorias de Esser e de Peczenik ao demandarem um esforço de compatibilização entre a atribuição de sentido normativo e o horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica. A tal respeito, a noção de equilíbrio reflexivo assumida por Peczenik – para quem “direitos humanos” é um “platitudo” em torno do qual giram as teorias doutrinárias (elo entre as doutrinas filosóficas inclusivas e os juízos e intuições particulares), de maneira que uma maior estabilidade e determinação de tais direitos demanda uma contínua e iterativa justificação em termos de coerência narrativa –, desde que qualificada pelo autorreconhecimento do intérprete quanto a sua tendência ao velamento, pode ser especialmente produtiva, dado que o pluralismo contemporâneo exige que o ir-e-vir entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação envolva uma responsividade sistêmica às pressões políticas pelo reconhecimento de “interesses culturais” como interesses jurídicos. De toda maneira, devemos ter sempre em mente, orientados pela crítica radical da justiça por-vir, que todo esforço diatópico-reflexivo, embora seja, por um lado, produtivo, visto catapultar o aperfeiçoamento incessante do justo, por outro, sempre envolverá uma dimensão constitutiva de caráter violento, o que significa que qualquer determinação de sentido de um elemento vinculante (normativo) será, originariamente, discricionária no primeiro sentido fraco e, por conseguinte, uma formulação personalista de verdade que escapa à calculabilidade da razão.

Diante do exposto, não é à toa que o discurso retórico de expansão dos direitos humanos, no que concerne a conflitos envoltos pela aporia universalismo-multiculturalismo, depende de vãos de sentido que pressionem as ordens jurídicas estatais, nas pessoas de seus agentes, a despertarem da tendência ao velamento – que se manifesta, no contexto dos conflitos entre culturas, em regra, na forma de um etnocentrismo explicado pela inércia gerada pelo peso da tradição linguisticamente partilhada – e introduzirem – após a “travessia do deserto” derridariana (a experiência da injustiça sofrida pelo outro), na forma de um “hunch” (contexto de descoberta) a ser retrospectivamente justificado na língua do(a) controle de concordância/ideologia jurídica/”legal doctrine” (contexto de justificação) – no sistema jurídico uma variação responsiva. O direito, como um sistema funcionalmente diferenciado, para evitar, a longo prazo, a incorrência em autismo, precisa ter a sua redundância continuamente desafiada, sem, contudo, permitir que seu fechamento operacional seja destruído pela radicalidade das demandas multiculturais por uma abertura ao Outro. Paradoxalmente, um sistema que hipertrofia sua indispensável consistência está a confiar exageradamente em seu potencial de racionalidade, o que, em verdade, significa ignorar irracionalmente a necessidade de uma abertura à irracionalidade das demandas radicais da justiça por-vir para fins de preservação da própria racionalidade – entendida esta, nos termos de Neves (2009, p. 46), como “capacidade de reprodução internamente consistente e externamente adequada de um sistema ou jogo de linguagem qualquer” – do sistema.

É justamente o fato de a noção de “direitos humanos” ser (re)iterativamente revisitada e, por conseguinte, submetida ao diferimento de uma justiça por-vir que deixa meros rastros e não pode se resumir a uma cristalização na forma etnocêntrica de invariantes axiológicas (até mesmo porque o próprio Reale, em sua conjectura sobre a justiça como mediação entre, de um lado, uma dimensão empírica, cognoscível e retrospectiva, e, de outro, uma dimensão evolutiva, pensável, prospectiva; qualifica a busca pelo justo, tal qual em Rawls – o que evoca a noção de equilíbrio reflexivo subscrita por Peczenik –, como uma tarefa infinita submetida a uma revisibilidade e uma crítica contínuas) o que possibilita à justiça jurídica, como entende Teubner, ser uma contínua reação do Direito contra seu necessário fracasso, ou seja, consistir em uma dinâmica social estruturada do próprio sistema, a qual possibilita a este alcançar uma autotranscendência responsiva mediante “re-entry”. Não é à toa, pois, que Nobles e Schiff, em explicação sobre o pensamento luhmanniano na introdução de “Law as a social system” (LUHMANN, 2004, p. 24 – tradução nossa), afirmam que

a justiça não funciona apenas como um esquema baseado na distinção (igual/desigual). Ela também funciona como a distinção liberdade/limitação (estas duas distinções permitem aos direitos humanos funcionarem como a justiça dentro

do sistema jurídico). Como com a igualdade e com o código lícito/ilícito, a distinção não pode estabelecer mediante lógica o que está de cada lado. Apenas a aplicação repetida da distinção atribui-lhe conteúdo.

A consolidação dos contornos de nosso modelo de análise exigirá, ainda, um estudo da contribuição de Teubner para o enfrentamento, fundado especialmente nas noções de “novo” pluralismo jurídico e mal-entendido criativo, dos conflitos entre ordens jurídicas fundadas em princípios de organização social distintos, tarefa que desenvolveremos no próximo tópico.

7.2 A “RE-ENTRY” DO COSTUME COMO MAL-ENTENDIDO CRIATIVO

Estudaremos, neste tópico, a contribuição de Teubner para o enfrentamento das dificuldades com as quais se deparam os juristas diante de choques entre ordens jurídicas fundadas em princípios de organização social distintos. Primeiramente, traçaremos um panorama sobre a leitura sistêmica realizada pelo autor sobre o que ele chama de “novo” pluralismo jurídico, mormente para que compreendamos o incremento da noção de “re-entry” pelo conceito sistêmico-iterativo de “mal-entendido criativo” (7.2.1). Em seguida, abordaremos um exemplo de conflito entre culturas estudado por Teubner à luz de tais premissas e relacionaremos tal situação ao nosso modelo de análise, o que servirá como um mero pré-teste de plausibilidade da nossa proposta (7.2.2).

7.2.1 Uma leitura sistêmico-iterativa do “novo” pluralismo jurídico

Teubner (2005, p. 83), fundado na premissa de que a tradição sistêmica, devido ao destaque conferido à noção de fechamento operacional, é normalmente compreendida como defensora de uma dissociação radical entre direito e sociedade; considera necessário que a teoria dos sistemas enfrente os desafios apresentados pelas vertentes jurídico-pluralistas (dentre as quais o professor alemão destaca, nominalmente, a obra de Boaventura Santos), segundo as quais os limites entre o jurídico e social não podem ser identificáveis de maneira precisa. Para Teubner, a teoria dos sistemas apresenta um déficit de desenvolvimento no que concerne à ideia de abertura cognitiva de sistemas racionais fechados. Como há muitas semelhanças entre a perspectiva autopoietica sobre o direito e o pós-modernismo jurídico – dentre as quais Teubner (2005, p. 83) ressalta a assunção do giro linguístico, a negação da sociologia positivista, a concepção discursiva das realidades social e jurídica, a qualificação da argumentação jurídica como desprovida de caráter fundacionista, a exploração eclética de

diversas tradições do pensamento e a fundamentação do direito em paradoxos, antinomias e tautologias –, Teubner decidiu buscar uma inspiração nos modelos jurídico-pluralistas para aperfeiçoar a leitura sistêmica sobre a relação entre o jurídico e o social. Ora, para o professor alemão, a noção de acoplamento estrutural entre sistemas autônomos que constituem mutuamente seus ambientes não consegue dar conta, sozinha, da explicação do entrelaçamento entre essas esferas, visto que

as relações entre direito e outros campos sociais decorrem de diferenças internas no contexto de uma única sociedade. Isso significa que, apesar de toda autonomia, esses campos pertencem ao mesmo sistema social, não podendo simplesmente ser concebidos num modelo de dois sistemas autopoieticos independentes. O dilema perturbador da “autopoiese na autopoiese”, que se coloca para os organismos sociais autônomos, obriga a modificar o conceito de acoplamento estrutural para organismos independentes: o direito não é mais aberto a outras províncias culturais — como a política, a ciência, a economia, a religião e a cultura — do que a concepção de acoplamento estrutural poderia permitir? Não é a interdiscursividade no direito e na sociedade muito mais densa do que a que poderia ser produzida por meras perturbações pontuais? Será que não encontraríamos, na coevolução do direito e dos discursos sociais, um parentesco por afinidade muito maior do que o gerado pela mera coexistência da deriva estrutural? Para variar a nossa metáfora inicial: *order from music*, em vez de *order from noise*? (TEUBNER, 2005, p. 85).

Diante do exposto, Teubner (2005, p. 86), assumindo a premissa de que “a interdiscursividade é um acoplamento estrutural de um sistema autopoietico dentro do sistema autopoietico da sociedade como um todo”, e com o intuito de “fazer justiça ao relacionamento interdiscursivo entre direito e sociedade”, decide aprimorar a concepção de acoplamento estrutural, visto que a ideia de irritação não seria suficiente para explicar a abertura e o fechamento sistêmicos.

A qualificação do conceito de acoplamento estrutural exige, primeiramente, que se perceba a peculiaridade de que a interdiscursividade pressupõe, ao mesmo tempo, que ocorra e que não ocorra comunicação entre sistemas. Para explicar essa relação paradoxal, é necessário, segundo Teubner, substituir a ideia de irritação pela de “mal-entendido criativo”, que, no contexto jurídico-pluralista, implica que o discurso jurídico não é meramente irritado pelo processo de auto-reprodução da sociedade, e sim, mais propriamente, compreende equivocada e criativamente outros discursos sociais, de modo a os utilizar como fontes de produção de normas (TEUBNER, 2005, p. 86).

Em segundo lugar, o autor considera necessária uma distinção entre o conceito de acoplamento estrutural e a noção de instituições de ligação. Ora, os acoplamentos estruturais, isoladamente, geram modificações estruturais meramente transitórias e episódicas nos sistemas acoplados, enquanto as instituições de ligação teriam a capacidade de determinar a “duração, qualidade e intensidade” desses acoplamentos, de maneira a os tornar estáveis

(TEUBNER, 2005, p. 96). Tal premissa, quando transposta para o âmbito do sistema jurídico, significa que este, ao observar, à luz do código binário lícito/ilícito, as comunicações sociais, apenas aleatória e tangencialmente incorre em “mal-entendidos criativos”, salvo se existirem instituições que, dotadas de ambiguidade, liguem institucionalmente os processos jurídicos e sociais e, de tal maneira, tornem habitual esse tipo de evento. Exemplificativamente, o autor menciona as tradicionais noções de “boni mores”, “bona fides” e “bonus pater familias”, “conceitos essencialmente contestados” que “representam, ao mesmo tempo, normas sociais e normas jurídicas, padrões e diretivas. Como o antigo deus romano Janus, elas possuem duas faces. Apesar de o conceito ser idêntico, tanto no direito como na sociedade, é mesmo assim diferente: de fora, isto é, da sociedade, ele se mostra diversamente de como é observado de dentro, ou seja, do direito” (TEUBNER, 2005, p. 97). Essas instituições não têm referências fixas ou significado interdiscursivo comum, o que viabiliza uma conexão entre discursos complementares que não são fundidos em uma unidade, mas, sim, conservam suas especificidades. De tal maneira, a despeito da ligação entre discursos e do idêntico nome atribuído a essas instituições, cada sistema acoplado construirá esse vínculo em seu interior, nos moldes específicos do seu código binário. Não é à toa, pois, que Teubner qualifica tais conceitos tradicionais como essenciais – no sentido de refletirem a lógica própria dos discursos envolvidos – e contestados – visto reproduzirem as diferenças fundamentais entre os discursos por eles ligados: a transcendência das fronteiras sistêmicas por esses conceitos implica, simultaneamente, um respeito e uma reafirmação dessas mesmas fronteiras (TEUBNER, 2005, p. 97).

Em terceiro lugar, as instituições de ligação, no modelo do “novo pluralismo jurídico”, geram um aumento de responsividade ao transformarem os processos de autoprodução da sociedade em fontes de produção do direito e, assim, conectarem o direito a uma “multitude de subsistemas funcionais e organizações formais”. De tal maneira, a ligação entre o direito e o campo social não mais se resume (como entendia o “velho” pluralismo) à recepção de normas sociais difusas pelo direito. No novo pluralismo, em vez de uma mera viabilidade proporcionada pela coevolução em condições de acoplamento estrutural – a qual teria como resultados apenas a resistência às irritações oriundas do ambiente do Direito e, por conseguinte, a sobrevivência autopoiética das estruturas altamente especializadas construídas pelo sistema jurídico –, a responsividade envolve o uso da “sincronia entre operações jurídicas e sociais” como conhecimento tácito do direito. Uma responsividade tal, pois, é mais do que a viabilidade das estruturas da sociedade. Ora, embora estas estruturas consiga, sobreviver em condições de deriva estrutural, a viabilidade apresenta dois problemas, os quais

foram descritos por Teubner nos seguintes moldes: “sempre existirá uma gama de soluções viáveis semelhantes, surgindo, com isso, a questão sobre como elas devem ser selecionadas”; e “a mera viabilidade não diz nada sobre a compatibilidade com os ambientes, sobre a adequação das estruturas com o ambiente social, psíquico e natural, e é normal existirem muitas ou poucas soluções ecológicas adequadas”. Em outras palavras, um sistema dotado de valores próprios viáveis, a despeito de manter sua capacidade autopoietica (e aqui Teubner remete a Luhmann), sabe estar no caminho certo, mas não sabe como e para onde está indo. Justamente, por tal razão, a responsividade pressupõe a existência de instituições conectoras, as quais, ao associarem permanentemente processos paralelos de autoreprodução social, expõem os sistemas conectados a irritações cada vez maiores. Os resultados desse incremento na irritação são justamente uma redução do número de valores próprios de cada um dos sistemas conectados e um correlato aumento de responsividade, a qual pode até mesmo se estabilizar se as instituições de ligação conduzirem o acoplamento estrutural de modo que os sistemas atuem ciclicamente um sobre o outro. Nessa hipótese, segundo o autor – e aqui podemos remeter à noção de ultraciclo estudada no tópico anterior –, processos de autoreprodução poderiam ocorrer fora das fronteiras de um sistema sem que este fosse privado de seu fechamento autopoietico: é o que Teubner chama de recursividade ecológica, (e não sistêmica), na qual a autopoiese do sistema é explorada para construir ciclos ecológicos que, a despeito de ultrapassarem as fronteiras do sistema, continuam a respeitá-las (TEUBNER, 2005, p. 86; 98). Ora, Teubner (2005, p. 100), subscrevendo Wiethölter, considera que a autonomia social, chave do “novo” pluralismo, significa confiar simultaneamente na autodeterminação e na inevitável externalização, desde que este controle externo não seja entendido como heterodeterminação, mas, sim, como a possibilidade de recurso a um auxílio externo que cumpre uma função análoga à terapêutica. Não à toa, pois, Teubner (2005, p. 100) conclui que, no “novo” pluralismo jurídico, as instituições de ligação, ao conectarem o direito a outros discursos sociais, contribuem mais para a responsividade do sistema jurídico – servindo como fontes para o conhecimento implícito do direito sobre o seu ambiente social – do que estratégias de politização do direito (como as de Jhering e da Jurisprudência dos Interesses, qualificadas exemplificativamente por Teubner como propostas que, por um lado, contribuíram para um aumento de responsividade do direito aos processos políticos, mas, por outro, tendem a afastar o direito dos demais discursos sociais, crítica que, aliás, consideramos aplicável também à Jurisprudência Sociológica de Pound), cientificização social do direito (crítica que tangencia implicitamente, com razão, o excesso cientificista de Gény, ainda que, para sermos justos com o estudioso francês, ele propusesse um mero recurso às ciências

sociais como expediente auxiliar de colmatação de lacunas, sendo contrário à subordinação do direito a um sociologismo) ou híbridas (como visto anteriormente, é o caso de Kantorowicz), dado que esses três tipos de iniciativa exigem a realização de um desvio por outros sistemas sociais e, por conseguinte, não têm tanta capacidade de estabelecer relações estreitas entre o direito e a sociedade¹⁰⁸.

Mas de que propriamente se trata esse “novo” pluralismo? Segundo Teubner (2005, p. 95), a afirmação de que há direito em toda sociedade teve o seu significado modificado ao longo do tempo: enquanto, “nas sociedades tradicionais, significava o emergir do fenômeno jurídico em diferentes clãs, grupos, castas, camadas ou classes sociais, de acordo com o princípio vigente de diferenciação social”; nas sociedades modernas, “representa o nascimento de fenômenos jurídicos num contexto de discursos altamente especializados, novas fontes de reprodução social, mal-entendidas [...] pelo direito como fontes de criação de normas”¹⁰⁹. Tal percepção, segundo o autor, é essencial para que compreendamos a diferença entre as concepções mais antigas e mais novas de pluralismo jurídico: enquanto o “velho” pluralismo assume uma verticalização entre direito e sociedade, em que “as normas sociais informais e difusas são gradualmente cristalizadas, de modo a tornarem-se normas jurídicas específicas”; o “novo” pluralismo destaca a relação horizontal entre o direito e outros jogos de linguagem (TEUBNER, 2005, p. 96). Em outras palavras, “o problema não é mais a tradução das normas sociais de grupos para normas jurídicas, e sim a integração de um número confusamente grande de comunicações codificadas de maneira diferente no código jurídico” (TEUBNER, 2005, p. 96), questão que envolve uma nova compreensão das instituições de

¹⁰⁸ “A recomendação usual é materializar, politizar o direito formal! **O reconhecimento aberto do caráter político do direito e a politização de seus aparatos conceituais, o domínio do pensamento finalista, de policies e dos interesses, tudo isso poderia fazer o direito mais responsivo às necessidades políticas. Tal é o cerne da teoria política do direito, de Jhering a Habermas.** De fato, essa estratégia tornou o direito muito mais responsivo aos processos políticos. Por outro lado, o subordinou às construções específicas das políticas da realidade social, o que faz suscitar a questão se essa politização não afastará o direito dos outros discursos da sociedade, ao invés de aproximá-los. Importar conhecimentos da ciência social é outra recomendação para tornar o direito mais responsivo. Em lugar de utilizar argumentos jurídicos artificiais, deveríamos recorrer a conhecimentos teóricos, experiências empíricas e recomendações políticas das ciências sociais. Aqui surge a mesma dúvida: o que nos dá a certeza de que justamente as construções científicas tornarão o direito mais ressonante às necessidades sociais?” (TEUBNER, 2005, p. 100)

¹⁰⁹ “Pode-se apenas falar de direito, num sentido elementar, caso 1) os conflitos sejam definidos como divergências de expectativas que tornam imperiosa uma decisão e 2) este conflito de expectativas seja resolvido na base da distinção ‘legal/ilegal’. Exemplos disto podemos colhê-los [...] no fenômeno da ‘indigenous law’ [...]. Esse tipo de direito, todavia, é ainda heteroproduzido, através da referência a fatores externos. De fato, as expectativas são essencialmente construídas na base de normas sociais forjadas num contexto de coordenação de condutas, mais do que num contexto de resolução de conflitos. Não se pode ainda falar de um sistema jurídico em sentido estrito, dada a identidade entre as ações jurídicas e as ações sociais gerais, entre normas jurídicas e normas sociais, e entre processos jurídicos e processos comuns de resolução de conflitos. O limiar crítico de um ‘direito parcialmente autônomo’ é apenas atingido quando um ou mais dos componentes do sistema jurídico se autonomizam através da auto-descrição e auto-constituição” (TEUBNER, 1989, p. 79-80).

ligação jurídico-pluralistas: do conceito e da estrutura ao processo e à transformação. Contudo,

o "novo" pluralismo jurídico [...] paga por esse progresso ao ter de enfrentar um desconfortável quebra-cabeça. A partir de que ponto deixaremos de falar em direito e nos veremos descrevendo simplesmente a vida social? Duas coisas perderam-se no curso do progresso, da mudança apoiada na separação espacial da ordem normativa para a sua interligação discursiva: 1. a noção do que é especialmente jurídico, no novo pluralismo jurídico; 2. a clara idéia do inter-relacionamento entre o social e o jurídico. [...]. Critérios estruturais parecem-me tão insuficientes quanto os funcionais. O critério estrutural comum é a normatização: expectativas normativas de toda ordem fazem parte do pluralismo jurídico, ao passo que expectativas puramente cognitivas e exigências meramente econômicas ou políticas são inaceitáveis. Todavia, expectativas normativas como tais (num sentido sociológico, e não jurídico, obviamente) não são suficientes para entender o que seja propriamente jurídico no âmbito do pluralismo jurídico. Contra tal desfecho, manifestam-se não somente todos os problemas sem solução para a definição de limites — diferenciar normas de um direito não-estatal de regras morais, sociais ou convencionais, por exemplo —, como também a estática hereditária e o caráter não-dinâmico, não-processual do critério estruturalista. (TEUBNER, 2005, p. 88)

Diante do exposto, Teubner (2005, p. 88) busca um critério para a definição do que propriamente se pode, em um contexto pluralista, chamar de jurídico. Tal critério, segundo o autor, é oferecido pela transição entre, de um lado, as noções de estrutura, norma, unidade e função, e, de outro, as de processo, ação, diferença e código. De tal maneira, o pluralismo jurídico deixa de ser compreendido como um “corpo de normas sociais em conflito, em determinado meio social”, e torna-se “uma multiplicidade de diversos processos comunicativos, que observam a atuação social mediante um código lícito/ilícito” (TEUBNER, 2005, p. 89). Assim, fenômenos econômicos, disputas pelo poder, rotinas organizacionais e normas convencionais ou morais são considerados não-jurídicos, salvo quando observados comunicativamente nos moldes do código lícito/ilícito. Em tal ponto, o autor tem o cuidado de destacar que não entende esse código binário como exclusivo do direito oficial do Estado, ou seja, que não assume um “centralismo jurídico”. Também não é o caso da assunção de um modelo de pluralismo em que o direito estatal seja considerado hierarquicamente superior aos demais, mas, sim, de uma perspectiva pluralista em que diversos discursos jurídicos estão no mesmo plano horizontal¹¹⁰. Não é à toa, pois, a seguinte afirmação de Teubner (2005, p. 89; 98:

¹¹⁰ Teubner (2005, p. 87; 96) comparou mais detidamente o que chamou de “novo” e “velho” pluralismos jurídicos no seguinte excerto: “[...] esse novo pluralismo jurídico, concisamente conceituado por John Griffiths, representa considerável progresso contra uma visão mais antiquada e legalista do pluralismo jurídico, que define como um problema do direito oficial reconhecer ordens normativas subsidiárias, entre elas, as regionais ou as de regimes corporativos. Com efeito, supera concepções hierárquicas do pluralismo jurídico que tendem a assimilar níveis jurídicos com a estratificação da sociedade, ignorando fenômenos sociais fora dessa hierarquia. Ao mesmo tempo, o novo pluralismo liberta-se da herança do institucionalismo tradicional, que encontrava o lugar social do pluralismo jurídico incorporado em instituições, corporações e organizações formalmente estruturadas. O “novo” pluralismo é não-legalista, não-hierárquico e não-institucional. Seu tema são as interações dinâmicas

é a invocação — implícita ou explícita — do código jurídico que constitui os fenômenos do pluralismo jurídico, desde o direito oficial do Estado até as normas jurídicas informais dos mercados e das organizações criminosas. [...]. Não é a estrutura, tampouco a função, que define o que é propriamente jurídico no pluralismo jurídico, e sim, tão somente, o código binário. [...]. Os ordenamentos jurídicos diversificados do pluralismo jurídico produzem permanentemente expectativas normativas [...] no sentido sociológico. Excluem-se, aqui, meras convenções sociais e regras morais, uma vez e desde que elas não se apóiam no código binário lícito/ilícito. [...]. o pluralismo jurídico representa a abertura do direito diante da sociedade. As fronteiras do sistema jurídico, reitera-se aqui, não são definidas pelas instituições jurídicas oficiais. Toda comunicação observadora de ações pelo código do direito constitui parte integrante do discurso jurídico. Isso ocorre também na comunicação entre não-juristas que suscitam pretensões jurídicas mútuas uns contra os outros. Não é a distinção entre lícito/ilícito que separa o direito estatal dos ordenamentos jurídicos das organizações e dos diversos grupos, e sim a maneira diversa de empregar o símbolo operativo de validade.

Segundo Teubner (2005, p. 90), a interdiscursividade pode ser compatibilizada com o fechamento operacional gerado pelo código binário. No caso específico do relacionamento entre os discursos jurídico oficial e não-oficial, podemos falar – dadas a identidade de códigos binários e a contingência histórica de seus programas – em uma recontextualização via

entre uma enorme variedade de ordens jurídicas num campo social. [...]. A transição do velho ao novo pluralismo jurídico descreve-se, muitas vezes, como uma expansão conceitual que passa da dominação colonial de populações indígenas à moderna dominação estatal sobre grupos distintos. [...]. No meu entender, a perspectiva de colonialismo interno, focada na dominação do Estado moderno sobre os ordenamentos jurídicos de diversos grupos, deixa de considerar aspectos cruciais da modernidade. Em consequência, limita demais os escopos do novo pluralismo jurídico. O velho pluralismo, seja na Europa seja nas colônias, teve a ver com a formalização jurídica de normas sociais, produto de urna coordenação geral de comportamentos nos processos difusos de reprodução social. O novo pluralismo necessita dar maior ênfase e mais enfoque à fragmentação da auto-reprodução social numa multiplicidade de discursos herméticos. Padronização é o novo paradigma, que substitui os costumes sociais! Estamos, hoje em dia, diante de uma imensa pluralização do pluralismo jurídico, o que não se deve apenas à diferenciação de grupos e comunidades, mas também à fragmentação dos discursos sociais. O novo pluralismo jurídico corre o risco de se marginalizar, caso a idéia de colonialismo interno oriente-se apenas para grupos e comunidades, conglomerados empresariais e suas normas sociais, em lugar de voltar-se aos discursos sociais e às suas diversas realidades”. Nesse contexto, Teubner (2005, p. 98) destaca que o “novo” pluralismo juridifica discursos especializados, e não mais “meras normas sociais difusas existentes na vida real de grupos e comunidades”, o que revela uma modificação das instituições de ligação: “Certamente, é possível interpretar tal fenômeno como simples especialização das instituições de ligação e, assim, permanecer com o modelo dos *boni mores*, com a única diferença de que o seu conteúdo iria variar de meio social para meio social. Porém, isso não é suficiente. Os nossos essentially contested concepts transformaram-se em essentially contested processes. O discurso jurídico não incorpora apenas resultados gerados na distorção de normas sociais como normas legais: hoje em dia, ele incorpora processos, que distorcem produções econômicas e técnicas como produções jurídicas”. Consideramos necessário destacar, desde logo, que entendemos não haver nada em tais afirmações do autor sobre as questões indígenas e a insuficiência do modelo de “*boni mores*” que desabone a nossa inspiração em suas teses no que diz respeito à análise do conflito entre o Município de Porto Alegre e os indígenas Kaingang, objeto do tópico 7.3 deste trabalho. Para justificar nossa leitura, podemos remeter à própria abordagem de Teubner, em companhia de Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008), sobre a “canibalização epistêmica”, em que a dupla de autores, como se pode depreender do tópico 7.2.2 deste trabalho, apresenta como exemplo privilegiado de conflito entre ordens jurídicas caracterizadas por princípios de organização social distintos o caso da árvore “neem”, utilizada nas tradições indígenas e que foi objeto de registro de patente nos Estados Unidos. Concluimos, pois, que Teubner, no excerto aqui reproduzido, está apenas a destacar que o “novo” pluralismo jurídico e sua noção de “mal-entendido criativo” não se limitam às temáticas do “velho”, sem, contudo, sugerir qualquer exclusão de tais matérias de seu âmbito. Realmente essencial, para o autor, é que as “velhas” temáticas não sejam visualizadas – como eram na antiga perspectiva – de maneira hierarquizada, mas, sim, se tornem alvo de um olhar horizontalizado.

desprogramação e reprogramação. Por sua vez, nas situações de interdiscursividade que envolvem discursos jurídicos e outros discursos sociais, a recontextualização – dada a diferença entre códigos binários – assume a forma de decodificação e recodificação. Teubner assume a noção neopluralista de “constituição recíproca” (com inspiração no pluralismo integral de Fitzpatrick) e busca traduzi-la para o aparato conceitual sistêmico, de modo a conferir um grau de precisão analítica que, em sua opinião, falta ao “novo” pluralismo. Essencial, para tanto, é distinguir o que está sendo entrelaçado nessa constituição recíproca de ações e estruturas, bem como determinar até que ponto é possível diferenciar os seus elementos. Nesse sentido, o autor assume as seguintes premissas: a interdiscursividade envolve uma clara distinção entre discursos autônomos, a despeito dos acoplamentos estruturais entre estes; e “somente uma clara definição das fronteiras autodelimitadas pelo direito pode contribuir para esclarecer as inter-relações entre a prática discursiva do direito e outras práticas sociais” (TEUBNER, 2005, p. 90).

Teubner, ao dedicar-se a explicar mais detidamente a relação entre interdiscursividade e mal-entendido criativo, ressalta que atualmente as instituições de ligação não se restringem a conceitos essencialmente contestados e, por conseguinte, o discurso jurídico não se limita a distorcer normas sociais de modo a tomá-las como normas legais. Ora, podemos falar atualmente em processos essencialmente contestados, o que significa que o discurso jurídico distorce processos de produção econômicos e técnicos, de maneira a tomá-los como jurídicos. O professor alemão – utilizando-se de um exemplo referente à constituição recíproca entre discursos jurídicos e discursos não-jurídicos, mas que, “mutatis mutandis”, pode, segundo seu próprio raciocínio, ser transposto para o âmbito das relações entre discursos jurídicos oficiais e não-oficiais – afirma que é possível visualizar nas transações de mercado, em que o processo contratual funciona como instituição de ligação¹¹¹,

¹¹¹ Teubner chega a abordar mais detalhadamente a relação entre transações econômicas e contratos jurídicos, bem como apresenta um outro exemplo, referente à interação entre a organização empresarial e o direito, como podemos depreender da leitura do seguinte excerto, que se faz válida para fins de uma compreensão mais concreta da visão do autor sobre as noções de interdiscursividade e constituição recíproca: “Numa organização empresarial há uma série de rotinas normativas — padrões hierárquicos de decisões, funções de supervisão e de controle e competências — que promovem a auto-reprodução de processos sociais. Essas rotinas estão fora do direito. Toda vez, porém, que a *quaestio juris* for suscitada, por exemplo numa ação disciplinar interna, ocorrerá uma mudança de significado sutil, mas decisiva. O processo jurídico interno da empresa, o sistema de justiça privada — e não o direito oficial do Estado ou do Poder Judiciário — reconstrói tais rotinas como normas jurídicas por meio de sua releitura. O direito vigente dentro da organização observa as rotinas conforme o código lícito/ilícito, constituindo-as, novamente, como parte integrante do direito intra-organizacional. Ressalte-se que essa é apenas uma ficção, pois, originalmente, as rotinas organizacionais possuíam outro significado. O discurso jurídico dentro da organização interpreta mal as auto-reproduções organizacionais como criação de normas e, com isso, “inventa” para si uma nova e rica fonte do direito. É justamente nesse ponto que a famosa afinidade jurídica das organizações formais sustenta o mal-entendido produtivo do direito. [...]. Inversamente, um mal-entendido produtivo semelhante pode ser observado, quando regras jurídicas de organizações, desenvolvidas e

um processamento simultâneo acausal e paralelo de diversas correntes de comunicação jurídicas e não-jurídicas, apresentando-se, todas elas, umas em relação às outras, operacionalmente fechadas. Cada corrente constrói a sua própria estrutura: interações concretas do dia-a-dia entre as partes de determinada transação, comunicações atinentes a contratos formalmente celebrados e organizações, transações econômicas como parte de um sistema econômico mais amplo e pretensões de prevalência contraditórias em discursos jurídicos distintos e concorrentes oficiais e não-oficiais. Todos esses processos discursivos interferem conjuntamente em uma, e na mesma, situação social, utilizando, para sua construção estrutural, os mesmos eventos comunicativos. Cada um deles reconstrói-se diferentemente nos mais diversos discursos, que, apesar de serem membros sobrepostos (eventos comunicativos, e não pessoas), permanecem fechados em relação aos outros. Com o passar do tempo, tais discursos coevoluem para associações de acoplamento estrutural. Nisso, influenciam-se uns aos outros, mas não de forma causal e direta. Antes, são uns para os outros como chocs exôgenos, perturbações provocadas externamente influenciando a criação de estruturas internas. (TEUBNER, 2005, p. 92)

Nota-se, pela descrição acima, que Teubner (2005, p. 96) rejeita a ideia – subscrita, aliás, pelo “velho” pluralismo jurídico – de “transporte de informações/significados” (“input/output”) de uma ordem normativa a outra. Ora, no modelo do professor alemão, a interdiscursividade tem no seu cerne uma comunicação distorcida, pois a noção reconstrutiva de “re-entry”, lida iterativamente, significa, nas palavras do próprio Teubner (2005, p. 95), que “de todos esses mal-entendidos, o significado normativo original não poderá mais ser reconhecido”. Tal necessidade de reconstrução da irritação com base na linguagem da ordem jurídica receptora e em sua correlata visão sobre o mundo social, pois, implica, segundo o autor, que não podemos entender a ideia de constituição recíproca como se essa significasse uma “interação, negociação ou interpenetração de diversas ordens jurídicas”.

refinadas por processos disciplinares internos, integram-se novamente às rotinas organizacionais, a fim de serem utilizadas na reconstrução do processo decisório interno. Tais normas são juridicamente decodificadas. Dentro do contexto das organizações, não serão mais observadas com amparo no código lícito/ilícito. São despidas de suas conotações jurídicas — válido/inválido — e de seu contexto estrutural de regras disciplinares e reconstruídas como fundamentos do poder no jogo micropolítico da organização. Nesse sentido, a constituição recíproca do direito e da organização revela-se um mútuo mal-entendido produtivo, uma construção recíproca de realidades fictícias, uma mútua distorção da realidade, funcionando, apesar de tudo, para fins práticos. Uma distorção construtiva similar ocorre nas transações econômicas e nos contratos jurídicos. As estruturas das transações econômicas são, em princípio, não-jurídicas, baseiam-se em chances reais de ação e criam outras novas oportunidades ou, então, se apóiam na confiança em futuras mudanças nas possibilidades. Afinal, quando se trata de negócios, é melhor deixar os advogados de fora. Os juristas iriam distorcer as realidades do negócio. Por quê? Eles sistematicamente confundem possibilidades fáticas de negócio com posições de propriedade do direito. Confundem sistematicamente confiança mútua num relacionamento futuro com obrigações contratuais vinculantes, como direitos e deveres das partes contratantes. E quando suas pretensões e contrapretensões, tão rígidas e formalistas, inscrevem-se na transação real em andamento, então, destroem os relacionamentos anteriores de confiança precários e informais. A diferença entre chances econômicas de ação e "propriedade" jurídica e entre confiança econômica e obrigações jurídicas deve-se, de novo, à distinção entre códigos binários. Juristas observam as ações econômicas por meio do código lícito/ilícito e entendem, equivocadamente, processos econômicos e estruturas como fontes do direito. E, vice-versa, com a ajuda do código econômico, os racionais atores econômicos tomam normas jurídicas por moeda de troca, por novas oportunidades de obtenção de mais lucros. Estamos, mais uma vez, diante de uma simbiose de mútuas distorções” (TEUBNER, 2005, p. 92).

Segundo Teubner (2010, p. 12), ordens jurídicas envolvidas em um ultraciclo conservam sua autonomia, mas não são diferenciadas entre si mediante fechamento operacional, visto que suas operações se submetem ao mesmo código binário e, por conseguinte, são igualmente processadas como atos jurídicos. A distinção entre tais ordens dentro do sistema jurídico global é perpetrada, isso sim, por um fechamento estrutural mútuo, o qual tem como pressuposto a limitação estrita, definida mediante fronteiras, de seus respectivos âmbitos de validade. Por outro lado, tal fechamento mútuo torna possível a constituição de mecanismos de abertura mútua a um aprendizado cognitivo. Ora, no contexto das pressões por aprendizagem, o vínculo ultracíclico estabelece processos cognitivos que não consistem em uma transferência de regras válidas de uma ordem jurídica para outra, mas, sim, em uma influência recíproca mediante uma transcendência de fronteiras que envolve, no percurso da tradução do conteúdo original de uma delas até a sua reconstrução pela outra, uma travessia por outros sistemas sociais. Não se trata, pois, de uma “fusão entre ordens jurídicas em uma ordem unitária dotada de operações jurídicas comuns, mas, sim, da reconstrução de ambas as ordens mediante complexos processos cognitivos” (TEUBNER, 2010, p. 15 – tradução nossa). A distinção entre as ordens jurídicas é justamente o que torna possível o acréscimo de um “valor cognitivo, o qual surge quando as faíscas das irritações ultrapassam as fronteiras entre os códigos envolvidos”, algo que pode conduzir a uma inovação normativa (TEUBNER, 2010, p. 15 – tradução nossa).

Transpondo as premissas acima consolidadas ao âmbito das condições e dos efeitos das transferências de institutos de uma ordem jurídica a outra sobre a relação entre o discurso jurídico e os demais discursos sociais; o autor assume como inegociável o reconhecimento das fronteiras de sentido que distinguem os discursos fechados e, por conseguinte, impedem uma flexibilização da diferença entre direito e sociedade. Nesse contexto, o professor alemão considera que a imposição de uma norma estrangeira a uma cultura jurídica funciona como uma irritação (um “outside noise”) que afeta não apenas os juristas mais tradicionais, mas também as instituições de ligação que vinculam o direito ao seu ambiente social (TEUBNER, 2005, p. 157). De tal maneira, o discurso jurídico e o discurso social a ele acoplado por meio de instituições de ligação são provocados a rearranjar suas respectivas regras e a reconstruir a norma estrangeira com base em suas linguagens específicas. Portanto, as normas estrangeiras, como irritações jurídicas, não se adaptam de maneira simples e direta ao novo contexto: nas palavras de Teubner (2005, p. 177; 179), as tentativas de transferências de institutos

parecem provocar uma dupla irritação [...]. Elas irritam os “binding arrangements” do direito com a sociedade. Normas estranhas são elementos de estímulo não só em relação ao discurso jurídico de seu entorno, mas também em relação ao discurso

social [...]. Como irritações jurídicas, elas forçam a “episteme” específica do direito a uma reconstrução na rede de suas diferenças. Como irritações sociais, elas provocam um discurso social [...] a uma reconstrução própria. [...]. O impulso jurídico, quando é reconhecido, causará perturbações no outro sistema social e promoverá neste sistema algumas modificações [...]. Essas modificações sociais, por sua vez, voltam a agir como irritação do lado jurídico da instituição, criando assim uma dinâmica co-evolucionária circular que então chega a um equilíbrio precário quando tanto o discurso jurídico quanto o social desenvolveram um valor próprio relativamente estável em sua respectiva esfera. [...]. Quando, num caso de transferência jurídica, o lado jurídico da relação é modificado, a compatibilidade entre as diferentes unidades [...] deveria ser novamente construída a partir do contexto [...]. Isso demandaria uma dupla transformação, uma modificação a partir de ambos os lados da diferença do instituto transferido, não apenas uma recontextualização a partir do seu lado jurídico na nova rede de diferenças jurídicas, mas também a recontextualização a partir do lado social no outro discurso. A direção na qual o outro lado será modificado não se deixa determinar de maneira unilateral. A relação de ambos os lados não se deixa descrever como uma identidade institucional.

A análise de Teubner (2005, p. 163-4) sobre o tema da transferência de institutos tem como eixo sua crítica à dicotomia entre a perspectiva contextualista de autores como Legrand – segundo a qual a transferência de institutos jurídicos está condicionada a um pano de fundo cultural – e a concepção que privilegia a autonomia do direito em relação às demais esferas sociais – defendida, exemplificativamente, pelo isolacionismo de Watson¹¹². Para cumprir

¹¹² O culturalismo de Legrand propõe uma visão antropológica segundo a qual “é possível observar convergência no âmbito das normas e dos institutos jurídicos, mas as culturas jurídicas, as mentalidades jurídicas e as ‘epistemes’ jurídicas permaneceriam historicamente únicas e as diferenças entre elas não seriam transpostas”, tese contra a qual Teubner (2005, p. 160) apresenta as seguintes objeções: 1) “[...] como deve ser traduzido para uma análise detalhada da interação entre direito e cultura esse apelo à totalidade do significado cultural, à totalidade das profundas estruturas do direito e da cultura da sociedade ‘tout court’?”; 2) “[...] como é capaz de esclarecer as incontáveis transferências institucionais bem-sucedidas que ocorreram rapidamente e sem dificuldades entre sociedades ocidentais?”; e 3) “será que sua própria transferência de um conhecimento antropológico-cultural para o discurso jurídico, que pressupõe que os fenômenos jurídicos estão profundamente enraizados na cultura, explica a fragmentação e o fechamento dos discursos, tão típicos para a experiência moderna e pós-moderna?”. Por sua vez, a teoria autonomista de Watson pode ser compreendida mediante uma análise de três argumentos que compõem o seu cerne. O primeiro argumento é o de que o direito comparado não se refere mais meramente ao estudo das ordens jurídicas estrangeiras, e sim, propriamente, à comparação entre ordens jurídicas, o que torna muito mais viável a transferência de leis. Teubner (2005, p. 160) considera que esse argumento reflete a modificação na relação entre as nações e suas respectivas ordens jurídicas, mormente ao considerarmos o processo de diferenciação funcional e a globalização. Segundo o professor alemão, tais fenômenos retiraram da nação a possibilidade de expressar um espírito único no direito como um fenômeno cultural que as distinguiria das demais nações. De tal maneira, os ordenamentos jurídicos nacionais, aproveitando-se da nova rede mundial de comunicações jurídicas autônomas em relação a seu fundo social, desvincularam-se de sua base cultural e, por conseguinte, tornaram necessária a redução das pretensões culturalistas excessivas. Temos, atualmente, um sistema jurídico mundial, no qual as ordens jurídicas dos Estados nacionais são somente partes regionais em constante comunicação umas com as outras. Nesse contexto, a transferência de institutos jurídicos não é mais uma questão de relação entre as sociedades nacionais e, portanto, o instituto transferido não carrega mais o ônus de sua cultura de origem. Ao contrário, o que existe atualmente é um contato comunicativo direito entre ordens jurídicas dentro de um discurso jurídico global. Consequência disso é a viabilidade de transferências de institutos jurídicos de um ordenamento jurídico para outro de forma constante, relativamente sem problemas. Contudo, a despeito desses pontos de concordância entre Teubner e Watson, o professor alemão não deixa de contestar esse primeiro argumento, visto acreditar que o vínculo entre as instituições jurídicas e a “vida das nações” não deixou de existir, mas apenas assumiu uma forma diferente e um caráter menos firme. Teubner, então, conclui a tal respeito que a perspectiva sistêmica, a

essa tarefa, Teubner utiliza como inspiração a tentativa de Kahn-Freund de superar tal debate com base na distinção entre dois tipos de transferências de institutos. O primeiro deles diz respeito à transferência de institutos que são profundamente enraizados em uma cultura jurídica, ou seja, que estão conectados à sociedade de maneira “orgânica”. O segundo deles é referente à transferência de institutos relativamente isolados da sociedade e da cultura, ou, em outras palavras, que estão ligados à sociedade de maneira “mecânica”. Nessa distinção, “orgânica” e “mecânica” são noções assumidas como tipos ideais que servirão como base para a determinação do grau de facilidade da transferência do instituto: quanto mais próximo ao extremo “orgânico”, mais difícil (ou mesmo impossível) será a transferência. Afastam-se, assim, as visões unilaterais contextualista – para a qual a ligação entre institutos jurídicos e sociedade seria, por essência, “orgânica” – e isolacionista – que entenderia a relação entre institutos jurídicos e sociedade como “mecânica”. Teubner (2005, p. 163) explora produtivamente a contribuição de Kahn-Freund especialmente pelo fato de este autor modificar “o significado de “orgânico”, de maneira a substituir o “enraizamento social, tradicional e abrangente do direito” (padrão compreensivo) por uma “conectividade seletiva entre direito e sociedade”, o que significa que “os institutos jurídicos não formam mais, de maneira completa, uma trama com a sociedade e a cultura, mas dependem, em primeiro lugar, da política” (padrão seletivo). Com base nas diferenças “mecânica/orgânica” e “compreensiva/seletiva”, Teubner se propõe a reformular o culturalismo (contextualista) de

despeito da autonomia e do fechamento vinculados à diferenciação funcional do direito, não pode subscrever de maneira simplista a rejeição de Watson às teorias que atribuem uma identidade entre direito e sociedade, mas, sim, deve prestar atenção ao que ocorre com os vínculos culturais das ordens jurídicas quando estas são dissociadas de seus respectivos contextos nacionais. O segundo argumento apresentado por Watson em sua tese autonomista é o de que as transferências jurídicas são a principal fonte de modificações no direito, dado que este prefere imitar e recepcionar normas de ordenamentos estrangeiros em vez de reagir diretamente aos estímulos sociais. Isso se explicaria pelas particularidades da profissão jurídica, cujo jogo de linguagem demanda uma argumentação baseada em materiais autorizados pela sua respectiva tradição e, por conseguinte, gera uma resistência a criações “ex nihilo”. Teubner (2005, p. 162), considerando que as idiossincrasias da profissão são secundárias, rebate a tentativa de qualificação da elite profissional jurídica como mecanismo de tradução entre cultura geral e cultura jurídica. Para o professor alemão, a lógica do discurso jurídico é orientada fundamentalmente pela auto-referência normativa e pela recursividade, o que explica a preferência pelas transferências entre ordenamentos jurídicos – dado que eles são todos integrantes do mesmo sistema jurídico global –, e não pela derivação indireta de regras jurídicas com base em problemas sociais. Ademais, segundo Teubner, a preferência do discurso jurídico por suas próprias criações não significa que as transferências de normas deixem de ser reações a irritações geradas pela sociedades, o que, obviamente, envolve uma influência externa da cultura. O terceiro argumento de Watson é o de que a evolução do direito se dá de maneira consideravelmente isolada em relação ao seu ambiente social, tende a utilizar a técnica do empréstimo de institutos e, portanto, pode ser explicada sem que seja necessário o recurso a fatores sociais, políticos e econômicos. De tal maneira, as transferências jurídicas revelariam uma evolução específica do direito, em vez de uma evolução unitária da sociedade como um todo. Teubner (2005, p. 163) contesta tal perspectiva, visto considerar a abordagem de Watson simplista por não analisar tipos mais sutis de ligações entre o direito e a sociedade, o que exigiria um estudo dos vínculos entre as estruturas profundas dos diferentes discursos sociais – exemplificativamente, o professor alemão cita um exemplo óbvio de uma modificação jurídica que teve causa na política: a transformação do direito público estadunidense durante a Revolução.

Legrand por uma perspectiva sistêmica (e, portanto, que conserva também uma dimensão de autonomia), o que exige um estudo sobre o que “resultou das conexões sociais do direito nas grandes transformações históricas desde o enraizamento até a autonomia”, ou seja, um estudo dos “*binding arrangements* do direito autônomo” (TEUBNER, 2005, p. 164). Nesse contexto, Teubner (2005, p. 164-5) apresenta quatro teses sobre as novas ligações sociais do direito:

1. as ligações do direito contemporâneo à sociedade não são mais gerais, mas sim altamente seletivas. Elas variam de acoplamentos “fracos” a “fortes”;
2. elas não existem em relação à sociedade como um todo, mas se ligam a diversos fragmentos da sociedade;
3. enquanto antes o direito era ligado à sociedade através de uma identidade, as ligações hoje são construídas a partir de diferenças;
4. elas desenvolvem-se não mais numa única evolução social total, mas numa inter-relação conflituosa de duas ou mais trajetórias evolutivas autônomas.

Por um lado, as quatro propriedades das instituições de ligação são compatíveis com a premissa culturalista de que o direito está entrelaçado à cultura, mas se afastam dessa leitura no que se refere ao alto grau de seletividade dos vínculos, o qual exclui a ideia de “totalidade social”. Por outro, as mencionadas propriedades convergem com a perspectiva autonomista no que concerne à rejeição da ideia de que o direito possa ser uma mera projeção da sociedade, mas não se compatibilizam com a tese isolacionista segundo a qual uma maior autonomia do direito significa uma maior independência, e sim com a ideia de que um direito mais autônomo apresenta maior grau de interdependência com os discursos dos demais subsistemas sociais.

Teubner (2005, p. 165) explica que as novas ligações sociais do direito são, em grande medida, seletivas. Por um lado, o fato de a criação de normas jurídicas ser institucionalmente dissociada da produção cultural normativa implica a manutenção de um contato fraco e não-sistemático entre muitos campos do direito e os processos sociais. Tais campos, vinculados à sociedade mediante acoplamentos fracos, apenas “ad hoc” são confrontados com conflitos sociais, mais especificamente quando estes surgirem como irritações a serem lidas pelo direito como “casos jurídicos” e solucionadas mediante a reformulação de regras jurídicas preexistentes. Por outro lado, há campos do direito que estão vinculados aos processos sociais por um acoplamento firme, o que envolve a produção de regras jurídicas “em processos ultracíclicos entre o direito e outros discursos sociais, que são intimamente ligados entre si, sem que dessa forma abram mão de sua autonomia e de seu fechamento recíprocos” (TEUBNER, 2005, p. 165). Essa distinção entre acoplamentos fortes e fracos é utilizada por Teubner para ler sistemicamente a diferença entre institutos ligados à sociedade de maneira “mecânica” ou “orgânica”: em tese, acoplamentos fracos entre o direito e a sociedade

facilitam a transferência de institutos, enquanto acoplamentos fortes, estabelecidos por “instituições de ligação”, dificultam esse processo. Nesse ponto, contudo, Teubner critica Kahn-Freund, pois a transferência nunca será propriamente “mecânica”: qualquer transferência de instituto, mesmo nos campos do direito de natureza “técnica”, isolados do contexto social, precisa ser assimilada pelas estruturas profundas do novo direito e por suas construções do mundo social, elementos cujas peculiaridades variam em cada cultura jurídica. Nesse ponto, Teubner confere razão ao culturalismo de Legrand: cada cultura jurídica tem sua própria “episteme”, seu próprio estilo de argumentação e de interpretação, e está ligada a uma visão específica sobre o mundo social. Uma transferência, pois, ainda que apresente seu resultado como um texto normativo idêntico, implica uma modificação da norma transferida, a qual precisa ser assimilada à nova rede jurídica de distinções e de construções jurídicas do mundo, com suas soluções específicas para conflitos jurídicos.

Realizada a devida exposição panorâmica da proposta sistêmico-iterativa de pluralismo jurídico concebida pelo professor alemão, devemos considerar que Teubner (2005, p. 96) entende os compelimentos interiores do sistema – requisitos básicos para a sua auto-reprodução – como elementos que conferem à constituição recíproca uma alta seletividade e são responsáveis, ao lado da própria especialidade dos códigos binários dos discursos envolvidos, pela geração das distorções sistêmicas que estão no cerne do “mal-entendido” mútuo, as quais não podem ser evitadas pela argumentação racional. Aprofundaremos a compreensão dessa assertiva no próximo tópico mediante uma abordagem da leitura feita pelo professor alemão sobre os casos da “árvore neem” e do “pó turmérico”.

7.2.2 As patentes da “árvore neem” e do “pó turmérico” como expedientes logocêntricos de canibalização epistêmica

Teubner e Korth (*in* YOUNG, 2010, p. 1 – tradução nossa) visualizam a existência de uma “dupla fragmentação da sociedade mundial e de seu direito”. O primeiro aspecto dessa fragmentação diz respeito à ocorrência de colisões entre os diferentes sistemas funcionais diferenciados e as normas jurídicas a eles acopladas. O segundo aspecto, por sua vez, é relativo “às diferenças entre os princípios de organização social, as quais geram conflitos entre o direito formal da sociedade moderna e os sistemas jurídicos socialmente sedimentados das sociedades indígenas”. Com o intuito de ilustrar as dificuldades com as quais se deparam os juristas diante de choques entre ordens jurídicas fundadas em princípios de organização social distintos, os autores analisaram os conflitos culturais a respeito da “árvore neem”, uma

árvore dotada de propriedades medicinais, bem como utilizada nas tradições indígenas e que foi objeto de registro de patente nos Estados Unidos. Teubner, em companhia de Fischer-Lescano (2008), estudou com mais profundidade as repercussões desse caso e de um outro semelhante, referente ao registro de patente do pó turmérico, substância de propriedades análogas às da “árvore neem”, no contexto da investigação de um problema que eles chamaram de “canibalização epistêmica”. Para entendermos o fenômeno adequadamente, vejamos, primeiramente, a descrição geral sobre os mencionados cotejos realizada pelos dois estudiosos.

Verdadeiros milagres são atribuídos à “árvore neem” (*Azadirachta indica*), particularmente na Índia, onde a árvore é adorada por ser considerada sagrada. [...]. O pó turmérico (*Curcuma longa*) é uma especiaria de similar versatilidade [...]. O que estes dois produtos naturais têm em comum é o fato de terem sido alvo de interesses econômicos e, por conseguinte, explorados por redes transnacionais. Enquanto a corporação estadunidense W.R. Grace & Co. adquiriu um conjunto completo de patentes relacionadas à produção de soluções contra fungos a partir da *Azadirachta*, pesquisadores da Universidade de Mississippi patentaram o uso do turmérico nos Estados Unidos para fins de cura de ferimentos. Ambas as tentativas de aquisição de conhecimento mediante o uso de redes transnacionais encontraram grande resistência de grupos indígenas. Em ambos os casos, ativistas de várias ONGs recorreram com sucesso contra a concessão das patentes. Depois que o Conselho Indiano de Pesquisa Científica e Industrial demandou uma reconsideração do caso do turmérico, a patente foi revogada (patente estadunidense número 5.401.504). A razão apresentada para justificar a revogação foi a de que a invenção não era mais uma novidade. A situação conflituosa no caso da patente da “árvore neem”, ao ser apresentada à Organização Europeia de Patentes (EPO), teve resultado similar. Depois do recurso interposto por ativistas ambientais, sob a liderança de Vandana Shiva and Magda Alvoet, a patente europeia número 0436257 foi revogada pela EPO, em consonância com o art. 52(1) da Convenção de Munique sobre a Patente Europeia, por não ser mais qualificada como uma novidade de acordo com as informações prestadas oralmente ou por escrito sobre o seu estado técnico. (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 1-2 – tradução nossa)

Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 2) consideram que a questão central sobre esse tipo de problema é referente ao enquadramento da matéria, o que fica claro quando se analisa a tendência de abordagem dos casos acima mencionados à luz do direito da propriedade industrial. Os estudiosos reconhecem que os advogados não têm como se esquivar de tais enquadramentos, os quais são realizados pelos tribunais, nem das normas legais da ordem jurídica estatal, pois tais elementos são tidos tradicionalmente como pressupostos para que uma tese jurídica seja bem-sucedida. Ora, o direito estatal, ao deparar-se com esse tipo de conflito, preocupa-se logo em enquadrá-lo em um instituto que seja simultaneamente descrito conceitualmente e regulado jurídico-positivamente. Contudo, o fato de as condições de caracterização de uma exploração indevida do conhecimento tradicional serem estabelecidas por tais expedientes, a despeito de abrir espaço para que os juristas

aproveitem “a oportunidade de conectar a matéria às regulações jurídicas existentes e introduzir incrementos na forma de inovações jurídicas”, vincula demasiadamente os práticos do direito ao “sistema conceitual do campo jurídico específico com que estão lidando, obstando que eles efetivamente explorem as dimensões reais do conflito e encontrem soluções a ele adequadas” (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 2 – tradução nossa). Não foi à toa, pois, que a análise jurídica dos casos da “árvore neem” e do “pó turmérico” girou em torno do caráter novo ou não das patentes, o que é inútil para a resolução de um problema referente ao conhecimento tradicional indígena. Ora, o máximo que se conseguiu foi a comprovação de que as fontes religiosas indígenas já haviam “registrado” os poderes medicinais da árvore, mas a questão de fundo, que é a verdadeiramente central, referente à necessidade de que se estabeleça um modo adequado de regular a proteção da geração de conhecimento tradicional, não foi resolvida. A pergunta fundamental a ser feita, pois, é a seguinte: “Qual enquadramento temático deve ser utilizado para registrar os conflitos que resultam da utilização do conhecimento tradicional pela sociedade moderna na ciência, na tecnologia, na medicina, nos meios de comunicação, na arte e na economia, e em qual ‘quaestio iuris’ eles podem ser adequadamente traduzidos?” (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 2 – tradução nossa).

A questão foi enfrentada por diversas organizações internacionais, mas sempre a partir de suas próprias “janelas culturais”, o que é típico do fenômeno contemporâneo da fragmentação do direito. Esses regimes protetivos da propriedade intelectual sobre o conhecimento tradicional muitas vezes assumem como meta explícita a adaptação dos grupos indígenas aos mercados modernos, o que pode ser traduzido como uma subordinação de tais povos à lógica regulatória das organizações internacionais. Configurado o conflito entre, de um lado, uma tendência de expansão global dos direitos de propriedade intelectual, e, de outro, a manutenção da biodiversidade e da diversidade cultural; as ordens jurídicas nacionais, ao tentarem regular a matéria, instrumentalizam o conhecimento das sociedades periféricas em função de propósitos biológicos e econômicos. Exemplos dessa postura, segundo Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 3 – tradução nossa), são as legislações tailandesa – que considera as normas referentes ao conhecimento tradicional como normas de “proteção e promoção da inteligência medicinal tradicional tailandesa” – e brasileira – que configura a preservação do conhecimento tradicional como um objetivo político, o que redundará em um tratamento desse conhecimento como um estoque de “alto valor sócio-econômico”, a ser “transcrito, documentado, armanezado e utilizado em bases de

dados digitais”. Fica claro, nesse ponto, como a temática envolve colisões entre diferentes sistemas sociais (econômico, científico, cultural, religioso) e suas respectivas racionalidades parciais. Mas a questão não se esgota aí, pois também envolve o problema do policentrismo cultural, o qual deve ser assumido como um dado necessário a qualquer pretensão de enquadramento político e jurídico da temática.

O aspecto central do problema do policentrismo cultural, segundo Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 5 – tradução nossa), não é o tão propagado “choque entre culturas” – o qual teria como premissa a ideia de que ambos os lados desse cotejo precisariam, cada qual como uma unidade compacta, lutar pela preservação de suas fronteiras –, mas, sim, a “capacidade das hiperestruturas especializadas da sociedade global de destruir por dentro os mecanismos de integração das culturas regionais por dentro”. Ora, os centros de ação altamente especializados, como “os sistemas funcionais, as organizações formais, as redes e as comunidades epistêmicas”, contribuem para a desintegração da produção de conhecimento nas mencionadas culturas ao transformarem esse conhecimento nos termos de seu próprio “metabolismo” (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 5 – tradução nossa). Expediente típico desse processo é a dissociação entre ciência e religião perpetrada pela retirada do conhecimento tradicional de seu contexto de organização social, o que fica bastante claro quando se tenta registrar uma patente, para fins de exploração científica com fins econômicos, sobre plantas sagradas para uma determinada tradição cultural. As autoridades tribunais comumente se satisfazem, como critério jurídico para que se possa falar ou não na presença do requisito da “novidade” para fins de reconhecimento de patente, com a discussão sobre a presença de características físicas específicas a respeito das cores e pétalas de uma determinada variante de um tipo de planta, desconsiderando, devido à falta de registro nos meios formais das ordens jurídicas estatais, o conhecimento tradicional dos indígenas sobre aquele elemento natural. Nas palavras de Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 8 – tradução nossa), “esta exigência facilmente manipulável deve ser o fato decisivo, quando padrões diferentes de interpretação, visões de povos e de mundo, e formas fundamentais de diferenciação na sociedade global entram em conflito entre si?”

Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 8 – tradução nossa), ao comentarem a tendência expansionista da sociedade moderna sobre as culturas regionais, falam em “biopirataria” e utilizam a já mencionada metáfora do “canibalismo epistêmico”, ou seja, “canibalização de conhecimento, canibalização mediante conhecimento”, para fins de designação da maximização da racionalidade das hiperestruturas

da sociedade global em suas buscas por informação. Premissa central desse fenômeno é a

pretensão cientificamente legitimada de que o conhecimento pertença ao domínio público, a qual destrói as estruturas da propriedade comum do conhecimento nas culturas regionais. O princípio de acesso geral ao conhecimento viola as esferas religiosas de confidencialidade. Os métodos cientificamente especializados de verificabilidade controlada precisam deletar a dependência da religião, da cultura e do habitat, a qual, contudo, é necessária para que o conhecimento tradicional sobreviva. (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 8 – tradução nossa)

Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 8 – tradução nossa) consideram que a maneira adequada de confrontar a tendência de expansão da sociedade global moderna não é uma “resistência geral à modernização em nome das sociedades tradicionais”, mas, sim, uma “restrição cuidadosamente calibrada das hiperestruturas da sociedade global”. Para tanto, é preciso pressionar externamente cada instituição moderna em expansão para que se autoregule e autocontenha. Nas palavras dos dois autores, “a fórmula é: autorrestrição forçada externamente da expansão destrutiva do acúmulo de conhecimento socialmente sedimentado. As hiperestruturas da sociedade moderna, globalizada, precisam ser compelidas a respeitar a indisponibilidade das culturas regionais” (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 8 – tradução nossa). Aqui, Teubner e Fischer-Lescano recorrem à teoria sociológica dos direitos fundamentais de Luhmann, segundo a qual pressões externas de contra-movimentos foram bem sucedidas em forçar a autorrestrição de sistemas funcionais¹¹³. Senão, vejamos.

Sistemicamente, pode-se afirmar que a diferenciação funcional substituiu a diferenciação entre grupos de pessoas por uma diferença entre tipos de comunicação, de maneira que os indivíduos não têm como se restringir a um único sistema. Como afirma Verschraegen (*in* KING; THORNHILL, 2006, p. 120 – tradução nossa), “uma sociedade que institucionaliza os direitos humanos, paradoxalmente, não pode ser concebida em moldes humanísticos e, portanto, precisa admitir que o indivíduo moderno não vive mais dentro, mas, sim, fora da sociedade, ou seja, pertence ao ambiente dos sistemas sociais”. Visualiza-se,

¹¹³ “Em reação ao surgimento de esferas autônomas de ação na sociedade moderna, os direitos fundamentais emergiram historicamente, especialmente em respeito à matriz da política autonomizada. Assim que as tendências expansionistas se tornaram evidentes no sistema político, o qual ameaçou a integridade das outras áreas sociais autônomas, o conflito social foi estabelecido. As posições conquistadas no curso destes conflitos foram formuladas como direitos fundamentais e institucionalizadas na política como contra-instituições. Tais tendências expansionistas se manifestaram historicamente em muitas constelações diferentes: no passado, principalmente na política; hoje, especialmente na economia, na ciência, na tecnologia e em outros setores da sociedade. Se a meta nuclear dos direitos políticos fundamentais era proteger a autonomia das esferas de ação em relação à instrumentalização política, então assegurar a chance de que a chamada lógica da ação não-racional atuasse contra a matriz das tendências sociais dominantes de racionalização se tornou a meta fundamental dos “direitos fundamentais sociais”. (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 8 – tradução nossa).

assim, uma individualidade constituída pela exclusão, em que o indivíduo é completamente excluído da sociedade justamente para poder ser nesta incluído de maneira multifuncional e parcial, ou seja, habilitado para participar de diversos sistemas. É necessário, portanto, tornar irrelevante a posição social do indivíduo para que este, nos conformes da linguagem da igualdade, possa ser mais personalizado e livre no que concerne à realização de suas preferências pessoais. A liberdade e a igualdade, como conceitos nucleares das declarações de direitos humanos, são símbolos jurídicos desta forma moderna de inclusão, segundo a qual “dentro das fronteiras do que é juridicamente permitido, ninguém está legalmente obrigado publicamente a justificar as suas ações” (VERSCHRAEGEN *in* KING; THORNHILL, 2006, p. 107 – tradução nossa). Nesse contexto, os direitos fundamentais não são vistos por Luhmann nos moldes de uma principiologia ética, mas, sim, como uma instituição social dotada de uma função específica, qual seja, a de simbolizar expectativas e mediar a sua implementação diante de problemas concretos. A institucionalização de direitos fundamentais dá origem a mecanismos que protegem a contingente e vulnerável diferenciação funcional contemporânea: eles são funcionais por aumentarem a flexibilidade estrutural da sociedade, ou seja, por possibilitarem que esta, simultaneamente, acresça sua complexidade e sua estabilidade (VERSCHRAEGEN *in* KING; THORNHILL, 2006, p. 103)¹¹⁴. Faz-se necessário, a tal respeito, destacar o acoplamento estrutural entre direito e política, o qual, viabilizado pela Constituição, estabelece um novo tipo de autocontenção. Luhmannianamente, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como uma contra-instituição social; e a distinção entre os direitos fundamentais em espécie pode ser lida nos moldes de um paralelismo com a diferenciação entre sistemas – exemplificativamente, o direito fundamental de propriedade garante a autonomia do sistema econômico, assim como as liberdades religiosa e de consciência asseguram que religião e política sejam autônomas entre si¹¹⁵.

¹¹⁴ “É importante notar que, na teoria luhmanniana, a noção de funcionalismo foi completamente reformada em relação às ideias sociológicas anteriores a respeito do que é funcional para uma sociedade (por exemplo, o funcionalismo estrutural de Talcott Parsons). O conceito de função de Luhmann não é equivalente à meta ou a utilidade de um sistema ou instituição social, nem é compatível com a ideia de que dadas atividades “sejam funcionais” para a sociedade, realizando parte da tarefa do todo. Luhmann, pois, não quer dizer que os direitos fundamentais cumprem uma determinada tarefa para a sociedade ou que passaram a existir para o bem da sociedade. A teoria dos sistemas não é outra história do progresso universal. O conceito de função no sentido luhmanniano objetiva, precisamente, quebrar a imagem da sociedade como um organismo e a noção de causalidade aí implícita, assim, substituindo-a por uma técnica de comparação de alternativas funcionalmente equivalentes.” (VERSCHRAEGEN *in* KING; THORNHILL, 2006, p. 103 – tradução nossa).

¹¹⁵ A relação entre direitos fundamentais e autocontenção, contudo, não deve ser equivocadamente atrelada a uma concepção dos direitos fundamentais como direitos exclusivamente negativos (direitos de não-interferência oponíveis ao Estado), mas, sim, a uma leitura em que eles servem como expedientes que demandam tanto uma abstenção quanto uma atuação positiva por parte do Estado, o que resulta na viabilidade da participação individual na sociedade. A proteção à liberdade de expressão, por exemplo, não se restringe à inexistência de censura, pois também envolve a “aplicação de recursos materiais e a promoção de oportunidades práticas e

Fundados em tais premissas, Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 9 – tradução nossa) abordam da seguinte maneira a relação entre direitos fundamentais e autocontenção:

direitos fundamentais, vistos de uma perspectiva sociológica, não são os direitos individuais judicialmente protegidos contra o poder estatal que os juristas normalmente enxergam. Eles são as contra-instituições sociais que existem dentro dos subsistemas individuais e restringem sua expansão por dentro. Do ponto de vista da teoria dos sistemas, o papel histórico dos direitos fundamentais não é exaurido pela proteção de posições jurídicas individuais, mas, sim, consiste primariamente em assegurar a autonomia das esferas sociais contra as tendências de usurpação [...]. O fortalecimento da autonomia das esferas de ação como um contra-movimento contra as tendências de usurpação constitui o mecanismo geral de reação que funciona tanto na dimensão convencional e vertical dos direitos fundamentais políticos quanto na dimensão horizontal contemporânea, em que os direitos fundamentais são reputados como produtores de efeitos [...] sobre outros subsistemas expansivos.

Diante do exposto, é preciso, segundo Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 9), que a teoria e a institucionalização dos direitos fundamentais seja objeto de uma coerção por parte de conflitos, protestos, movimentos sociais e ações de resistência organizada, de maneira que tais direitos restrinjam a si próprios no interior do sistema. Ademais, é necessária uma “imaginação institucional” para que a autorrestrrição dos sistemas funcionais, organizações, redes e comunidades epistêmicas possa ser concretizada na forma de políticas efetivas e normas jurídicas, o que demanda uma teoria dos direitos fundamentais que possibilite o desenvolvimento de formas jurídicas híbridas no contexto do direito moderno. Ora, é essencial um compromisso entre a sensibilidade das instituições modernas às culturas locais e a operacionalidade do direito moderno, de modo que a integridade cultural possa ser ajustada aos programas normativos modernos e suas sanções a direitos fundamentais.

Em um esforço de transposição da premissa luhmanniana sobre a necessidade de autocontenção ao contexto dos conflitos entre a “globalidade” funcionalmente diferenciada e o conhecimento arraigado das sociedades tradicionais; Teubner e Fischer-Lescano afirmam que a autorregulação estimulada pelas pressões externas pressupõe que as instituições jurídicas modernas reconstruam os interesses das culturas indígenas em sua linguagem, ou seja, pratiquem uma “re-entry” para fins de proteção de direitos fundamentais. Questionando se essa tarefa poderia ser cumprida mediante a combinação entre regras de colisão e o uso de disposições do direito moderno referentes ao direito costumeiro – como proposto por formuladores de políticas influenciados por antropólogos no passado –, Teubner e Fischer-

estruturas institucionais que viabilizem o exercício deste direito por todos os cidadãos”, o que, por óbvio, exige que se preserve a diferenciação funcional, mormente para fins de distinção, “in casu”, entre as esferas midiática, política e econômica (VERSCHRAEGEN *in* KING; THORNHILL, 2006, p. 112 – tradução nossa).

Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 10 – tradução nossa), criticamente, estabelecem uma analogia com o direito colonial britânico, o qual recepcionava as “leis indígenas” de caráter costumeiro, afastando-as apenas quando incompatíveis, nos termos do “princípio da repugnância”, com os princípios jurídicos fundamentais britânicos. Segundo os dois estudiosos, antropólogos críticos denunciaram que o fenômeno não se tratava de uma delegação da produção de poder à população dominada, mas, em verdade, de uma invenção etnocêntrica, um mito colonialista, pois, não existia um direito costumeiro indígena, no sentido de regras geradas por hábitos, costumes e práticas populares. O dito “direito indígena”, pois, era o resultado de uma colagem de elementos estrategicamente colhidos de segmentos culturais distintos pelos juristas britânicos. O exemplo serve para mostrar que a maneira adequada pela qual podem ser geradas as necessárias barreiras interiores às instituições modernas baseadas em direitos fundamentais é a prática da reconstrução de fatores extrínsecos a partir de definições intrínsecas (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 10 – tradução nossa).

As conclusões acima implicam a demanda por um aumento da responsividade da reconstrução às culturas tradicionais, visto que não existe um direito indígena real, mas apenas um “mal-entendido criativo”, consistente na leitura das culturas regionais, com seus costumes e usos fáticos, pelo direito moderno. Como explicam os autores,

o direito da modernidade global, sistematicamente, compreende equivocadamente certas comunicações interiores às culturas regionais como atos jurídicos, capazes de criarem normas jurídicas, e, de fato, precisa fazê-lo para que se tornem barreiras efetivas à expansão da modernidade. Mais especificamente, não apenas como atos jurídicos mediante os quais o direito julga com o auxílio de normas produzidas em outros lugares, mas também como atos jurídicos que produzem normas por si mesmos. Usando esta ficção real, o direito cria um novo mecanismo de produção jurídica na instituição do “direito indígena”, que é capaz de neutralizar tendências expansionistas modernas mediante a implementação de proibições e outras sanções jurídicas (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 11 – tradução nossa).

O limite para tal criatividade está justamente na vinculação a um conhecimento sociocultural tradicional efetivamente existente. Nas palavras de Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 11), a despeito das discordâncias entre as ordens jurídicas, “the misunderstanding remains an understanding!”. Aqui, os autores chegam a mencionar Boaventura Santos e sua afirmação de que “o direito é um mapa de leituras equivocadas”, o que nos permite visualizar a convergência entre, de um lado, a “re-entry” como “mal-entendido criativo”, e, de outro, a metáfora diatópica das janelas propagada por Panikkar e subscrita pelo autor português: toda reconstrução de costume local pelo sistema jurídico envolve sempre uma irreducibilidade de perspectivas, uma violência que é camuflada,

mas nunca dissolvida, pela dimensão analítico-conceitual utilizada para fins de enquadramento do fenômeno tradicional nos programas do direito estatal. Ou, em linguagem sistêmica, “o recurso direto ao direito costumeiro é [...] impossível, porque fazer referência ao direito costumeiro local já significa olhar para formas de sociedade organizadas holisticamente através das lentes da diferenciação e da codificação funcionais” (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 17 – tradução nossa). É essencial, portanto, segundo Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 11 – tradução nossa), tentar, mesmo que de maneira inexoravelmente reconstrutiva, compreender como os povos indígenas enxergam a si mesmos. Em outros termos, deve-se assumir como referência normativa um “princípio da autodeterminação indígena”, o qual, em vez de preservar abstratamente o conhecimento tradicional, protegeria as condições culturais de produção desse conhecimento.

Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 14) consideram que os esforços para uma definição global, fundada em padrões mínimos de harmonização, dos direitos de propriedade intelectual indígenas têm assumido um padrão demasiadamente homogêneo, de maneira que a unificação jurídica substancial do conhecimento tradicional e de sua regulação em termos tais não tem como fazer justiça à diversidade cultural desses povos. Ora, orientações uniformes desse tipo não podem ser demasiadamente abstratas, sob pena de não se adequarem aos valores, concepções ou regras de nenhuma sociedade indígena, nem exageradamente específicas, o que as tornaria aplicáveis apenas a uma ou pouquíssimas culturas. Ademais, nas palavras da dupla de estudiosos (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 15 – tradução nossa), “a forma pela qual os direitos locais são gerados e os respectivos processos decisórios são abstraídos dos costumes locais na configuração de um direito universal substantivo, o que, em última instância, resulta em uma paternalização pelas decisões morais do centro (em contraste com as da periferia)”. Os autores consideram mais adequada, portanto, uma abordagem a partir da premissa de que existe um conflito entre ordens jurídicas, cuja resolução demanda o reconhecimento das práticas locais como existentes e a utilização do conhecimento tradicional de acordo com o direito costumeiro dos povos de que é oriundo. Uma postura desse tipo exige, para evitar a incorrência em padrões colonialistas, que a reformulação, pelo direito moderno, da estrutura holística em que foi concebido o conhecimento em questão: por um lado, não seja reduzida à lógica especializada de áreas de estudo individualizadas, o que apenas contribui para aumentar as contradições de uma sociedade fragmentada; e, por outro, não seja analisada em termos de meros conflitos individuais a respeito do direito sobre a propriedade intelectual, de

conflitos de direitos titularizados por Estado nacionais ou de conflitos entre normas oriundas de ordens jurídicas distintas. Afinal, a questão central, como já ressaltado, é a colisão entre princípios basilares de organização social, de maneira que qualquer uma das leituras anteriores resultaria em uma alienação quanto ao verdadeiro conflito a ser solucionado (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 17).

Diante do desafio de tentar resolver um conflito entre ordens jurídicas fundadas em princípios radicalmente distintos de organização social, Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 11) afirmam que uma teoria dos direitos fundamentais fundada em princípios sociológicos precisa caracterizar os direitos de preservação do conhecimento tradicional como transindividuais, e não, como no direito moderno, como direitos subjetivos titularizados pelo autor do respectivo produto de conhecimento. Ora, por um lado, o conhecimento tradicional tem caráter coletivo ou comum, e não individual, motivo pelo qual uma concepção individualista clássica não seria adequada à abordagem da matéria. Por outro, também não é bastante atribuir o caráter de entes personalizados a grupos ou coletividades – como “comunidades, associações, cooperativas, famílias ou linhagens” –, pois o destinatário dos direitos fundamentais em questão seria o próprio conhecimento tradicional, e não os seus autores individuais ou coletivos (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 11 – tradução nossa). Os autores defendem, pois, a combinação entre uma desindividualização mais radical dos direitos fundamentais e o reconhecimento dos processos de comunicação indígenas como uma terceira forma de direitos, híbrida entre os direitos individuais e os direitos coletivos¹¹⁶. Tal

¹¹⁶ Os direitos humanos, na teoria luhmanniana, têm papel determinante na garantia da autodeterminação individual e no reconhecimento das dimensões social e institucional do livre desenvolvimento pessoal. Em uma sociedade policontextual, tais direitos não são essenciais apenas para fins de materialização da liberdade na esfera individual (autonomia pessoal), mas também para garantir a capacidade de desenvolvimento de uma identidade e um reconhecimento sociais nas diferentes esferas de comunicação. Não são, pois, direitos de um indivíduo isolado, visto considerarem a especificidade do ambiente social. “A comunicação social e o desenvolvimento da pessoa, a autodeterminação e a socialidade, são indissociáveis”, o que significa que, a rigor, os direitos fundamentais individuais não deixam de ser, ao mesmo tempo, direitos sociais ou comunicacionais, visto viabilizarem que o indivíduo participe dos diferentes subsistemas sociais – exemplificativamente, o direito à vida, o direito à integridade física e a liberdade de ir-e-vir são direitos fundamentais de autoapresentação comunicativa, ou seja, dizem respeito à possibilidade de se fazer presente e se expressar corporalmente no contexto social e, portanto, são essenciais à habilitação do sujeito como pessoa, visto serem requisitos para que ele participe das comunicações sociais (VERSCHRAEGEN *in* KING; THORNHILL, 2006, p. 114 – tradução nossa). Com base nessas premissas, Verschraegen (*in* KING; THORNHILL, 2006, p. 114) afirma que direitos culturais (como o de falar sua própria língua ou praticar a sua própria religião) poderiam ser entendidos como precondições para o exercício dos direitos individuais e, por conseguinte, para a individualização. Ora, as tradições linguísticas e culturais são essenciais para a “formação e a conservação da identidade pessoal (a qual está sempre entrelaçada com os símbolos culturais e a autorepresentação coletiva dos diferentes grupos sociais)”, o que não significa, na opinião de Verschraegen (*in* KING; THORNHILL, 2006, p. 114 – tradução nossa), que tais direitos devam ser vistos como “direitos coletivos”, mas, sim, como “direitos individuais que garantem o acesso livre e igualitário a formas linguísticas e culturais de comunicação, tradições e práticas, visto serem

perspectiva transindividual, portanto, não ajuda os indivíduos ou coletividades a afirmarem seus direitos de propriedade intelectual, mas, sim, mediante a imposição de restrições de acesso e proibições de obtenção de patentes sobre o conhecimento tradicional, estimula a autorregulação. Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 12 – tradução nossa) concluem que “a qualificação de processos culturais como entes personalizados facilitaria que uma teoria dos direitos fundamentais identificasse o conhecimento tradicional nas culturas estrangeiras”.

O direito fundamental ao conhecimento tradicional precisa não apenas envolver a proteção da autonomia estrutural do produto do conhecimento tradicional, mas também preservar a inscrição deste na sua cultura de origem e, conseqüentemente, o seu processo de produção. Trata-se, pois, de “garantir as condições de possibilidade de uma epistemologia autônoma do conhecimento tradicional”, não apenas em termos estruturais, mas também procedimentais. Em outros termos, mencionando a “resposta paradoxal de Taubman”, Teubner e Fischer-Lescano (*in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 18 – tradução nossa) falam em “globalizar a diversidade holisticamente”, o que exige que se viabilize o desenvolvimento independente das culturas indígenas. Para tanto, pode-se optar pela autorrestrição sobre as invasões típicas do expansionismo moderno ou pela transferência de recursos aos povos indígenas – “compartilhamento de benefícios”, o qual, na perspectiva dos dois estudiosos, funcionaria melhor mediante a criação de fundos de distribuição de lucros do que pela via de realização de contratos, visto que estes poderiam resultar na destruição da autonomia cultural das comunidades locais ao integrá-las à economia de troca ocidental¹¹⁷. De todo modo, é essencial que sejam conferidos direitos discursivo-procedimentais aos processos de comunicação indígenas, de caráter transindividual, de maneira que os membros das comunidades indígenas possam participar das decisões de alocação do conhecimento tradicional que os afetam e, conseqüentemente, que se torne viável uma compatibilização de

materiais para a formação ou manutenção de identidades pessoais”. A despeito da relevância desse registro, consideramos que, para o nosso recorte temático, basta a assunção da perspectiva de Teubner a respeito do caráter híbrido do direito ao conhecimento tradicional, motivo pelo qual não adentraremos o debate sobre a suficiência ou não da “teoria individualista dos direitos” no que diz respeito à reivindicação de reconhecimento de diferenças culturais e, por conseguinte, sobre a necessidade ou não de complementação da categoria teórica “direitos individuais/subjetivos” por um conceito de “direitos (culturais) coletivos”. Para um aprofundamento sobre a temática, ver, por todos, Habermas (2002).

¹¹⁷ Aqui, podemos até remeter a uma afirmação de Derrida (2010, p. 109) que nos parece compatível tanto com a noção de contrato social quanto com a de contratos cotidianos, dotados de conteúdo econômico: “[...] todo contrato jurídico se funda na violência. Não há contrato que não tenha a violência ao mesmo tempo como origem e como resultado. [...] Enquanto fundação ou postura do direito, a violência institutiva não precisa ‘estar imediatamente presente no contrato’. Mas, sem estar aí imediatamente presente, ela aí está substituída, representada pelo suplemento de um substituto. O esquecimento da violência originária se produz, se abriga e se estende nessa ‘différance’, no movimento que substitui a presença (a presença imediata da violência identificável como tal, em seus traços e em seu espírito), nessa representatividade ‘différentielle’”.

normas entre as ordens jurídicas em conflito. Ora, para a dupla de autores, o prévio consentimento informado não se trata de mera burocratização, mas, sim, da assunção da premissa de que “a lógica de ‘altera pars’ requer reciprocidade”, o que pressupõe uma “relação de igualdade e respeito” – inclusive com o reconhecimento do direito de que, se necessário, as comunidades locais neguem o acesso aos seus recursos, territórios e conhecimento –, sob pena de “aceitação da usurpação unidirecional da sociedade global e de rendição à desregulamentação global” (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 19-20 – tradução nossa).

O fato de o conhecimento tradicional ser produzido no contexto de instituições holísticas torna inviável que se alcance uma definição substantiva para esse tipo de conhecimento, bem como que qualquer proteção seja realizada na forma de um armazenamento de conhecimento, o qual, no máximo, conseguiria impedir que patentes ditas desprovidas do requisito de “novidade” fossem registradas, dado o fato de já terem sido objeto de digitalização. Ademais, o caráter violento do raciocínio na linguagem de direitos autorais é patente (!) quando se nota que a realização de campanhas contra o reconhecimento das patentes da “árvore neem” e do “pó turmérico”, por ter sido centrada neste conceito do direito da propriedade industrial, abriu espaço para que a matéria fosse juridicamente decidida de maneira etnocêntrica mediante uma manipulação do requisito de novidade, em explícita desconsideração da cultura tradicional indígena. Também não é suficiente a observância de restrições das ordens jurídicas estatais à obtenção de propriedade industrial, ainda que os autores mencionem a existência de precedentes em que a assunção de um relativismo cultural gerou exceções ao direito de patentear. Este tipo de orientação – o qual demandaria um conhecimento específico sobre as culturas estrangeiras e, por conseguinte, uma formação complementar dos órgãos administrativos responsáveis pelo registro de patentes – deixa em aberto o outro lado da questão: a consequência jurídica da exclusão do conhecimento tradicional do âmbito do que pode ser patenteado é a qualificação desse conhecimento como de domínio público, o que também pode gerar danos à sua integridade e a sua capacidade de autoreprodução. A matéria, portanto, não pode ser resumida à “armadilha epistêmica” da dicotomia entre a propriedade intelectual e o domínio público (TEUBNER; FISCHER-LESCANO *in* GRABER; BURRI-NENOVA, 2008, p. 12).

Diante do exposto, o logocentrismo das distinções dicotômicas entre o caráter “novo” ou não da patente e entre a propriedade intelectual e o domínio público oferece razões decisórias etnocêntricas, as quais escondem o conflito de fundo, referente aos princípios de organização social. Luhmannianamente, poderíamos dizer que há sempre algo a ser

conhecido, pois a definição do que se conhece invariavelmente oculta sua outra face, qual seja, “in casu”, a orientação ideológica que motiva o “hunch” de quem, discricionariamente, determina iterativamente o sentido: dos critérios vinculantes e indeterminados para a qualificação de uma patente como nova/velha; e do conhecimento tradicional como submetido ao registro como propriedade intelectual ou ao domínio público. Em outros termos, mesmo razões que se apresentem em uma linguagem pretensamente inclusiva – como as que qualificariam o conhecimento tradicional como de “domínio público” – podem ter efeitos excludentes, inclusive em relação a interesses formulados na linguagem de vãos de sentido a respeito do significante vazio “direitos humanos”. Não foi à toa, pois, que Teubner e Fischer-Lescano precisaram praticar um exercício de criatividade para que, em respeito à tradição sistêmica, pudessem oferecer uma resposta para o problema sem que abandonassem a linguagem conceitual, o que resultou na proposta de uma “re-entry” possibilitada mediante a inserção do conceito de um “tipo híbrido” de titular de direitos, qual seja, o dos processos tradicionais de comunicação, distinguíveis, por um lado, em relação aos sujeitos de direito individuais, e, por outro, em relação a sujeitos de direito coletivos. Essa postura demonstra o compromisso da dupla de estudiosos, na condição de auto-observadores do sistema, com o compêndio sistêmico à fundamentação, segundo o qual a busca pela justiça jurídica deve, inicialmente, se oferecer à “experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência”, mas, em seguida, converter os resultados (iterativos) de tal experiência em “fundamentos racionais, argumentos técnico-jurídicos, dogmática jurídica conectável” (TEUBNER, 2011, p. 45 – tradução nossa), ou seja, em elementos analítico-conceituais produzidos pela Ciência do Direito que permitam uma fundamentação retrospectiva do “hunch” inexoravelmente violento que permeia a discricionariedade constitutiva de toda decisão jurídica a respeito do sentido normativo de uma disposição juridicamente vinculante. Tal é uma demonstração do potencial da doutrina, entendida esta como um mecanismo sistêmico de auto-observação ontologicamente submetido aos mesmos condicionamentos linguísticos impostos à compreensão realizada pela autoridade judicante¹¹⁸. Nesse contexto, a doutrina, ao servir como uma ponte de entrelaçamento hierárquico entre a vinculatividade dos conteúdos legislativamente postos e a

¹¹⁸ Luhmann (2004, p. 297 – tradução nossa), no seguinte excerto, parece subscrever nossa afirmação, inspirada em Heidegger e Gadamer e registrada no quarto capítulo deste trabalho, de que tanto a compreensão doutrinária quanto a compreensão de um magistrado estão ontologicamente submetidas à universalidade do “como” hermenêutico: “Os tribunais interpretam [...] argumentativamente para apresentar a ‘ratio’ de suas próprias decisões. O nível da observação de segunda ordem serve para testar o quanto a consistência da observação do direito pode ser combinada com a integração de novas informações ou modificações de preferências. E quando os professores e os pesquisadores jurídicas atuam de maneira similar, eles o fazem com a reconstrução das decisões jurídicas dos tribunais em mente.”

discricionariedade intrínseca à sua determinação pelo Judiciário, contribui para a autorreferência do sistema jurídico, como podemos depreender das seguintes palavras:

[...] os componentes do sistema jurídico podem apenas ser considerados como auto-constitutivos caso as auto-descrições se tornem de fato instrumentos operacionais de regulação da comunicação no próprio sistema. Uma coisa é apelar para a construção ideal das ‘normas secundárias’ ou para a sua implementação (auto-descrição), outra diferente é fazer delas uso efetivo no processo operacional de decisão (auto-constituição). No direito moderno, semelhante distinção entre auto-descrição e auto-constituição encontra-se institucionalizada na distinção entre doutrina, forjada no seio acadêmico, e praxis jurisprudencial e legislativa, que aplica ou rejeita essas auto-descrições [...]. [...] a chave do caminho para a autopoiesis está na auto-descrição, já que é esta que determina afinal as operações reais de reprodução. Esta correspondência entre auto-descrição e auto-reprodução [...] significa [...] uma sobreposição parcial, em que a auto-descrição orienta a auto-reprodução do sistema na seleção dos componentes sistêmicos, mesmo quando tal orientação não seja conceitualmente ‘apreendida’. [...]. O que se acabou de afirmar para as estruturas jurídicas (normas jurídicas) vale ‘mutatis mutandis’ para outros componentes do sistema (elementos, processos, limites, etc.). [...]. Uma articulação hipercíclica apenas surge quando esses atos juridicamente relevantes se assumem como atos jurídicos que conduzem a uma modificação da situação jurídica: só então se pode afirmar terem os elementos produzido as estruturas do sistema. Esta articulação hipercíclica entre elemento e estrutura, enquanto produção recíproca de atos jurídicos e de normas jurídicas, constitui porventura o traço distintivo do direito moderno [...]. Apesar deste primado relativo norma/decisão, o mesmo valerá no que concerne à relação dos outros componentes do sistema, em particular da doutrina e do processo jurídico. Doutrina e processo devem ser constituídos de modo a referir-se simultaneamente a atos [...] jurídicos [...] e a normas jurídicas [...]. Se se olhar mais de perto, nem doutrina nem processo estão diretamente articulados com outros componentes do sistema, mas apenas articulados com as relações existentes entre estes. Doutrina e processo constituem [...] articulações hipercíclicas da própria articulação entre norma e decisão, controlando deste modo a auto-reprodução do direito (TEUBNER, 1989, p. 87-8)

Já quanto à heterorreferência, a doutrina proporciona um nível adequado de responsividade do sistema jurídico às irritações oriundas de seu ambiente, em uma tentativa inexoravelmente imperfeita, mas necessária, de racionalizar os impulsos irracionais de transcendência radical da justiça-por-vir, inclusive quando estes tiverem origem em lutas por reconhecimento fundadas em um discurso multiculturalista. Essa é, aliás, segundo Peczenik, uma função central da “descritiva-enquanto-normativa” (desprovida de um ponto arquimediano, como disse Dworkin e Esser poderia subscrever) Dogmática Jurídica: auxiliar os tribunais, diante de novas irritações, na busca por um nível de abstração necessário à coerência narrativa (condição para a legitimidade da coerção do direito, segundo a teoria “convencionalista ‘cum’ institucionalista” de Peczenik e Hage) ótima (sempre por-vir) e relativamente estável do direito, entendido este – em sua condição de “rede de teorias, princípios, regras, metaregras e exceções que exibem diferentes níveis de abstração e estão conectadas por meio de relações de sustentação” – como aquilo que a teoria (pretensamente) mais coerente sobre “tudo” (objetos naturais, mundo social, âmbito do dever-ser e padrões de

adoção e rejeição de teorias) diz que é, de maneira a proporcionar uma resolução reflexivamente equilibrada dos conflitos ideológicos entre interesses e entre perspectivas culturais.

Tendo em vista a necessidade de que a teoria doutrinária proposta por Teubner e Fischer-Lescano seja lida em equilíbrio reflexivo não apenas com os juízos particulares sobre os casos estudados, mas também com a teoria da justiça proposta por Teubner; é necessário registrarmos que o esforço analítico mencionado no parágrafo anterior de maneira nenhuma desfaz a indecidibilidade intrínseca ao caráter “fuzzy” das disposições normativamente vinculantes, as quais continuam submetidas a uma inexorável incalculabilidade, posta (re)iterativa e desafiadoramente pela justiça por-vir. Esta, por outro lado, sempre será continuamente desafiada pela pretensão coerentista de, mediante um expediente constitutivamente violento de redução da violência inexorável mesma, oferecer uma justificação analítica fundada em cadeias de sustentação para converter o “hunch”, mediante “re-entry”, em uma linguagem compatível com os compelimentos sistêmicos. Tal é a dinâmica auto-subversiva da justiça jurídica, com sua “transformação permanente da imanência à transcendência do Direito e de volta à imanência” (TEUBNER, 2011, p. 34).

Conforme anunciado anteriormente, os comentários críticos acima realizados sobre os casos estudados por Teubner e Fischer-Lescano servem meramente como um pré-teste para o verdadeiro teste ao qual submeteremos, no próximo tópico, o nosso modelo de análise descritivo-enquanto-normativo: um estudo do conflito entre culturas envolto na disputa entre o Município de Porto Alegre e a Comunidade Indígena Kaingang pelos direitos sobre o Parque do Morro do Osso.

7.3 A DISPUTA ENTRE O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE E OS INDÍGENAS KAINGANG PELO MORRO DO OSSO: LENDO DESCONSTRUTIVO-CONSTRUTIVAMENTE O “THRUST-AND-PARRY” DA INDECIDIBILIDADE

Analisaremos agora, à luz do modelo teórico ora proposto, o conflito entre o Município de Porto Alegre e a Comunidade Indígena Kaingang Morro do Osso de Porto Alegre pelos direitos sobre o Parque do Morro do Osso. Para tanto, precisaremos, preliminarmente, realizar uma breve exposição, em ordem cronológica, sobre as principais decisões judiciais proferidas a respeito da matéria¹¹⁹.

¹¹⁹ Conforme anunciado no segundo capítulo deste trabalho, limitaremos, a despeito de o conflito em questão configurar potencialmente um caso típico de “transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos na

Em 2004, a mencionada comunidade ajuizou pleito reivindicatório de propriedade (processo n. 2004.71.00.021504-0/TRF-4) contra o Município de Porto Alegre, a FUNAI e a União. Antes mesmo do julgamento daquela ação, o referido município ajuizou, no ano de 2005, ação possessória (nº 2005.71.00.023683-6/TRF-4) contra a Comunidade Kaingang, feito em que a FUNAI figurou como assistente simples dos indígenas. Ambos os pleitos tramitaram na “Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre” da Justiça Federal, vinculada ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ainda em 2005, o juízo de primeiro grau – com o cuidado de determinar que a prefeitura deslocasse o grupo desalojado para um local com rede de água, luz e escola bilíngue – decidiu liminarmente de modo favorável ao Município de Porto Alegre na ação possessória. Tal posicionamento foi revisto pela 4ª turma do TRF-4 ao julgar, em 2006, agravo de instrumento (2005.04.01.052760-4/RS, Rel. Juiz Federal Convocado Marcio Antonio Rocha) interposto pelo Ministério Público Federal contra o deferimento da liminar. Essa turma confirmou seu entendimento ao julgar, no ano seguinte, outro agravo de instrumento (2006.04.00.000388-0/RS, Rel. Des. Federal Edgard Lippmann Júnior) referente ao mesmo processo e interposto pela própria Comunidade Indígena Kaingang. Naquele mesmo ano, contudo, o juízo de primeiro grau proferiu sentença favorável ao município, decisão que viria a ser confirmada pela mesma turma do TRF-4, em sede de apelação cível (2005.71.00.023683-6/RS, Rel. Des. Federal Edgard Lippmann Jr.; Rel^a. do acórdão Des^a. Federal Marga Inge Barth Tessler), em 2008. Por sua vez, a ação reivindicatória foi julgada favoravelmente ao Município de Porto Alegre pelo mesmo juízo (e juiz) de primeiro grau (o qual considerou as ações como conexas) no ano de 2009. No ano de 2010, o STJ julgou favoravelmente ao Município de Porto Alegre recursos especiais (RESp 1189500-RS) interpostos pela FUNAI e pelo Ministério Público Federal contra a decisão do TRF-4 referente à ação possessória. Em 2015, esse tribunal superior julgou improcedente

América Latina” (NEVES, 2009, p. 206), nosso estudo de caso à relação entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem jurídica local extraestatal Kaingang. Tal opção, congruente com o recorte do objeto eleito por este escrito, se justifica por três razões. A primeira razão é a concordância com Neves (2014, p. 226) quanto ao entendimento de que a integração sistêmica da sociedade mundial e a correlata desterritorialização de controvérsias jurídicas não pode ensejar a busca por um novo patamar inviolável, seja este um “localismo como expressão de uma eticidade definitivamente inviolável”, seja: um “internacionalismo como ultima ratio, conforme uma nova hierarquização absoluta”; “um supranacionalismo como panaceia jurídica”; ou um “transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado”. A segunda razão diz respeito à nossa opção por analisar uma decisão judicial prolatada por tribunal brasileiro, e não de outro país ou internacional (como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os conflitos entre o Estado paraguaio e as comunidades indígenas Yakyé Axa e Sawhoyamaya), dado que a nossa familiaridade com o jogo de linguagem da comunidade jurídica brasileira tende a proporcionar um maior nível de profundidade reflexiva no que concerne à posição de “observador-participante”. A terceira razão é o fato de que o próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tanto em sede de primeiro grau quanto de decisões colegiadas, não expandiu sua riquíssima análise do conflito do Morro do Osso, melhor matéria-prima que identificamos dentre as decisões tribunalícias brasileiras referentes a conflitos entre a ordem jurídica estatal brasileira e uma ordem jurídica local extraestatal, ao âmbito das normas de direito internacional.

recurso especial (1.466.352-RS) interposto pela Comunidade Indígena Kaingang contra a mesma decisão do TRF-4 referente à ação possessória¹²⁰.

Nosso estudo será aqui concentrado na ação possessória, mencionando a ação reivindicatória apenas quando necessário para fins da compreensão contextual do conflito entre os Kaingang e o Município de Porto Alegre.

7.3.1 Uma leitura desconstrutiva das justificações interna e externa da decisão liminar

A causa de pedir apresentada pelo Município de Porto Alegre na ação possessória teve em seu cerne a existência de riscos ambientais à área que compõe o objeto do conflito, mormente devido ao fato de, supostamente, integrar o bioma Mata Atlântica, expressamente protegido pelo art. 225, § 4º, da CF/88¹²¹. Ademais, o município alegou ser legítimo proprietário da área ocupada, onde teria implantado o Parque Natural do Morro do Osso, criado por lei complementar municipal. A premissa maior da justificação interna da decisão liminar teve como base o art. 231, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. O magistrado considerou que o texto constitucional instituiu quatro requisitos cumulativos necessários à caracterização de uma terra como tradicionalmente indígena: habitação da terra pelos índios em caráter permanente; utilização da terra pelos índios em atividades produtivas; imprescindibilidade da terra para a preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios; e necessidade da terra para fins da reprodução física e cultural dos índios. Em tal entendimento, pois, apenas o preenchimento de todos esses requisitos conferiria aos índios, na linguagem do § 2º do mesmo art. 231, a

¹²⁰ O cerne do entendimento do TRF-4 não foi objeto de reavaliação pelo STJ, visto que, conforme afirmado pelo ministro responsável pela respectiva relatoria no julgamento dos recursos da FUNAI e do MPF, “aférir se os índios ocupam tradicionalmente as terras em litígio, ou verificar a verosimilhança das alegações da comunidade kaingang como requerem os recorrentes, a fim de contrariar o afirmado no acórdão recorrido, demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a este Tribunal em vista do óbice da Súmula 7/STJ”. A mesma “ratio” foi apresentada pelo ministro quando do julgamento do recurso interposto pelos Kaingang. De tal maneira, tais decisões não apresentam elementos de maior relevância para este trabalho, motivo pelo qual não as analisaremos.

¹²¹ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 4o A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.”

“posse permanente” das terras ocupadas, bem como “o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

O dispositivo constitucional, contudo, não explicita propriamente o caráter alternativo ou cumulativo dos mencionados requisitos. Devemos notar que a repetição do artigo definido “as” antes de cada um dos requisitos induz a entendimento contrário ao do magistrado, ou seja, à compreensão de que os requisitos em questão seriam alternativos. Ora, a escorreita técnica redacional exigiria, em tese, para a caracterização dos requisitos como cumulativos, a seguinte redação, resultante da retirada dos “as”, os quais aparentam estabelecer justamente uma demarcação entre hipóteses alternativas: “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. Decerto que não estamos aqui a defender uma retomada das técnicas de interpretação gramatical típicas de um positivismo legalista, tendo em vista que a atividade hermenêutica tem o problema como ponto de partida e não pode ser instrumentalizada por métodos em sentido constitutivo. Porém, consideramos que a peculiaridade redacional apontada gera, de pronto, um ônus argumentativo do qual o juiz o deve se desincumbir ao assumir o dispositivo legal como cerne da premissa maior da justificação interna de sua decisão e, em passo subsequente, determinar o sentido normativo de tal premissa em torno da noção de cumulatividade.

Para tentar evitar a configuração de um salto não-razoável (Peczenik), o magistrado meramente recorreu à doutrina de José Afonso da Silva como expediente de justificação externa, sem contudo, apresentar razões, próprias ou do autor citado, que possam sustentar materialmente o caráter correto da qualificação dos requisitos constitucionais como cumulativos. Em outros termos, o juiz utilizou uma premissa pressuposta com base em mero “pedigree’ intelectual” (argumento “ab auctoritate”), em bela ilustração da afirmação waratiana de que “a epistemologia do direito não passa de uma doxa politicamente privilegiada” (WARAT, 1995, p. 195)¹²². Logo em seguida, o magistrado, em aparente

¹²² “[...] esse Juízo deve se preocupar em analisar se a área do Morro do Osso parece ser uma terra tradicionalmente ocupada pelos índios Kaingang que a reivindicam. Para isso, é imprescindível interpretar o art. 231-§ 1º da CF/88, que contém uma definição para as terras indígenas sujeitas à especial proteção constitucional: [...]. O exame do texto constitucional e de doutrina autorizada permite concluir que ‘a base do conceito acha-se no art. 231, § 1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: 1) serem por eles habitadas em caráter permanente; 2) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4) serem necessárias a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não vai se tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou

reconhecimento da relevância do fato de o texto constitucional ter prescrito que a análise dos requisitos seja feita a partir da cultura indígena, e não da europeia ou ocidental, destaca que

Fosse exigida a visão do colonizador branco, do qual somos descendentes, não estaria havendo reconhecimento de uma sociedade multicultural, como preconizam os arts. 215-216 da CF/88. Estar-se-ia privilegiando a perspectiva das concepções de Brasil de apenas um dos grupos formadores da sociedade brasileira, e estar-se-ia permitindo que um dos outros grupos (indígenas) fosse julgado pela perspectiva daquele (europeus).

O juiz, em tom que permeia todo o texto da decisão liminar, com aparente consciência dos deveres de imparcialidade e abertura dialógica gerados pelo fator de estabilização “professional judicial office” (Llewellyn), adota no trecho acima uma linguagem que, “a priori”, soa como cuidadosa e deferente perante o Outro indígena e sua peculiaridade cultural. Contudo, as palavras transcritas se revelam mero pedido de vênias quando, logo em seguida, o magistrado afirma, que “isso não significa que o auto-reconhecimento que se deva assegurar às comunidades indígenas chegue a ponto de permitir que escolham as terras que irão ocupar e aqueles que necessitam, como parece decorrer da leitura que doutrina autorizada faz da norma constitucional”. Indo agora de encontro ao magistério de José Afonso da Silva, o juiz está a afirmar que não basta apenas a cumulatividade dos requisitos, pois também é necessário que esta cumulatividade seja lida à luz de uma compreensão temporal de contínuo entre passado, presente e futuro, a qual corresponderia ao sentido normativo adequado da palavra “tradicionalmente”, que figura no dispositivo constitucional¹²³. Senão, vejamos o seguinte

qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles’ (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 835, grifou-se). Esse Juízo concorda com essas conclusões doutrinárias, sendo necessário que as quatro condições estejam presentes e devendo o exame ser feito a partir da cultura indígena, e não da cultura europeia ou ocidental.”

¹²³ O Supremo Tribunal Federal, à época do proferimento da decisão liminar ora analisada, já havia se debruçado sobre a regulação constitucional das terras tradicionalmente ocupadas por índios. Devemos destacar, a tal respeito, o enunciado sumular nº 650 do STF, segundo o qual “os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. Tal enunciado foi editado em 2003 e teve origem na “ratio decidendi” do RE 219983/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio e julgado em 12 de setembro de 1998. Nesse precedente, o tribunal, preocupado em evitar que se reconhecesse à União o direito de propriedade sobre uma imensa parte do território nacional, decidiu, com fundamento explícito no “princípio da razoabilidade”, que os terrenos que foram habitados por indígenas em tempos remotos não constituem propriedade daquela pessoa jurídica de direito público. Especificamente no voto do então ministro do STF Nelson Jobim, podemos encontrar na decisão do recurso extraordinário um esboço de determinação do conceito de tradicionalidade da ocupação indígena, segundo o qual: os requisitos do §1º do art. 231 da CF/88 são implicitamente qualificados como cumulativos; e a posse deve necessariamente ser atual, dado o fato de o requisito de “tradicionalidade” se referir ao seu modo de exercício, e não a um suposto caráter imemorial (o que, em outras palavras, significa que os indígenas não podem pleitear terras que alegam ter ocupado em tempos remotos caso tal ocupação não se manifeste concretamente na atualidade). Ainda que o cerne da controvérsia decidida pelo STF no mencionado RE não fosse o reconhecimento da posse indígena, mas, sim, da correlata propriedade da União sobre as terras por eles ocupadas, a definição de “posse indígena” assumiu caráter de prejudicialidade em relação à matéria julgada pelo tribunal e, portanto, sua fixação foi essencial para a resolução do caso. De tal maneira, podemos considerar que o entendimento sobre a cumulatividade dos requisitos e a

conclusão sintetizada no enunciado sumular (dado que os Kaingang pleiteiam justamente terras de pretensos aldeamentos extintos ocupadas por eles em passado remoto e apenas recentemente reocupadas) têm pertinência temática com o caso do Parque do Morro do Osso e, inclusive, se coadunam com o entendimento manifestado pelo juiz de primeiro grau. Configuram-se, assim, como lacunosas a decisão liminar ora analisada e a sentença posteriormente proferida, visto não remeterem em momento algum ao enunciado sumular e ao precedente mencionados, o que visualizamos como uma desconsideração da relevância dos fatores de estabilização “an opinion of the court” e “issues limited, sharpened, and phrased in advance”. Registre-se, ainda, que enquanto a decisão em sede de RE e o enunciado sumular mencionados são mais antigos do que as decisões do juízo de primeiro grau e do TRF-4 sobre o conflito em torno do Morro do Osso (proferidas entre 2005 e 2008), outra manifestação relevante do STF sobre as disposições constitucionais referentes às ocupações tradicionais indígenas viria a surgir em 2010, ano do julgamento da Petição 3388 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJE de 1º/07/2010), referente à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Os aspectos desse julgamento que tenham relevância para o presente estudo serão apresentados, nos momentos pertinentes, ao longo de nosso esquadramento das decisões referentes ao conflito entre os Kaingang e o Município de Porto Alegre pelo Parque do Morro do Osso. Contudo, registramos, desde logo, que toda a nossa análise das decisões de primeiro e de segundo grau proferidas pelo TRF-4 no que concerne ao conflito do Parque do Morro do Osso foi desenvolvida anteriormente ao momento em que tivemos ciência dos fundamentos do acórdão do STF referente ao caso da Raposa Serra do Sol, bem como de sua pertinência para o estudo de nosso caso-referência. Entendemos que tal circunstância nos conferiu, ainda que parcialmente, certo distanciamento temporal em relação ao estado da arte sobre a matéria no “romance em cadeia” (Dworkin) do direito brasileiro, motivo pelo qual optamos pela manutenção do texto original mesmo após a leitura do acórdão em questão. Não estamos, contudo, a subscrever aqui uma perspectiva psicologista, nem temos a pretensão de realizar, à la Betti (2007), uma “inversão do processo criativo”, com o propósito de nos colocarmos na situação histórico-hermenêutica do magistrado, tarefa que a hermenêutica filosófica gadameriana mostrou ser impossível. Ora, sabemos que, como Gadamer (2006, p. 512) destaca ao criticar Betti (2007) – por, a despeito de tentar superar o psicologismo de Schleiermacher, ter incorrido em equívoco semelhante ao, em seu modelo de “inversão do processo criativo”, tratar a compreensão como uma reconhecimento e uma reconstrução do significado em que uma mente fala para outra por intermédio das formas representativas contemporaneamente consideradas –, a reconstrução das circunstâncias originais não nos leva ao original, pois o sentido da obra, dada a sua historicidade, não se presentifica reprodutivamente. Em outras palavras, ao contrário do que Betti pensou, não é possível garantir a objetividade da compreensão mediante uma equivocada vinculação entre sentido e subjetividade, dado que a historicidade não nos permite falar em representação no sentido de uma recriação do ato criativo em moldes psicologistas. Assumido tal pressuposto gadameriano, queremos consignar que o exercício ora realizado, em seu contexto de descoberta, não consistiu em uma análise (retrospectiva) das decisões do TRF-4 (incluindo não apenas a decisão liminar e a sentença de primeiro grau, mas também os acórdãos proferidos pelo órgão de segundo grau em sede de agravo de instrumento e apelação cível) à luz do posterior posicionamento do STF, motivo pelo qual, em um esforço (inexoravelmente fracassado) para que o correlato contexto de justificação seja o mais fidedigno possível, as menções ao posicionamento do tribunal supremo serão, via de regra, realizadas em notas de rodapé, o que nos permitirá conservar, em grande medida, a exposição originalmente elaborada – e aqui, em uma elucubração “metalinguística” (?), admitimos que seria possível ao leitor questionar se o autor do presente escrito não está, no contexto de justificação da análise decisória ora realizada, a apresentar uma fundamentação retrospectiva contrária ao seu correlato contexto de descoberta, ponto em que reconhecemos, desconstrutivamente, a existência de (pelo menos) duas leituras possíveis ao intérprete desse texto, quais sejam, acreditar na **sinceridade e na disposição reflexivas** (à la Peczenik e Gadamer) de seu elaborador, de maneira a, em moldes coerentistas, conservar as cadeias de sustentação recíprocas desenvolvidas nesta obra, ou, de modo desconstrutivo, desconfiar de tal sinceridade e, “a fortiori”, compreender o contexto de justificação de toda esta tese, com sua subscrição do modelo de equilíbrio reflexivo de Peczenik e da crítica radical da justiça por-vir derridariana, como uma argumentação frontalmente oposta ao “hunch” criativo que lhe deu origem. Ademais, a assunção da crítica de Gadamer ao psicologismo de Betti implica que, considerando o fato de análises textuais, pelo próprio modo-de-ser da hermenêutica, não serem mais do que formulações de verdade (Pareyson), por um lado, condicionadas pela nossa situação histórico-hermenêutica e pela textualidade sobre a qual nos debruçamos (Gadamer), e, por outro, resultantes de uma violenta determinação do indeterminado que nos é demandada pela indecidibilidade intrínseca à dinâmica iterativa do rastro (Derrida); nossa leitura desconstrutiva dos textos das decisões judiciais sobre a disputa entre os Kaingang e o Município de Porto Alegre pelo Parque do Morro do Osso, a despeito de se utilizar, eventualmente, de expressões que, em sua literalidade, aparentem pretender, tal como no psicologismo de Betti, realizar uma “inversão dos processos criativos” de tais formulações decisórias em nenhum momento se propõe a cumprir essa tarefa impossível, motivo pelo qual eventuais atribuições de “desígnios” aos magistrados devem ser compreendidas como figuras de linguagem. Essa perspectiva, aliás, é compatível com a desconstrução derridariana, como fica claro quando lembramos, com Benhabib (2004, p. 179

excerto da decisão liminar, iniciado justamente com a transcrição da tese de José Afonso da Silva que o magistrado busca confrontar:

"O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições" (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 836, grifou-se). A ocupação tradicional não pode estar condicionada apenas ao auto-reconhecimento e à ocupação futura das terras pelos indígenas. É preciso que exista um vínculo entre passado e futuro, que consista numa relação concreta entre algo efetivamente ocorrido no passado naquela terra em relação à comunidade indígena que a reivindica e a necessidade de ocupação dessa terra como garantia de um futuro para mesma comunidade indígena. Ou seja, é imprescindível que a terra reivindicada tenha uma relação com o passado da comunidade, seja por ali terem sido feitas práticas culturais, seja porque ali tenham habitado em caráter permanente, seja por existirem vestígios de ocupação imemorial, etc. Mas é preciso também que tenha uma relação com o futuro da comunidade, seja porque dela dependem, seja porque nela podem continuar a reproduzir sua forma de vida e suas tradições, etc. Os dois elementos (passado e futuro) são necessários para esse reconhecimento no presente. Do contrário, estar-se-ia dando um salvo-conduto para que qualquer área pudesse ser reivindicada por comunidades indígenas a partir da simples alegação de que aquela área interessaria à sua subsistência física, sobrevivência cultural ou manutenção de vínculos comunitários. Bastaria que uma determinada comunidade indígena escolhesse uma dada área do território nacional e então se auto-atribuísse aquela área. Mesmo sem ter nenhuma relação com aquela área, poderia a Comunidade Indígena Kaingang reivindicar para si o Parque Natural do Morro do Osso porque, por exemplo, se trata de área de Mata Atlântica, capaz de fornecer matéria-prima para seu artesanato e permitir suas práticas religiosas e tradicionais. [...]. A necessidade ou desejo de futuro não são suficientes para assegurar a tradicionalidade de uma terra indígena.

Notemos, pois, que o magistrado se aproveita das lições do mencionado doutrinador em pedaços, recepcionando-as apenas no que se coaduna com um endurecimento dos requisitos para a caracterização do caráter tradicional de terras indígenas. Dessa vez, o refinamento da premissa maior da justificação interna, ao determinar o sentido do termo “tradicionalmente”, apresenta como expediente de justificação externa uma necessidade político-moral de, supostamente, impedir que o auto-reconhecimento indígena permita que eles escolham as terras que irão ocupar, algo que, em moldes luhmannianos, podemos

– tradução nossa), que a atribuição de sentido a uma expressão, conceito ou texto não consiste em uma réplica de um significado originalmente intencionado, mas, sim, em uma iteração. É possível, pois, alegoricamente, falarmos que um jurista, ao interpretar um texto de uma decisão judicial, pratica uma iteração condicionada e contextualizada no jogo de linguagem jurídico, bem como que esse texto decisório é uma criação intencional de um “law-conditioned official” condicionado por sua pré-compreensão; sem, contudo, que estejamos propriamente falando em uma reconstrução do sentido de um momento psicológico do criador do texto decisório. Em outras palavras, reconhecer, em um entrelaçamento hierárquico idôneo a quebrar a dicotomia logocêntrica entre autor e intérprete, que um texto é o produto de um ato (intencional) de vontade contextualizado em uma tradição linguisticamente compartilhada, bem como que, por conseguinte, compreender um texto consiste em uma reconstrução inexoravelmente iterativa deste ato de nenhuma maneira equivale a assumir uma intenção em sentido psicológico como critério hermenêutico a ser concretizado mediante um esforço de “inversão do processo criativo”.

caracterizar, irônica e metalinguisticamente, como a tradição de que a racionalidade “substancial” seja definida a partir dos valores socialmente aceitos, ou seja, tradicionais. Trata-se, pois, de uma heterorreferência indevida a princípios morais vinculados a interesses no ambiente do direito, visto não envolver a devida reconstrução de tais elementos na linguagem de um conceito de interesses interior ao direito, segundo o qual o sistema jurídico precisa distinguir entre interesses juridicamente justificados e injustificados. Configura-se, “in casu”, de tal maneira, um “salto não-razoável”, ou, em outras palavras, uma violação de seu fechamento operacional. Como diria Kantorowicz, a mente (e seus produtos pretensamente racionais, como, “in casu”, a obra de José Afonso da Silva) simula uma dedução (na forma de justificação interna) que não serve à verdade, mas, sim, ao interesse e à vontade: “quando o jurista justifica suas instituições de princípio, ele encontra as regras prescritas pelo sistema jurídico imediatamente justificadas, e no dia seguinte justificará o oposto, caso uma disposição jurídica que não lhe seja familiar seja imposta a ele” (FLAVIUS, 2011, p. 2023 – tradução nossa)

Em seguida, o juiz realiza novo desmembramento da premissa maior ao considerar que o vínculo de tradicionalidade que perpassa o contínuo passado-presente-futuro pode ser, exemplificativamente, representado pela presença de corpos de membros da comunidade indígena na terra que constitui o objeto do conflito. Em transição argumentativa em direção à premissa menor, um elemento tal não teria sido faticamente comprovado em nível histórico, arqueológico, antropológico ou etnológico no caso dos Kaingang, a despeito da alegação da comunidade em tal sentido. Aqui, em manifestação típica de uma livre investigação científica à la Gény, o magistrado afirma ser inviável a realização de uma busca pelo “Adão Brasileiro”, [...] o primeiro a ocupar o território nacional e seus descendentes, que então fariam jus à terra se adotássemos esse regresso ao primeiro ocupante”, pois o propósito do art. 231, § 1º, do CF/88 não seria o de realizar um retorno indefinido ao passado, mas, sim, o de “preservar o que ainda deve ou pode ser preservado”. Trata-se, pois, de uma articulação das investigações de “disciplinas auxiliares” sob a égide dos conceitos jurídicos – expediente largamente utilizado em diversos momentos da fundamentação do magistrado – em um esforço de “re-entry” na linguagem do direito (transformação, diria Peczenik) como um sistema funcionalmente diferenciado.

Contudo, como vimos anteriormente, o revestimento dos dados pelo construído (Gény), como conjectura Joana Aguiar e Silva, envolve uma escolha do intérprete, mormente na forma de um juízo de equidade que tempera as deduções lógicas e está “longe de ter uma certeza e uma autoridade que se imponham a todos”. Em outras palavras, afirmar que o

legislador (no caso, a Assembleia Constituinte) “não poderia ter querido negar as ‘necessidades práticas da vida’ ou a ‘equidade evidente’”, como propunha Gény, não afasta, mas, sim, reconfirma o caráter constitutivamente violento da decisão sobre tal propósito, tendo em vista a aporia intrínseca à hierarquia entrelaçada que, subvertendo a relação entre metalinguagem e linguagem-objeto, existe entre a elaboração de textos vinculantes pelo Legislativo e a determinação de seus sentidos pelo Judiciário. Ora, a menção ao propósito do texto constitucional, como uso de uma “known doctrinal technique” para fins de justificação externa, qualifica a consequência jurídica postulada pela comunidade Kaingang como não podendo ter sido querida pelo Poder Constituinte, o que, em conjunto com o uso da alegoria do “Adão brasileiro”, torna tal argumento próximo da caracterização do “ad absurdum” (outra “known doctrinal technique”) feita por Kantorowicz, autor que denunciou tal figura como uma das técnicas de camuflagem do direcionamento da decisão pela vontade, a qual, em verdade, é meramente seguida pela mente de maneira retrospectiva. Para o professor de origem polonesa, quem argumenta “ad absurdum” parte da premissa de que o legislador quis exatamente o que ele também quer, o que, por conseguinte, significa que a consequência postulada pelo adversário não poderia ter sido querida pelo Legislativo justamente devido ao fato de ir de encontro à consequência desejada por aquele que argumenta. Os dados, pois, são utilizados como referência da justificação “a posteriori” do “hunch” gerador da decisão, compreendida esta, em tom similar ao do realismo estadunidense, como “o resultado de seus resultados” (Radbruch/Kantorowicz/Esser). Podemos, desconstrutivamente, ilustrar tal afirmação exemplificativamente a partir do seguinte excerto da decisão liminar:

Toda a história do uso da terra sempre envolveu conflito entre povos, fazendo isso parte do destino das pessoas e das civilizações [...]. [...] A norma constitucional busca a reparação possível de erros do passado, mas não quer vingança nem recompensa. Quer apenas garantir a reprodução da cultura, preservar a biodiversidade humana, seus valores, suas tradições, suas crenças, a memória de todos os grupos formadores da sociedade brasileira atual.

A violenta atribuição de um determinado sentido normativo ao art. 231, § 1º, da CF/88 continua quando o magistrado afirma que a eventual descoberta de um sítio arqueológico não poderia fundamentar, por si só, a desapropriação de uma terra e a colocação nesta de descendentes de seus anteriores habitantes, pois “não é isso que a norma constitucional quer. Ela busca a harmonia, a preservação, o diálogo entre o acontecido no passado e seus reflexos no presente, buscando a construção de um futuro. É preciso que exista um reflexo atual do passado no presente para que se busque aquela terra como futuro”. Para embasar tal posição, o magistrado utiliza-se de manifestação em sentido semelhante proferida pelo procurador da República Marcelo Beckhausen, em uma das reuniões promovidas por esta instituição para

tentar solucionar o conflito em análise. O referido membro do Ministério Público, em trecho destacado pelo juiz, considera que o Morro do Osso “é uma área de proteção ambiental, e não há estudo ou laudo antropológico que comprove a presença indígena ancestral. Também afirmou que a existência de sítio arqueológico não é suficiente para garantir a posse pela referida comunidade indígena, considerando que o ordenamento jurídico não prevê tal possibilidade”. O magistrado faz questão de ressaltar que tal procurador da república faz um trabalho “respeitado por todos aqueles que militam com grupos indígenas e minorias étnicas”, o que significa, de uma só vez: se utilizar – como já feito antes, exemplificativamente, com as palavras de José Afonso da Silva – do “pedigree” do autor da posição a que se remete, em vez de se ater à qualidade argumentativa do respectivo entendimento; e insinuar, sem acusação explícita, que o próprio Ministério Público incorre em contradição ao, por um lado, admitir que mesmo a descoberta de um sítio arqueológico não seria suficiente para caracterizar a tradicionalidade e, por outro, pleitear o reconhecimento de tal característica ao Morro do Osso sem qualquer tipo de indício significativo comprovado pelas ciências desenvolvidas no Ocidente. Ademais, ao remeter à falta de previsão legislativa, o magistrado escamoteia a possibilidade de que uma descoberta arqueológica desse tipo fosse utilizada como prova fática da tradicionalidade exigida pelo art. 231, § 2º, da CF/88, o que permitiria justamente a afirmação oposta, ou seja, a de que existe previsão legislativa, de caráter constitucional, para a hipótese.

Aqui, podemos retomar a abordagem de Luhmann sobre a argumentação, na qual o autor considera que as razões ocultam sua redundância ao se utilizarem de distinções em referência ao lado a que atribuem sentido, mas não ao lado ao qual não atribuem, o que, em outras palavras, revela a violência constitutiva de toda determinação decisória. Afinal, algo que não foi significado – seja o art. 231 da CF/88, no argumento sobre a inexistência de previsão legal, seja a acusação implícita de incoerência ao Ministério Público, alcançada apenas quando a afirmação sobre a posição de Beckhausen é desconstrutivamente compreendida em conjunto com outros trechos do texto da decisão liminar – não pode ser utilizado, o que, caso se assumam a redundância como elemento oculto que serve de critério a uma crítica desconstrutiva da argumentação jurídica, permite que notemos o caráter excludente das razões decisórias do magistrado e de suas respectivas distinções a respeito da relevância de suposta descoberta de sítios arqueológicos. Em outros termos, assim como os opostos polares de Morris Cohen ou o conflito entre forças opostas em Heráclito, a definição de algo pressupõe a definição de seu oposto – ou, nas palavras de Luhmann (2014, p. 265 – tradução nossa), “pode-se também estabelecer uma definição do outro lado da distinção para

distinguir a própria distinção como um instrumento de observação que está especificado em ambos os seus lados. Porém, isto conduz apenas à definição da distinção e oculta o outro lado da distinção, que é necessário para esta definição”. Há, pois, sempre algo a ser conhecido, pois a definição do que se conhece invariavelmente oculta sua outra face.

O magistrado registra, fundado nas posições de Pedro Schmitz e Ítala Becker, a precariedade dos conhecimentos arqueológicos sobre o Município de Porto Alegre e a história dos índios Kaingang. O juiz apresenta, inclusive, uma lista de estudos recentes sobre os Kaingang, os quais, ainda assim, não foram capazes de apresentar dados históricos, arqueológicos, antropológicos ou etnológicos concretos sobre eventual presença tradicional de tais indígenas, ou mesmo de membros da tradição Taquara, à qual pertencem, nos arredores de Porto Alegre. O caráter vago dos indícios da presença tradicional de Kaingangs na região é exemplificado, segundo o magistrado, pelo relatório antropológico complementar do NIT-UFGRS, bem como por nota técnica de seu coordenador, o professor Sérgio Baptista da Silva, a respeito da memória oral guarani sobre uma aldeia Kaingang. O NIT, mediante investigação de memória oral, obteve a informação de que um índio Kaingang teria residido sozinho, durante quase uma década, entre 1960 e 1970, no Morro do Osso. O fato de o indígena ter cuidado do Morro do Osso durante todo esse tempo enquanto sua família continuava morando no interior do Estado seria um indício significativo de que o estabelecimento do Kaingang naquele espaço tinha motivos religiosos. Por sua vez, Sérgio Baptista da Silva revela ter obtido depoimento de um antigo morador do bairro limítrofe ao Parque, o qual teria convivido intensamente durante aquele quase dez anos com o indígena proveniente de Cruz Alta, que, por sua vez, fazia referências constantes a uma aldeia de seus parentes que teria existido no Morro do Osso. O antropólogo informa também que, após investigação sobre a “memória social dos atuais Mbyá-Guarani das várias tekoá do Rio Grande do Sul e Santa Catarina”, obteve informações consistentes de que os Guarani e os Kaingang teriam convivido na região do Morro do Osso e de que a referida aldeia teria realmente existido, provavelmente no período compreendido entre o final do século XIX e o início do século XX. Contudo, segundo o magistrado, tais elementos não são suficientemente contundentes e objetivos para que sirvam de maneira conclusiva à confirmação da existência de pontos de fronteira e contato entre os kaingangs e os guaranis na região de Porto Alegre, ocupada por estes últimos em tempos remotos, nem, conseqüentemente, para a caracterização de habitação tradicional por parte dos kaingang no Morro do Osso.

Ainda que ressaltando – mais uma vez, manifestando, aparentemente, a prudência esperada devido ao “steadyng factor” “professional judicial office” – “a possibilidade de

incorrência em erros por “má-interpretação da ciência e dos conhecimentos técnicos por esse Juízo, que não é antropólogo, não é sociólogo, não é arqueólogo, não é historiador”; o magistrado destaca o fato de a FUNAI ter juntado aos autos relatório preliminar que, embora não tenha alcançado uma resposta conclusiva sobre a ocorrência ou não de ocupação tradicional pelos Kaingang no Morro do Osso, não encontrou indícios que permitam a configuração de tal conjectura como provável¹²⁴. Por tais razões, o magistrado admite que “ainda não tem certeza sobre a alegada tradicionalidade da ocupação indígena Kaingang no Morro do Osso. Talvez existam estudos científicos que ainda não vieram aos autos e aos quais esse Juízo não teve acesso pela limitação de seu conhecimento. Talvez novos estudos venham a ser feitos para lançar novas luzes sobre a questão. Talvez os modelos em que esse Juízo se baseia estejam superados por novos estudos e nova produção acadêmica”. Ainda assim, segundo o magistrado, ao reconhecer o que, em termos sistêmicos, chamaríamos, de compêlimento à decisão,

o Poder Judiciário não pode se eximir de decidir as questões urgentes trazidas aos autos pelas partes. [...]. Ao contrário dos pesquisadores e estudiosos, que podem postergar a conclusão e realizar mais estudos, o Judiciário precisa decidir (mesmo que provisoriamente) no instante em que os conflitos estão postos, mesmo correndo o risco da História depois provar seu erro. Talvez daqui a alguns anos ou décadas, novos arqueólogos ou antropólogos lancem novas luzes sobre a ocupação humana no Morro do Osso, concluindo de forma diferente daquela que esse Juízo hoje concluiu nessa liminar. Embora isso então prove que esse Juízo estava errado a respeito dos fatos da causa, não significa que a decisão tenha sido equivocada porque a presente liminar não pode se deter diante das múltiplas possibilidades do futuro ou da incerteza do conhecimento sobre o passado, precisa prover para o presente. Precisa equacionar o momento presente, onde um conflito social e um drama humano de graves proporções está instaurado a partir da ocupação indígena no Morro do Osso, com enfrentamentos entre ambientalistas, comunidade local,

¹²⁴ A respeito das conclusões do relatório, vejamos o seguinte excerto da decisão: “Retornando à informação preliminar da FUNAI, percebe-se que houve um esforço da servidora em comparecer ao local e manter contato com as lideranças da Comunidade, procurando a origem do seu interesse pelo Morro do Osso, o que ficou documentado nas entrevistas que realizou, onde inclusive entrevistou o líder político da Comunidade Indígena que se instalou no Morro do Osso, dando conta de como chegou à conclusão de que o Morro do Osso seria terra indígena. [...]. Sobre essas entrevistas, a informação da FUNAI concluiu: *‘Não considero possível estabelecer coerência interna entre vários elementos históricos de cada fala. Mais difícil ainda é estabelecer coerência entre os diferentes relatos, naquilo em que eles se referem a um histórico de ocupação Kaingang no Morro do Osso. As afirmações relativas à pretérita presença Kaingang no Morro do Osso são genéricas e vagas, bem como sobre a presença Kaingang em Porto Alegre de modo geral. A ênfase das respostas e narrativas recai na citação a parentes ascendentes em diversos graus. Aliado a isso, não nos foram apontados locais de uso e moradia antigos (não foi possível identificar tais locais sem indicações dos índios). [...]. Visitei ainda um local a respeito do qual o Cacique Jaime sugeriu que teria uso para algum tipo de reunião ou encontro de antigos ocupantes indígenas do Morro do Osso. A visita a este ponto não me permitiu descartar ou acolher a hipótese sugerida pelo Cacique Jaime. [...] é provável que o tratamento mais adequado à questão passe por entender que o Morro do Osso se constitui muito mais numa possibilidade de revigoração do xamanismo entre os Kaingang que se viram obrigados a residir em Porto Alegre, do que na retomada de possíveis locais de antigos acampamentos (dados sobre a localização de tais acampamentos não foram encontrados e não podem ser deduzidos das falas dos Kaingangs). Trata-se, portanto, de um projeto de futuro e não da recuperação de um fato passado.’”*

agentes públicos municipais e comunidade indígena que ali se instalou há mais de um ano.

Diante do exposto, o membro do Judiciário considerou necessário o proferimento de decisão liminar, cuja fundamentação revelou o cuidado de enfrentar os argumentos apresentados pelo Ministério Público contra o pedido liminar de reintegração de posse e rejeitados pelo respectivo juízo – o que expressa um respeito, pelo juiz, ao fator de estabilização “adversary argument by counsel” (Llewellyn), segundo o qual a troca de argumentos entre as partes, ao destacar alternativas decisórias, deve ser devidamente considerada pelo julgador na fixação dos materiais autorizados relevantes para a decisão do problema em questão, o que, em outras palavras, expressa a noção de vinculação do magistrado às fontes do direito (em maior ou menor grau, dependendo de seu caráter de “must-sources”, “should-sources” ou “may-sources”). Ponto central da tese ministerial foi o questionamento, com os seguintes argumentos, da idoneidade do relatório preliminar elaborado pela FUNAI: a falta de respaldo jurídico para o documento, pois não está previsto na regulamentação da FUNAI; o fato de o relatório não ter sido devidamente baseado em elementos etnográficos e arqueológicos; o caráter precário da investigação, a qual não foi realizada por um grupo técnico e multidisciplinar e foi desenvolvida em viagem de poucos dias a Porto Alegre; e a existência de desvio de finalidade do ato administrativo, visto que este teria sido praticado pela FUNAI com o objeto exclusivo de atender às demandas governamentais e desatender à autodeterminação dos povos indígenas. Por tais razões, o Ministério Público alegou ser necessária a realização de um estudo demarcatório pela FUNAI para fins de verificação do caráter do Morro do Osso de terra tradicionalmente ocupada pelos índios, em conformidade com um dos pedidos da ação reivindicatória proposta pelos Kaingang, tendo em vista o fato de a FUNAI, com sustentação na falta de indícios favoráveis à pretensão da comunidade indígena no relatório preliminar, ter se negado extrajudicialmente a realizar tal estudo. Nas palavras do membro do Ministério Público, em típica retórica propulsora de vãos de sentido do significante “direitos humanos” (aqui, aparecendo na forma de “direito fundamental”, devido à menção à Constituição de um Estado específico) como receptáculo de interesses postulados com base em um discurso multiculturalista,

não se pode de modo algum se determinar a retirada da Comunidade Indígena Kaingang do local sem antes ter-se segurança jurídica para tanto. E se realmente o Morro do Osso constitui terra indígena de acordo com os ditames constitucionais? Em se verificando posteriormente que para tal questionamento a resposta é afirmativa, ao proceder-se ao despejo dos integrantes da Comunidade Indígena no local, no presente momento, estar-se-ia cometendo uma **atrocidade** sem proporções, tolhendo-se um direito fundamental. Ao despejá-los sem um mínimo de prova contrária aos seus anseios, sem ao menos verificar se a permanência àquela terra

teria respaldo em ocupação tradicional, estaria se negando vigência ao texto constitucional.

O magistrado, em postura um tanto defensiva, considerou não existirem indícios de que o relatório preliminar estivesse eivado de desvio de finalidade, com o argumento de que

se for assim, a presente decisão liminar também terá cometido os mesmos equívocos do documento da FUNAI, também estando comprometida com o atendimento de demandas governamentais e desrespeitando o direito das comunidades indígenas porque defere liminar contra a Comunidade Indígena. Não há dúvida que a informação da FUNAI é desfavorável à permanência da Comunidade Indígena no Morro do Osso, mas isso não significa que só por isso esteja comprometida com interesses diferentes daqueles que devem nortear a atuação da FUNAI na defesa das comunidades indígenas.

Ao contrário do caráter atroz vislumbrado pelo Ministério Público em eventual ato que determinasse a retirada dos índios do parque, o magistrado considerou que temerário seria manter os índios no terreno objeto de disputa enquanto não houvesse decisão oriunda de cognição exauriente, bem como julgamento da ação reivindicatória manejada pela comunidade Kaingang. Demonstrando boa noção a respeito do condicionamento pré-compreensivo a que, devido à pré-determinação das hipóteses decisórias (fator de estabilização “issues limited, sharpened, and phrased in advance”) pela experiência pessoal e jurídico-profissional do “law-conditioned official”, está submetida qualquer decisão judicial em seu contexto de descoberta, bem como do entrelaçamento entre este e o contexto de justificação, o magistrado reconhece que “[...] é preciso **fundamentar adequadamente a decisão, explicitando todos os elementos** de que se valeu esse Juízo para a decisão. [...] consiste na fundamentação honesta da decisão, permitindo que a parte vencida saiba o que motivou a decisão do Juiz e, principalmente, possa controlar eventuais **equívocos, preconceitos ou distorções que a visão de mundo do Juiz e as limitações de seu conhecimento** tenham causado à parte vencida”. Assumida tal premissa, considerou ter realizado os devidos esforços (mais uma vez, em aparente autocompreensão de seu papel nos moldes do “professional judicial office”) para fundamentar adequadamente a sua decisão, o que obstaria a possibilidade de que seu posicionamento fosse considerado, em suas palavras, “irresponsável” ou “uma atrocidade contra a Comunidade Indígena”. Contudo, se o juiz andou bem ao ressaltar a necessidade de revisar vigilantemente os seus pré-conceitos, não teve o mesmo “fair play” quando, em outro trecho da decisão liminar, reagiu de forma irônica (trecho em negrito) – o que soa como uma quebra da imparcialidade e da abertura dialógicas impostos pelo fator de estabilização “professional judicial office” – ao posicionamento do NIT-UFRGS, que proferiu nos autos um discurso radical, despreocupado com limites

sistêmicos, em busca de uma justiça por-*vir* orientada a realizar vãos de sentido quanto ao significante vazio “direitos humanos” (ou, diria Douzinas, “direitos antrópicos por-*vir*”, os quais expressariam e promoveriam singularidades e diferenças, e não uniformidades identitárias dominantes). Desconstrutivamente, podemos visualizar uma contradição performativa a tal respeito no excerto abaixo, mormente no trecho em destaque¹²⁵, em que o magistrado defende estratégica, parcial e irreflexivamente – “como é dito” – a imparcialidade e a reflexividade – “o que é dito”:

erros [...] podem provir de preconceitos inconscientes desse Juiz, como aponta o documento do NIT-UFRGS: *"a disputa em torno do Morro do Osso se configura como mais um exemplo de construção ideológica pretensamente ambientalista, mas que tem por motivação o preconceito étnico e o interesse privado sobre espaços de ocupação tradicional indígena, que vêm sendo gradativamente transformados em área urbana"* [...]. Esse Juiz não tem interesse privado sobre a área em questão, mas é possível que sua visão de mundo esteja **inconscientemente contaminada por algum desses preconceitos apontados, ou talvez pelo preconceito de acreditar que o Judiciário deve ser imparcial, deve se manter equidistante das partes, e deve decidir os fatos segundo o direito aplicável, sem que sobre muito espaço para legislar segundo a vontade do julgador.** [...]. não cabe a esse Juízo resolver a questão indígena nem assegurar espaços para que possam se reproduzir física e culturalmente. Isso é tarefa dos demais Poderes da República e da sociedade, a quem compete decidir sobre políticas públicas e sobre a destinação de áreas e alocação de recursos públicos. O que cabe a esse Juízo é tão-somente decidir a controvérsia que é trazida, e para isso só pode se valer da lei e da Constituição. Não cabe a esse Juízo decidir se é ou não conveniente manter o Morro do Osso como Parque Natural ou se ele seria melhor utilizado como Terra Indígena. Essas são opções políticas que fogem do âmbito de atuação desse Juízo, que tem os arts. 5º-XXII e 231 da CF/88 como limites às suas decisões. Os documentos produzidos pelo NIT-UFRGS parecem evidenciar a intenção de resolver o problema indígena e de lhes atribuir os

¹²⁵ A ideia de “contradição performativa” tem origem no pensamento de Karl-Otto Apel (1987). Vejamos a explicação de Steinhoff (2009, p. 109; 133 – tradução nossa) sobre o conceito: “Uma ‘contradição performativa’ [...] é definida por Apel como uma contradição entre o conteúdo proposicional de um ato de fala e os pressupostos argumentativos assumidos na execução deste ato de fala. [...]. Para Apel, [...] uma autocontradição performativa não é nada mais do que uma contradição entre uma proposição afirmada e um pressuposto implicitamente reconhecido nesta asserção”. Nas palavras de Luiz Repa (*in* NOBRE, p. 295-6), “o termo performativo se refere aqui aos pressupostos comunicativos (ou pragmáticos) necessários de todo ato de fala. Todo ato de fala se constitui de dois componentes básicos. Um é o conteúdo proposicional [...], que nas teorias dos atos de fala é chamado de componente locucionário. O segundo elemento, que contém o sentido comunicativo ou performativo do ato de fala, é chamado ilocucionário. Fazem parte dele todas as pretensões de validade associadas ao componente locucionário e todas as condições necessárias para que essas pretensões possam ser erguidas e cumpridas. Se o conteúdo proposicional contém ‘o que é dito’, o componente ilocucionário se refere ao ‘como é dito’ ou ‘o que é feito com o que é dito’, ou seja, ao sentido comunicativo do ato de fala, às relações interpessoais que se constituem pelo reconhecimento das pretensões de validade erguidas com o ato de fala. A contradição performativa pode ser descrita, então, como uma contradição entre o que é dito e o como é dito. [...]. Na contradição performativa, portanto, há uma contradição entre a proposição e os pressupostos pragmáticos do ato de fala que incorpora a proposição. No entanto, esses pressupostos podem ser explicitados na forma de proposições, de modo que resulta uma contradição lógica [...]. Ou seja, se diz ao mesmo tempo e do mesmo ponto de vista A e não-A”. Vejamos, ainda, as palavras de Habermas (1989, p. 102) sobre o conceito: “Apel renova o modo de fundamentação transcendental com os meios fornecidos pela pragmática lingüística. Ao fazer isto, utiliza o conceito da contradição performativa, que surge quando um ato de fala constativo “Cp” se baseia em pressuposições não-contingentes cujo conteúdo proposicional contradiz o enunciado asserido “p” (...). Para o enunciado (1) Eu não existo (aqui e agora), o falante ergue uma pretensão de verdade; ao mesmo tempo, ao proferi-la, ele faz uma inevitável pressuposição de existência cujo conteúdo proposicional pode ser expresso pelo enunciado: (2) Eu existo (aqui e agora).”

espaços que necessitam para reprodução de sua cultura. Mas isso não é o que pode fazer esse Juízo nos autos. Cabe a esse Juízo decidir se o art. 231 da CF/88 alcança ou não o atual Parque Natural do Morro do Osso, mas não cabe aumentar ou restringir o alcance da norma constitucional. Não pode pensar apenas no presente ou apenas no futuro, deve buscar elementos também no passado. [...]. As manifestações do NIT-UFRGS são inquestionáveis quanto às metodologias que emprega, sendo de destacar a excelência do conhecimento científico que a Universidade Pública está apta a produzir e vem produzindo [...]. Talvez ainda venha a ser realizado algum estudo profundo sobre a ocupação indígena no Morro do Osso, com a qualidade das dissertações e teses que são anualmente produzidas no e pelos pesquisadores do NIT-UFRGS. Mas não parece que existam ainda esses elementos concretos e objetivos que justifiquem a permanência da Comunidade Indígena no Morro do Osso, frente ao art. 231 da CF/88 e ao que mais esse Juízo indicou nessa decisão. Por exemplo, o relatório antropológico complementar de fls. 181-197 parece ir além do art. 231 da CF/88 porque não se preocupa com o passado, não demonstra o vínculo que existiu entre os Kaingangs e o Morro do Osso. Explora apenas o vínculo recente, justifica porque o Morro do Osso seria um espaço apropriado para os Kaingangs, com boas condições de permitir sua sobrevivência física e reprodução cultural. Entretanto, não se trata aqui de decidir quais são as melhores terras para os indígenas. Cabe decidir apenas se aquela terra reivindicada se enquadra na opção política feita pelo constituinte do art. 231 da CF/88. [...]. O documento do NIT-UFRGS vê os fatos apenas da perspectiva da comunidade indígena, sendo possível que a pesquisa universitária tenha essa liberdade de parcialidade em relação às questões concretas e à autonomia universitária. Mas não é possível que esse Juízo veja a questão apenas a partir de um dos ângulos, deixando de apreciar os demais aspectos envolvidos.

A despeito de o objeto privilegiado de nossa análise ser a decisão liminar, é pertinente anteciparmos aqui que, na oportunidade de proferimento da sentença proferida na mesma ação possessória (analisada detidamente em tópico posterior), o magistrado viria a se insurgir novamente contra a retórica expansiva dos direitos humanos. O juiz refere-se, na sentença, a suposto discurso de vitimização dos indígenas consubstanciado na alegação ministerial de que o juízo teria desconsiderado a memória oral da Comunidade Indígena, o que perpetuaria o controle violento e totalitário desta memória, em analogia com uma postura nazista. Nas palavras do magistrado, a despeito de ser verdade que os “vencedores” e “dominantes” muitas vezes silenciam os “vencidos e dominados”, “de nada adianta falar de regimes totalitários, de nazismo e holocausto, de culpas do passado, de apartheid, de genocídio, se não são trazidos elementos concretos que permitam concluir” a respeito da existência de ocupação tradicional da comunidade indígena na região, mas, apenas, “um argumento retórico, que recorre a categorias politicamente corretas de desprotegido, excluído e perseguido para reconhecer direitos que não decorrem do art. 231 da CF/88”. Podemos, aliás, considerar tais afirmações do magistrado compatíveis com as críticas de Teubner às estratégias de politização do direito formal (proposta, exemplificativamente, cada um à sua maneira, por Jhering, Heck, Pound e o Kantorowicz do manifesto, autores que pretenderam aumentar a responsividade do direito à política às custas da consistência do sistema jurídico e, no caso dos dois primeiros, também às expensas de sua responsividade aos demais sistemas sociais) e de sua cientificização social,

visto que, “in casu”, a autoridade que o Ministério Público atribui aos estudos do NIT-UFRGS nos parece configurar uma combinação entre ambos os equívocos ao, para utilizarmos as palavras do autor alemão, pretender substituir argumentos jurídicos “artificiais” pelo recurso a “conhecimentos teóricos, experiências empíricas e recomendações políticas das ciências sociais” (TEUBNER, 2005, p. 100). Nesse particular, podemos, inclusive, visualizar uma contradição performativa no texto do documento do NIT-UFRGS, que, ao denunciar uma suposta “construção ideológica pretensamente ambientalista, mas que tem por motivação o preconceito étnico e o interesse privado sobre espaços de ocupação tradicional indígena”, exara justamente, no bojo de seu discurso científico, qualificado pelo magistrado como “parcial” – ponto em que, desconstrutivamente, conjecturamos que o tom de atribuição de relevância às construções científicas dos antropólogos que permeia a maior parte do texto decisório parece configurar, assim como na aparente deferência aos indígenas, mero “pedido de vênias” – , o tipo de recomendação político-ideológica criticado por Teubner, de maneira a configurar um entrelaçamento entre um discurso de cientificização social do direito e um discurso favorável à sua politização. Tal cenário pode, inclusive, ser reconduzido à afirmação de Neves (2009, p. 49) – exemplificada pelo autor com base no fenômeno da “politização da justiça” – segundo a qual um acoplamento estrutural só implica a configuração de uma racionalidade transversal entre os sistemas acoplados quando não há uma tendência de corrupção de um deles pelo outro (alopoiese). Não é à toa, pois, que, desconstrutivamente, consideramos que o magistrado busca implicitamente desconstruir a narrativa de fragilidade da comunidade Kaingang ao destacar que esta

tem a felicidade de contar com um dos mais habilidosos advogados gaúchos, que já integrou a magistratura, que já integrou o Poder Executivo e que, como poucos, conhece a política e os caminhos do devido processo. Também se percebe, pela leitura das atas de reunião havidas no Ministério Público Federal [...], que a Comunidade Indígena é apoiada por diversas instituições da sociedade civil, dentre as quais se destaca o reconhecido Núcleo de Antropologia das Sociedades Indígenas e Tradicionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (NIT-UFRGS), que encaminhou diversas manifestações a respeito da ocupação indígena no Morro do Osso [...], mostrando um louvável comprometimento com a defesa da causa indígena, assim expressado em suas próprias palavras: [...]. Há também o trabalho incansável do Ministério Público Federal, através do Ofício das Comunidades Indígenas e Minorias Étnicas, manifestando-se de forma fundamentada e efetiva nos autos. Tudo isso leva esse Juízo a concluir que a Comunidade Indígena e o Cacique Jaime não estão sós na sua luta, ao seu lado estando o conhecimento antropológico proporcionado pelo NIT-UFRGS, a habilidade do advogado que os representa e a operosidade do Ministério Público Federal. Isso deixa esse Juiz tranquilo [...] porque seus erros certamente serão apontados pelos prejudicados pela decisão e serão corrigidos pelo duplo grau de jurisdição no TRF4ªR.

Podemos depreender da decisão liminar e pretensamente imparcial do magistrado que a caracterização do “periculum in mora” se deu com base na existência de risco de

ocorrências de danos ao meio ambiente e à integridade física da própria comunidade indígena. Ora, segundo o juiz, havia, à época do proferimento da decisão liminar, uma “situação de perigo na ocupação, que pode resultar em enfrentamentos entre a comunidade indígena e os moradores do entorno da área ocupada”, bem como a possibilidade de que a ocupação humana na área do Parque Natural do Morro do Osso gerasse danos ambientais. A respeito deste último aspecto, o magistrado, utilizando-se predominantemente de expedientes da argumentação empírica para fins de justificação externa, afirmou que “ali a natureza luta para sobreviver, preservar-se e adaptar-se à cidade, tal qual a Comunidade Indígena que ocupa a área, sendo um ponto estratégico de fronteira entre cidade e natureza”, relevante do ponto de vista ambiental, histórico e cultural (ponto em que evoca, implicitamente, mais uma vez, à la Gény, dados naturais, históricos e ideais para fins de tentativa de caracterização de seu salto argumentativo como “razoável”). A fragilidade do parque exigiria uma proteção ambiental significativa, de maneira a preservar os ecossistemas lá estabelecidos e a manutenção da qualidade de vida em Porto Alegre, o que ficaria ainda mais claro, exemplificativamente, pela “existência de estudos que demonstraram um forte impacto na manutenção de trilhas sobre a vegetação do Parque”. Para que a necessária proteção fosse efetiva, portanto, o magistrado considerou ser essencial a retirada imediata dos indígenas não apenas do interior do parque, mas também do seu entorno, pois qualquer ocupação em tais espaços precisaria seguir “o plano de manejo existente” e ser assistida pelos órgãos competentes (assistência tal que não seria conferida anteriormente à autorização ou ao reconhecimento da ocupação). Residiria aí, justamente, o “*fumus boni iuris*” “em favor do Município, pela manutenção do Morro do Osso como unidade de conservação ambiental municipal, submetida a ocupação da área e do entorno ao respectivo plano de manejo”. Nesse ponto, o magistrado remeteu ainda à Lei 9.605/98 (material autorizado componente da “legal doctrine”), que trata dos crimes contra o meio ambiente, a qual “alcança as condutas praticadas no interior daquela unidade de conservação municipal, não importando se os infratores são ou não integrantes de grupos indígenas”, mencionando também a manifestação de ambientalistas nos autos, a qual serviria como “alerta para que a Comunidade Indígena evite certas práticas no interior do Parque que poderiam acabar resultando em mais problemas com as autoridades responsáveis, inclusive no âmbito criminal”. Outro argumento utilizado pelo magistrado para qualificar a “fumaça do bom direito” quanto à pretensão reintegratória do Município de Porto Alegre foi o seguinte: justamente pelo fato de ser de atribuição exclusiva da FUNAI a realização do estudo demarcatório, os índios não poderiam ter ocupado o terreno anteriormente ao prévio reconhecimento de seu caráter tradicional pela mencionada fundação, mormente devido à

inexistência de indícios significativos a tal respeito – inclusive no próprio relatório preliminar elaborado pela FUNAI. Em outras palavras, segundo o juiz, a comunidade indígena não teria “o poder de se auto-atribuir as terras que lhe interessam”, pois, diferentemente do que pretenderia o NIT, em seu relatório antropológico complementar, os direitos fundamentais não podem ser reconhecidos

apenas em relação a uma categoria de pessoas, mesmo que essas sejam merecedoras de especial proteção do Estado. Todos têm direito a igual proteção do Poder Judiciário. Esse Juízo diuturnamente sempre tem procurado isso: reconhecer a todos os seus direitos. Olhar os fatos de todas as perspectivas que consegue, procurar a imparcialidade e a isenção, reconhecendo sempre que há uma ordem jurídica, legitimada por todos e necessária para todos nós. Não pode esse Juízo proteger esse ou aquele grupo apenas porque acredite que eles mereçam uma proteção especial. Todos têm direito a uma igual proteção. Isso não é negar vigência a direitos humanos ou desconsiderar a dignidade que cada ser vivo é portador. [...]. Prevalecendo o entendimento posto no documento, qualquer área poderia ser reivindicada pelos indígenas, a partir do que entendessem apropriado ou necessário para satisfação de suas expectativas e demandas culturais. Processos psicológicos e culturais estariam criando direitos. Poderiam mais do que a própria Constituição, tendo direito a se sobrepor a outros interesses — também constitucionalmente relevantes — do restante da sociedade. Esse Juízo entende que é preciso que exista algo de concreto no mundo que justifique o vínculo dos indígenas com a terra que reivindicam. Esse algo concreto não pode estar baseado apenas na crença da utilidade ou no desejo de se apropriar daquele espaço. Os outros brasileiros também têm direitos, e esse Juízo deve se preocupar em decidir não apenas para atender aos interesses da comunidade indígena, mas também do restante da sociedade brasileira, em especial da comunidade porto-alegrense.

O magistrado, ao denegar aos índios o poder de auto-atribuição da propriedade do parque do Morro do Osso, assume a ordem constitucional como suprema, visto considerar que os indígenas precisariam esperar a realização dos trâmites burocráticos do direito estatal brasileiro para que pudessem obter o reconhecimento de um direito que, para a ordem local dos Kaingang, já é “titularizado e provado”. Não é outro o entendimento a que podemos chegar com base no seguinte excerto da decisão liminar:

Não duvido nem questiono as crenças da Comunidade Indígena. Nossa mentalidade urbana e européia não consegue compreender a riqueza da cultura indígena, sua diversidade, suas diferenças, as dificuldades para sobreviver e os problemas ao se adaptar. Esses problemas das comunidades indígenas, decorrentes do contato com a dita "civilização", não devem ser motivos para querermos que se aculturem ou abdicuem de suas tradições e crenças, mas motivo para que se faça o possível para deixá-los em paz, para deixá-los continuar produzindo sua cultura e se perpetuando enquanto comunidades tradicionais e guardiãs de uma forma diferente de ver o mundo e valorizar as coisas. **Mas isso não significa que eles não estejam subordinados à mesma ordem jurídica a que estamos.** Não significa que eles possam livremente escolher os locais em que vão reproduzir sua cultura. O direito não é absoluto, como nenhum direito é absoluto. Não pode estar apenas no imaginário ou nas crenças da comunidade indígena a justificativa para ocupação do Morro do Osso. É precisa que exista algo externo e pretérito que a justifique. É isso que estabelece o art. 231 da CF/88. No caso dos autos, esses elementos ainda não foram apresentados de forma conclusiva.

Ressalvando, desde logo, a origem ocidental dos termos, utilizados daqui em diante entre aspas meramente para que possamos facilitar a comunicação no que concerne à menção a eventuais equivalentes homeomórficos (conceitos funcionalmente análogos) que institutos jurídicos fundamentais da ordem jurídica estatal brasileira possam encontrar na ordem local Kaingang; devemos notar que a concepção de “propriedade”/“usufruto”/“posse” da comunidade Kaingang é diferente das perspectivas de posse, usufruto e propriedade privada predominantes no discurso ocidental sobre os direitos e cristalizadas no texto constitucional, o que tornaria necessária, “in casu”, uma abordagem diatópica, e não constitucional-provinciana. Aprofundemos a matéria em tópico próprio.

7.3.2 Uma leitura desconstrutivo-constructiva em forma de esboço diatópico aquiliano: o mal-entendido criativo como propulsor iterativo da justiça por-vir

A discussão sobre o conflito pelo Parque do Morro do Osso pode ser compreendida de maneira mais adequada mediante recurso à “teoria analítica da propriedade” defendida por Alf Ross (2001, p. 205 e ss.). Para o autor escandinavo, a “propriedade” é um conceito intermediário entre as normas que determinam as condições para a aquisição da propriedade e as prescrições que estabelecem as consequências jurídicas da condição de ser proprietário. Ora, no convencionalismo linguístico de Ross, a relação entre as afirmações linguísticas e o estado de coisas a que se referem depende dos usos linguísticos típicos, o que vai de encontro a uma concepção metafísico-essencialista da linguagem e da verdade. A linguagem, portanto, tem caráter constitutivo e qualquer controle intersubjetivo do sentido só pode ocorrer tendo como referência o próprio contexto comunicacional, o que significa que os direitos e os conceitos a eles vinculados não têm conteúdos essenciais pré-dados. Em verdade, o termo “direito subjetivo” e suas especificações, como a “propriedade”, cumpririam uma função de traduzir, em consonância com os usos linguísticos, a relação entre pressuposto fático e consequência jurídica, ou seja, entre a descrição de um estado de coisas e a prescrição de um outro estado de coisas a ser alcançado quando o anterior houver sido verificado. Esses termos compõem o caráter substantivo do direito e são dotados de uma função de aglutinação, tornando prescindível a elaboração de uma descrição para cada prescrição. Tal perspectiva sobre a “propriedade” assume este conceito como um significante vazio, desprovido de um referente ôntico que permita uma identificação pré-dada da “natureza essencial” da propriedade. Ora, como explica Peczenik (2001, p. 282), a ontologia reducionista de Ross não reconhece entidades imateriais desse tipo. Desse ângulo, o conceito “fuzzy” (Peczenik) de

“propriedade”, como pretensamente pertencente a um rol de direitos fundamentais/humanos, à la Douzinas e Luhmann, não encontra limites ontológicos à obtenção de sua recognoscibilidade por meio de lutas políticas resultantes em traduções analíticas inexoravelmente imperfeitas de vôos de sentido – ou, em outras palavras, comporta, nos moldes da justiça jurídica como fórmula de contingência, a possibilidade de que “as coisas fossem de outro modo” (Teubner).

As premissas consolidadas no parágrafo anterior configuram como nada surpreendente que, em clara manifestação de indecidibilidade que só se desfaz mediante um “hunch”, ou seja, um ato inexoravelmente violento: por um lado, o Ministério Público Federal, em sua retórica de vôo de sentido dotado de pretensão de formulação de verdade do significante vazio “direitos humanos”, tenha considerado que a concepção de territorialidade dos indígenas demanda uma leitura diferente do art. 231, § 1º, da CF/88 (fls. 141-144); e, por outro, o juiz da causa, mesmo reconhecendo que “no caso dos índios Kaingang, a vinculação à terra e a luta por sua conservação, aliado às suas crenças e rituais xamânicos, é característica de sua forma de ser enquanto indígenas”, tenha decidido que

mesmo que as comunidades indígenas vejam a terra a partir de uma perspectiva diferente daquela dos institutos do direito civil, isso não significa que bastasse desejarem uma área para que esta passasse a lhes pertencer. O art. 231 da CF/88 continua em vigor e ali está dito que não basta desejar uma garantia para o futuro, mas é preciso também uma relação com o passado da comunidade para que seja legítima sua pretensão àquela terra específica, como já mencionamos. É preciso que algo pretérito relacione a comunidade àquela terra que deseja para futuro. Se aceitássemos uma argumentação diferente dessa, estaríamos reconhecendo às comunidades indígenas um direito maior que a própria Constituição, permitindo que a auto-determinação dessas comunidades pudesse desconstituir a propriedade que o direito civil reconhece. O art. 231-§ 6º da CF/88, que prevê nulidade e extinção de pleno direito de alguns títulos dominiais, não alcança toda e qualquer pretensão indígena, mas apenas aquela referida às terras tradicionalmente ocupadas, as quais — no entendimento desse Juízo — necessitam de um vínculo com o passado da comunidade indígena. Só isso já é suficiente para não acolher a pretensão da Comunidade Indígena pelos critérios puramente etnológicos ou por aquilo que entenda necessitar para sua reprodução física e cultural. [...]. não há dúvida que a posse indígena não se confunde com a posse civil, possuindo aquela características que a diferenciam desta (parecer do MPF às fls. 144). Mas qual é a posse indígena que a Comunidade Indígena Kaingang que ocupa a área do Parque Natural do Morro do Osso possui? Não é posse indígena (conceito), porque ocorre apenas desde 2004 e decorreu de uma ocupação de área urbana do Município de Porto Alegre. A "posse indígena" que é diferente da "posse civil" não é qualquer posse por comunidade indígena, mas uma posse qualificada que atenda as condições do art. 231 da CF/88. Somente as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios geram os efeitos do art. 231 da CF/88, o mesmo não ocorrendo com qualquer outra posse de terras por indígenas.

Do longo excerto da decisão acima transcrito, depreende-se, novamente, que o magistrado assume a Constituição Federal de 1988 como critério normativo supremo, ao qual estariam submetidas quaisquer ordens locais, inclusive a da comunidade Kaingang. Tal

premissa demonstra uma postura antitransconstitucionalista, a qual pensa o direito, “ultima ratio”, exclusivamente a partir do prisma da ordem jurídica estatal de caráter nacional, de maneira que qualquer espaço para o reconhecimento de um direito fundado em substrato local se submeteria aos critérios unilateralmente determinados pelo diploma normativo nacional fundamental – e, por conseguinte, negaria a perspectiva do “novo pluralismo” defendida por Teubner e a hermenêutica diatópica de Panikkar e Boaventura Santos. Aliás, o caráter etnocêntrico e violento da própria ordem jurídico-constitucional fica especialmente óbvio quando notamos que o § 2º do art. 231 reconhece às comunidades indígenas tradicionais apenas os direitos ao “usufruto exclusivo” e à “posse permanente” das terras tradicionalmente ocupadas, as quais, segundo a disposição do art. 20, XI, do diploma constitucional, são de propriedade – reservada/vinculada, na terminologia assumida pelo STF (RE n. 183-188-0/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 14.02.1997) – da União¹²⁶. Ademais, a despeito das palavras respeitadas com as quais o magistrado se refere reiteradamente à comunidade Kaingang, reconhecer que “posse civil” e “posse indígena” são conceitos distintos não se coaduna com uma postura de abertura ao Outro quando: se assume o conceito de modo etnocêntrico; e se qualifica (etnocentricamente) a propriedade como um “direito individual constitucionalmente assegurado” (art. 5º, XXII, da CF/88) que só poderia receber tratamento distinto nos casos de incidência do art. 231 do mesmo diploma normativo¹²⁷. O juiz, pois, em descumprimento aos

¹²⁶ “Art. 20. São bens da União: [...] XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

¹²⁷ Até mesmo o STF, na já mencionada decisão sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Petição 3.388-RR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Dje 24/09/2009), a despeito de defender a tese de que a “posse indígena” é um “heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil”, bem como de fundamentar tal posicionamento expressamente nas lições de Boaventura Santos sobre a hermenêutica diatópica; considera, contraditoriamente, em postura nitidamente antitransconstitucionalista e preocupada em evitar que se possa falar em uma “propriedade” dos indígenas sobre as terras por eles ocupadas, que **“as ‘terras indígenas’ versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional.** E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). **Todas as ‘terras indígenas’ são um bem público federal** (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles ‘tradicionalmente ocupadas’. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. [...]. Somente o ‘território’ enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo ‘terras’ é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em ‘terras indígenas’. A traduzir que os ‘grupos’, ‘organizações’, ‘populações’ ou ‘comunidades’ indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para

fatores de estabilização “adversary argument by counsel” e “professional judicial office”, irreleva, ao determinar o sentido de “posse indígena” exclusivamente com base no art. 231 da CF/88, aquilo que os indígenas entenderiam como equivalentes homeomórficos das noções de “posse”/“usufruto”/“propriedade”.

Diante do cenário acima retratado, não é nada surpreendente que a comunidade Kaingang, mediante as vozes de seu procurador e de seu cacique, tenha rejeitado proposta de acordo apresentada em audiência de conciliação realizada em 06/10/05, com a participação da FUNAI e do Ministério Público Federal. Em tal oportunidade, o Município de Porto Alegre reiterou proposta originalmente apresentada em sede extrajudicial, segundo a qual desapropriaria uma área em outra região para alojar provisoriamente a comunidade Kaingang caso esta aceitasse deixar o Morro do Osso, sem prejuízos da ação reivindicatória de propriedade já proposta pelo grupo indígena¹²⁸. Tal oferta de acordo reforça a dificuldade etnocêntrica para se tentar compreender através das diferenças de janelas (Panikkar), visto desconsiderar que o que está em jogo para os indígenas não é a qualidade patrimonial do terreno a ser ocupado, mas, sim, a sacralidade do vínculo entre sua comunidade e a terra pleiteada.

Quando o magistrado afirma que não basta aos indígenas, a despeito de sua “perspectiva diferente daquela dos institutos do direito civil”, desejar uma área para que esta se torne deles, está a contrapor esse “desejo” à existência de um título de aquisição idôneo, nos termos constitucionais, a proporcionar o reconhecimento da (mera) “posse indígena” e do (mero) “usufruto exclusivo” à comunidade Kaingang. Essa redução do ângulo de visão indígena a um reles “desejo” sinaliza ponto nuclear da violência constitutiva que norteia o “hunch” das decisões no processo de determinação do direito vinculante indeterminado. Ora, se, pelo prisma da ordem jurídico-constitucional brasileira, seria possível, desde que o conceito de tradicionalidade presente no § 1º do art. 231 da CF/88 fosse lido da maneira bastante particular apresentada pelo juiz (cumulatividade de requisitos lidos à luz de um

comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como ‘Nação’, ‘País’, ‘Pátria’, ‘território nacional’ ou ‘povo’ independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de ‘nacionalidade’ e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro”. Ressalve-se aqui que não assumimos, na presente análise, a distinção entre “terra” e “território” – a despeito de reconhecermos sua pertinência terminológica dentro do quadro conceitual “antitransconstitucionalista” –, mas, sim, utilizamos tais palavras como sinônimos.

¹²⁸ Os termos do acordo foram descritos pelo magistrado com as seguintes palavras: “[...] uma área de 10 hectares no Canta Galo para que a Comunidade fosse ali provisoriamente alojada, dotando-a de infra-estrutura semelhante a da Lomba do Pinheiro, com construções e escola bilíngue para a comunidade; que a aceitação dessa área não implicaria desistência quanto a ação ordinária ajuizada pela Comunidade; que a aquisição dessa área estaria em negociação e somente poderia ser realizada pelo Município, por envolver desapropriação, se houvesse acordo nessa ação possessória, com desocupação total da área do Morro do Osso.”

contínuo passado-presente-futuro), a caracterização da situação indígena como um mero “desejo”; certamente os critérios de “determinação normativa” da “ordem jurídica” local indígena confeririam, em tese, aos Kaingang aquilo que, em uma relação de equivalência homeomórfica”, funcionaria, para eles, analogamente, como um “direito de propriedade” sobre o território em questão.

Registramos no quinto capítulo deste trabalho que, segundo Aarnio, a existência de uma semelhança de família entre as formas de vida (e seus respectivos jogos de linguagem) é necessária para que sujeitos vinculados a tradições culturais distintas possam entender e aceitar (ainda que sem necessariamente entrar em um consenso) reciprocamente suas opiniões (mesmo quando não baseadas em fundamentos “racionais”). Para que exista tal semelhança de família, é exigida certa justaposição entre os respectivos jogos de linguagem, e, de modo correlato, o compartilhamento de uma espécie de “forma de vida interseccional”. Pressuposto para que se caracterize tal cenário é que “o sujeito conheça algo sobre a cultura alienígena”, de modo a poder “ganhar uma ‘entrada’ para a linguagem daquela cultura”, o que lhe possibilitará, paulatinamente, aprofundar seus compromissos com as regras de seu jogo de linguagem. Ademais, conforme visto no segundo capítulo deste trabalho, as ordens jurídicas estatais, ao se orientarem pelo transconstitucionalismo, segundo Neves (2009, p. 292), devem, paradoxalmente, produzir institutos que fomentem o aprendizado e o intercâmbio mesmo com as ordens jurídicas que estão à margem do próprio transconstitucionalismo, inclusive as locais. Trata-se do que o autor chama de “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e de aprendizado, o qual, ao ser assumido por uma ordem jurídica estatal, pode proporcionar a esta o encontro, na ordem jurídica extraestatal com a qual está a interagir conflituosamente, de elementos (equivalentes homeomórficos) que sirvam como um primeiro passo para um diálogo idôneo a quebrar a correlata paranóia mútua e catalisar uma autotransformação de ambas as ordens jurídicas (NEVES, 2009, p. 130; 132).

Assumimos desconstrutivamente a “unilateralidade” mencionada por Neves não propriamente como uma descrença no potencial diatópico das ordens que “não têm princípios e regras secundárias de organização”, mas apenas como uma indicação de que, por um lado, devido ao caráter assimétrico da obrigação da abertura de “Ego” a “Alter” (Derrida/Teubner), e, por outro, dada a exigência de responsividade à qual o direito funcionalmente diferenciado está, para fins de sua própria preservação como sistema autopoietico, submetido; cabe à ordem constitucional estatal envolvida em uma interação constitucional com uma ordem jurídica local tomar a iniciativa diatópica (transconstitucional) e conservar uma postura deste tipo independentemente de reciprocidade. Subscrevendo tal premissa e as consolidadas no

parágrafo anterior, consideramos que a institucionalização do contato entre as duas culturas é uma ótima oportunidade para que se sugira um esboço aquiliano de aproximação intercultural entre formas de vida e jogos de linguagem distintos. Ora, o caráter “fuzzy” das noções de “propriedade”, “usufruto”, “posse” e “posse indígena” exige uma determinação de seus sentidos que considere, nos moldes de uma razão transversal, a influência recíproca entre as culturas, algo que pressupõe um esforço diatópico em busca da identificação de relações de equivalência homeomórfica que, simultaneamente: contribuam para uma percepção da limitação imposta pelas janelas que estabelecem as fronteiras entre as culturas; e forneçam regras comuns que viabilizem o início do desenvolvimento de um jogo de linguagem intercultural e de uma correlata interação diatópica. Para tanto, à luz da descrição de Nimis sobre a postura de Aquiles (tema também abordado no quinto capítulo deste trabalho), em um momento de liberdade primária (“hunch”) que reconhecemos ser historicamente condicionado pela tradição da ordem constitucional brasileira (e suas respectivas correlações em matéria de forma de vida, jogo de linguagem e imagem de mundo), assumimos convenções preexistentes, mas as reformulamos criativamente, em uma iteração que destaca mais a “alteração” do que a “repetição”, a “variação” do que a “redundância”, a “discricionariedade” do que a “vinculação”. De tal maneira, modificam-se, contínua e entrelaçadamente, os sentidos dos equivalentes homeomórficos, das respectivas relações de equivalência funcional e das próprias formas de vida envolvidas no contato intercultural, as quais, ao entrarem em contato, estabelecem paulatinamente um espaço comum interseccional.

A leitura “cosmológica” dos Kaingang estabelece a presença espiritual identificada pelo xamã como critério para a “aquisição de direitos” sobre a terra, independentemente dos requisitos processuais de comprovação fática de um passado naquele ambiente. Falando de maneira mais próxima à linguagem do direito estatal brasileiro, é como se, para a comunidade indígena, a manifestação do xamã gerasse uma presunção absoluta a respeito da vinculação histórica entre seu povo e o terreno, matéria de importância “jusfundamental” para tais indígenas, conforme reconhecido pelo próprio magistrado com base em estudos antropológicos como os de Ítala Becker e J. Veiga, os quais caracterizam a cosmologia como socialmente estruturante e a habitação da terra em que se encontram vestígios dos ancestrais dos Kaingang como a expressão mais significativa de sua cultura religiosa¹²⁹. Para que

¹²⁹ “O magistrado, com base nas lições antropológicas de Ítala Becker, sintetizou no seguinte excerto a trajetória dos Kaingang em busca da preservação de suas tradições imemoriais e práticas religiosas: “Percorreram um longo caminho até chegar à Lomba do Pinheiro, e de lá resolveram ir adiante, reivindicando a terra que acreditam lhes pertencer histórica e espiritualmente. Foram conduzidas ao Morro do Osso por seus guias espirituais, por seus líderes políticos e pelos grupos sociais que lhes dão apoio, como por exemplo o Conselho

possamos, diatopicamente, nos colocar no lugar dos Kaingang, talvez fosse mesmo adequada uma analogia funcional com uma situação imaginária em que fosse proibida, por um povo oriundo de outra cultura e que não compartilhasse de nenhum dos credos circulantes no Brasil, a manutenção de templos religiosos, direito fundamental (art. 5, VI, da CF/88) que compõe elemento nuclear da vida privada de grande parte dos cidadãos brasileiros. Ora, assim como seria possível à suposta vítima da violação do referido direito fundamental mencionado invocar os expedientes constitucionalmente estabelecidos para fins de sua tutela; em nossa formulação de verdade, a área do Morro do Osso – qualificada pelos Kaingang como uma aldeia velha, ou seja, uma aldeia que, por apresentar vestígios dos antepassados identificados pelo xamã, gera um pertencimento religioso, genealógico e sociológico ao respectivo território, sem prejuízo do pertencimento ecológico¹³⁰ – é caracterizada como funcionalmente

Indigenista Missionário (CIMI) e o Núcleo de Antropologia das Sociedades Indígenas e Tradicionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (NIT-UFRGS). Mesmo depois de retirados de dentro do Parque Municipal pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre em 2004, continuam nos limites do Parque, em via pública, onde inclusive ergueram construções e casas, insistindo em reivindicar aquela terra como sendo originária e tradicionalmente sua. Esse empenho em buscar terra e espaço para se preservarem culturalmente é inerente ao grupo Kaingang, cuja história é pautada por lutas e enfrentamentos com os colonizadores brancos”.

¹³⁰ Em compreensão um tanto semelhante sobre a relação dos indígenas com a sua terra, o STF, na supracitada decisão sobre a Petição 3.388 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJE de 1º/07/10), referente ao caso da Raposa Serra do Sol, ao reconhecer que os indígenas têm um direito fundamental de preservar o domínio de sua identidade indígena sem que isso lhes retire a identidade brasileira e o respectivo “status” de cidadãos brasileiros – direito este cuja fruição, convenhamos, pressupõe o respeito da ordem jurídica brasileira à titularidade das terras que os indígenas ocupam tradicionalmente, conforme disposto no art. 231 da CF/88 –; entendeu que o caráter “tradicional” da ocupação exige que esta, dado o fato de os índios vivenciarem uma experiência de pertencimento mútuo entre eles próprios e a terra que ocupam, se dê com perdurabilidade, “no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica”. O tribunal conecta tal conceito de tradicionalidade da ocupação à ideia de que o direito indígena sobre as respectivas terras consiste em uma normatização do meio ambiente como elemento indutor a serviço do indigenato, contexto em que se deve compreender que a “terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia”. Nesse contexto, o tribunal reconheceu a existência de um outro direito fundamental dos indígenas, qual seja, o de demonstrar que o seu tradicional “habitat” constitui um patrimônio imaterial vinculado a uma visão de mundo e de vida que assume o desenvolvimento como um crescer humanizado, ou seja, não apenas como uma categoria econômica ou material, mas também como “permeado de valores que são a resultante de uma estrutura de personalidade ou modo pessoal-indígena de ser mais obsequioso”, dentre os quais são possíveis destacar: a “noção de propriedade como um bem mais coletivo que individual”; e “uma postura como que religiosa de respeito, agradecimento e louvor ao meio ambiente de que se retira o próprio sustento material e demais condições de sobrevivência telúrica”. O respeito a tal cosmovisão implicaria a configuração desse tipo de posse como um “heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil”, bem como pressupõe, nos termos do próprio tribunal, **“o que Boaventura de Sousa Santos chama de ‘hermenêutica diatópica’, para dar conta do modo caracterizadamente cultural de interpretação dos direitos fundamentais. Metodologia interpretativa que, no caso dos indígenas, sedimentada na própria Constituição, nos orienta para fazer dos referidos “usos, costumes e tradições” o engate lógico para a definição das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas”**. Reitere-se, contudo, que, conforme já comentado em nota de rodapé anterior, há uma contradição (que se manifesta como performativa no trecho transcrito na presente nota) entre esse anúncio de subscrição da perspectiva diatópico-hermenêutica e a preocupação antitransconstitucionalista do tribunal em evitar que se possa falar em uma “propriedade” dos indígenas sobre as terras por eles ocupadas, a qual pode, “a contrario sensu”, ser depreendida do excerto transcrito no período anterior, no qual nada se diz a respeito de um “engate lógico para a definição da semântica da propriedade”.

(homeomorficamente) equivalente, para a ordem jurídica Kaingang, ao que tradicionalmente entendemos como um “bem imóvel (e, portanto, infungível) gravado com cláusula de inalienabilidade”, o que conferiria à comunidade indígena a titularidade de uma espécie de “jus persecuendi”¹³¹, idôneo a garantir o direito fundamental à propriedade (art. 5o, XXII, da CF/88).

O magistrado reconhece que “a história tradicional nunca deu muita importância ao conhecimento da contribuição indígena para a formação do Rio Grande do Sul, não dispensando muita atenção aos períodos pré-históricos dessa ocupação”. Para o juiz, isso reduziria a probabilidade de que fossem encontrados “vestígios da ocupação pré-histórica ou histórica de Porto Alegre e seus arredores por comunidades indígenas Kaingang que pudessem justificar a ocupação do Morro do Osso em decorrência de ali terem se estabelecido seus antepassados antes da ocupação portuguesa”. Diante de tal circunstância, podemos depreender que o julgador considerou ser necessário que os indígenas, para que pudessem se manter, ainda que provisoriamente, na posse do parque, produzissem prova que o próprio juízo reconheceu ser de produção muito difícil. Parece, pois, haver uma contradição entre tal reconhecimento da dificuldade probatória e a utilização, pelo magistrado, do seguinte argumento, baseado nos estudos de Guilhermino Cesar e Ítala Becker, em sua fundamentação para a concessão da liminar:

mesmo quando recorremos aos relatos da história e dos primeiros europeus que ocuparam o território gaúcho, não encontramos relatos da presença Kaingang na região de Porto Alegre [...]. Ao contrário, existe registro histórico de que os primeiros povoadores de Porto Alegre não eram Kaingang, mas indígenas pertencentes a outros grupos [...]. os estudiosos mencionam que as comunidades indígenas Kaingangs ocupavam área distinta, na região do planalto e nas florestas de araucárias, longe da região de Porto Alegre e da Lagoa dos Patos. [...] disposição geográfica deles no Estado do Rio Grande do Sul desde o século XVI até a atualidade, [...] eles ocupavam a região do planalto, tendo como limite sul a Bacia do Rio Cai”.

Ora, a constatação presente no trecho acima não é nada surpreendente, tendo em vista que o próprio magistrado admite a escassez de meios presentes para a comprovação da exigida tradicionalidade. Não foi à toa, pois, que, conforme se pode depreender de trecho da sentença proferida posteriormente à decisão liminar, o Ministério Público chegou a sugerir, com base em estudos antropológicos, a inversão do ônus da prova, dado que “apenas alguns fragmentos da história registrada” seriam “insuficientes para afastar a presença Kaingang em

¹³¹ Reiteramos aqui a assunção da leitura desconstrutiva da hermenêutica diatópica apresentada no tópico 7.1.2 deste trabalho, segundo a qual a caracterização de relações de equivalência homeomórfica não se restringe a princípios abrangentes de organização social (seja no sentido de Boaventura de Sousa Santos, seja no de Luhmann), visto abarcar também o “insight” de Esser sobre os “vasos comunicantes”, especificamente voltado para os conceitos jurídicos.

Porto Alegre”. O magistrado, contudo, manifestou, em sede de sentença, o entendimento de que

a lógica que norteia essa decisão é que os fatos devem ser provados pelas partes. Não é possível que a demanda fosse julgada com base num preceito não-escrito de que qualquer terra que comunidade indígena pleiteasse como tradicional fosse protegida, seja pela dignidade humana dos indivíduos que a integram (arts. 1º 3º e 5º da CF/88), seja pelo interesse cultural que representam (arts. 215-216 e 231 da CF/88), isso não inverte a presunção de propriedade e de legitimidade da propriedade reconhecida pelo ordenamento jurídico vigente.

Dado o caráter quase-impossível da produção da prova da habitação tradicional dos Kaingang na região, bem como se considerando a hipótese de equivalência funcional entre nossos direitos fundamentais relativos à liberdade religiosa em sentido amplo – sistemicamente, uma instituição social que não apenas contribui para a estabilidade da diferenciação funcional em uma sociedade policontextual, mas também atribui a escolha e a prática religiosa a uma decisão individual – e a relevância nuclear da religiosidade na estrutura social dos Kaingang; seria o caso de se considerar a constatação religiosa do xamã quanto à presença espiritual dos Kaingang no Morro do Osso como dotada de valor probatório, ao menos com presunção “*juris tantum*”, para configurar a tradicionalidade exigida pela disposição constitucional – hipótese suscitada e descartada pela investigação da FUNAI que resultou na elaboração do mencionado relatório preliminar –, inclusive se lida nos termos rigorosos assumidos pelo juiz da causa¹³²¹³³? Conjeturamos que essa possibilidade

¹³² Segue o trecho do relatório, reproduzido na sentença, em que a FUNAI se manifesta a respeito do valor probatório da posição do xamã: “[...] *o passado, a tradição e a cultura servem de fundamento para as permanentes elaborações culturais, inclusive aquelas que operam no âmbito do xamanismo. Por isso não é possível tratar a questão dos espíritos ancestrais no Morro do Osso como um falso argumento; no entanto, é preciso admitir que a atualização da lógica do xamanismo, tal como vemos entre as famílias no Morro do Osso, não se assenta necessariamente sobre fatos ocorridos, os quais devemos igualmente buscar para compor um relatório de identificação e delimitação de terra indígena tradicionalmente ocupada. Que fatos ocorridos seriam esses? — Os dados de ocupação e uso antigos e atuais, ou, como já foi dito, dados sobre remoção forçada e esbulho. [...] dificilmente poderíamos trocar o objeto do estudo de ocupação, substituindo um grupo social, seu modo de vida e meios de existência pelo argumento exclusivo quanto à presença de espíritos ancestrais, ainda que isso seja defendido pelo próprio grupo como algo inquestionável*”. A conclusão da informação preliminar da FUNAI é que: ‘1- *As famílias Kaingang em Porto Alegre buscam fortalecer vínculos sociais e culturais e a solidariedade que julgam comprometida pela vida urbana. A demanda pela regularização do Morro do Osso como terra indígena está pautada por essa expectativa — em consonância com esse fato, vemos que há forte ênfase na argumentação de que a terra indígena estaria plenamente justificada sob o argumento da reprodução física e cultural; 2- Não foi possível encontrar nos relatos, artigos e documentos consultados elementos relativos à ocupação Kaingang no Morro do Osso, seja antiga ou atual. Entendo que a falta desses elementos tornaria extremamente frágil a argumentação da terra indígena com base no art. 231 da CF, estando tal argumentação praticamente restrita à tese das famílias Kaingang sob liderança do Cacique Jaime de que a demarcação do Morro do Osso lhes permitiria fortalecer vínculos sociais e culturais capazes de resguardar sua reprodução enquanto grupo social diferenciado*”.

¹³³ Vejamos, mais detalhadamente, um excerto da sentença em que o magistrado justifica com base em estudos científicos as suas afirmações sobre a dificuldade de comprovação da tradicionalidade da ocupação do Morro do Osso pelos Kaingang: “Até pouco tempo atrás, não havia cuidado com nossa pré-história, preocupando-se a

deveria ser, ao menos, cogitada, tendo em vista um mandamento de diálogo “transconstitucional” de tolerância (Neves) compatível com o fator de estabilização (Llewellyn) “professional judicial office”, pois é certo que o magistrado não poderia ter assumido, sem uma autorreflexão, a Constituição de 1988 como critério normativo supremo. Tal postura do juiz é tipicamente reveladora do fato de a ordem constitucional brasileira considerar sua própria identidade de maneira isolada, sem a disposição para o estabelecimento de pontes com outras ordens jurídicas. O magistrado utiliza-se de uma semântica típica de um provincianismo constitucional estatal, visto lhe faltar uma consideração da alteridade Kaingang mediante uma reconstrução permanente da “identidade constitucional”, o que gera um bloqueio recíproco entre a ordem jurídica estatal e a ordem jurídica local.

Nossa crítica à abordagem do juiz remete à posição de Neves (2009, XXII) sobre a ideia de racionalidade transversal entre as ordens jurídicas e a correlata dupla contingência da interação *ego-alter*. Devido à observação recíproca, mediante a qual ambas consideram ser possível que uma aja de maneira diversa daquela que a outra projetou, as ordens jurídicas

historiografia tradicional apenas com a ocupação européia do território, como se tudo que tivesse existido antes não merecesse ser conhecido nem preservado: *‘a história tradicional, apesar dos matizes ideológicos tão diversos que separam seus autores, ignorou sempre, sob as mais variadas explicações, o genocídio praticado indiscriminadamente contra as culturas indígenas que povoaram nosso estado e a região platina na qual ele se insere. O início do povoamento é sempre apresentado com a chegada dos primeiros açorianos e a partir de uma data limite, a da fundação da cidade de Rio Grande, no estratégico local em que a Laguna dos Patos joga as suas águas no mar. Oculta-se desta forma a existência dos períodos anteriores a esta 'história lusa', relativos tanto à ocupação dos grupos de caçadores, coletores, pescadores e horticultores (de 13.000 anos aproximadamente de duração) como ao domínio espanhol instalado aqui nos sécs. XVII e XVIII. Atualmente, a ação antrópica, provocada pelo desenvolvimento de nossa sociedade, está destruindo rapidamente os sítios arqueológicos destas etapas iniciais, sem nenhuma consideração para com um patrimônio histórico que pertence à nação. Isto significa que, após a destruição física dos grupos indígenas que aqui viviam, estamos agora destruindo os últimos vestígios da cultura material que permaneceram. O esforço dos arqueólogos será em vão, na tentativa de recuperar este passado e preservá-lo, se a própria sociedade não impedir a sua destruição indiscriminada’* (KERN, Arno A. Introdução. In: *Arqueologia Pré-Histórica do Rio Grande do Sul*. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, pp. 10-11, grifou-se). Isso se agrava em relação à ocupação pré-histórica de Porto Alegre e seus arredores: *‘as fontes arqueológicas oferecem pouquíssimos dados sobre a ocupação indígena em Porto Alegre e redondezas. O assunto nunca despertou grande interesse nos pesquisadores, porém, a escassez dos dados não reflete a real presença de sítios de ocupação indígena. A maioria dos pesquisadores presumiu que os sítios indígenas pré-históricos tinham sido destruídos e não desenvolveu projetos na área, conseqüentemente, o Município de Porto Alegre não se beneficiou de projetos arqueológicos sistemáticos, até o início da década de 1990’* (GAULIER, Patricia Laure. *Ocupação pré-histórica guarani no município de Porto Alegre: Considerações preliminares e primeira datação do sítio arqueológico [rs-71-c] da Ilha Francisco Manoel*. Revista de Arqueologia da Sociedade de Arqueologia Brasileira. São Paulo, nº 14/15, 2001-2002, p. 58). [...]. quanto à história dos índios kaingangs, [...] muitas dúvidas ainda persistem: *‘difícilmente os Kaingang seriam capazes de reconstituir a sua história como nós a esboçamos. Este relato, cheio de incertezas e escrito com o uso de uma fantasia controlada por longa experiência de arqueólogo teórico e prático, ainda está longe da verdade sobre o modo de vida e a evolução do grupo, mas representa a formulação mais exata que os dados atuais permitem. Nossa esperança é que novos arqueólogos voltem com novas técnicas e novos métodos aos inumeráveis sítios da Tradição Taquara e construam uma história mais verdadeira e mais útil para a população indígena e branca do estado’* (SCHMITZ, Pedro Ignácio; BECKER, Ítala Irene Basile. *Os primitivos engenheiros do planalto e suas estruturas subterrâneas: a Tradição Taquara*. In: *Arqueologia Pré-histórica do Rio Grande do Sul*. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, p. 279)”.

envolvidas em um conflito reconstróem continuamente suas identidades no plano de suas próprias autofundamentações.

No aspecto descritivo, a razão transversal enuncia a existência de formas de vida, sistemas de orientação e discursos dotados de diferenças fundamentais. Por sua vez, no aspecto prescritivo, determina que não se deve realizar uma avaliação, desprezar ou buscar uma união forçada das diferentes concepções, dada a impossibilidade de que qualquer supermodelo não fosse parcial, ou seja, correspondente a uma narrativa particular. Ora, se a identidade das ordens jurídicas é reconstruída quando estas consideram a observação do outro, devemos notar que tal reconhecimento da alteridade é necessário pelo fato de que todo observador tem um “ponto cego”, ou seja, “aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação” (NEVES, 2009, p. 297-8). Podemos aqui, pois, transpor para o âmbito da observação entre ordens jurídicas a “ratio” descrita por Luhmann segundo a qual o sistema, se tiver formas de observação para tanto, pode observar a si mesmo da perspectiva do ambiente ou vice-versa, o que significa que, embora não possa reduzir essas duas referências a uma única, (quase-)objetiva, pode oscilar entre ambas em sua observação, de maneira a aproveitar os dois pontos de vista delimitados para alcançar uma decisão fundamentada. Nesse contexto, aquilo que Luhmann pressupõe como reconhecimento dos limites de observação de uma dada ordem jurídica, traduzido na ideia do autor alemão de que “o que *ego* pode ver, *alter* não pode, e vice-versa”, Panikkar diz em linguagem diatópica ao utilizar a mencionada alegoria das janelas.

Assumidas as premissas consolidadas no parágrafo anterior, faz-se necessária a oferta de uma via que estabeleça violentamente os contornos do intervalo em que se dá a circularidade iterativa constitutiva da oscilação entre auto e heterodeterminação de uma ordem jurídica estatal brasileira que se pretenda diatopicamente orientada. Em outras palavras, a adoção de uma postura diatópica enseja uma indecidibilidade entre a subscrição de “programas normativos alheios” e a obediência aos próprios programas. Ora, apenas um ato aquiliano de liberdade primária mediante o qual a ordem jurídica estatal brasileira reputasse a si mesma vinculada a admitir a possibilidade de relativização de seus programas perante irritações oriundas de uma ordem jurídica alheia poderia decidir, ainda que imperfeita, violenta e temporariamente, esse jogo de rastros. Um ato tal, contudo, consistiria em uma contradição performativa, visto que a instituição estatal, ao realizar uma comunicação nos moldes do código lícito/ilícito, pressupõe performativamente sua autodeterminação. Por tal razão, esse reconhecimento de uma heterodeterminação demandaria, em contrapartida, que o mencionado ato de liberdade primária fosse retrospectivamente compreendido e

convencionado no jogo de linguagem da comunidade jurídica brasileira como uma descrição-enquanto-normatização de uma “source-norm” segundo a qual a ordem jurídica estatal brasileira deveria, por meio de um “mal-entendido criativo”, recepcionar os costumes Kaingang como programas normativos a concorrerem com os seus próprios programas.

Dado que, segundo Peczenik, a determinação do grau de autoridade das fontes do direito (ou mesmo a caracterização de todo um sistema normativo como direito válido) demanda a assunção de “razões substantivas” – aquelas cujo conteúdo sustenta uma conclusão jurídica independentemente de quem as alegue ser ou não reconhecido como uma autoridade (PECZENIK, 2008, p. 256) –, podemos encontrar razões desse tipo idôneas a justificar a mencionada “source-norm”: no pensamento do próprio Peczenik, para quem as normas costumeiras surgidas espontaneamente no seio social não podem ser excluídas por um pretense monopólio de produção do direito pelas autoridades, visto que tais normas podem ser relativamente estáveis, têm uma legitimidade democrática derivada do consenso popular e são passíveis de vinculação à plausível conjectura de que a tendência das pessoas é viver de maneira moralmente aceitável; e no primeiro imperativo intercultural proposto por Boaventura Santos (2005, p. 8;12), segundo o qual uma cultura deve ser lida de modo a maximizar a sua reciprocidade, ou seja, o reconhecimento do Outro, e no segundo imperativo intercultural proposto pelo mesmo autor, que prescreve que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. Ademais, se assumirmos, como faz o próprio Peczenik, os trabalhos de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito como integrantes do que se pode entender por doutrina, as posições do teórico da argumentação e de Boaventura Santos podem ser reputadas como uma espécie de “may-source-norm”, o que potencializa a realização de um “source-establishing jump” a fundamentar retrospectivamente o reconhecimento de potencial normativo ao “costume jurídico Kaingang”.

De um lado, a ordem jurídica estatal abre-se diatopicamente à cognição de programas normativos alheios (irritações geradas pela “ordem jurídica Kaingang”), de maneira que tais elementos gerem uma violenta relativização de seus próprios programas normativos. Do outro, os “programas normativos alheios” são necessariamente submetidos a uma espécie de tradução, o que constitui uma violência contra a “ordem jurídica Kaingang”. Nesse novo “jogo de violências”, um caminho profícuo para fortalecer a cadeia de sustentação recíproca entre as premissas obtidas por meio da justificação externa da reconstrução da identidade da ordem jurídica estatal brasileira no plano de sua própria autofundamentação poderia ser o entrelaçamento entre, de um lado, as razões oferecidas por Peczenik e Boaventura Santos, e

de outro, a realização de uma analogia (não exatamente no sentido de Kaufmann, mas, sim, na acepção do que Alexy chamaria de “forma especial de argumento jurídico”; Peczenik designaria como “norma de raciocínio”; Llewellyn qualificaria como “known doctrinal technique”; e Reale denominaria modelo dogmático) com fundamento no parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil (Lei 5869/73), segundo o qual “é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. Em outras palavras, dada a indisponibilidade dos direitos de “posse permanente” e “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos” titularizados pelos indígenas em relação às terras por eles tradicionalmente ocupadas, bem como considerando que a distribuição regular do ônus da prova torna excessivamente difícil o exercício de tais direitos; a ordem estatal brasileira deveria ler a sua própria cultura jurídica de modo a maximizar a sua reciprocidade, ou seja, o reconhecimento do Outro, o que demandaria um reconhecimento da dignidade normativa do costume espontaneamente surgido no seio social (Peczenik), de maneira a resultar em um tratamento diferenciado aos indígenas no que concerne ao respectivo ônus probatório¹³⁴.

O que estamos sugerindo a respeito da questão probatória é justamente o aproveitamento do potencial de um “mal-entendido criativo” (compreensão “equivocada” de certas comunicações interiores às culturas regionais como atos jurídicos) sobre o que Teubner e Fischer-Lescano entenderiam como um “suposto (nunca passível de acesso direto, mas, apenas, iterativo, devido à diferença de janelas) direito indígena” (com sua correlata concepção de “propriedade”/“usufruto”/“posse”) – ou poderíamos dizer, em uma leitura desconstrutiva da linguagem diatópica, uma instituição social que cumpra função homeomorficamente equivalente à do direito na sociedade ocidental. Nesse contexto, o “mal-entendido criativo” envolveria o reconhecimento de um potencial normativo ao “costume

¹³⁴ A “ratio” do parágrafo único do art. 333 do CPC de 1973, inclusive, serviu como inspiração para um alargamento da regulação da matéria no Novo Código de Processo Civil (Lei 13105/15), consubstanciada no art. 373, cujo caput é idêntico ao do mencionado artigo do antigo diploma normativo. O art. 373 do NCPC apresenta não apenas um § 3º que corresponde fundamentalmente ao texto do parágrafo único do art. 333 do CPC de 1973, mas também outros dois parágrafos (1º e 2º) inovadores, segundo os quais o magistrado poderá, desde que fundamentadamente, conferindo à parte contrária a “oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” e não lhe gerando uma impossibilidade ou uma dificuldade excessiva para que se desincumba do encargo, distribuir diversamente o ônus da prova “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”. Certamente, a nova legislação, embora não mencione explicitamente os casos de conflitos interculturais (ou entre “ordens jurídicas estatais” e “ordens jurídicas locais”), seria potencialmente aplicável a um problema como o ora analisado. Nada impediria, contudo, que o magistrado, considerando a inexistência do NCPC à época, houvesse, diante do conflito ímpar com o qual se deparou, considerado a possibilidade de reconstrução do sentido normativo da ordem estatal brasileira quanto à distribuição do ônus da prova.

jurídico Kaingang”, de maneira a possibilitar ao julgador fundamentar sua convicção de justiça nos moldes de um(a) horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia/legal doctrine que se autoreconstruiria (à la Nimis) devido ao contato intercultural entre ambos os polos de formas de vida, regras de jogos de linguagem e imagens de mundo. Em outras palavras, sugere-se uma “re-entry” dos “dados costumeiros indígenas” ao “construído do direito estatal” (Gény) transversal e responsiva ao ambiente social do direito o suficiente para, esboçando a construção de um “espaço imaginário comum” (Neves), reconstruir a identidade da ordem jurídica estatal brasileira, respeitando os compêndios sistêmicos, a partir do contato com a ordem local Kaingang e da correlata “experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência” (TEUBNER, 2011, p. 45). Ora, segundo Teubner (2005, p. 90), remetendo a Fitzpatrick, bem como à la Derrida e a sua dinâmica iterativa do rastro, é possível enxergarmos na constituição recíproca típica do “novo” pluralismo jurídico o seguinte entrelaçamento: enquanto o costume sustenta o direito, este não apenas transforma, à sua maneira, os elementos daquele dos quais se apropria, mas também sustenta as formas sociais costumeiras e, nesse processo, torna-se parte dessas formas. Assim, se tornaria possível à ordem jurídica constitucional brasileira, “na construção da norma jurídica e da norma de decisão, [...] considerar como dimensão do seu âmbito normativo elementos do âmbito material relevante originariamente para outra ordem, como também incorporar como dimensão do seu programa normativo partes do programa normativo de outras ordens” (NEVES, 2009, p. 124). Afinal, como afirma o professor brasileiro – mencionando o próprio Teubner – , se, por um lado, em um conflito entre ordens jurídicas, ambas apresentam respostas para o mesmo caso com base em critérios normativos diversos; por outro, o código binário conteudisticamente vazio ao qual se submetem é o mesmo, o que

possibilita que o fechamento *normativo* na determinação das normas conforme critérios imanentes à própria ordem (nacional, local, supranacional, internacional ou transnacional) combine-se com a abertura *normativa* no aprendizado recíproco que pode ocorrer em face da solução de casos jurídicos nos quais duas (ou mais) ordens estejam envolvidas. A relevância do caso-problema para ambas as ordens não implica que os critérios internos de validade normativa de uma ou ambas as ordens sejam negados, mas sim que, à luz do problema, os conteúdos normativos se transformem no processo concretizador, possibilitando o convívio construtivo entre ordens. Assim, o fechamento da cadeia interna de validação precisa ser compatibilizado com a capacidade de aprendizado recíproco na rede de concretização jurídica para a construção da norma de cada ordem jurídica em face dos diversos casos que emergem com relevância simultânea para as diversas ordens entrelaçadas. [...]. O processamento dos casos vai exigir uma postura indutiva de construções e reconstruções de estruturas de acoplamento no plano das novas operações do sistema. [...]. Tratando dos paradoxos da “interpretação”, Ladeur e Augsburg [...] advertem que, em vez de negar ou apenas constatar esses paradoxos, impõe-se a “desparadoxização” mediante o processamento permanente dos

paradoxos [...], sob pena de efeitos destrutivos para o sistema jurídico. Admitir isso, no âmbito do transconstitucionalismo, significa exatamente reconhecer os limites da própria interpretação, considerando as perspectivas das outras ordens envolvidas, para, dessa maneira, **reduzir o momento de violência intrínseco a toda decisão**. (NEVES, 2009, p. 124; 129; 274).

A interdiscursividade entre a ordem jurídica brasileira e aquilo que o sistema jurídico lê como uma “ordem jurídica Kaingang” envolve uma comunicação inexorável e iterativamente distorcida via “re-entry”. É fundamental para a viabilidade de tal comunicação no contexto do problema em questão o fato de a “propriedade”, a “posse indígena” e o “usufruto”, componentes de programas veiculados pelo texto constitucional (respectivamente, o art. 20, XI, e o §2º do art. 231 da CF/88), funcionarem como instituições de ligação (Teubner) – ou, na linguagem um tanto pleonástica de Neves, “pontes de transição”. As três instituições mencionadas, do ponto de vista da diferenciação funcional, podem ser conjuntamente qualificadas como um complexo acoplamento firme entre o direito e a sociedade, ou seja, instituições que: estão densamente entrelaçadas com a cultura mediante vínculos de seletividade – e não, portanto, propriamente nos moldes culturalistas de uma “totalidade social”, segundo a qual o direito seria uma mera projeção da sociedade; e configuram o discurso do direito autônomo como envolvido em uma relação de interdependência com os demais discursos sociais e com os próprios elementos do discurso monocontextual Kaingang compreendidos equivocadamente como “programas normativos de caráter costumeiro”.

Como visto anteriormente, vínculos ultracíclicos estabelecem processos cognitivos que não consistem em uma transferência de regras válidas de uma ordem jurídica para outra, mas, sim, em uma influência recíproca mediante uma transcendência de fronteiras que envolve, no percurso da tradução do conteúdo original de uma delas até a sua reconstrução pela outra, uma travessia por outros sistemas sociais. No contexto do caso ora analisado, as mencionadas instituições de ligação (na função de “pontes de transição”, diria, quiçá, Neves) são justamente a porta para a “re-entry” daquilo que, em um “mal-entendido criativo”, o direito estatal pode receber cognitivamente como irritação e ler como “concepções normativas Kaingang de propriedade, usufruto e posse” a serem, em um processo ultracíclico de constituição recíproca, reconstruídas pela ordem jurídica brasileira (com base em sua linguagem, “episteme”, estilo de argumentação, estilo de interpretação, e rede jurídica de distinções e construções jurídicas do mundo social – em outras palavras, sua cultura jurídica, que, dada a dinâmica iterativa do rastro, funcionará simultaneamente como parâmetro e como alvo dessa própria atividade de reformulação), sem que tal assimilação – dado o fechamento

estrutural mútuo entre o “direito Kaingang” e o direito estatal brasileiro – acarrete uma destruição de sua autonomia.

Contudo, entendemos, de modo desconstrutivo, conforme consolidado anteriormente neste capítulo, que o “valor cognitivo adicional” que surge quando as fronteiras das ordens jurídicas envolvidas são ultrapassadas não pode ser artificial e logocentricamente aprisionado como tal e, por conseguinte, não se submete por completo à rigidez do fechamento operacional – como reconhecido por Luhmann (2014, p. 274 – tradução nossa), os códigos binários são artificialidades que, dada a inexorabilidade da contingência, não podem organizar o mundo (o qual, “em cada observação que utiliza distinções, se retira como o não-observável”) logocentricamente. Em outras palavras, é justamente a invasão residual inexorável na recursividade de irritações típica dos ultraciclos o que explica “as inovações normativas” que surgem como produtos do resquício de violência presente em toda tradução (“mal-entendido criativo”) do conteúdo que a ordem jurídica brasileira recebe da ordem jurídica Kaingang como irritação e utiliza como “matéria-prima cognitivo-normativa” na reconstrução, via articulação hipercíclica, dos seus próprios conteúdos positivos. Conclui-se, pois, que a autonomia da ordem jurídica estatal brasileira, ao tentar combinar autodeterminação e externalização, não tem como afastar completamente a heterodeterminação – afinal, assim como haverá sempre algo de normativo na irritação gerada pelo terapeuta sobre o sistema psíquico ao qual sua comunicação se dirija, um resquício de normatividade sempre ultrapassará as fronteiras da ordem jurídica estatal brasileira quando esta se abrir cognitivamente às irritações geradas pela ordem jurídica Kaingang.

Devemos reconhecer, por outro lado, que a conectividade seletiva entre direito e sociedade, por pressupor a diferenciação funcional como princípio de organização social, não é visualizável como tal à luz do princípio de uma organização social monocontextual como o da comunidade Kaingang, sob a ótica do qual existiria uma integração (enraizamento) social do (que entendemos como) direito nesta tradição cultural. Porém, dado o fato de o vínculo sagrado entre a comunidade Kaingang e a terra por eles tradicionalmente habitada estar inserido em uma cosmologia dotada de caráter socialmente estruturante; conjecturamos que aqueles elementos da cultura indígena em questão que lemos equivocadamente como “propriedade/posse/usufruto” Kaingang são tão relevantes para a organização social dessa comunidade quanto as concepções de “propriedade/posse/usufruto” da ordem jurídica brasileira são importantes para a organização da sociedade global funcionalmente diferenciada. Podemos, então, desconstrutivamente, cogitar que tais conceitos tenham o potencial de cumprir, para os Kaingang, uma função homeomorficamente equivalente às das

instituições de ligação no que concerne ao estabelecimento de um elo (“pontes de transição”) entre a ordem jurídica funcionalmente diferenciada brasileira e aquilo que entendemos equivocadamente como uma “ordem jurídica Kaingang”. Nesse contexto, nada impediria, pois, que os Kaingang aperfeiçoassem sua autocompreensão (e aquilo que sugerimos que seja compreendido, de maneira “necessariamente equívoca”, pela ordem jurídica estatal brasileira como a “cultura jurídica” Kaingang) com base na experiência de contato com “alter” (no caso, a ordem jurídica estatal), de maneira a viabilizar, como mencionado anteriormente, a formação paulatina de um espaço imaginário comum interseccional por meio da reformulação contínua e entrelaçada dos sentidos dos equivalentes homeomórficos, das respectivas relações de equivalência funcional e das próprias formas de vida envolvidas no contato intercultural¹³⁵.

De todo modo, não bastasse ignorar, ao proferir a decisão liminar, a possibilidade de presunção probatória que suscitamos – o que, ao desconsiderar o “também-ser-possível-de-outra-maneira” intrínseco à dupla contingência, ofende o potencial do vínculo de confiança na interação ego-alter entre a ordem jurídica constitucional e a ordem jurídica Kaingang –, o juiz reiterou sua falta de disposição diatópica na sentença, mesmo tendo acesso a estudo antropológico – mencionado expressamente no texto do produto de pretensa cognição exauriente – segundo o qual a pertença genealógica é um dado culturalmente construído com base em uma experiência religiosa, não sendo, portanto, passível de constatação empírica, mas apenas de identificação de sua duração e repercussão na comunidade mediante análises de fluxos sociais. Ora, em trecho da sentença, o magistrado viria a rejeitar a relevância de tais dados antropológicos com o argumento de que

[...] a forma como é apresentado esse discurso corresponde ao que se esperaria do líder político da Comunidade, encarregado de encaminhar suas reivindicações e lutas políticas [...]. mesmo que a crença da Comunidade seja sincera (parece realmente que há boa-fé na ocupação havida, já que a Comunidade é apoiada por intelectuais e por pesquisadores que procuram afiançar a tradicionalidade da ocupação ou, ao menos, dizer que é possível que seja terra tradicional ou que isso depende de mais estudos ou que o atual conhecimento não é conclusivo, etc), ainda assim apenas a sinceridade na crença ou na intenção da Comunidade não pode ser suficiente para desconsiderar pela força o direito dos demais proprietários da área, especialmente numa situação como a dos autos, em que a posse e propriedade pela cidade quanto àquela área estava historicamente consolidada, não sofrendo

¹³⁵ A relação aqui proposta entre instituições de ligação, hermenêutica diatópica e “costume jurídico como mal-entendido criativo” também pode ser enxergada no seguinte excerto da decisão do STF sobre a Petição 3388 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJE de 1º/07/2010), já transcrito em nota de rodapé anterior: “[...] o que Boaventura de Sousa Santos chama de ‘hermenêutica diatópica’, para dar conta do modo caracterizadamente cultural de interpretação dos direitos fundamentais. Metodologia interpretativa que, no caso dos indígenas, sedimentada na própria Constituição, nos orienta para fazer dos referidos ‘usos, costumes e tradições’ o engate lógico para a definição das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas”. Registre-se, mais uma vez, contudo, a antitransconstitucionalista omissão da ideia de “propriedade” no rol das “instituições de ligação” mencionadas pelo tribunal.

anteriormente qualquer espécie de questionamento histórico nem sendo objeto de disputas pretéritas pela posse e ocupação daquela área por Comunidades Indígenas.

Destacamos que se a mencionada presunção fosse assumida, não estaria, de pronto, garantido o direito dos Kaingang a obter o reconhecimento da “posse indígena” (ou muito menos de sua propriedade) nos termos da ordem jurídica estatal, o que, aliás, é reconhecido pelo próprio magistrado quando este afirma que, no conflito em questão,

de um lado, está a tutela do patrimônio ambiental, que é direito de todos (art. 225-caput da CF/88) e que tem nos remanescentes da Mata Atlântica um patrimônio nacional (art. 225-§ 4º da CF/88). De outro lado, estão a proteção ao patrimônio cultural nacional quanto à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (arts. 215-216 da CF/88) e o reconhecimento do direito originário das comunidades indígenas às terras que tradicionalmente ocupam (arts. 231-232 da CF/88).

Diante da descrição acima apresentada a respeito de um cotejo entre pretensões de obtenção de tutela do reconhecimento dos respectivos interesses (Jhering) pelo sistema jurídico, a mera comprovação do vínculo de tradicionalidade – fosse mediante a presunção acima sugerida, fosse na hipótese de obtenção de prova contundente – exigido pelo texto constitucional não seria suficiente para que se pudesse estabelecer, em abstrato, de maneira aplicável a qualquer situação concreta (inclusive a dos Kaingang), o direito das comunidades indígenas tradicionais a obterem o reconhecimento de seu direito de “posse indígena” pelo Estado brasileiro. Devemos, pois, desconstruir a argumentação do magistrado segundo a qual estaria dispensada a análise de

outras normas constitucionais relativas à cultura (arts. 215-216 da CF/88) e ao meio ambiente (art. 225 da CF/88), porque o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam tem autonomia constitucional (art. 231 da CF/88) e se sobrepõe aos demais direitos constitucionalmente reconhecidos. O art. 231-§ 2º da CF/88 não deixa dúvidas quanto a isso, dizendo que *"as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes"*. Então, examinando a verossimilhança do direito, esse Juízo deve se preocupar em analisar se a área do Morro do Osso parece ser uma terra tradicionalmente ocupada pelos índios Kaingang que a reivindicam.

Aqui, parece-nos, reside ponto central do caráter violento da argumentação do magistrado. Em termos sistêmicos, a distinção realizada mediante o conceito de “direito com autonomia constitucional” atribui sentido ao art. 231 da CF/88 e àqueles artigos que o magistrado distinguiu em relação a este (arts 215, 216 e 225 da CF/88), mas oculta o lado ao qual não atribui sentido. Ora, o magistrado, ao assumir o caráter absoluto do direito previsto no art. 231 da CF/88, o atrela a uma concepção de tradicionalidade extremamente rigorosa, a qual, devido às já mencionadas dificuldades probatórias, certamente resultará em decisão desfavorável aos Kaingang. De maneira compatível com a tese, compartilhada por Frank,

Esser e Kantorowicz, de que a decisão judicial é o resultado de seus resultados; o magistrado, no contexto de justificação de sua decisão, reconheceu toda a dignidade de “direito de autonomia constitucional” ao direito abstrato dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, mas, com toda a onipotência (denunciada por Kantorowicz) consubstanciada na discricionariedade em segundo sentido fraco (Dworkin) que sustenta o compimento à decisão, tinha como saber (contexto de descoberta) que tal direito em potencial se tornaria inócuo devido à inviabilidade de caracterização do enunciado fático da maneira por ele exigida. Não foi à toa, pois, que o juiz, a despeito de ter proferido uma decisão liminar e uma sentença deveras extensas, nem mesmo tentou construir uma sólida cadeia de sustentação argumentativa (o que, “ultima ratio”, pode ser lido como um excesso solipsista de obediência ao “steadyng factor” “responsibility for justice” e um correlato déficit de observância em relação aos fatores de estabilização “adversary argument by counsel” e “professional judicial office”) para justificar sua tese de que o direito previsto no art. 231 teria caráter absoluto e, por conseguinte, caracterizar como razoável o salto realizado em sua justificação (Peczenik). Este direito foi utilizado como mero álibi, cortina de fumaça (do direito/não-direito), definição que oculta sua outra face, dado que a resolução fundamental da questão foi dada pela espiral hermenêutica, à la Esser e Larenz, entre o enunciado jurídico assumido pelo magistrado quanto ao conceito de tradicionalidade (exigência de cumulatividade dos quatro requisitos lidos à luz de um contínuo passado-presente-futuro) e o enunciado fático de inexistência de provas científicas contundentes a respeito do estabelecimento pretérito dos Kaingang no Parque do Morro do Osso. De modo semelhante à situação da propriedade industrial analisada no tópico anterior, em que a possibilidade de consideração abstrata do conhecimento tradicional como insuscetível de patenteamento tinha, como outra face, a colocação desse conhecimento em domínio público, o que redundaria, por via transversa, em nova ameaça à integridade de sua autoreprodução; a caracterização do direito previsto no art. 231 da CF/88 como absoluto funciona como uma **armadilha epistêmica**, visto inviabilizar uma comprovação contundente dos requisitos para a recondução (justificação interna) do caso (premissa menor) à premissa maior de tal argumentação. Ademais, o traço vinculante de “tradicionalidade”, ao ser assumido de maneira drasticamente rigorosa, cumpre papel análogo ao requisito vinculante de “novidade” nos casos da “árvore neem” e do pó turmérico, em que, para fins de justificação retrospectiva do “hunch” decisório que determina discricionariamente o sentido do que é indecidível, se assumiu uma formulação deveras específica, segundo a qual um mínimo traço novo seria suficiente para implicar a viabilidade do patenteamento. Em outras palavras, os sentidos dos requisitos de “novidade da patente” e de “tradicionalidade da

habitação” poderiam, como visto, ter sido determinados de outras maneiras, mas, como nota Llewellyn (1960, p. 24 – tradução nossa), o “steadying factor” “one single right answer” reforça o caráter **quase** inconsciente da utilização das “doctrinal techniques”, de maneira a naturalizar a ocultação “dos rearranjos e da criação” (ou, poderíamos dizer, a discricionariedade em sentido fraco intrínseca a qualquer formulação de verdade) e até mesmo atrapalhar a própria reflexão sobre “os valores e custos relativos de quaisquer objetivos em conflito e das várias medidas disponíveis ou imagináveis” (LLEWELYN, 1960, p. 24 – tradução nossa).

Concluimos, pois, que tanto nos conflitos sobre patentes estudados por Teubner, quanto no conflito pelo Parque do Morro do Osso, a centralidade atribuída a um elemento conceitual (o requisito de novidade da patente para fins de caracterização da propriedade intelectual ou o requisito da tradicionalidade da habitação para fins de reconhecimento dos direitos de “posse indígena” e “usufruto”) desloca subrepticiamente o cerne do debate. Ora, ignora-se o problema da dupla fragmentação da sociedade global e deixa-se, assim, de analisar o conflito de fundo entre a diferenciação sistêmico-funcional e um princípio de integração (enraizamento) social, ou seja, entre os princípios de organização social regentes, respectivamente, da sociedade global policontextural e da cultura regional monocontextural – conflito este que revela o fato de ambas as situações-problema envolverem não há apenas uma diferença entre culturas jurídicas a respeito de noções como “propriedade” (intelectual ou não), mas também um policentrismo cultural em um sentido mais abrangente. Em outras palavras, realiza-se uma avaliação etnocêntrica (contexto de descoberta) que, em seu contexto de justificação, reconduz retrospectivamente o “hunch” inexoravelmente violento a formulações deveras específicas dos conceitos em questão.

Os conceitos, por serem distinções, se prestam a destacar as diferenças e orientar a argumentação no contexto do paradoxo entre variação e redundância, mas não oferecem, isoladamente, uma decisão, tampouco implicam deduções lógicas, e sim, apenas, mediante a construção de um metatexto que alimenta a redundância sistêmica, limitam as condições de êxito das operações e contribuem para o controle de erros, entendidos estes como desvios em relação a sentidos conceitualmente fixados, e não como erros lógicos. Contudo, o caráter indispensável dos conceitos para a preservação da autopoiese do sistema – sublinhado por Luhmann (2014, p. 277) ao afirmar que embora novas distinções possam ser introduzidas e antigos conceitos possam ser reformulados, refinados ou desconstruídos, a argumentação jurídica se torna

praticamente impossível sem os conceitos quando estes já tiverem sido elaborados e os textos jurídicos já os tenham utilizado – é utilizado como pretexto para que se possa conferir aos textos das decisões, com toda a “astúcia da razão dogmática”, uma aparência de objetividade e naturalidade mediante a redefinição dos conflitos sociais em termos jurídico-científicos abstratos. Ocultam-se, assim, a seleção prévia dos conteúdos decisórios (“hunches”) e, por conseguinte, como notado por Peczenik, os embates ideológicos (“in casu”, dado o caráter intercultural das matérias, seria até mais adequado falarmos em conflitos entre formas de vida, com seus respectivos jogos de linguagem e imagens de mundo) – ou, poderíamos dizer, na linguagem de Jhering e Heck, conflitos de interesses – que estão por trás das divergências conceituais.

Em um pertinente jogo de palavras de inspiração luhmanniana, podemos dizer que o magistrado do caso dos Kaingang, ao utilizar distinções em referência ao lado a que atribui sentido, ou seja, o lado incluído, mas não ao lado ao qual não atribui, isto é, o lado excluído, oculta algo a ser conhecido (algo que não foi significado não pode ser utilizado) e, assim, metalinguisticamente, reveste com uma capa de inclusão, explicitada no discurso de justificação, um discurso que, em seu contexto de descoberta, é excludente do Outro. Se assumirmos a semântica jus-humanista luhmanniana (mesmo sendo esta considerada por Neves como “restritiva”), a qual considera os direitos humanos como um expediente de inclusão do homem como pessoa nos sistemas funcionais da sociedade, de maneira a obstar violações escandalosas à dignidade humana, como no caso de deportações forçadas e expulsões (LUHMANN, 2004, p. 485); a fundamentação apresentada pelo juiz para expulsar os indígenas Kaingang do Parque do Morro do Osso é uma perfeita lição de como mesmo razões que se apresentem em uma linguagem aparentemente inclusiva podem ter efeitos excludentes, inclusive em relação a interesses (Jhering) formulados na linguagem de vãos de sentido a respeito do significante vazio “direitos humanos” – nas palavras do próprio Luhmann (2004, p. 486 – tradução nossa), “o direito positivo também pode ser utilizado para encobrir violações aos direitos humanos”¹³⁶.

“Ultima ratio”, Luhmann (2004, p. 487 – tradução nossa) considera que um critério adequado para a identificação de violações de direitos humanos pode ser a caracterização de

¹³⁶ Luhmann (2004, p. 485 – tradução nossa) justifica a adoção do que Neves chama de “semântica restritiva” com base na necessidade de evitar a banalização e a ideologização que tenderiam a atingir o discurso dos direitos humanos quando – com fundamento em um “conceito antropológico que atribui aos seres humanos em geral (independentemente de diferenciações culturais e regionais) um conjunto de necessidades e interesses materiais e espirituais, inclusive interesses referentes ao desenvolvimento pessoal e à auto-realização” – são entendidos como tais não apenas direitos de proteção, mas também direitos assistenciais, o que, segundo o autor alemão, equipararia indevidamente questões de “injustiça social” às “necessidades incondicionais de proteção” fundadas na dignidade humana que efetivamente deveriam ser albergadas pelo significante “direitos humanos”.

uma “assimetria de papéis fixos que são atribuídos por uma referência externa, a qual os trata como irreversíveis”. Aqui, podemos remeter a Boaventura Santos, que, em sua proposta diatópica, afirma que “todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença”, as quais podem, respectivamente, descaracterizar ou inferiorizar tais pessoas e/ou grupos. Na visão de Luhmann sobre o fenômeno, quando a assimetria de papéis transcende um sistema funcional específico, atravessando diversos sistemas funcionais, ofende-se a diferenciação funcional típica da sociedade policontextual; na leitura de Boaventura Santos, tratar-se-ia de uma situação de desrespeito ao segundo imperativo intercultural por ele proposto, segundo o qual “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. Não é à toa, pois, que Neves (2009, p. 292), com sua semântica jus-humanista mais abrangente, ao enfrentar típicas situações de exclusão, sente a necessidade de defender uma perspectiva de inclusão jurídica em que “a identidade jurídica de cada ordem vinculada à alteridade transconstitucional possibilita a universalização dos direitos, independentemente da eventualidade de ser membro ou não de uma determinada comunidade” – afirmação compatível não apenas com o primeiro imperativo intercultural formulado por Boaventura Santos (nos moldes do qual uma cultura deve ser lida de modo a maximizar a sua reciprocidade, ou seja, o reconhecimento do Outro), mas também com o segundo desses imperativos.

Diante de situações de violação como as descritas acima, abre-se espaço para a indignação, ou, poderíamos desconstrutivamente dizer, para uma irritação consistente na luta política pelo reconhecimento de interesses – no caso, a demanda multiculturalista de abertura ao Outro, expressão da postulação de Derrida (para quem aquilo que é excluído pelo Direito demanda inclusão mediante o discurso da justiça) por uma responsabilidade pela inexoravelmente violenta e irracional exclusão de um “alter” cuja alteridade sempre escapa da nossa resposta – na forma da linguagem dos direitos humanos, com seu apelo simultâneo a um elemento de identidade e a um elemento de diferença (Douzinas). Afinal, como Luhmann (2014, p 263 – tradução nossa) afirma, “o direito existente não se desenvolve ao redor de seus princípios, mas, sim, ao redor daquilo que parece excluído por tais princípios. O direito válido é modificado a partir do que deixa de lado”, ou, poderíamos dizer, dos interesses postergados, contexto em que “a tradição torna visível com clareza suficiente o que deveria ser decidido de outra maneira”. Esse entendimento, ao apresentar em seu cerne o paradoxo da distinção entre redundância e variação – a qual mostra que toda temática tem um outro lado, o qual não é

resultante da apresentação de razões piores ou de decisões sem fundamento (decisionismo), mas, sim, da demanda por um nível suficiente de variação em um sistema funcionalmente diferenciado (LUHMANN, 2014, p. 267) –, implica que as mencionadas irritações (ou indignações), como podemos depreender do pensamento de Luhmann, não pressupõem que se tenha uma forma precisa de determinação do que deve ou não ser aceito (ou, digamos, em um novo esforço desconstrutivo, de determinar se a formulação de verdade sobre um interesse postergado deve ou não ser recepcionada pelo sistema, de modo convencionalista, via “re-entry”, na linguagem do significante vazio “direitos humanos”). Ora, é justamente o fato de a validade e a argumentação estarem acopladas estruturalmente pelos textos selecionados pelo “law-conditioned official” – os quais possibilitam uma “auto-observação simplificada” (argumentar e interpretar só é possível quando já foram encontrados os textos pertinentes) – o que proporciona ao direito “uma coordenação de acordo com suas próprias estruturas, sem que com isso seja necessário fixar de antemão o número (e a designação) das operações necessárias para a reutilização de determinadas estruturas, para a citação de determinados textos, para lhes dar uma solução, para modificá-los”, em nome da justiça jurídica (LUHMANN, 2014, p. 241 – tradução nossa). De tal maneira, estaria equivocado quem, seguindo a tendência da retórica constitucionalista provinciana, considerasse que o problema da decisão do magistrado estaria na falha em executar devidamente um modelo de ponderação, como os de Alexy e Peczenik. Senão, vejamos.

Podemos, aqui, transpor à leitura da ponderação por Peczenik as críticas de Neves (2009, p. 272-4) ao modelo de Alexy, visto que a mencionada técnica assume uma noção radical de identidade ao pressupor os princípios como *prima facie* ilimitados. Segundo o professor brasileiro, “já *prima facie*, o direito de *ego*, fundado em um princípio, implica uma limitação do direito de *alter*, fundado no mesmo princípio, e vice-versa (p. ex., tipicamente, o direito fundamental de liberdade). Isso importa que não há apenas colisão entre princípios, mas também colisão intraprincípios, na alteridade básica do direito” (NEVES, 2009, p. 273-4). Tal colisão intraprincípios, “in casu”, envolve justamente a indecidibilidade sobre as concepções de propriedade/usufruto/posse, como ficou claro na divergência entre o magistrado e o membro do Ministério Público diante da experiência de alteridade decorrente da irritação gerada pelos Kaingang à ordem jurídica brasileira e, mais especificamente, a tais instituições de ligação. É inadequado, pois, imaginar que tais identidades possam ser superadas por uma identidade superior ponderadora, ou seja, um denominador comum que otimize princípios em conflito ou leituras contrapostas sobre o mesmo princípio. Ora, em verdade, a preponderância de um princípio “P₁” sobre um princípio “P₂” implica uma

“injustiça” em relação a “P₂”, assim como a preponderância de uma leitura “L₁” em relação a uma leitura “L₂”, ambas referentes ao princípio “P”, implica uma injustiça em relação a “L₂”. De tal maneira, o enfrentamento da inexorável tendência ao velamento (Heidegger) na qual incorreu o magistrado, com seu correlato efeito de fechamento etnocêntrico ao aprendizado por parte da ordem jurídica constitucional em relação à ordem jurídica local, não pode ser realizado mediante – para remetermos aqui à crítica de Luhmann, mencionada no tópico 6.3 deste trabalho – a subscrição de modelos de racionalidade substancial que assumem a justiça como um critério ético e aumentam a relevância do componente político-retórico no raciocínio de fundamentação das decisões para que possam oferecer discursos aprazíveis e coadunáveis com os valores socialmente aceitos, de maneira a simular uma unidade incompatível com a temporalidade do sistema jurídico – ou, como diz Luhmann (2004, p. 312 – tradução nossa), de modo a “apresentar inconsistência como consistência”. Em outras palavras, uma argumentação que remeta a razões fundamentáveis, elas próprias, em princípios (razões) reconhecidos no ambiente do sistema jurídico redundam em um excesso de heterorreferência violador de seu fechamento operacional e, por conseguinte, eventualmente, em decisões contrárias e contraditórias entre si (dado que um mesmo princípio do ambiente do sistema pode ser utilizado para fundamentar uma adjudicação para um lado ou para o outro). Ao contrário, a mencionada tarefa “heideggeriana” demanda a adoção de um modelo de alteridade que, para fins de processamento do paradoxo da colisão de direitos fundamentais (paradoxo cuja repressão ou sublimação mediante otimização tende a retornar de maneira bloqueadora ou destrutiva), preserve permanentemente a possibilidade de alteração da identidade de “ego” em face de “alter”¹³⁷. Luhmannianamente, o cumprimento dessa tarefa,

¹³⁷ Nesse sentido, é insuficiente, exemplificativamente, o “conceito fundiariamente extensivo” do “princípio da proporcionalidade” assumido pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJE de 1º/07/10). Tal premissa, segundo o entendimento do tribunal, consistiria em uma projeção da metodologia diatópica e seria necessária para neutralizar a “soma de um passado histórico de perseguição aos índios com uma hermenêutica jurídica da espécie restritiva. Esta, uma segunda subtração, constitutiva do que se tem chamado de ‘arma limpa’, por implicar um processo de dizimação sem derramamento de sangue”. A oposição entre tais formulações “restritiva” e “extensiva” foi sintetizada pelo tribunal no seguinte excerto da decisão: “se, para os padrões culturais não-índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, no sentido de que **somente** é dos índios o que lhes for não mais que o suficiente ou contidamente imprescindível à sua sobrevivência física”, já sob o visual da cosmogonia indígena a equação é diametralmente oposta: ‘dêem-se aos índios **tudo** que for necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) a reprodução de toda a sua estrutura social primeva”. Registre-se aqui, contudo, que não fica propriamente claro se a noção de “proporcionalidade” está sendo utilizada pelo STF: no sentido assumido por Alexy (2004) – ou seja, como uma máxima trifásica que contém em seu terceiro elemento uma “lei de ponderação” – ; ou como sinônimo de razoabilidade – à la, por todos, Zagrebelsky (1994), para quem este conceito pode ser entendido como um mandamento de igualdade (isonomia), racionalidade (coerência internormativa) ou equidade (no sentido de um ponto intermediário entre dois termos). De todo modo, a noção de “razoabilidade” também se insere no campo do que Neves entende por “retórica constitucionalista provinciana”, motivo pelo qual a “ratio” de sua crítica à ponderação é aplicável não apenas à primeira hipótese, mas também, “mutatis mutandis”, à segunda.

em uma tensão compatível com a temporalidade de um sistema jurídico no qual os princípios funcionam como fórmulas de redundância, envolveria um recurso simultâneo da argumentação, como comunicação interior ao sistema, e não como uma orientação direta por estímulos externos avaliada em matéria de êxito: por um lado, a um “andaime estrutural de referência”, ou seja, uma tradição de princípios, regras e doutrinas (elementos que possibilitam a redundância) que se atualiza a cada iteração operativa do sistema – contexto em que se deve perceber que a tendência ao velamento também pode ser visualizada na tomada de decisões desprovidas de consistência (as quais podem ser qualificadas, na linguagem sistêmica, como ofensivas a uma justiça especificamente jurídica), o que torna relevante a argumentação jurídica como mecanismo de reconhecimento e prevenção dos erros, entendidos estes como “indicadores operativos para a eventual injustiça do sistema” –; e, por outro, a “construções alternativas rejeitadas que [...] proporcionam a formação da criatividade jurídica do juiz” – ou, em outras palavras, a variação (LUHMANN, 2014, p. 262 – tradução nossa).

Consolidamos anteriormente, com o professor brasileiro, a premissa de que um sistema que hipertrofia sua redundância está a confiar exageradamente em seu potencial de racionalidade, o que, em verdade, significa ignorar irracionalmente a necessidade de uma abertura à irracionalidade das demandas radicais da justiça por-vir para fins de preservação da própria racionalidade. Não surpreende, pois, a conclusão de Neves (2009, p. 274) de que a aplicação do modelo de otimização no contexto da “relação entre identidades constitucionais radicalmente diversas pode levar não apenas a ilusões, mas também à paralisação ‘narcisista’ recíproca”, motivo pelo qual é mais adequada a assunção de uma postura de autocontenção – o que permite que remetamos aqui à proposta de Teubner e Fischer-Lescano sobre a autorestrição dos sistemas funcionais. Essa contenção, no contexto da dupla contingência, envolve a “capacidade de surpreender-se com os outros, na admissão de um futuro aberto, que não pode ser predefinido por nenhuma das ordens entrelaçadas no caso. É fundamental a disposição de procurar as ‘descobertas’ normativas dos outros, para fortificar a própria capacidade de oferecer solução para problemas comuns” (NEVES, 2009, p. 275). É uma disposição tal certamente é compatível: com a ideia de Panikkar (2006, p. 87-8) de que “o diálogo permite que o outro nos revele o nosso próprio mito”; com o modelo de equilíbrio reflexivo de Peczenik; com o autorreconhecimento do intérprete quanto à sua inexorável tendência ao velamento, conforme descrito por Heidegger; com a disposição dialógica imposta pelo fator de estabilização “professional judicial office”, nos moldes da formulação de Llewellyn; e com a “hipótese antropológica” – formulada de um ponto de vista externo à

própria moralidade de cada sujeito – segundo a qual a existência de valores básicos em cada cultura não impede a realização de um “esforço de comunicação de um sujeito através das fronteiras de sua própria cultura, o que permitiria a ele se dar conta de que também há algo ‘prima facie’ relevante na cultura estrangeira” (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 323 – tradução nossa).

Diante do exposto, retomando a argumentação do Ministério Público mencionada no tópico anterior, seria possível concordar com a qualificação da retirada liminar dos indígenas do Parque do Morro do Osso por determinação judicial como “atroz”? Embora toda a exposição realizada até então no presente tópico possa, aparentemente, conduzir a uma resposta afirmativa, consideramos, no estilo da indecidibilidade de Derrida, que não e que sim. Senão, vejamos.

Não, pois, como reconhecem, explícita ou implicitamente, Luhmann e Derrida, o entrelaçamento hierárquico Legislativo-Judiciário envolve inexoravelmente uma indecidibilidade entre vinculação e discricionariedade, cuja resolução, no aspecto compreensivo (contexto de descoberta), se dá necessariamente por um ato de violência constitutiva, um “hunch” (realistas estadunidenses/Esser), uma iteração, que transcende a calculabilidade e apenas apofântica, imperfeita e artificialmente pode ser reconstruído (contexto de justificação) em uma linguagem analítica compatível com a ideologia jurídica (equilíbrio reflexivo de Peczenik em sua dimensão restrita)/horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser) /romance em cadeia (Dworkin) /”legal doctrine” e “known doctrinal techniques” (Llewellyn) de uma dada tradição (Gadamer). Nesse sentido, reconhecemos, aliás – com base na tese de Peczenik de que as divergências conceituais são a face exposta de conflitos ideológicos ocultos e, portanto, formulações de verdade inexoravelmente violentas – , que a violência do magistrado não é necessariamente mais violenta do que nossa sugestão de revestimento analítico de eventual reconhecimento da tradicionalidade mediante recurso à analogia (no sentido de “known doctrinal technique”/norma de raciocínio/forma especial de argumento jurídico/modelo dogmático) e à convicção religiosa dos Kaingang por uma roupagem de presunção absoluta (ficção), figuras que podem ser reconduzidas às violentas artes interpretativas denunciadas por Kantorowicz como expedientes logocêntricos que fracassam em sua pretensão de conferir caráter lógico à determinação voluntarística do que, sistemicamente, podemos chamar de intervalo entre estrutura e operação. Ora, como visto, mesmo na nossa proposta o momento da reflexividade orientada por uma racionalidade transversal nos moldes dos “vasos comunicantes” pressupõe uma liberdade primária, de caráter aquiliano, que se manifesta voluntaristicamente como um “hunch”, até mesmo porque

o próprio transconstitucionalismo (e isso se aplica também ao “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e aprendizado), como direito moderno que é: surge de um ato injustificado de violência, e não de qualquer (pretensão) fundamento metalinguístico; e necessita, para existir e se manter, de uma “violência oculta, oriunda da sua própria linguagem ou forma de manifestação”, ponto em que se pode remeter à força de lei denunciada por Derrida (ARRUDA, 2012, p. 217)¹³⁸. De tal maneira, os tribunais constitucionais de uma ordem jurídica estatal como a brasileira, ao interagirem com uma ordem jurídica local extraestatal como a Kaingang, o fazem em um idioma e um estilo de linguagem próprios, o que gera uma verticalização – por menor que seja a diferença de competência no domínio do idioma, “a violência de uma injustiça começa quando todos os parceiros de uma comunidade não compartilham totalmente o mesmo idioma” (DERRIDA, 2010, p. 30) – na relação entre tais polos de força. Nesse sentido, toda reconstrução de costume local pelo sistema jurídico – o que vale para a proposta pelo juiz, para a tese defendida pelo Ministério Público e para a nossa sugestão –, devido à irreducibilidade de perspectivas (Teubner e Fischer-Lescano; Panikkar, Boaventura Santos), envolve sempre um “mal-entendido” e, por conseguinte, uma violência que é camuflada e reduzida, mas nunca dissolvida, pela dimensão analítico-conceitual utilizada para fins de enquadramento do fenômeno tradicional nos programas do direito estatal. Aliás, como reconhece Luhmann (2014, p. 268), em teor um tanto desconstrutivo, as razões, como elementos produtores de

¹³⁸ “A desfundamentação do transconstitucionalismo se entrelaça no idêntico momento da sua criação, da sua fundamentação, no mesmo momento do uso da força como força legítima, que justifica sua gênese, o transconstitucionalismo oculta a sua não justificação, o uso de uma violência não justificada para propagar o transconstitucionalismo. [...]. Haveria uma violência não prevista que daria condição à existência do transconstitucionalismo e, como já dito, se há uma violência legítima que o transconstitucionalismo recorre para se manter? Obviamente a aurora do transconstitucionalismo não é tão explícita como a aquisição da autonomia conquistada pelo direito e pela política. Não há uma revolução na atualidade que possa ser apontada como marco referencial do transconstitucionalismo, nem mesmo é seguro eleger a era da informação como progenitora. [...]. Não há um caso que possamos considerar como a origem do transconstitucionalismo, pois, ao o observarmos, não há uma única corte que possui a prerrogativa de ser transconstitucional. Pelo contrário, a indeterminação é a marca do transconstitucionalismo. Paralelo apropriado que podemos fazer é a comparação entre o transconstitucionalismo e o poder rizomático de Deleuze: nasce de forma desenfreada, impossibilitando o observador de acompanhar o exato instante de sua aparição. [...]. [...] como seria aquele momento instaurador do transconstitucionalismo, aquele caso que ou passaria despercebido por nós – e passaria a ser reproduzido - ou causaria um extremo impacto na sociedade? Pois já não falamos mais de leis globais ou de tratados que inauguram o transconstitucionalismo. O Prof. Marcelo Neves aponta o seguinte postulado: ‘é a sua relativa independência das formas de intermediação política’. Ocorre que esse momento, como nos adverte Derrida, no ato de fundar o direito – no caso do transconstitucionalismo, consistiria em uma nova operação do direito – “há ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador”. Seria o vazio do próprio fundamento do ato fundador. No segundo instante instaurador do transconstitucionalismo, o discurso encontra o limite nele mesmo, não é um discurso legítimo, ilegítimo, legal, ilegal, justo ou injusto. Não se configura como uma metalinguagem que asseguraria o poder performativo do discurso, não há uma deusa justiça que nos imponha a necessidade do transconstitucionalismo. O misticismo da origem sempre retornará quando pensarmos na razão do transconstitucionalismo [...]”. (ARRUDA, 2012, p. 217-20)

diferenças, são ordenações de ideias que justificam seus inexoráveis efeitos de exclusão (e é justamente por conta deste caráter excludente que elas precisam ser fundamentadas, de modo a evitar que sua avaliação como boas ou más seja arbitrária) ao remeterem a si mesmas e podem, mesmo que tidas como válidas, ser questionadas argumentativamente mediante o uso de distinções. De tal maneira, à luz da noção de justiça como contingência, fica sempre aberta a possibilidade de que uma solução (inexoravelmente excludente de “alter”) sugerida por uma dada razão fosse de outro modo (também inexoravelmente excludente de “alter”). Não à toa, pois, Luhmann (2014, p. 283) afirma que os conflitos de interesses envolvem um giro paradoxal, pois, em um nível, são decididos, mas, em outro, devido ao registro dos interesses postergados na memória do sistema como “possivelmente preferíveis”, são qualificados como indecidíveis.

Sim, pois, como afirma Derrida, ao destacar a diferença entre desconstrução e destruição, a justiça está sempre por vir (ou, na conjectura de Reale, consiste em uma tarefa infinita de revisibilidade e crítica contínua), mas existem injustiças que são melhores do que outras (ou, nas palavras de Llewellyn, antecipando o próprio Derrida, existem respostas melhores do que outras, mas não necessariamente uma única resposta que possa ser considerada correta). Nesse sentido, o “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e aprendizado, pois, como direito (calculável), não é a justiça (incalculável), mas, sim, uma mera conjectura simultaneamente plausível (Reale) e fracassada sobre a justiça que está sempre por-vir (Derrida). Não podemos, contudo, diferenciar qualitativamente esta e outras injustiças de modo abstrato e antecipado, dada a impossibilidade de que se responda simultaneamente à razão e pela razão – o que significa que nossa responsabilidade perante o Outro, considerada a especificidade de sua alteridade, é possível apenas como impossível. O fato de essa responsabilidade ser inexaurível é justamente o que a torna possível como uma responsabilidade infinita de contestação e questionamento contínuos, cuja “inesgotabilidade da responsabilidade em si pode ser uma fonte de vitalidade, pois envolve a contínua contestação e contra-contestação de normas e reivindicações” (THOMASSEN, 2008, 117 – tradução nossa). Dessa forma, uma demanda pelo aperfeiçoamento do justo – por um direito “melhor” (em vez de um direito meramente “bom” ou de um direito “perfeito”) que não se opõe à lei, visto já fazer, potencialmente, parte dela (THOMASSEN, 2008, p. 110) – que transcenda radicalmente os limites sistêmicos, indo às últimas consequências em busca da justiça por-vir, é desejável, ainda que submetida: às limitações iterativas impostas pela irreduzibilidade entre as janelas culturais de Ego e de Alter; e aos próprios compelimentos sistêmicos, que condicionam à adoção da linguagem funcionalmente diferenciada do direito a

“re-entry” das irritações geradas pelas formulações de verdade sobre o significante vazio “direitos humanos” dotadas da pretensão de institucionalizar juridicamente os interesses externos que giram em torno de tais vãos de sentido. Tal é o paradoxo dos direitos humanos identificado por Luhmann: as demandas das lutas por sua institucionalização não respeitam limites sistêmicos em sua retórica de identidade e diferença, mas precisam e, por conseguinte, procuram alcançar, de maneira inexoravelmente iterativa, positivação legislativa e efetividade jurisdicional.

A indecidibilidade expressa pela nossa resposta típica de uma justiça como fórmula de contingência, em que um “sim” bem que poderia ser de outro modo, ou seja, “não”, e vice-versa, torna-se ainda mais patente e profunda quando consideramos certo entendimento manifestado em sede de julgamento recursal sobre o caso aqui estudado, conforme faremos no próximo tópico.

7.3.3 Uma leitura desconstrutiva da fundamentação diatópica do voto do relator do agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal

A 4ª turma do TRF-4 julgou dois agravos de instrumento contrários à decisão liminar proferida pelo juízo de primeiro grau: o AI 2005.04.01.052760-4/RS, interposto pelo Ministério Público Federal, relatado pelo juiz federal convocado Marcio Antonio Rocha e julgado procedente por unanimidade em 2006; e o AI 2006.04.00.000388-0/RS, interposto pela Comunidade Indígena Kaingang, relatado pelo desembargador Edgard Lippmann Jr. e julgado procedente por unanimidade no ano seguinte. Restringiremos nossa análise sobre o posicionamento do mencionado órgão fracionário ao agravo de instrumento relatado por Marcio Antonio Rocha, visto que o voto de Lippmann Jr., ao relatar o AI 2006.04.00.000388-0/RS, apresenta essencialmente como fundamento uma transcrição das razões decisórias expostas no voto do desembargador federal no AI 2005.04.01.052760-4/RS¹³⁹.

¹³⁹ A apelação cível (2005.71.00.023683-6/RS) contra a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau no contexto da ação possessória foi julgada pela mesma turma, decidida em 2008 e relatada novamente por Edgard Lippmann Jr. (com relatoria do acórdão realizada pela Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler), desembargador federal que seguiu a orientação esposada nos dois agravos de instrumento, inclusive com a reprodução integral – “mutatis mutandis”, dado que, ao contrário do objeto dos dois agravos de instrumento, “não se está mais tratando de deferimento ou não de liminar possessória” – das razões decisórias expostas por Marcio Antonio Rocha no primeiro deles. Contudo, a 4ª turma do TRF-4, ao julgar a apelação cível, não acolheu o posicionamento de seu relator (Lippmann) e, por conseguinte, negou provimento ao recurso, de modo a quebrar a orientação assumida (redundância) nos dois agravos de instrumento anteriormente julgados pelo próprio órgão fracionário. Tal discrepância, de certo modo, pode ser explicada à luz do fator de estabilização “a known bench”, visto que o juiz federal convocado Marcio Antonio Rocha não participou da decisão sobre a AP 2005.71.00.023683-6/RS, a qual, como “group decision” (outro “steadyng factor”), envolveu uma votação não-

O juiz federal convocado encarregado da relatoria do AI 2005.04.01.052760-4/RS entende que o conflito pode ser resumido “ao desejo de dois grupos distintos firmarem em definitivo a posse e o uso da área em litígio” – o homem urbano, que tem protegido o Parque Natural do Morro do Osso desde a década de 80 contra tentativas de empreendedores de loterarem a área, e os Kaingang, que alegam ter a posse histórica do local. Segundo o membro do TRF-4, trata-se de mais um dos muitos conflitos de interesses (Jhering e Heck) que ocorrem há séculos devido à ocupação das terras indígenas mediante força física e política. Como se pode depreender de seu voto,

mudaram-se os argumentos (desenvolvimento, defesa ambiental, descaracterização das comunidades indígenas, etc.). Mudaram-se as armas, atualmente representadas por documentos, papéis, impressos, firmados pela nossa cultura, em processos administrativos ou judiciais, com apoio em estudos de doutos de toda ordem e com toda a espécie de convicção e interesse.

O juiz federal convocado lista o que considera como os principais argumentos da Administração do Parque Natural do Morro do Osso – “os indígenas desejam residir no local com ‘conforto e infra-estrutura’, ocasionando danos ambientais, em área de vegetação que não poderá fornecer cipós suficientes para a manutenção da comunidade indígena através do artesanato, e que a comunidade indígena não é aceita pela população do entorno e isso não é sadio para o grupo indígena” – e considera que tais elementos permitem a afirmação de que “eis aí a base da lide, novamente, a intolerância entre o homem civilizado e as comunidades indígenas. Tudo se repete como outrora”. O membro do TRF-4 considera que entre os interesses preservacionistas ambientais e os interesses indígenas, são estes que estão em situação periclitante, pois mesmo que, como alega a Administração Pública, a preservação do parque encontre respaldo no art. 11 da Lei Federal 9985/2000¹⁴⁰,

a defesa do meio ambiente não afasta necessariamente o homem e muito especialmente o índio. Aliás, nos termos do artigo, a presença de pessoas é justamente incentivada como forma de conhecimento e preservação consciente. É verdade que a área em questão pode vir a ter todas essas finalidades ditas pela Lei 9.985/00, no entanto, nenhuma delas afastaria a presença dos índios no local. Ao contrário, a ocupação indígena no local, caso venha a ser confirmada pela sentença no processo iniciado pela Comunidade, não inviabilizaria as pesquisas científicas, atividades de educação e interpretação ambiental, nem a recreação em contato com a

unânime, em que o debate entre posições opostas resultou, dessa vez, em uma modificação do entendimento do tribunal sobre a matéria (variação). Considerando que os fundamentos para a improcedência da apelação cível não apresentam maiores novidades em relação às razões expostas na sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, bem como que o voto vencido de Edgard Lippmann Jr. consiste essencialmente em uma reprodução do raciocínio do voto de Marcio Antonio Rocha no AI 2005.04.01.052760-4/RS; não estenderemos nossa análise ao acórdão referente à apelação cível.

¹⁴⁰ "Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico."

natureza e de turismo ecológico. Ao contrário se integraria a elas como vetor potencializador, caso harmonicamente estabelecido. Aliás, apenas para estimular o debate, atualmente, que ensino ambiental se daria no local sem a solução da lide? Seriam as crianças ensinadas de que ali existia reivindicação indígena sobre a área, e os índios foram [...] retirados do local pela polícia e pelo Poder Judiciário à pedido da Comunidade do entorno? Seria essa uma lição válida ou essa lição histórica deveria ser omitida? Mas pensarão as crianças, com a pureza que as autoridades perdem e que os interesses urbanos negam: - mas na floresta, pensávamos, não seria lógico existirem índios? Não é isso que vimos em desenhos animados e histórias? [...] se [...] caminha para esboroar de vez essa imaginária harmonia entre a mata e o homem-índio, impondo o encaminhamento de decisão integralmente contra os interesses da comunidade, que durante a longa permanência do processo, será privada, gravemente, da posse de bem que, conforme se vê à frente, pode de fato vir a lhe pertencer.

No entendimento do juiz federal convocado, a posse do município é fundada na “ficção jurídica do Parque do Morro do Osso”, parque este que, aliás, ainda não teria sido ainda estruturado nos termos dispostos pelo mencionado dispositivo legal. Ora, o parque deveria ter sido formado integralmente mediante desapropriação e atender à finalidade especificamente prevista no art. 11 da Lei 9985/2000. Contudo, só houve, até então, desapropriação parcial, sendo que “nos dados juntados não há sequer precisão da área desapropriada, havendo manifestação dúbia no sentido de que dos 127 hectares previstos para a implantação do parque, 57 já foram desapropriados, existindo outra passagem afirmando que “o território desapropriado [...] ainda é pequeno, com cerca de 27 ha, correspondendo a aproximadamente a ¼ da área prevista para a implantação”. Conclui, então, o relator que a área não cumpre os requisitos impostos pelo dispositivo legal, de modo que só tem sido tratada como uma

área preservada por ações de municípios, por algumas desapropriações, e muito pelas circunstâncias do mercado imobiliário que até outrora não logrou fatiá-lo. Não há prova nem indicativos de pesquisa científica no local, atividades permanentes de educação ambiental, ou outra atividade prescrita pelo artigo 11, da citada Lei. A área, como qualquer obra pública, se vê está, portanto, ainda em implantação, sujeita à carência de verbas, projetos e infra-estrutura, e embora possa ser considerada de valor ambiental, como de fato é, não mereceu até o momento a real defesa e destinação eficiente pelo Município Agravado.

Com base na premissa descrita no excerto, o relator afirma que a posse indígena, mesmo que não encontrasse lastro em indícios de ocupação histórica anterior aos esforços preservacionistas iniciados nos anos 80, não gera “ofensa a posse que se possa classificar ambientalmente relevante”. Não haveria, pois, por ora, dados os elementos disponíveis, uma qualidade significativamente distinta na posse dos indígenas e do município. O deferimento do pedido, contudo, teria sido evidentemente ofensivo à Comunidade Indígena, mormente ao se considerar que a “grande desproporcionalidade entre o tamanho das áreas pretendidas e

disponibilizadas pelo provimento” colocou os Kaingang em situação difícil em relação à sua subsistência. Segundo as palavras de teor desconstrutivo expostas no voto do juiz federal convocado, o Município de Porto Alegre teria incorrido em uma contradição que poderia ser lida como uma demonstração de que não estaria a se importar verdadeiramente com a situação dos índios, pois:

hoje de fato a comunidade Kaingang está sujeita a sobreviver, essencialmente, da venda de artesanato, feito com cipós, e talvez nenhuma das áreas [...] lhe daria condições de sobrevivência, segundo suas tradições e cultura. [...]. Soam demagógicos até aqui, os discursos, pomposamente ilustrados às folhas e folhas, de que a preocupação do município "abraça também a integridade da cultura indígena" (fls. 765). Ao contrário, elegantemente, "Preocupa-nos o fato de a população de porto-alegrenses que frequenta o Parque ser privada das atividades habitualmente realizadas no local, bem como do livre acesso a um dos poucos parques completamente preservado e fiscalizado dentro da malha urbana da cidade" (fls. 763). Sem grandes análises, não há como, nesse momento, imputar tal falta de áreas verdes aos índios, devendo cada qual assumir os ônus de suas ações passadas.

A tese central do voto ora analisado é a de que a resolução de um problema que fosse exclusivamente de preservação ambiental não deveria se dar mediante a retirada de comunidades potencialmente danosas, mas, sim, pela via da realização de um esforço (diatópico) de ambas as partes em prol da causa ambiental para substituir a postura conflituosa por um regime de ocupação compartilhada, o que seria proveitoso para o Município, para os Kaingang e para os demais cidadãos, bem como poderia concretizar as finalidades dispostas na Lei 9985/00. A tal respeito, vejamos o seguinte excerto do voto do relator da apelação cível:

No aspecto da permanência, percebe-se que a comunidade não está fazendo usos das águas naturais do local, utilizando-se de caminhões pipas e de banheiros químicos, não existindo curso d'água na área ocupada. A situação local permite contingenciamento dos efeitos da ocupação. O diálogo pode propiciar mecanismos mitigadores ou até a eliminação dos riscos ambientais, conforme se verifica dos relatórios juntados. [...]. Os munícipes, estudiosos, alunos das escolas públicas, podem vir a ter interesse em não apenas ter um local preservado, mas entrar em contato com uma comunidade indígena, pacificamente estabelecida, ouvindo delas lições de vida, histórias, conhecimentos da natureza, danças, cantos, enfim tradições de uma cultura diversa. Isso, no meu sentir, pode ser construído, desde que trabalhados os diálogos, ampliadas as visões de ambos os lados. A comunidade indígena pode também vir a abrir-se para a sociedade, colhendo os benefícios disso. Certo que a comunidade indígena ao ocupar o local transforma-o e não necessariamente para pior. Aliás a ocupação indígena consolida talvez a espécie de ocupação menos danosa. Toda ocupação apresenta ganhos e perdas, que também existem nas demais ocupações essencialmente urbanas e na transformação de áreas verdes em parques, onde não raro, se tem, v.g. a impossibilidade de frequência da própria população, frente as mazelas da pobreza, conviventes com espaços noturnos depredados, mal mantidos, e perigosos, freqüentados por toda sorte de delinqüentes, toxicômanos, desocupados, tornando essas áreas, por vezes, de pouca frequência, duvidoso aproveitamento e onerosa preservação. A ocupação indígena, corretamente conduzida, pode justamente mitigar tais males. Portanto, no embate

dos autos, penso, seja preciso ou permitido construir algo de novo [...]. A área em referência, não é exatamente Mata Atlântica, mas vegetação de transição (fls. 778), o que não lhe retira de todo modo a importância. A ocupação se faz em suas extremidades, e pode merecer medidas mitigadoras de possíveis danos na ocupação atual, podendo o juízo, se for o caso, determinar interditos que julgar conveniente, que não ser respeitados inclusive por ambas as partes como suposto do diálogo processual.

Outro aspecto assumido como central no voto aqui analisado foi a conclusão de estudos antropológicos juntados aos autos de que “a cultura Kaingang não se estabelece em terras que seus antepassados não habitaram” (mais uma vez, encontramos ecos da livre investigação científica de Gény como expediente empírico de justificação externa). De acordo com o voto do juiz federal convocado, seria demais exigir dos índios que convivessem com o sentimento de que uma terra desse tipo existe e é o seu lugar, mas que eles não podem lá viver porque “a intolerância, os processos administrativos e judiciais do homem civilizado não o permitem”. Por tal razão, seria, na posição tribalística, necessária a inversão do ônus probatório a respeito do caráter de tradicionalidade do Parque do Morro do Osso – de maneira um tanto semelhante ao que sugerimos –, mormente pelo fato de existirem indícios a tal respeito, consubstanciados nas manifestações dos antropólogos como testemunhas nos autos, e pela circunstância de que a cultura e a tradição dos Kaingang conferem valor determinante à memória oral coletiva. Vejamos, a respeito da possibilidade de inversão do ônus da prova, o seguinte excerto do acórdão:

ou provamos nós, especialmente para nós mesmos, e também aos índios, que esses não estiveram lá com seus antepassados, ou, na dúvida, abrimos mão (e isso nos é tão sofrido), como eles o fizeram em favor de nós até aqui, de disputar algo que em última análise, abstraídas as leis que criamos, não nos pertenceria. Esse aliás o conceito constitucional que permeia o reconhecimento dos direitos indígenas. [...]. Ao contrário, enquanto o homem civilizado e seus representantes públicos não alcançarem a compreensão da irrenunciabilidade do direito de sobrevivência dos remanescentes da cultura indígena, não procedendo antecipada e voluntariamente os estudos que a nossa cultura reclama para aceitar a presença indígena, têm as comunidades o direito de se estabelecer nas terras onde razoavelmente (como é o caso) se verificou a presença no passado. Não são as comunidades indígenas que devem aguardar nossos processos de ocupação de suas terras, nós é que devemos aguardar o resultado de nossos próprios processos administrativos e judiciais para afirmar que as comunidades não apresentam os direitos que alegam. Essa a regra a se estabelecer quando não existir riscos de graves lesões, como é o caso.

Na posição do juiz federal convocado, as pesquisas antropológicas que o caso demanda, a despeito de essenciais para a tomada de decisão em sede de sentença, não podem servir de óbice à permanência provisória dos indígenas no Morro do Osso. Assim, “enquanto se realizam as pesquisas processuais, não há justificativa para que a Comunidade Indígena

seja privada de sua posse local, sendo legada a aceitar sofregamente os ônus de nossas fórmulas processuais”.

Após a descrição dos elementos centrais do voto ora analisado, podemos afirmar que tal posicionamento apresenta teor diatópico ao: valorizar a relação dos Kaingang com a mata situada no Morro do Osso, a qual nunca poderá ser plenamente compreendida por nossa cultura; revelar sensibilidade ao caráter etnocêntrico de nossas fórmulas e trâmites burocráticos e processuais, as quais se configuram como violentas em relação a uma outra cultura quando são impostos a esta; fomentar a adoção de uma postura diatópico-hermenêutica entre as próprias partes e uma correlata subscrição de um regime de ocupação compartilhada; e sugerir a introdução de uma variação no sistema na forma da admissão da inversão do ônus da prova em um caso de conflito intercultural¹⁴¹.

No entanto, ao afirmarmos que esse voto poderia ilustrar a indecidibilidade derridariana do sim/não que descrevemos no tópico anterior, não pretendíamos meramente destacar a potencial viabilidade de duas respostas contrapostas (a do juízo de primeiro grau e a do relator da apelação cível), e sim, principalmente, a inexorável insuficiência potencial de ambas as respostas. Ora, assim como nossa sugestão de conversão da convicção religiosa dos Kaingang em presunção absoluta da existência do vínculo de tradicionalidade é fruto de uma violência

¹⁴¹ Note-se, aliás, que o juiz federal convocado, ao apreciar monocraticamente o pedido de efeito suspensivo formulado pelo MPF via AI, indeferiu inicialmente o pleito, com fundamento: nas razões presentes na decisão liminar proferida pelo juízo de 1º grau, especialmente devido à “situação de hostilidade no local da ocupação” e “à fragilidade da área ocupada, local de preservação ambiental”; e – obedecendo ao “steadying factor” “an opinion of the court” em dois precedentes da 4ª Turma do TRF-4 (AI n. 2004.04.01.056527-3/PR, Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI, DJU de 17/08/2005; e AI n. 2004.04.01.030075-7/RS, Des. Federal EDGARD A LIPPMANN JUNIOR DJU de 19/01/2005) nos quais o órgão fracionário entendeu que “não havendo evidências de ocupação indígena clara”, seria “cabível, como medida acautelatória, o deferimento da liminar em interdito possessório”. Registre-se, contudo, que tais precedentes, apresentam diferenças significativas em relação ao caso sob análise, o que torna, no mínimo, questionável a sua observância. Ora, os dois julgados referem-se a conflitos entre indígenas e pessoas naturais, bem como que foi comprovado: no primeiro dos casos citados, o fato de o registro da terra disputada em nome de seus proprietários ter sido realizado mais de trinta anos antes; e, no segundo caso, o dado de os particulares já serem possuidores do território em questão por mais de quarenta anos. Talvez percebendo a necessidade de realizar um “distinguishing”, o magistrado, demonstrando obediência ao fator de estabilização “adversary argument by counsel” (e, mais especificamente, uma postura de abertura diatópica), ao apreciar pedido de reconsideração elaborado pelo MPF, decidiu atribuir efeito suspensivo ao recurso até o julgamento no plenário do TRF-4. Ao fundamentar essa decisão, o juiz argumentou que: ao conceber seu despacho inicial, estava convencido quanto aos contornos do conflito de valores em questão, bem como quanto à adequação da preservação dos efeitos da medida liminar à necessária preservação de tais valores; mas, ao reconsiderar a matéria, percebeu que “o conflito que admiti, talvez seja estabelecido mediante direcionamento do pensamento apenas sob uma forma de raciocinar a questão. Destarte, pensando em outros aspectos da lide, vejo que a ocupação da área data de 09.04.2004 [...] e as providências liminares nas ações de interdito proibitório e na ação ordinária, cuidaram de acautelar os interesses envolvidos, tanto no sentido da questão indígena quanto na questão ambiental, não permitindo no aspecto a ampliação de possíveis danos. Percebo outrossim, que em regra não é a permanência de índios na área que resultará em dano ambiental, apenas se for o caso, afasta o acesso do cidadão residente no município, sem ofensa à preservação ambiental. A periclitación de interesses, no momento, dá-se em função da determinação de desocupação da área, e o manejo da situação aí existente. O perigo ambiental não se mostra demonstrado, sendo o dano ambiental presumivelmente, no mais das vezes, causado pela nossa, e não pela cultura indígena”.

primária; a formulação de verdade do membro do TRF-4 favorável aos indígenas, ainda que possa ter sido submetida a um momento de reflexividade orientado por uma racionalidade transversal nos moldes dos “vasos comunicantes”, esconde um “hunch” inexoravelmente violento. Senão, vejamos.

Faz-se, inicialmente, pertinente retomarmos algumas ideias de Frank, para quem uma fundamentação desprovida de um enunciado que expressasse um valor pessoal não seria uma explicação completa do processo decisório. Segundo o autor estadunidense, os juízes, em regra, não explicitam tais juízos pessoais de valor como fundamentos determinantes de suas decisões, mas, sim, veiculam racionalizações que escondem os valores pessoais tomados em conta no processo decisório. Por tal motivo, Frank afirma que a justificação das decisões não costuma expressar propriamente o processo pelo qual os magistrados chegaram à decisão, ou seja, o seu contexto de descoberta. Estabelecidas tais premissas, consideramos que esse é justamente o momento de, desconstrutivamente, especularmos sobre o contexto de descoberta da decisão ora analisada exatamente com base em pistas presentes no próprio contexto de justificação da decisão judicial (e não, como queria Frank, de modo psicologista, mediante uma avaliação da biografia do juiz). De tal maneira, poderemos buscar justamente os enunciados axiológicos subscritos pelo magistrado e não explicitados, como expedientes de justificação externa, no texto decisório.

No fundo, enquanto o art. 11 da Lei 9985/00 e o art. 231 da CF/88 funcionam, no contexto de justificação explícito no texto decisório em análise, como cernes de sua premissa maior; é possível, desconstrutivamente, à la Oliphant, afirmar que o trecho da decisão mais adequado a dar uma pista da efetiva “ratio (?) decidendi” fidedigna ao “hunch” do julgador é aquele em que o magistrado afirma que “abstraídas as leis que criamos”, os territórios habitados por comunidades indígenas “não nos pertenceriam”. Não à toa, pois, o magistrado, ao escrever que “não são as comunidades indígenas que devem aguardar nossos processos de ocupação de suas terras, nós é que devemos aguardar o resultado de nossos próprios processos administrativos e judiciais para afirmar que as comunidades não apresentam os direitos que alegam”, qualifica tal fórmula como a “**regra** a se estabelecer quando não existir riscos de graves lesões, como é o caso”. Com base nessa pista, conjecturamos que o julgador, em seu contexto de descoberta, teria tido como inspiração pré-compreensiva de seu “hunch” decisório uma perspectiva ideológica semelhante à sintetizada no primeiro imperativo intercultural proposto por Boaventura Santos – segundo o qual uma cultura deve ser lida de modo a maximizar a sua reciprocidade, ou seja, o reconhecimento do Outro –, a qual figuraria, pois, “ultima ratio”, como a motivação primeira da decisão ora estudada.

Devemos agora atentar para a seguinte perplexidade: embora a justificação interna de uma decisão seja exposta como um raciocínio linear que absorve os argumentos componentes da justificação externa como desdobramentos do elemento inicial da premissa maior, os pré-conceitos que condicionam e possibilitam o “hunch” do resultado decisório, quando transpostos para modelos analíticos de fundamentação como os de Alexy e Peczenik, assumem a forma de expedientes de justificação externa típicos da argumentação prática geral (argumentação moral em sentido estrito). Em outras palavras, a compreensão jurídica não começa pelo enunciado “inicial” da premissa maior da justificação interna, mas, sim, é deflagrada pelo entrelaçamento hermenêutico entre dois elementos. O primeiro deles, dotado de caráter fático, é uma constatação que poderia ser reformulada retrospectiva e analiticamente da seguinte maneira: “O Município de Porto Alegre não provou ser falsa a alegação da Comunidade Indígena Kaingang de que seu povo tem um vínculo histórico de habitação com o território do Morro do Osso” – chamemos tal formulação precária de “PMePr” (premissa menor precária). O segundo elemento, de caráter volitivo, é influenciado pela pré-compreensão do “law-conditioned official”, precede a consideração dos textos normativos e, caso fosse apresentado analiticamente, consistiria em um componente da justificação externa da decisão, a ser apenas retrospectivamente recepcionado por sua justificação interna¹⁴². Trata-se de um enunciado axiológico semelhante ao primeiro

¹⁴² Alexy (2001, p. 271; 30) entende que “[...] as formas da argumentação prática geral são a base da argumentação jurídica. [...] a argumentação jurídica pode ser vista como uma forma especial de argumentação prática geral que é requerida por motivos práticos gerais, estruturalmente dependente de princípios práticos gerais e exigindo argumentação prática geral, e que ocorre em formas especiais, segundo regras especiais, e em condições especiais, sendo, portanto, particularmente poderosa e portanto, não redutível à argumentação prática geral. [...] Existe a opinião de que argumentos especificamente jurídicos e argumentos práticos gerais devem ser combinados em todos os níveis e aplicações [...]. Essa interpretação, [...], que pode ser rotulada de ‘tese da integração’, é a que adotamos aqui”. Ao abordar especificamente o papel da argumentação prática geral como expediente de justificação externa, Alexy (2001, p. 267) afirma que esse tipo de argumentação pode ser exigível em cinco tipos de situação: a justificação de premissas normativas necessárias para a saturação das diferentes formas de argumento, aspecto a respeito do qual, especificamente no que concerne aos cânones de interpretação, o professor alemão menciona a viabilidade de que argumentos práticos gerais sejam articulados com argumentos teleológicos e/ou argumentos sistemático-conceituais, chegando a afirmar que, no caso destes últimos, a articulação com outros tipos de argumentos, especialmente os práticos gerais, é necessária e racional; a justificação de uma escolha entre diferentes formas de argumento que conduzem a diferentes resultados; a justificação e a comprovação de proposições da dogmática; a justificação de um “distinguishing” ou de um “overruling”; e a justificação direta de afirmações usadas na justificação interna. Tais situações nem sempre podem ser resolvidas meramente mediante a utilização da argumentação dogmática e/ou da argumentação por precedentes, mesmo que combinada(s) com enunciados empíricos e com formulações das normas jurídicas vigentes. Por essa razão, Alexy conclui que “ultima ratio”, a argumentação prática geral é necessária para a fundamentação da aplicabilidade de argumentos dogmáticos ou argumentos fundados em precedentes. Ao aprofundar o conteúdo dessa afirmação no que se refere aos argumentos dogmáticos, Alexy esclarece que não considera os enunciados da dogmática como dogmas no sentido convencional. Ora, tais elementos não são irrefutáveis e têm conteúdo normativo, motivo pelo qual sua fundamentação e sua comprovação dependem da argumentação prática geral. Segundo o professor alemão, enunciados dogmáticos precisam ser comprovados sistematicamente em dois sentidos: a comprovação sistemática em sentido estrito, que se refere às relações lógicas entre o enunciado a ser comprovado, os demais enunciados dogmáticos e as

imperativo intercultural proposto por Boaventura.

Assumidas as premissas acima consolidadas, suponhamos, em um exercício de idealidade, que o juiz federal convocado se propusesse a converter analiticamente o seu “hunch” do modo mais fidedigno possível, ou, em outras palavras, a enunciar, no contexto de justificação decisória, exatamente o ocorrido no contexto de descoberta da decisão, justamente como queria Frank. Nesse caso, a transposição da mencionada premissa diatópica ao âmbito específico do conflito aqui em questão resultaria, em uma primeira fase (e aqui fazemos uma distinção meramente analítica e artificial entre duas fases, dado que, hermeneuticamente, elas estão entrelaçadas), na sequência de saltos abaixo reproduzida¹⁴³:

“EA”: “dado um conflito intercultural; deve-ser a leitura de cada uma das culturas envolvidas da maneira que maximizar a sua reciprocidade (reconhecimento) em relação à outra”.

“EA₂”: “dado um conflito jurídico intercultural; deve-ser a substituição do provincianismo constitucional estatal típico da leitura dominante sobre a cultura jurídica brasileira por uma postura diatópico-hermenêutica que não submeta o reconhecimento jurídico do Outro exclusivamente aos critérios estabelecidos pela ordem constitucional do Estado brasileiro.

“EA₃”: “dado um conflito territorial entre um ente estatal brasileiro e uma comunidade indígena que afirme ter um vínculo histórico de habitação com a terra em questão; deve-ser a abstração das normas estatais que tornem excessivamente difícil o reconhecimento da titularidade do objeto da disputa à mencionada comunidade”.

“HuC”: “Dado o fato de o Município de Porto Alegre não ter provado ser falsa a alegação da Comunidade Indígena Kaingang de que seu povo tem um vínculo histórico de

formulações das normas assumidas como vigentes; e a comprovação sistemática em sentido amplo, que diz respeito à relação, aferível à luz de enunciados práticos gerais, entre, de um lado, os enunciados normativos a fundamentar com base nos enunciados normativos a comprovar, e, de outro, os enunciados normativos justificáveis com base nos demais enunciados dogmáticos e formulações das normas assumidas como vigentes. Não é à toa, pois, que Alexy chega a enunciar uma regra de fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos segundo a qual estes, quando questionados, devem ser fundamentos com base em pelo menos um argumento prático geral. Segundo Alexy – citando Luhmann e sua atribuição à dogmática de uma função de acréscimo de complexidade no que concerne à abordagem de textos – , assumida tal premissa, é possível que, dada a possibilidade discursiva de diversos enunciados práticos gerais (cada um deles inspirado em convicções normativas distintas), resultados muito diferentes sejam fundamentados com base nos mesmos enunciados dogmáticos. Em sentido semelhante, Peczenik, como visto no capítulo 4 deste trabalho: ao compreender a doutrina como atividade descritiva-enquanto-normativa, considera que toda divergência dogmática em verdade tem por trás uma divergência axiológica; e admite que “a justificação jurídica contextualmente suficiente é sustentada por premissas como [...] juízos axiológico-jurídicos, referentes, exemplificativamente, à certeza jurídica, à justiça, à razoabilidade, etc” (PECZENIK, 2008, p. 129 – tradução nossa).

¹⁴³ Onde: EA = enunciado axiológico; e HuC = “hunch” conclusivo.

habitação com o território do Morro do Osso; deve-ser o reconhecimento da titularidade da terra em questão à mencionada comunidade indígena”.

Dadas as regras do jogo de linguagem jurídico em que o magistrado, como “law-conditioned official”, está envolvido (e que não deixa de influenciar, devido ao condicionamento da compreensão pela pré-compreensão, o próprio “hunch” precário antecipatório de sentido), não lhe basta formular, como regra-base a fundamentar a sua decisão, uma precária enunciação geral e abstrata rigidamente semelhante ao enunciado individual e concreto “HuC” (também dotado de caráter precário), do tipo “dado o fato de, no contexto de um conflito territorial entre ambos, um ente estatal não ter provado a inexistência de um vínculo histórico de habitação entre a terra em questão e uma comunidade indígena; deve-ser o reconhecimento da titularidade da terra em questão à mencionada comunidade”. Ora, se, por um lado, “in casu”, o “caput” e os §§ 1º e 2º do artigo 231 da CF/88, ao contrário do que aparentam os modelos analítico-argumentativos de justificação interna, não são o ponto inicial do raciocínio jurídico, a partir do qual seriam realizados desdobramentos lineares até que se alcançasse a formulação mais específica de PMA¹⁴⁴; por outro, o(s) (a)

¹⁴⁴ Precisamos aqui fazer algumas ressalvas sobre essa suposta linearidade nos modelos de Alexy e Peczenik. É bem verdade que tal linearidade, consideradas as obras desses dois autores, é apenas aparente. Especificamente em relação ao professor alemão, essa conclusão pode ser depreendida de sua afirmação de que a argumentação dogmática, dependendo do seu vínculo com a argumentação prática geral, terá um caráter racional ou enganador. Em outras palavras, o vínculo entre a argumentação prática geral e a argumentação dogmática, para Alexy (2001, p. 257-8), é condição necessária para que esta seja racional, qualidade que se desnatura em enganação quando o recurso à dogmática deixa de ser usado como um instrumento de determinação de direito em questões de razão prática (morais). Se, como visto na nota de rodapé anterior, Alexy admite ser possível que, dada a possibilidade discursiva de diversos enunciados práticos gerais (cada um deles inspirado em convicções normativas distintas), resultados muito diferentes sejam fundamentados com base nos mesmos enunciados dogmáticos (e aqui devemos registrar que, para Alexy, enunciados dogmáticos consistem em enunciados normativos dotados de uma base primária de caráter moral); parece-nos, pois, que o professor alemão também reconhece o caráter primário de um “hunch” moral quanto ao âmbito da compreensão jurídica, de maneira que a justificação interna assume um caráter eminentemente retrospectivo. Discordamos, contudo, de Alexy (2001, p. 257-8) quando este opõe uma argumentação dogmática racional a uma argumentação dogmática enganadora, entendida esta como um uso da dogmática para “ocultar as verdadeiras razões de uma decisão ou para prover programas autônomos para a tomada de decisões”, ponto em que ele critica as “justificações ilusórias” e as petições de princípio. Essa afirmação parece revelar que Alexy, a despeito de ser explícito quanto ao fato de não acreditar em uma metodologia que conduza apoditicamente uma decisão jurídica a um resultado irrefutável, acredita na possibilidade de que se garanta a qualidade racional dos argumentos morais que dão origem ao “hunch” decisório e são utilizados como expedientes de justificação externa. Ademais, o autor perde de vista o fato de que o déficit hermenêutico entre o “hunch” decisório (contexto de descoberta) e a fundamentação retrospectiva (contexto de justificação) torna inexorável que toda decisão, em alguma medida, como afirma Derrida, nos moldes da dinâmica iterativa do rastro, seja contraditória e oculte razões. Obviamente, nossa leitura de Derrida como um autor desconstrutivo-constutivo não retira das afirmações de Alexy o potencial de incrementar criticamente a qualidade das justificações judiciais, mas apenas ressalta a necessidade de que se registre o caráter necessariamente fracassado da busca por uma justiça-por-vir, a qual não pode ser satisfeita pela razão, dado o fato de ser impossível que se responda simultaneamente por esta e a esta. Nesse sentido, falta a Alexy reconhecer explicitamente o caráter inexoravelmente violento de toda tomada de posição jurídica e o cunho logocêntrico de toda justificação correlata, o que de nenhuma maneira significa desconsiderar o potencial

horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia/“steading factors” impõe(m) ao magistrado a utilização de materiais autorizados como tais dispositivos em sua fundamentação – como ocorre naquilo que Golding chamou de “modelo Frank-Hutcheson”, inicia-se com o resultado e depois se busca encontrar proposições de direito e de fato que se coadunem com esse resultado. De tal maneira, como é típico do raciocínio abduutivo (Peirce) subscrito por Kaufmann, o “hunch” decisório sobre o problema cuja perplexidade se pretende desvendar, após ser violentamente alcançado (contexto de descoberta) nos moldes descritos na sequência de saltos acima apresentada, demanda, na condição de um resultado decisório precário (“HuC”) desprovido de uma teoria pré-concebida, a formulação de uma (hipó)tese obtida por abdução, entendida esta como um movimento incerto “através” de uma regra (Kaufmann). Tal movimento consiste em uma cogitação de que o resultado (“HuC”) obtido para a situação-problema (assim como, por conseguinte, a sua contraparte geral e abstrata de caráter precário) possa ser explicado (analogicamente, no sentido de Kaufmann) como a consequência da caracterização de um caso de uma regra geral mais abrangente, ou seja, por uma (hipó)tese teórica reflexivamente obtida, e não, de maneira explicitamente violenta, pela subscrição de um enunciado axiológico (“EA₃”), ou seja, de uma tese resultante de uma antecipação de sentido. Essa abdução, ao ser fundamentada, exige um esforço retrospectivo – que pode ser orientado pela noção de equilíbrio reflexivo – em sede de justificação externa, no contexto do qual são apresentados os elementos analógicos heurísticos referentes às experiências pretéritas consideradas relevantes pelo “law-conditioned official” para cumprir sua tarefa de estabelecer o vínculo entre o enunciado fático e a hipótese formulados.

da reflexividade como uma busca incansável por “injustiças melhores do que outras”. A despeito de a teoria de Peczenik apresentar diversos pontos de convergência com a de Alexy – não apenas pelo fato de ambas serem qualificáveis como teorias dialógicas da argumentação jurídica, mas especialmente pela contínua colaboração entre os autores, com destaque para a elaboração conjunta de critérios de coerência mencionada no capítulo 4 deste trabalho –, consideramos que a proposta do autor polonês se aproxima um pouco mais do espírito desconstrutivo. Desconstrutivamente, podemos afirmar que o próprio texto em que Alexy formula, em conjunto com Peczenik, critérios de coerência, dado o caráter de circularidade da proposta coerentista do professor polonês, tende a configurar uma contradição com a crítica do professor alemão às petições de princípio. Em outras palavras, o texto que Peczenik e Alexy escreveram em conjunto revela um potencial desconstrutivo latente na obra do “logocêntrico” Alexy. Por outro lado, esse texto, dada a pretensão racional da tarefa de formulação de critérios analíticos de coerência, também explicita um logocentrismo comum a ambos os autores. Reiteramos (!), contudo, em uma análise metadesconstrutiva, que o professor polonês, contraditória (tentativa de responder pela razão) e coerentemente (tentativa de responder à razão), ao mesmo tempo, assume, desconstrutivamente, a circularidade como limitação do potencial da razão e formula, construtivamente, os mencionados critérios. É justamente esse entrelaçamento desconstrução-construção o que nos estimula a explorar o potencial crítico do pensamento do professor polonês, que, a despeito de seu compromisso com a ciência e com a razão: admite que as divergências dogmáticas são sempre, no fundo, divergências axiológicas, ou, em outras palavras, consistem em frutos de uma violência originária; e subscreve a circularidade da justificação coerentista, o que implica uma admissão implícita do caráter de petição de princípio de toda fundamentação – tese explicitamente presente na obra de Teubner (1989, p. 22).

O decisor, em sua tentativa de tentar configurar um salto “razoável” que permitisse a caracterização de sua tese resultante de uma antecipação de sentido (a qual, em verdade, como visto na primeira sequência de saltos, equivale a “EA₃”) como o produto de uma confirmação racional de uma hipótese (que sabemos ser fruto de uma formulação retrospectiva), afirmou, em sede de justificação externa, que “o conceito constitucional que permeia o reconhecimento dos direitos indígenas” é o de que o território em disputa, “abstraídas as leis que criamos, não nos pertenceria”. Tal afirmação de que a abstração das normas da ordem jurídico-constitucional brasileira implicaria a titularidade da terra pelos indígenas tem caráter descritivo-enquanto-normativo e parece implicitamente revelar a subscrição, como expediente de justificação externa, não apenas, como supracitado, de uma perspectiva diatópico-hermenêutica que rejeita o provincianismo cultural estatal típico da leitura dominante sobre a cultura jurídica brasileira, mas também da tese do indigenato¹⁴⁵. Esta teoria preleciona que os índios seriam os titulares primários das terras por eles ocupadas, o que qualificaria os seus direitos sobre elas como preexistentes à ordem constitucional brasileira e, por conseguinte, reconhecidos (e não criados ou outorgados) por esta. Não seria outro, pois, o sentido adequado da expressão “direitos originários” presente no “caput” do art. 231 da CF/88. Na leitura do magistrado, o fato de tais direitos serem “originários” implica um outro passo descritivo-enquanto-normativo, qual seja, a desoneração dos indígenas quanto à necessidade de produzir provas a tal respeito. Essa desoneração é reforçada, na justificação externa da decisão, pela via de dois outros argumentos. O primeiro deles é um argumento empírico fundado em estudos antropológicos segundo o qual “a cultura Kaingang não se estabelece em terras que seus antepassados não habitaram”¹⁴⁶. O segundo argumento, em verdade, consiste

¹⁴⁵ Essa afirmação de que “abstraídas as leis que criamos, os territórios habitados por comunidades indígenas não nos pertenceriam” poderia encontrar justificação externa na tese – subscrita pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJE de 1º/07/10), referente à demarcação da Raposa Serra do Sol – do indigenato, elaborada por João Mendes Júnior, inspirado, por sua vez, no Alvará Régio de 1º de abril de 1680 e na Lei de 6 de junho de 1755, diplomas normativos que, desde antes da formação do Estado brasileiro, reconheciam a peculiaridade da posse indígena em relação à posse em sentido geral, sem, contudo, que os índios tenham encontrado nos órgãos judiciais, durante todos esses séculos, uma proteção efetiva do que a legislação colonial a eles assegurava. Segundo essa tese, o direito à posse indígena, dado o fato de os índios serem os senhores primários e originais das respectivas terras, é constitucionalmente reconhecido, e não meramente outorgado. Trata-se, pois, de direito qualificável como “originário” (conforme se depreende da própria terminologia presente no ‘caput’ do art. 231 da CF/88), o que não apenas lhe confere um maior nível de proteção constitucional quando comparado ao nível de proteção de direitos outorgados, mas também configura o ato de demarcação como dotado de natureza declaratória (e não constitutiva) de uma situação jurídica ativa preexistente. A despeito de tal julgado do STF ser de 2010, ou seja, posterior à decisão sobre a apelação cível ora analisada (2008), a tese do indigenato é muito mais antiga, tendo sido, inclusive, citada por Nelson Jobim no julgamento do já mencionado RE 219983/SP, 1998).

¹⁴⁶ Aqui, faz-se pertinente a reprodução da seguinte afirmação de Alexy (2001, p. 225: “Toda uma série de procedimentos pode ser usada na justificação de premissas empíricas. Estes vão desde métodos das ciências empíricas até máximas de presunção racional às regras que têm o encargo de prova num processo”.

em uma combinação de dois expedientes de justificação em torno do programa finalístico veiculado pelo art. 11 da Lei 9985/00: de um lado, um argumento empírico vinculado a máximas da experiência ordinária segundo as quais as crianças têm uma expectativa de que haja índios na floresta e os “municípes, estudiosos e alunos das escolas públicas podem vir a ter interesse em não apenas ter um local preservado, mas entrar em contato” com as lições de vida de uma comunidade indígena; e, de outro, o uso do cânone da interpretação teleológica no contexto dos objetivos legalmente atribuídos ao instituto jurídico do “parque nacional”¹⁴⁷.

Devemos notar que todos os mencionados expedientes de justificação externa apenas se tornam juridicamente relevantes, mediante pretensa conversão técnica em um construído (“re-entry”) reconduzido aos arts. 231 da CF/88 e 11 da Lei 9985/00, devido a uma escolha necessariamente violenta realizada pelo magistrado. Tal movimento revela um manejo de “known doctrinal techniques”, “violentas artes interpretativas” de camuflagem da vontade (Kantorowicz), com o propósito de caracterizar retrospectivamente uma suposta convergência entre seu “hunch” e os materiais autorizados em questão. Podemos aqui, com base em Alexy (2001, p. 257-8), remeter à distinção entre justificações dogmáticas puras – nas quais “a conclusão a ser justificada segue unicamente de proposições dogmáticas juntamente com formulações de normas válidas e afirmações empíricas” – e justificações dogmáticas impuras – em que “são requeridas proposições práticas gerais acima e além disso”, o que configura um “relacionamento direto entre dogmática e argumentação geral prática”. “In casu”, a justificação externa apresentada pelo magistrado aparenta se pretender uma justificação dogmática pura, visto articular premissas empíricas e proposições conceituais sem explicitar argumentos morais em sentido estrito. Consideramos, contudo, que se trata de uma argumentação dogmática impura, visto que, em verdade, a violência constitutiva de todo “hunch” decisório envolve inevitavelmente um elemento moral. Em outras palavras, toda argumentação dogmática é impura, ou seja, apresenta um “relacionamento direto entre dogmática e argumentação geral prática” – ideia, aliás, que parece presente tanto nos textos de Alexy (2001, p. 267) quanto nos de Peczenik (2008, p. 129).

Dando seguimento à nossa suposição de que o magistrado desejasse transpor ao contexto de justificação de sua decisão, de maneira fidedigna, o ocorrido no respectivo contexto de descoberta, a segunda fase do raciocínio respectivo – relativa ao aproveitamento,

¹⁴⁷ Nas palavras do “caput” do art. 335 do CPC, “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. Na redação do NCPC, o “caput” do art. 375, suprimindo o trecho que qualificava (ou pretendia qualificar) o expediente em questão como subsidiário, dispõe que “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

em sede de estrutura inferencial, das premissas retrospectivamente formuladas via justificação externa – poderia ser expressa pela sequência de saltos abaixo¹⁴⁸:

“PMA₁”: dado um conflito territorial entre um ente estatal e uma comunidade indígena que ocupe tradicionalmente o território em questão; deve-ser o reconhecimento dos correlatos direitos originários de “posse permanente” e do “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” à comunidade indígena (art. 231, caput c/c § 2º, da CF/88).

“PMA₂”: dado um conflito entre, de um lado, uma comunidade indígena cuja cultura rejeita a ocupação de terras que seus antepassados não habitaram e que afirme ser habitante tradicional do território em questão, e, de outro, um ente estatal que pretenda ou não qualificar essa terra como um Parque Nacional; deve-ser a abstração das normas estatais que tornem excessivamente difícil o reconhecimento dos correlatos direitos originários de “posse permanente” e de “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” à comunidade indígena (art. 231, caput c/c § 2º, da CF/88).

“PMA₃”: dado um conflito entre, de um lado, uma comunidade indígena cuja cultura rejeita a ocupação de terras que seus antepassados não habitaram e que afirme preencher, em sua relação com o território sob disputa, os requisitos constitucionais de habitação em caráter permanente, utilização para suas atividades produtivas, imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessidade para a sua reprodução física e cultural (art. 231, §1º, da CF/88), e, de outro, um ente estatal que pretenda ou não qualificar a terra em questão como um parque que concretize o objetivo de “preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico” (art. 11 da Lei 9985/2000); deve-ser o reconhecimento, à comunidade indígena, de um direito a tratamento excepcional diante da norma processual segundo a qual o ônus da prova cabe a quem alega (art. 333 da Lei 5869/73 – Código de Processo Civil¹⁴⁹) no que concerne à proteção dos direitos preexistentes à ordem jurídica brasileira de “posse permanente” e do “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (art. 231, caput c/c § 2º, da CF/88).

¹⁴⁸ Onde: PMA = premissa maior.

¹⁴⁹ “Art. 333 - O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.” A redação desse dispositivo foi reproduzida no art. 373, incisos I e II, da Lei 13105/15 – Novo Código de Processo Civil.

“P_{Ma4}”: dado um conflito territorial entre, de um lado, uma comunidade indígena cuja cultura rejeita a ocupação de terras que seus antepassados não habitaram, e, de outro, um ente estatal que, pretendendo ou não qualificar o território em questão como um parque que concretize o objetivo de “preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico” (art. 11 da Lei 9985/2000), não tenha provado que o objeto da disputa não preenche os requisitos de habitação pela comunidade indígena em caráter permanente, utilização para suas atividades produtivas, imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessidade para a sua reprodução física e cultural (art. 231, §1º, da CF/88; deve-ser o reconhecimento dos correlatos direitos preexistentes à ordem jurídica brasileira de “posse permanente” e do “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” à comunidade indígena (art. 231, “caput” e § 2º, da CF/88).

“P_{Ma5}”: dado um conflito territorial entre, de um lado, uma comunidade indígena cuja cultura rejeita a ocupação de terras que seus antepassados não habitaram, e, de outro, um ente estatal que, sem ter provado que o objeto da disputa não preenche os requisitos de habitação pela comunidade indígena em caráter permanente, utilização para suas atividades produtivas, imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessidade para a sua reprodução física e cultural (art. 231, §1º, da CF/88), pretenda ou não qualificar o território em questão como um parque que “tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico” (art. 11 da Lei 9985/2000); deve-ser o reconhecimento dos correlatos direitos preexistentes à ordem jurídica brasileira de “posse permanente” e do “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” à comunidade indígena (art. 231, “caput” e § 2º, da CF/88).

“P_{Ma6}”: dado um conflito territorial entre, de um lado, uma comunidade indígena cuja cultura rejeita a ocupação de terras que seus antepassados não habitaram, e, de outro, um ente estatal que, sem ter provado que o objeto da disputa não preenche os requisitos de habitação por aquela comunidade indígena em caráter permanente, utilização para suas atividades produtivas, imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessidade para a sua reprodução física e cultural (art. 231, §1º, da CF/88), pretenda

ou não qualificar o território em questão como um tipo de parque cujos objetivos (art. 11 da Lei 9985/2000) têm sua satisfação condicionada à habitação de índios no local; deve-ser o reconhecimento dos correlatos direitos preexistentes à ordem jurídica brasileira de “posse permanente” e do “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” à comunidade indígena (art. 231, “caput” e § 2º, da CF/88).

A estrutura inferencial exposta nos parágrafos anteriores permite que formulemos a (hipó)tese (“H”), obtida pela via de uma abdução que – se iniciando pelo estabelecimento de um vínculo gerado pelo que traduzimos como uma sequência de saltos entre enunciados axiológicos entre, de um lado, “PMePr” (antecedente de “HuC”), e, de outro, o consequente de “HuC” – realiza um movimento através de “Pma” e resulta em um “legal interpretative jump” da tese “EA₃” (na linguagem de Esser, questão de valoração; na terminologia de Teubner, questão de justiça extrajurídica) ao enunciado jurídico “Pma₆” (na linguagem de Esser, questão de conhecimento; na terminologia de Teubner, questão de justiça especificamente jurídica). Vejamos, pois, qual a formulação dessa (hipó)tese: “Considera-se tradicionalmente ocupada por uma comunidade indígena cuja cultura rejeite a ocupação de terras que seus antepassados não habitaram aquela terra da qual essa comunidade afirme ser ocupante tradicional, pretendendo ou não um ente estatal qualificar esse território como um tipo de parque cujos objetivos (art. 11 da Lei 9985/2000) têm sua satisfação condicionada à habitação de índios no local, desde que tal ente não tenha provado que a terra em questão não preenche os requisitos de habitação por aquela comunidade indígena em caráter permanente, utilização para suas atividades produtivas, imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessidade para a sua reprodução física e cultural (art. 231, §1º, da CF/88)”.

Em um movimento típico de uma espiral, notemos que embora “Pma₆” e “H” tenham se originado, via abdução, com base em “PMePr”, a formulação do enunciado fático (“PMe₂”) da justificação interna ora analisada pressupõe a existência daquele enunciado jurídico e da (hipó)tese (“H”) que lhe é correlata. Podemos, pois, com base em “Pma₆” e/ou em “H”, formular uma correlata premissa menor (“PMe₂”) com base na sequência abaixo:

“PMe”: “O Município de Porto Alegre, que pretende qualificar o Morro do Osso como um tipo de parque cujos objetivos (art. 11 da Lei 9985/2000) têm sua satisfação condicionada à habitação de índios no local; não provou que a Comunidade Indígena Kaingang, a qual rejeita, por razões culturais, a ocupação de terras que seus antepassados não habitaram, não

preenche, em sua relação com o objeto da disputa, os requisitos de habitação por aquela comunidade indígena em caráter permanente, utilização para suas atividades produtivas, imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessidade para a sua reprodução física e cultural (art. 231, §1º, da CF/88)

“PMe₂”: A Comunidade Indígena Kaingang é ocupante tradicional do território em questão.

Perceba-se também que “H” – (hipó)tese cuja formulação se submete, à luz do (a) horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia/“legal doctrine”, a um “teste de plausibilidade” e a uma correlata “lógica de descoberta” (Hanson e Simon), segundo a qual a exigência de fundamentação das decisões judiciais implica uma contínua e reflexiva revisão do contexto de descoberta (Alexy) – é um caso de “PMa” formulado para explicar teórico-conceitualmente, dado “PmePr” (antecedente de “HuC”), o conseqüente de “HuC”, ou seja, as próprias conseqüências de “H” (ali formuladas de maneira precária). Nesse contexto, “HuC” é o elemento condutor do processo decisório, no qual “Pma₆” funciona como uma razão componente de uma justificação retrospectiva que viabiliza, como um “legal interpretative jump”, a obtenção de uma conclusão tradutora (“re-entry”) do vínculo entre o antecedente de “HuC” (“PmePr”) e o seu conseqüente para o jogo de linguagem jurídico e seu (sua) correspondente horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia/“legal doctrine”. O resultado dessa tradução é a substituição de “HuC” por um vínculo deôntico em que “PMe₂” figura como antecedente e uma enunciação refinada da conseqüência de “H” – ou seja, o conseqüente de “Pma₆” – figura como conseqüente, conforme podemos visualizar na seguinte formulação conclusiva, que optamos por chamar de “R”: “Dado o fato de a Comunidade Indígena Kaingang ser ocupante tradicional do território do Morro do Osso; deve-ser o reconhecimento dos correlatos direitos preexistentes à ordem jurídica brasileira de ‘posse permanente’ e do ‘usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes’ à mencionada comunidade indígena (art. 231, “caput” e § 2º, da CF/88)”.

Diante do exposto, “H”, visto ser reformulada retrospectivamente com o propósito de, pela via de um movimento através de PMa, viabilizar a tradução de “HuC” em uma norma individual e concreta (“R”) compatível com o jogo de linguagem jurídico, não é propriamente uma (hipó)tese obtida mediante um raciocínio linear, mas, sim, em moldes típicos de uma petição de princípio, uma premissa que já é, desde o início, determinada por sua conseqüência, ou seja, pela própria conclusão do que raciocínio que se presta a embasar.

Remetemos, aqui, a Teubner (1989, p. 17), para quem estão equivocados aqueles autores que, como “ginastas do direito”, buscam enfrentar a “essência auto-referencial do direito mediante uma constituição desta questão como um problema de ‘paradoxos do pensamento jurídico’, e não do próprio direito”¹⁵⁰. O professor alemão discorda da qualificação, realizada por estes “ginastas”, da relação entre auto-referência e paradoxo como uma falácia constitutiva do pensamento humano, bem como rejeita a possibilidade de que essa suposta falácia possa ser enfrentada mediante uma manobra intelectual que restabeleça a consistência do pensamento jurídico. Ora, a perspectiva dos ginastas pressupõe uma proibição da circularidade no pensamento jurídico: “Doutrina jurídica, teoria do direito e sociologia do direito estão de acordo em rejeitar a circularidade argumentativa como logicamente inadmissível, sendo os argumentos circulares banidos por qualquer delas como ‘petitio principii’” (TEUBNER, 1989, p. 18)¹⁵¹. Contudo, os subscritores de tal perspectiva não percebem que “é a própria realidade do direito, e não somente o pensamento sobre o direito”, que apresenta um caráter paradoxal

¹⁵⁰ A lógica dos “ginastas do direito” foi descrita pelo autor no seguinte excerto: “O problema resume-se então em desenvolver uma técnica intelectual suscetível de erradicar definitivamente os paradoxos do pensamento jurídico: ‘o principal método de resolução do problema consiste em elaborar distinções’. [...] ‘Se estamos empenhados em dotar os nossos princípios jurídicos de uma consistência mínima, então imperioso se torna desenvolver uma construção intelectual ou uma teoria apta a resolver tais antinomias’ (Fletcher). Tiremos respeitosamente o nosso chapéu ao otimismo destes juristas e à respectiva crença na ‘consistência como princípio jurídico supremo’. Mas quem garante que esses ‘ginastas intelectuais’ do direito não acabarão eles próprios, afinal, entapados numa ‘hierarquia labiríntica’, nessa caminhada de um nível para um meta-nível e deste a um novo meta-meta-nível, ou não acabarão mesmo por regressar ao seu ponto de partida, graças a uma qualquer audaciosa acrobacia mental realizada fora do próprio sistema? A verdade é que Fletcher torna provavelmente o caminho mais simples, ao atribuir os paradoxos a puros erros intelectuais”. (TEUBNER, 1989, p. 17). Dentre esses ginastas, Teubner (1989, p. 17) cita também Hart e Ross. Desconstrutivamente, contudo, consideramos que Ross, contraditoriamente, reconhece de maneira implícita que o direito consiste em uma realidade circular. Fundamentamos esse entendimento: 1) na assunção, por Ross, de uma concepção semântica de validade e de uma correlata rejeição à dualidade ser/dever-ser; 2) na correlata percepção, pelo professor escandinavo, de que julgar com base em textos legais ou de decisões judiciais, por um lado, equivale performativamente a reconhecer que tal julgamento está vinculado e condicionado ao sentido atribuível a tais estruturas, mas, por outro, paradoxalmente, pressupõe que tal sentido seja conferido justamente pelo ato de sua aplicação pelo magistrado; e 3) no conseqüente reconhecimento, pelo teórico realista, da necessidade de um (digamos) ato judicante discricionário no primeiro sentido fraco para fins de determinação do sentido de uma disposição legislativa (ou de um precedente) que se pretenda vinculante, o que compreendemos, em outras palavras, como um vislumbre, ainda que precário, daquilo que viria a ser sistemicamente descrito como um entrelaçamento hierárquico entre os níveis de linguagem da fonte do direito vinculante (lei ou precedente) e da decisão judicial a ela vinculada. Aliás, em outro movimento desconstrutivo, podemos dizer que o próprio Teubner (1989, p. 22), ao elogiar Ross e Hart – ainda que com a ressalva de que suas iniciativas consistem em “ilustrações particulares e pontuais” diante da natureza circular da realidade do direito – por terem, ao estudar a estrutura auto-referencial das normas jurídicas, se aproximado daquilo que a teoria dos sistemas assumiria como uma “insistência sobre os ‘paradoxos reais’”, reconhece que o professor escandinavo, de certo modo, estava no caminho certo.

¹⁵¹ Exemplificativamente, Teubner (1989, p. 22) registra que a Sociologia do Direito se restringiu a estudar a circularidade segundo uma lógica de relações de “feedback” entre direito e sociedade. Ademais, ele critica a falta de estudos sobre os “paradoxos reais” (notadamente quanto à “estrutura circular da relação entre norma jurídica e fim normativo no contexto da interpretação normativa”) por parte da teoria da argumentação, com menção expressa a Alexy, o que nos permite depreender que o teórico sistêmico poderia perfeitamente ter citado a rejeição deste autor (2001, p. 257-8) às petições de princípio (ALEXY, 2001, p. 257-8) como exemplo de pensador que, equivocadamente, considera logicamente inadmissível a circularidade argumentativa.

originado pela auto-referência: “Auto-referência, paradoxos e indeterminação constituem problemas [...] da realidade dos sistemas sociais e não meros problemas de reconstrução intelectual dessa mesma realidade. [...]. Os [...] componentes do sistema jurídico – ações, normas, processos, identidade, realidade jurídica – constituem-se [...] de forma circular e estão ligados [...] circularmente [...]” (TEUBNER, 1989, p. 18). Com o cuidado de registrar que não está a defender a “aceitação pura de argumentos circulares (o que apenas poderia desembocar em tautologias sem sentido ou em puros bloqueamentos gnósicos)”, Teubner (1989, p. 18; 20) explica que sua proposta de modelo heurístico consiste no deslocamento do mencionado problema paradoxal, anteriormente qualificado como uma questão intelectual (erros de pensamento), para o âmbito da práxis jurídica: “Essa forma de apreender a auto-referência, nas suas dinâmica e potencialidade intrínsecas, traduz-se, assim, num salto para uma nova e audaciosa postura epistemológica, assente no postulado de que ‘a realidade possui, independentemente mesmo do conhecimento humano e da sua apreensão cognitiva, uma estrutura circular’ (Luhmann)”.

Como afirmam Radbruch e Kantorowicz, com a subscrição de Esser – que, aliás, é elogiado por Teubner (1989, p. 22) por ter, ainda que de modo “particular e pontual”, abordado a questão da circularidade ao estudar o círculo hermenêutico –, a decisão judicial – com seus expedientes logocêntricos que fracassam em sua pretensão de conferir caráter lógico à determinação voluntarística do que, sistemicamente, podemos chamar de intervalo entre estrutura e operação – é o resultado de seus próprios resultados. Luhmann, por sua vez, denunciou precisamente o fato de a argumentação racional, na condição de observação de segunda ordem não ter como garantir e/ou demonstrar logocentricamente a correção de uma resposta jurídica, mormente diante da indecidibilidade revelada pelo fato de que decisões opostas, na práxis tribunalícia, são justificadas com raciocínios “de qualidade equiparável”, frequentemente caracterizadas por um excesso de heterorreferência que, ao remeter a princípios do ambiente do sistema jurídico, viola o seu fechamento operacional. Nesse particular, podemos, aliás, notar que a decisão judicial ora analisada, ao entrelaçar o argumento empírico vinculado à experiência ordinária sobre a expectativa das crianças pela presença de índios na floresta e o uso do cânone da interpretação teleológica no contexto dos objetivos legalmente atribuídos ao instituto jurídico do “parque nacional”, incorre (ecoando uma politização do direito formal à la Pound e sua engenharia social) nesse tipo de postura. Ora, o magistrado prestou-se a determinar o sentido do mencionado programa finalístico mediante a realização de juízos sobre consequências decisórias exteriores ao sistema (ao invés de perpetrar exclusivamente juízos sobre consequências decisórias interiores ao sistema, ou

seja, consequências jurídicas, de modo a respeitar o caráter específico da racionalidade do direito-sistema) dependentes de fatos posteriores à decisão e, por conseguinte, de uma prognose empírica de que a quebra da mencionada expectativa: inviabilizaria a consecução dos objetivos de “recreação em contato com a natureza” e das “atividades de educação e interpretação ambiental”; e, nas palavras presentes na fundamentação decisória, iria de encontro ao incentivo à “presença de pessoas como forma de conhecimento e preservação consciente”. Nesse contexto, fatos posteriores assumem caráter determinante para a qualificação de uma conduta como lícita ou ilícita, de maneira a deixar em aberto a questão sobre a justificabilidade futura das expectativas e, portanto, gerar uma indeterminação e uma complexidade insuportáveis para um sistema que se pretende autopoietico.

A argumentação jurídica tampouco teria como oferecer um método infalível que conduzisse as observações de primeira ordem a resultados uniformes, dado que, como vimos no estudo do caso em questão, a pré-compreensão do “law-conditioned official” (elemento que buscamos, de maneira necessariamente fracassada, traduzir acima mediante a apresentação de enunciados axiológicos) serve como condição e limite linguístico para o precário “hunch” conclusivo (“HuC”) que conduz o desenrolar do processo decisório até a obtenção de seu resultado refinado (“R”).

Por outro lado, como bem entende o próprio Luhmann, a argumentação, alimentando-se da variedade dos diferentes casos, conserva o potencial de: oferecer orientações que estabeleçam uma expectativa de “comportamento satisfatório” – contribuindo, assim, para excluir a arbitrariedade; e de ordenar a complexidade crescente do sistema jurídico (mormente por possibilitar a este reagir às irritações sem a necessidade de uma revisão total de suas operações), o qual precisa preservar o seu fechamento operacional sem perder de vista sua heterorreferência. Nesse contexto, os textos normativos, a despeito de sua relativa indeterminação, restringem, devido às próprias regras do jogo de linguagem jurídico, as possibilidades operativas (contribuindo, pois, para a redundância do sistema) ao estabelecerem o acoplamento validade-argumentação. Não foi outro o motivo pelo qual, “in casu”, o julgador sentiu a necessidade de remeter a esses textos, ainda que seu “hunch” pré-compreensivo tenha, como é inexorável, se antecipado a eles. Ora, como Luhmann explica, os textos normativos são aceitos como razões suficientes para uma tomada de decisão jurídica, na qual se realiza um processo interpretativo de racionalização – mediante uma argumentação (observação de segunda ordem) que recorre a regras interpretativas, como as “normas de raciocínio” (Peczenik), as “known doctrinal techniques” (Llewellyn) e os “modelos dogmáticos” (Reale) – posterior dos textos assumidos como referência e, mais

especificamente, da determinação do sentido que, pré-compreensivamente, se atribui a estes como obra do legislador (sem, contudo, que se precise, para tanto, remeter a uma vontade legislativa) – o que fica claro, “in casu”, pela nossa análise dos expedientes de justificação externa apresentados pelo magistrado.

Podemos notar, com base nas afirmações acima, que a argumentação, ao oferecer razões, destautologiza o símbolo da validade, qualifica uma compreensão específica como superior a outra e se fundamenta mediante cadeias recursivas de auto-sustentação. Tais cadeias, em seu “andaime estrutural de referência” paulatinamente construído pelas operações sistêmicas e suas iterações, oscilam entre a tradição de elementos que possibilitam a redundância (“*steadying factors*”) – os quais funcionam como uma razão em si mesma que se fortalece a cada aplicação (reiteração) e impõe limitações ao rol de possibilidades decisórias – e as construções alternativas rejeitadas que proporcionam ao juiz uma espécie de “criatividade jurídica” (variação) – as quais podem viabilizar o questionamento argumentativo de uma razão até então tida como válida. Para consolidar esse tipo de fundamentação, a dedução lógica, como operação do sistema jurídico que institui a forma “logicamente cogente/logicamente errado” ao cumprir as suas funções de organizar a redundância, canalizar irritações, facilitar a identificação de erros e redirecionar a fundamentação decisória em direção contrária a estes, serve para que se possa realizar uma manipulação que viabilize, retrospectivamente, a violenta adjudicação pretensamente inequívoca para um lado ou para o outro dessa forma – o que, como Luhmann faz questão de ressaltar, de maneira alguma significa que a dedução lógica deva ser compreendida como irrelevante ou completamente prejudicial ao processo decisório. Nesse contexto, embora o outro lado do lógico seja o ilógico, o outro lado da razão, como conjectura Luhmann (2014, p. 245 – tradução nossa), não seria propriamente uma não-razão, mas, sim, o “valor de reflexão” que torna possível a contingência de todo o fundamentável, ou inclusive, que expressa a não-fundamentabilidade de todo fundamento”, de maneira a tornar “possível que se reflita sobre o paradoxo do fundamentar”, paradoxo este que a argumentação e as teorias sobre ela invisibilizam mediante a distinção entre boas razões e más (ou “não tão boas”) razões. Invisibilizar esse paradoxo, contudo, envolve uma confusão, qual seja, aquela causada pelo fato de que os critérios para o reconhecimento de boas ou más (“não tão boas”) razões também precisam ser fundamentados com base no próprio constructo da razão, “à qual se atribui a propriedade de se poder fundamentar a si mesma”, dado que “a razão é racional: ela é seu próprio predicado” (LUHMANN, 2014, p. 245 – tradução nossa).

A argumentação oferece razões que, qualificando a si mesmas como “boas razões”

(“razões razoáveis”), configuram uma interpretação particular como preferível perante outra, contexto em que a fundamentabilidade de tais fundamentos é assentada na própria razão, considerando que esta coloca a si própria em jogo. Sabemos, contudo, que o entrelaçamento hierárquico entre níveis de linguagem, reconhecido pela própria teoria dos sistemas, torna inviável que se responda simultaneamente à razão e pela razão – não é à toa que a concepção luhmanniana de argumentação, pressupondo o fechamento operacional do sistema jurídico, substitui a relevância da qualidade das razões e de seu êxito pelo destaque à sua função, qual seja, a de destautologizar o símbolo da validade (no que se faz essencial a distinção entre redundância e variação), contexto em que o argumentar se configura como um acontecimento de um sistema complexo, em que se forma um feixe em volta de certos textos, sem, porém, que haja uma linha diretiva manifesta, sem hierarquias e sem uma teleologia do sistema como um todo. Por tal razão (!), toda determinação normativa envolverá um elemento de indecidibilidade que só poderá ser solucionado, “ultima ratio” (!), por uma violenta determinação iterativa.

O entrelaçamento hierárquico que enseja a petição de princípio como elemento constitutivo da decisão jurídica torna impositivo que se reconheça, desconstrutivamente, que o potencial de racionalidade de uma justificação que se pretenda obediente aos compelimentos sistêmicos só pode ser construtivamente aproveitado de modo entrelaçado, nos moldes coerentistas das cadeias de sustentação recíproca (Peczenik) – o que, em alguma medida, é semelhante à afirmação de Luhmann segundo a qual as razões utilizadas na argumentação, “tanto nos casos individuais, como no momento de seu descobrimento, [...] devem estar referidas a uma rede de considerações que as sustentem” (LUHMANN, 2014, p. 249 – tradução nossa). Notemos, contudo, que, no caso ora estudado, há, curiosamente, uma contradição performativa na assunção de “PMa₆” e da correlata (hipó)tese (“H”), a qual pode ser visualizada propriamente quando notamos que o desdobramento linear de “PMa” a “PMa₂” pressupõe a conversão da sequência de saltos entre os enunciados axiológicos “EA”, “EA₂” e “EA₃” em um expediente de justificação externa. Como visto, aqueles enunciados axiológicos prescrevem, em nome de um imperativo intercultural oposto ao provincianismo constitucional estatal, que a ordem jurídica estatal brasileira abstraia as suas próprias normas. Contudo, a instituição estatal, ao realizar uma comunicação nos moldes do código lícito/ilícito, pressupõe performativamente a sua própria existência, motivo pelo qual não poderia apresentar, na argumentação de suas próprias decisões (estatais), uma razão que só faria sentido caso o próprio Estado não existisse. Tal contradição última ilustra o caráter inexoravelmente contraditório de qualquer texto, notado por Derrida em sua denúncia sobre a

insuficiência do logocentrismo, o que reitera (!) a pertinência do modelo de justificação entrelaçada de Peczenik, que, diante da impossibilidade de se responder simultaneamente à razão e pela razão, é possível apenas como impossível.

Após constatarmos a perplexidade acima descrita, concluiremos este capítulo com uma desconstrutiva leitura integrada da decisão liminar e da sentença proferidas pelo magistrado de primeiro grau.

7.3.4 Uma leitura desconstrutiva da espiral entre os contextos de descoberta e de justificação da decisão liminar e da sentença

Consignamos anteriormente que entendíamos ser essencial, no que concerne ao caso ora analisado, uma consideração da possibilidade de inversão do ônus da prova, de maneira semelhante ao que viria a propor o relator do AI 2005.04.01.052760-4/RS, sendo seguido por Lippmann Jr. no AI 2006.04.00.000388-0/RS e na apelação cível. Para além de nosso reconhecimento de que a violência do juiz de primeiro grau não é necessariamente mais violenta do que essa sugestão, é essencial a análise de uma outra circunstância fática considerada pelo juízo de primeiro grau como determinante para a resolução da lide, mas analisada apenas na sentença proferida por aquele órgão julgador, e não quando da formulação da decisão liminar, em que foi citada de modo puramente tangencial. Trata-se de manifestação do cacique dos Kaingang segundo a qual o ponto de partida para a pretensão da comunidade indígena de obter o reconhecimento do direito de habitar o Morro do Osso estaria em uma descoberta casual. Nas palavras do magistrado de primeiro grau em sede de **sentença**, “tudo é despertado a partir de um catálogo telefônico que evoca lembranças até então esquecidas, justamente num momento em que se buscava uma solução para o problema havido na Lomba do Pinheiro”. Para que entendamos a afirmação do magistrado de primeiro grau, analisemos o seguinte excerto do relatório preliminar elaborado pela FUNAI, em que se pode ler a transcrição de um diálogo entre a antropóloga responsável e o cacique Kaingang:

Nadja: Mas quem que foi, como é que foi chegar aqui primeiro. Vocês vieram com quem pra cá?

Cacique Jaime: Nós viemos sozinhos. Olhar, pesquisar ela

Najda: Mas por que aqui e não um outro morro?

Cacique Jaime: É porque outros morros não tinha nada de história, né? Mas esse aqui tinha historia. A gente... Então foi assim, ó: eu li... Hoje se tu vê agora lista telefônica, tu não encontra mais história do Morro. Pode ler novamente e você não encontra mais, de 2005. E de 2004 a 2003, né? - De 2003 a 2004 existia um, o, a lista telefônica contando que o Morro do Osso abrigaria

E a gente tava com falta disso aqui, da área aonde que nós poderia preservar a nossa cultura, a nossa tradição, o nosso idioma. E aí a gente (?) Então se, já que tão dizendo que é nosso, nós vamos ocupar até que...

Nadja: E quem foi que viu primeiro na lista telefônica?

Cacique Jaime: Eu vi. Eu vi.

Nadja: Onde foi que o senhor achou a lista telefônica?

Cacique Jaime: Eu fui ali na Prefeitura, não sei o que fui fazer, ali na Prefeitura. Daí eu pedi o número de telefone numa firma, não me lembro mais. Ou o número do telefone da Prefeitura, uma coisa assim, dos Direitos Humanos. E aí a guria demorou me atender, daí (?) [pedi a lista um instante?], digo, dá licença? - Daí fui vendo as páginas, né? - Pontos históricos, né? - Do Município, e aonde que a gente encontrou o Morro do Osso. E eu pedi pra guria: 'Então, tu poderia me dar xerox disso aqui? - Pra mim ter um histórico do Município; [...].

Nadja: Aí fez o que, Cacique?

Cacique Jaime: E aí a gente buscou em formas Internet e encontramos que...

Nadja: Quem foi, na Internet onde é que vocês consultaram?

Cacique Jaime: É que tem pessoas aqui, índios, né, que tã fazendo as faculdades, e a gente mandou tirar, né, as informações, tudo, e eles disseram que é dos nossos antepassados e ela tem história pra ser ocupada, né?

Nadja: E aí vocês fizeram o que com esse material?

Cacique Jaime: É... aí a gente entrou, até bem, nós tava indeciso ainda de ocupar ela, só que nós ocupamos pra mostrar o Prefeito, ou qualquer que iria [ou queria?] negociar com nós. Nós demos chance de 45 dias pra eles achar outra área.

Nadja: Então, foi em fevereiro? Vocês entraram em fevereiro

Cacique Jaime: Não, não entramos. Em 9 de abril foi ocupado.

Nadja: E essa, o material da lista o senhor encontrou quando?

Cacique Jaime: Foi no dia 13 foi encontrado, como material? Qual é o material que tu ta falando?

Nadja: Esse da lista telefônica.

Cacique Jaime: Ah! - Da lista telefônica foi em 2003, novembro, por aí.

Nadja: Aí o senhor procurou quem com esse material?

Cacique Jaime: Daí eu procurei, né? Pessoas indígenas que tã

Nadja: é que foi o pessoal que fez a consulta na Internet.

Cacique Jaime: É.

Nadja: Aí como é que vocês fizeram, então?

Cacique Jaime: Daí eles: 'Não, Jaime, você tem que se aprofundar mais nisso aí, porque essa área ela é interessante pro nosso grupo' - Eles falava pra mim, né? Aí eu fui buscando mais informações e chegamos uma conclusão, e pedimos ao Prefeito - demos o ofício [...] dizendo pra ele que nós queria conversar sobre o Morro do Osso e ele não atendeu; ela achou que ele era dono desse, né? Mas... ele nem compareceu. Saiu acho que umas dez, doze, quinze reuniões ali sobre o Morro do Osso, mas nunca ele apareceu. Ele nunca disse: 'Ó, pessoal, aquilo lá é um parque, ela tem que ser, né? - Ou que nós desse, pelo menos um, mostrasse pelo menos a cara. Já bastava, mas ele não quis isso aí. E aí o que que a gente fez daí? - Nós já tava cansado. Daí eu disse pra ele: 'Ó, então vamos fazer o seguinte: o Município ainda pede para o Cacique - o Ministério falou - que desse mais um prazo de 45 dias pra eles arrumar outra área, independente [ou dependente? - não foi possível distinguir] do Morro.

Nadja: O Ministério Público avisou pra vocês?

Cacique Jaime: É.

Nadja: Quem do Ministério Público?

Cacique Jaime: Doutor Marcelo. Em conjunto nós fizemos, daí na mesma reunião eles: 'Ó, Seu Jaime, é assim que a Prefeitura quer. - Vocês dão um tempo pra Prefeitura achar outra área'. Né? - Tá, tudo bem. E aí passou os 45 dias e oficialamos. Não, e aí como que é a reunião? (?) Então, (?) marcar de novo. Passou quase 50 dias, daí saiu outra reunião, né? - Na reunião começamos de novo pra, da área que eles (?) lá pra nós. Aí o Direitos Humanos, né? - O Secretário do Prefeito falou pra nós: 'Ó, não foi possível nós encontrar outra área'. - Aí eu disse pra eles: 'Não, tudo bem, já que vocês não encontraram, nós demos um tempo, daí nós vamos ocupar a área. Ficam bem, fica bem certo que nós vamos ocupar a área'. - Só que eles falaram assim pra nós: 'vocês, se vocês agüentarem aquilo que vai acontecer com vocês...' - Eu disse pra eles assim: 'Eu tô aqui pra vida ou morte, porque eu tenho meu grupo e

não é só o meu grupo que vai agüentar isso aí'. - né? - Daí naquele dia, dali já, 2 dias faltava e com, alugamos um ônibus e entramos . Não invadimos o Morro. Nós entramos pela porta, não entramos por aqui - nós entramos lá, ó. (?) os guardas, dizendo pra eles que o Morro do Osso pertencia a nossos antepassados, que nós vamo ocupar e nós vamo ficar, né? - E, daí eu volto falar de novo, sobre o Morro, né? - É, aí deu, eu tava em Brasília dia, eu fui dia 12 pra Brasília e aí aconteceu o despejo, né? [...].

O magistrado depreendeu do excerto acima transcrito que a comunidade Kaingang estava em busca de um espaço de futuro e encontrou a oportunidade política para conquistá-lo na descoberta sobre a lista telefônica – o que, aliás, seria típico da postura dos caciques, dotados da função de líderes políticos das comunidades indígenas, conforme descrição registrada em estudo antropológico de Sérgio Baptista da Silva juntado aos autos. Esse teria sido o impulso para que o Morro do Osso, “área que até então era estranha à Comunidade”, se tornasse “objeto de um processo de ‘pertencimento’ que a transforma em algo único e indispensável desde tempos imemoriais, fazendo parte da sua memória oral”. Uma postura tal, aliás, conforme estudos antropológicos (exemplificativamente, a decisão remete novamente a Sérgio Baptista da Silva), seria, segundo o magistrado, típica dos Kaingang. Os mencionados relatos antropológicos indicam como exemplos dessa prática cultural desde processos de apropriação simbólica de artigos de artesanato de origem chinesa (os quais são comercializados pelos indígenas) até a história de outros povos e cidades, que se tornariam objeto de atos mediante os quais os Kaingang os englobariam como pertencentes a sua própria cultura.

É de se destacar que o magistrado já tinha acesso ao relatório preliminar da FUNAI quando proferiu a decisão liminar, mas só abordou destacamente o evento referente à lista telefônica na sentença. Para que sejamos mais precisos, a parte em negrito da citação reproduzida acima chegou a ser transcrita também no texto da decisão liminar, mas apenas no contexto do registro da existência de uma entrevista realizada por servidora da FUNAI como lastro para a conclusão documentada no relatório preliminar elaborado por tal instituição. Nenhum comentário sobre o episódio da lista telefônica foi realizado pelo magistrado no texto da decisão liminar, a qual se limitou a se debruçar, no seguinte trecho, sobre a conclusão da FUNAI:

Se essa conclusão é correta ou não, é questão que será resolvida no momento oportuno, após a adequada instrução probatória e razões finais das partes, na ação ordinária. O que importa agora é que, na falta de outros elementos conclusivos trazidos até agora aos autos, essa conclusão da FUNAI aponta para a presença de verossimilhança na reivindicação possessória do Município de Porto Alegre contra a Comunidade Indígena, não restando esse Juízo convencido da existência de elementos que permitam, nesse momento, caracterizar a área do Morro do Osso como terra tradicionalmente indígena para os fins do art. 231 da CF/88.

A afirmação acima dá a entender que as circunstâncias referentes à lista telefônica não poderiam ter sido analisadas naquela oportunidade, dadas as limitações que se impõem ao respectivo tipo de cognição. Contudo, considerando a enorme extensão da decisão liminar e o altíssimo nível de detalhamento de sua fundamentação, bem como as dificuldades probatórias reconhecidas pelo magistrado em seu texto decisório, não parece justificável que ele tenha considerado adequado deixar de explicitar sua apreciação sobre uma entrevista que já havia adentrado o seu contexto de descoberta, mormente ao considerarmos a relevância que ele viria posteriormente a atribuir a tal circunstância fática no contexto de justificação da sentença. Caracteriza-se, então, no contexto de justificação da decisão liminar, uma omissão (ainda que, a rigor, parcial, dada a mera menção de um trecho da entrevista entre a servidora da FUNAI e o cacique Jaime) a respeito de elemento que provavelmente influenciou de maneira determinante o contexto de descoberta de ambas as decisões e, por conseguinte, a retrospectiva construção das cadeias de sustentação recíproca da argumentação explicitada em seus respectivos textos – bem nos moldes da espiral teórica descrita por Peczenik, segundo a qual: “o dado₁ justifica a teoria₁, que justifica o dado₂; o dado₂, por sua vez, justifica a teoria₂, que justifica o dado₃; e assim por diante. A descrição do dado₂, conseqüentemente, pressupõe termos teóricos que dizem respeito à teoria₁, mas não à teoria₂” (PECZENIK, 2005, p. 143 – tradução nossa). Em uma leitura desconstrutivo-retrospectiva (e não prospectiva, como em sua formulação original) da premissa de Ross (2001, p. 102) de que “não podemos observar diretamente o que ocorre na mente do juiz, porém é possível construir hipóteses no tocante a isso, e o valor delas pode ser comprovado observando-se simplesmente se as previsões nelas baseadas foram acertadas”; é viável que conjecturemos a respeito da razão pela qual o juiz teria silenciado a tal respeito, o que poderia, quem sabe, ser explicado por eventual desígnio estratégico de guardar um argumento forte para a sentença, sem dar oportunidade, ao menos em sede de primeiro grau, para que a leitura sobre o evento da lista telefônica fosse contestada pelos Kaingang – hipótese em que o argumento implícito no trecho acima transcrito de que essa questão probatória não deveria ser analisada em sede de liminar, a despeito de aparentar ser uma demonstração de cuidado com a obediência aos ritos processuais e às correlatas limitações típicas do respectivo tipo de cognição, configura, por via transversa, uma ofensa à paridade de armas que as próprias formalidades processuais se prestam a garantir e ao próprio direito à fundamentação das decisões judiciais.

Se assumirmos tal conjectura, podemos dizer que entre o “hunch” decisório do magistrado e o texto por ele produzido em sede de decisão liminar existiu não apenas o

intervalo intrínseco a todo ato (violento e) discricionário de determinação do que é indeterminado, mas também um silêncio estrategicamente concebido, um “não-dito” proposital. Ilustrativo a tal respeito é o excerto da sentença em que o magistrado, ao se referir ao evento da lista telefônica e, logo em seguida, explicitar o longo trecho da entrevista do cacique Jaime que transcrevemos há pouco (do qual, como visto, apenas uma pequena parte está presente também no texto da decisão liminar), afirma que “a conclusão anterior desse Juízo é comprovada pelo modo como a Comunidade Indígena encontrou e escolheu aquela área do Morro do Osso para ocupação”. Ora, qualificar tal circunstância fática como um elemento de “comprovação” do entendimento proferido liminarmente implica, implicitamente, sugerir que tais informações não estavam devidamente disponíveis para avaliação quando do proferimento da decisão liminar. Essa conotação continua presente na primeira manifestação do magistrado posterior à citação direta da entrevista, como podemos depreender das palavras abaixo transcritas:

[...] parece relevante a origem da reivindicação ser encontrada em descoberta casual feita a partir de lista telefônica acidentalmente consultada. Lendo o restante da entrevista do Cacique Jaime à antropóloga da FUNAI (aliás, isso é notório e consta de outras fontes), é possível perceber que a luta das Comunidades Kaingans pela terra não existe apenas hoje, mas sempre esteve presente e foi fonte de conflitos e litígios. O Cacique Jaime menciona como se deu a vinda de kaingangs para Porto Alegre, há cerca de 15 anos atrás, em busca de condições de vida e para fugir dos problemas que enfrentavam no interior do Estado: “... Não tinha como eu manter a minha família lá no interior, não é? - Aquela época, há 15 anos atrás, e a gente veio procurar meios e recursos pra gente sobreviver”. Pois bem, parece que a área do Morro do Osso foi eleita pela Comunidade Indígena para a ocupação e depois, a partir dessa intenção de futuro, se procurou preparar um discurso que legitimasse essa ocupação, inclusive recorrendo ao art. 231 da CF/88. Ora, se é legítima a pretensão da Comunidade Indígena à ocupação de terras que sejam tradicionais (art. 231 da CF/88) e ao recebimento dos Poderes Públicos daquilo que é essencial e fundamental para a preservação de sua cultura (arts. 215-216 da CF/88), não se pode pretender transformar o Poder Judiciário em fonte legitimador da pretensão que não esteja amparada em um passado real e concreto pressuposto pelo art. 231 da CF/88.

O trecho acima apresentado mostra como a circunstância da lista telefônica teve papel determinante na conclusão do magistrado. Como tal elemento já era conhecido desde o momento em que foi proferida a decisão liminar, é plausível nossa conjectura de que essa relevância não se restringiu à sentença. Retomando o que consideramos no tópico anterior como o cerne da violência da fundamentação da decisão liminar, talvez o suposto desígnio estratégico do magistrado seja a explicação para que ele tenha: desconsiderado, sem maiores discussões, a possibilidade de inversão/presunção probatória a respeito da ocorrência de habitação tradicional dos índios Kaingang no Morro do Osso; assumido uma concepção extremamente rigorosa de tradicionalidade, utilizando-se, sem maior justificação, da “absolutização” do direito previsto no art. 231 da CF/88 como uma armadilha epistêmica; e

ignorado as razões decisórias apresentadas pela 4ª turma do TRF-4 no julgamento do AI 2005.04.01.052760-4/RS – conduta que, a despeito do fato de essa manifestação tribunalícia e a sentença serem referentes ao mesmo caso, bem como das diferenças entre uma cognição relativa a pleito liminar e uma cognição exauriente, pode ser qualificada, em uma acepção lata, como uma ofensa ao fator de estabilização “an opinion of the court” (ainda que, posteriormente, em sede de apelação cível, a 4ª turma do TRF-4 tenha modificado seu entendimento e preservado o teor da sentença – para o que, conforme registrado em nota de rodapé, contribuiu significativamente a modificação na composição do mencionado órgão fracionário).

Em verdade, podemos afirmar, mais uma vez evocando a espiral hermenêutica entre enunciado fático e enunciado jurídico, que a determinação (inexoravelmente discricionária no primeiro sentido fraco) do sentido normativo atribuído ao art. 231 da CF/88 (elemento vinculante e indeterminado) na decisão liminar foi pré-condicionada pela circunstância fática referente à lista telefônica, da qual o magistrado já tinha ciência detalhada à época, embora sem ter lhe conferido, no respectivo contexto de justificação, o devido destaque¹⁵². A elucidação de tal afirmação exige que retomemos aqui a explicação de Kaufmann, inspirada em Peirce, sobre a abdução, processo logicamente incerto de “movimento através da regra” em que há a formulação de uma (hipó)tese teórica a partir de fatos similares à sua consequência e desprovidos de uma teoria pré-concebida que lhes explique. Como visto anteriormente, a abdução pressupõe, na lição do Kaufmann maduro, um elemento analógico heurístico, de caráter retrospectivo, o qual se refere às experiências pretéritas com as quais os fatos presentes serão comparados. Sem tal analogia voltada para o passado, seria impossível a realização do juízo prospectivo abduutivo em que se busca a similaridade (caráter também

¹⁵² Registramos que a análise desconstrutiva da decisão liminar realizada no tópico 7.3.2, bem como o esboço de sugestão decisória alternativa, foram realizados sem acesso aos autos do processo e anteriormente à leitura da sentença proferida pelo mesmo juízo de primeiro grau. De tal maneira, nossa ciência a respeito do “evento da lista telefônica”, até então, era restrita à pequena menção realizada sobre essa circunstância fática pelo magistrado no texto da decisão liminar (e aqui reiteramos – ! – a ressalva realizada em nota de rodapé anterior e conclamamos o intérprete desse texto, mais uma vez, a acreditar na sinceridade e na disposição reflexivas (à la Peczenik e Gadamer) de seu autor). Como nossa pretensão, no tópico 7.3.2, se restringia à realização de uma análise desconstrutivo-constructiva do **contexto de justificação da decisão liminar**, optamos, após a leitura da sentença, por conservar o texto originalmente escrito – no qual não abordamos o “evento da lista telefônica”, visto que o magistrado não explicitou, na respectiva oportunidade, a atribuição de relevância a esse elemento no que concerne à configuração da circularidade entre o enunciado fático e o enunciado jurídico da decisão por ele proferida. Ora, opção oposta teria descaracterizado o próprio objetivo de nossa análise, pois, se tivéssemos conhecimento, de antemão, da discrepância entre a decisão liminar e a sentença proferidas pelo magistrado no que concerne ao “evento da lista telefônica”, nossa pré-compreensão não mais permitiria que retornássemos à situação hermenêutica que nos permitiu analisar o contexto de justificação da decisão liminar sem que considerássemos as conjecturas que o contexto de justificação da sentença nos permitiu formular a respeito do contexto de descoberta da própria decisão liminar. Guardamos, então, para o tópico 7.3.4 a apresentação de tais conjecturas à luz de um estudo conjunto entre a sentença e a decisão liminar.

analógico) entre os fatos presentes e as prováveis consequências futuras da (hipó)tese – ponto em que podemos, ainda, remeter a Reale, para quem a conjectura é uma forma de pensar que, por um lado, transcende a experiência, mas, por outro produz resultados que devem se conciliar com o experienciável e cuja plausibilidade deve ser fundada nessa própria experiência. Assumindo o que, desconstrutivamente, visualizamos na obra do Kaufmann maduro como um “contínuo entre analogia e abdução” – lido sistemicamente à luz da temporalização pressuposta pela paradoxo entre redundância e variação –, visualizamos o estabelecimento da similaridade (analogia) do particular presente “enunciado fático”, que, desde sua formulação precária, pressupõe a análise do evento da lista telefônica e, ao ser refinado, pode ter o seu resultado traduzido como “inexistência de habitação tradicional Kaingang no Morro do Osso”: por um lado, com os particulares passados – argumentação empírica de caráter indiciário – “postura dos caciques como líderes políticos de comunidades indígenas” e “prática cultural tradicional Kaingang de apropriação simbólica de elementos pertencentes a culturas alheias”, os quais dizem respeito à dimensão analógica em sentido estrito, retrospectiva; e, por outro, com o particular futuro “deve-ser o não reconhecimento da posse permanente do Morro do Osso e do usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nele existentes à Comunidade Indígena Kaingang”, ou seja, a consequência da (hipó)tese (elemento abduativo em sentido estrito, prospectivo). O estabelecimento de tais similaridades, simultaneamente – em circularidade típica da dobra da linguagem entre hermenêutico e apofântico, com seus respectivos reflexos na impossibilidade de dissociação entre contexto de descoberta e contexto de justificação –, pressupõe, como tese (antecipação de sentido pré-compreensivamente determinada), e gera, como hipótese (tendo em vista a exigência da problematização interpretativo-racional do sentido antecipado), o sentido normativo que envolve a “concepção restrita de tradicionalidade” assumida pelo magistrado, o que resulta na declaração da inexistência de um suposto direito de posse indígena por parte da comunidade Kaingang.

Deparamo-nos, pois, com a seguinte dobra hermenêutico-analítica: por um lado, a decisão liminar do magistrado de primeiro grau, em seu contexto de justificação, devido à sua insuficiência diatópica e à correlata tendência a um etnocentrismo, pode soar demasiadamente violenta e, por conseguinte, tendente a ser mais injusta do que a posição do relator do AI 2005.04.01.052760-4/RS (que não poderia, de todo modo, ser perfeitamente justa); por outro, o juiz de primeiro grau tinha ciência de um evento que foi determinante para o seu “hunch” decisório, mas que ele evitou traduzir destacadamente do contexto de descoberta para o contexto de justificação da decisão liminar. Analisemos ambas as questões mais detidamente.

A questão do etnocentrismo faz-se relevante pelo fato de que o que se pode apreender isoladamente do texto da decisão liminar, com seus respectivos enunciado fático e jurídico, é uma postura hermenêuticamente equivocada do magistrado no que concerne à busca pelo alcance de um equilíbrio reflexivo diatopicamente orientado, algo que fica claro pela sua falta de consideração da hipótese de inversão/presunção probatória. Note-se que, conforme consignado anteriormente, o que se está a destacar aqui é muito mais o déficit da qualidade da justificação decisória exigida pelos fatores de estabilização “adversary argument by counsel” e “professional judicial office” do que propriamente a conclusão do magistrado. Ora, embora fundamentação e dispositivo estejam hermenêuticamente relacionados, a decisão já teria sido qualitativamente superior caso o magistrado, mesmo deferindo liminarmente o pedido de reintegração de posse, houvesse, ao menos, demonstrado considerar a relevância da hipótese de adoção de uma regra probatória especial, de maneira a atender à peculiaridade do conflito intercultural diante do qual se encontrava¹⁵³.

Contudo, devemos perceber que a omissão do magistrado quanto à devida abordagem da circunstância fática referente à lista telefônica foi determinante para a crítica do Ministério Público ao suposto caráter “atroz” da decisão liminar, dado que essa acusação tinha como pressuposto a suposta indeterminabilidade fática da existência da tradicionalidade. Ora, a questão de fato central ao pleito liminar seria justamente a de decidir sobre a verossimilhança da ocorrência ou não de um evento continuado ao longo do tempo sem que houvesse elementos probatórios contundentes para o reconhecimento ou não da ocupação tradicional. O próprio contexto de justificação da decisão liminar estabelece tal indeterminação como premissa ao: admitir a possibilidade de incorrência em erros por “má-interpretação da ciência” e por falta de conhecimentos técnicos do magistrado; considerar que o relatório preliminar da FUNAI não fornece respostas conclusivas a respeito da questão, sendo útil apenas por não revelar indícios significativos da existência de ocupação tradicional Kaingang no Morro do Osso; e afirmar expressamente que o Juízo “ainda não tem certeza sobre a alegada tradicionalidade da ocupação indígena Kaingang no Morro do Osso”. O magistrado, como visto, chegou a reconhecer a possibilidade de que novos estudos científicos fossem introduzidos nos autos e demonstrassem a existência de tal ocupação, ou de que anos ou

¹⁵³ Aqui, podemos remeter às expectativas de Bruce Anderson (2010 – tradução nossa), que, como visto no capítulo 4, ao questionar a distinção rígida entre justificação e descoberta, afirma que uma compreensão adequada do contexto desta envolve a percepção de que “a qualificação de uma decisão como justificada ou não depende do fato de o juiz ter ou não agido da melhor maneira que poderia no que diz respeito à busca por informações – de o juiz ter prestado atenção aos dados relevantes, captado as ligações entre tais dados, realizado juízos axiológicos responsáveis e juízos razoáveis fundados em evidências suficientes, e alcançado uma decisão consistente com seus juízos de valor sobre qual é a solução mais adequada ao problema jurídico”.

décadas depois surgissem contribuições arqueológicas ou antropológicas que alcançassem conclusão oposta à da decisão liminar. Nas palavras do magistrado, caso isso ocorresse, estaria provado “que esse Juízo estava errado a respeito dos fatos da causa”, mas isso não significaria que a decisão tivesse sido equivocada “porque a presente liminar não pode se deter diante das múltiplas possibilidades do futuro ou da incerteza do conhecimento sobre o passado, precisa prover para o presente”. É, pois, diante de tal incerteza que se configura toda a fundamentação decisória apresentada pelo magistrado, bem como as críticas que realizamos anteriormente a sua postura hermenêutica, inclusive quando comparada ao posicionamento do relator do AI 2005.04.01.052760-4/RS. Existia, contudo, um elemento indiciário – a entrevista do cacique Jaime – que, embora não comprovasse a inexistência de ocupação Kaingang no Morro do Osso, poderia servir como um óbice à sugestão de inversão/presunção probatória, mas não foi devidamente abordado pelo magistrado em sua decisão. Trata-se, portanto, de uma manipulação do contexto de justificação no que concerne à montagem de seu enunciado fático. Aqui, encontramos um eco das advertências do Frank maduro, cético sobre os fatos, a respeito da impossibilidade de estabelecimento de regras apriorísticas que controlem as decisões, algo explicável, em grande parte: pela impossibilidade de previsão do contexto fático dos casos posteriores e de quais destes seriam contestados; e pelo correlato espaço discricionário para que o juiz determine a narrativa fática a ser oficialmente reconhecida. O juiz tinha razões ocultas para reconhecer a verossimilhança da tese de que nunca teria havido ocupação tradicional Kaingang no Morro do Osso, mas não explicitou tais razões na decisão liminar, e sim, apenas, na sentença, o que nos permite, simultaneamente, afirmar que: se considerando exclusivamente o texto da decisão liminar, a crítica à postura etnocêntrica do magistrado poderia ser sustentada e, conseqüentemente, o produto decisório poderia ser caracterizado não apenas como deficiente em matéria de reflexividade e fundamentação, mas também no que concerne ao seu próprio dispositivo (concessão da medida liminar de reintegração de posse); se tomando em conta não apenas o contexto de justificação da decisão liminar, mas também o texto da sentença posteriormente proferida, seria possível, retrospectiva e desconstrutivamente, conjecturar que o magistrado foi motivado por um indício juridicamente relevante (o relato detalhado sobre o evento da lista telefônica) para conceder a medida liminar, o que poderia obstar as críticas do MPF (e do relator do AI 2005.04.01.052760-4/RS) quanto ao suposto caráter temerário, violento e desprovido de fundamentos fáticos significativos de tal decisão. De maneira simples, queremos afirmar o seguinte: o contexto de justificação da decisão liminar, ao se omitir sobre a questão da lista telefônica (salvo pela mera citação direta de um excerto da entrevista), passou a falsa

impressão de que o magistrado, diante de uma situação aporética, optou por conceder a medida sem que tivesse substrato fático relevante para tanto, o que consubstanciaria uma violência contra os Kaingang, a qual revelaria um caráter etnocêntrico quando compreendida em conjunto com a desconsideração da possibilidade de inversão/presunção probatória.

Porém, se considerarmos que existe não apenas uma circularidade/espiral entre o sentido normativo e o sentido da narrativa fática, mas também uma circularidade/espiral entre as normas e uma circularidade/espiral entre os sentidos dos fatos; podemos conjeturar desconstrutivamente que a aparente negligência do magistrado em relação à hipótese de inversão/presunção probatória, em verdade, estaria vinculada a eventual entendimento de que tal providência não seria necessária e nem mesmo sustentável quando compreendida em conjunto com uma análise aprofundada do evento da lista telefônica e da entrevista do cacique Jaime. Por tal razão, afirmamos que, “in casu”, a indecidibilidade derridariana não se adstringe: à presença de violência constitutiva e discricionária tanto na orientação do magistrado quanto na do relator do AI 2005.04.01.052760-4/RS (ou mesmo nas propostas de inversão/presunção probatória), as quais se pretendem, no mínimo, “injustiças que são melhores do que outras”, algo fundamental no contínuo aperfeiçoamento da justiça-por-vir; e ao caráter de mal-entendido criativo de toda reconstrução de costume local pelo sistema jurídico. Há, também, um segundo nível de indecidibilidade, qual seja, aquele em que percebemos, conforme demonstrado, que o magistrado, ao proferir sua decisão liminar, está, ao mesmo tempo, potencialmente passível de ser considerado: equivocado, quando analisamos isoladamente o contexto de justificação de sua decisão (hipótese em que o relator do AI 2005.04.01.052760-4/RS estaria correto), e correto, ao considerarmos o respectivo contexto de descoberta (situação em que o relator do AI 2005.04.01.052760-4/RS estaria equivocado). Ambas as potenciais conclusões, pois, são insuficientes e injustas, pois: por um lado, a concessão da medida liminar, com a conseqüente retirada dos indígenas do espaço sob disputa, é, considerado apenas o seu contexto de justificação, temerária, não apenas por não ter apresentado provas da inexistência da ocupação Kaingang, mas também por não ter considerado devidamente a possibilidade de inversão/presunção probatória; mas, por outro, qualquer análise de seu texto feita à época do respectivo proferimento não poderia fazer jus ao “hunch” do magistrado exatamente pelo fato de que o evento da lista telefônica não foi devidamente avaliado, e sim apenas mencionado tangencialmente, naquele documento. Em outros termos, poderíamos, ao mesmo tempo, afirmar: que, tendo como referência o contexto de justificação da decisão liminar, o juiz errou; e que o juiz, tendo como referência o contexto de descoberta da decisão liminar, acertou, pois, de fato, o evento da lista telefônica, já

conhecido pelo magistrado à época (embora não devidamente descrito e analisado no texto da decisão liminar), serve como indício da inexistência do vínculo de tradicionalidade alegado como óbice ao pedido de reintegração de posse – ponto em que podemos remeter, “mutatis mutandis”, à ressalva de Llewellyn, em sua abordagem do “steady factor” “a frozen record from below”, segundo o qual a “responsibility for justice” (outro fator de estabilização) impele o julgador a encontrar elementos probatórios ocultos sob a aparência do que foi dito a respeito dos fatos. Nosso ponto de vista fica mais claro se imaginarmos uma situação hipotética em que o relato do cacique Jaime fosse juntado aos autos apenas após o deferimento da medida liminar. Ora, em uma situação desse tipo, os críticos ao suposto etnocentrismo do juiz teriam razões para atacar o seu déficit de reflexividade, mas teriam que reconhecer a chancela retrospectiva de sua decisão por uma informação surgida posteriormente, a qual, sem reduzir o caráter violento da posição do magistrado, consubstanciaria um fator objetivo a lhe “dar razão”, ainda que nem ele mesmo soubesse disso ao proferir a decisão liminar. Aliás, podemos até mesmo, em uma nova indecidibilidade, visualizar “ratio” inversa à invocada pelo próprio magistrado, no texto da decisão liminar, ao reconhecer que, tendo em vista a (suposta) incerteza sobre a alegada tradicionalidade da ocupação indígena Kaingang no Morro do Osso: por um lado, seria possível o surgimento posterior de uma circunstância que mostrasse o erro do juízo quanto aos fatos da causa; por outro, isso não significaria propriamente que sua decisão estivesse equivocada, visto que os fundamentos decisórios utilizados teriam sido os corretos no contexto temporal do proferimento da decisão.

De todo modo, parece-nos que o magistrado, ao se preocupar mais, no contexto de justificação da decisão liminar e da sentença, com a adoção de um tom formalmente respeitador diante dos Kaingang do que propriamente em esboçar a formulação de um vocabulário diatópico que buscasse catapultar a formação, a longo prazo, de uma imagem de mundo comum, perdeu a oportunidade oferecida pelo episódio institucional de interação entre “ordens jurídicas”. Ademais, embora as consequências da hipótese abduktivamente formulada pelo juiz pudessem estimular, em alguma medida, a percepção, pelos Kaingang, de que as demandas por uma abertura a suas tradições também não podem ser formuladas etnocentricamente pelas comunidades indígenas sem que se incorra em uma contradição performativa; seria muito mais produtiva a atuação do magistrado, no que concerne à contribuição para o estabelecimento de uma postura diatópica de ambos os lados, caso os critérios decisórios expostos no contexto de justificação fossem materialmente orientados pela construção de uma linguagem minimamente comum entre as culturas. Retomando

exemplificativamente nossas sugestões, a caracterização do “jus persecuendi”, do “direito fundamental à manutenção de templos religiosos” e do “bem imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade” como equivalentes homeomórficos poderia servir: diretamente, como “porta de entrada” dos indígenas na tradição da ordem constitucional brasileira; e, indiretamente, como um expediente de fomento para que a comunidade Kaingang, eventualmente, adotasse uma postura recíproca de “convite” a uma compreensão mais profunda daquilo que, em um “mal-entendido criativo”, compreendemos como sua “ordem jurídica”¹⁵⁴.

A preocupação do juiz – manifesta na sua caracterização crítica, à la Teubner, das alegações do Ministério Público Federal em defesa dos Kaingang como um “discurso de vitimização” (politização) que se utiliza retoricamente de “categorias politicamente corretas de desprotegido, excluído e perseguido para reconhecer direitos que não decorrem do art. 231 da CF/88”, bem como em sua qualificação do posicionamento “científico” do NIT-UFGRS como “parcial” – em conservar, mediante o exercício da seletividade, o fechamento operacional do direito como subsistema funcionalmente diferenciado diante da radicalidade das demandas multiculturais por uma abertura ao Outro poderia ter sido acompanhada, na justificação da negativa de reconhecimento do vínculo de tradicionalidade, por uma tese decisória que fosse efetivamente tratada, de início, como uma mera hipótese, e que, por conseguinte, apresentasse um compromisso de buscar um “equilíbrio diatópico-reflexivo” na caracterização do sentido normativo do art. 231 da CF/88. Em outras palavras, considerando-se que o fator de estabilização “judicial security and honesty”, a despeito de conferir ao juiz garantias institucionais de independência, não pode ser compreendido como uma desoneração do magistrado quanto ao dever de prestar contas à sociedade (“accountability”) pela qualidade de suas decisões; esperar-se-ia que o peso pré-compreensivo dos “steadying factors” “issues

¹⁵⁴ Em sentido diatópico um tanto semelhante, o STF, ao julgar a Petição 3388 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJE de 1º/07/2010), viria a considerar que os arts. 231 e 232 da CF/88 têm finalidade fraternal ou solidária – nos moldes do art. 3º, I e III, do texto constitucional, que estabelecem, respectivamente, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “construir uma sociedade livre, justa e **solidária**” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” – visto se prestar a efetivar a “igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária, [...] a se dar pelo modo mais altivo e respeitoso de protagonização dos segmentos minoritários. No caso, os índios a desfrutarem de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. Depois disso, e tão persuasiva quanto progressivamente, experimentarem com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto signifique uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida. Como num aparelho ‘auto-reverse’, pois também eles, os índios, têm o direito de nos catequizar um pouco (faamos assim). [...]. [...] o desenvolvimento como categoria humanista e em bases tão ecologicamente equilibradas quanto sustentadas bem pode ter na cosmovisão dos indígenas um dos seus elementos de propulsão. [...]. [...] não é um necessário processo de substituição de mundividências (a originária a ser absorvida pela adquirida), mas a possibilidade de experimento de mais de uma delas. É um somatório, e não uma permuta, menos ainda uma subtração”.

limited, sharpened and phrased in advance” e “law-conditioned officials” fosse objeto de uma reflexão à luz dos fatores “professional judicial office” e “adversary argument by counsel”. Contudo, ignorando a especificidade do conflito entre ordens jurídicas com que se deparou e, por conseguinte, deixando de cogitar um caminho profícuo para a justificação externa da reconstrução da identidade da ordem jurídica estatal brasileira no plano de sua própria autofundamentação diante das irritações geradas pela “ordem jurídica Kaingang” (o qual, conforme sugerido anteriormente, poderia ser encontrado no entrelaçamento entre, de um lado, as perspectivas doutrinárias de Peczenik e Boaventura Santos, e, de outro, a realização de uma analogia – “forma especial de argumento jurídico”/“norma de raciocínio”/“known doctrinal technique”/“modelo dogmático” – com fundamento no parágrafo único do art. 333 do CPC de 1973), o magistrado optou pelo posicionamento que pode ser depreendido do seguinte excerto da respectiva sentença:

não parece deva ser invertido o ônus da prova para julgamento dessa ação, como pretendido pelo Ministério Público Federal. [...]. A lógica que norteia essa sentença é que os fatos devem ser provados pelas partes, tal como previsto pelas regras do devido processo legal. Não é possível que a demanda fosse julgada com base num preceito não-escrito de que qualquer terra que comunidade indígena pleiteasse como tradicional fosse tradicional até prova em contrário. Mesmo que as comunidades indígenas devam ser protegidas, seja pela dignidade humana dos indivíduos que a integram (arts. 1º 3º e 5º da CF/88), seja pelo interesse cultural que representam (arts. 215-216 e 231 da CF/88), isso não inverte a presunção de propriedade e de legitimidade da propriedade reconhecida pelo ordenamento jurídico vigente. Da mesma forma que a Comunidade Indígena tem direitos e interesses que devem ser protegidos, também o tem a Cidade de Porto Alegre e seus demais habitantes. Não se pode privilegiar um destes em detrimento do outro se não existe base jurídico-legal que permita proceder dessa forma. A prova que deveria ser feita nos autos não é a que demonstre o desacerto das conclusões desse juízo (a insuficiência das evidências históricas ou arqueológicas para afastar a ocupação do Morro do Osso por kaingangs), mas a demonstração de que efetivamente existem indícios sérios e razoáveis de que houve essa ocupação kaingang pretérita em Porto Alegre. Do contrário, o que se tem é argumento meramente retórico, recorrendo a categoria politicamente correta do desprotegido, excluído e perseguido para reconhecer direitos que não decorrem do art. 231 da CF/88.

A atribuição de centralidade ao evento da lista telefônica poderia ter sido utilizada, desde a decisão liminar, como uma referência para que se buscasse, em uma postura que revelasse uma responsividade sistêmica às pressões políticas pelo reconhecimento de “interesses culturais” como interesses jurídicos (e, por conseguinte, que apresentasse razões justificantes potencialmente aceitáveis pelas partes, por terceiros interessados e por toda a comunidade jurídica), mostrar diatopicamente – em um rastro de circularidade entre os polos da aporia universalismo-multiculturalismo que evitasse tanto os riscos de ascensão de um comunitarismo etnocêntrico disfarçado de universalismo metafísico (cujo núcleo de “invariantes axiológicas” releanas seria juridicamente sedimentado na forma de “direitos

humanos” pretensamente universais) quanto os de um relativismo reacionário – aos Kaingang: que sua tradição de apropriação simbólica também precisaria ser, auto-reflexivamente, problematizada, sob pena de caracterização de uma postura igualmente etnocêntrica por parte dos indígenas; e que se não existisse a combinação entre a falta de provas contundentes da ocupação tradicional e um indício significativo de que a narrativa dos Kaingang seria uma expressão dos seus típicos processos de apropriação simbólica, o resultado da lide poderia ter sido diferente. Contudo, arriscamo-nos aqui a afirmar, desconstrutivamente, que o juiz, entendendo o discurso do cacique e da comunidade Kaingang como uma postura desonesta (má-fé), optou estrategicamente por uma hipótese decisória cujo cerne teórico dificultasse, de pronto, a possibilidade de sucesso dos indígenas, o que parece ser possível depreender quando analisamos retrospectivamente a decisão liminar à luz do seguinte trecho da sentença posteriormente proferida:

A esse Juízo [...] parece extremamente arriscado aceitar a argumentação de que o art. 231 da CF/88 possa servir para criar terras tradicionalmente indígenas pelo mesmo processo de apropriação que permite que bijuterias chinesas sejam simbolicamente apropriadas como artesanato indígena [...]. Um enorme espaço verde historicamente ocupado e geograficamente definido no interior de uma cidade não se confunde com uma "bijuteria chinesa" que possa ser apropriada e transformada em tradicionalmente indígena apenas porque isso é conveniente para o presente ou para o futuro de uma dada comunidade indígena.

Tal postura do magistrado parece revelar, mais uma vez, etnocentrismo, visto que a conduta de apropriação simbólica por parte dos Kaingang parece, segundo o trecho acima, não ser vista pelo decisor como um traço cultural de “alter”, mas, sim, lida à luz de um critério axiológico caro à tradição jurídica ocidental, qual seja, o da boa-fé. Nesse contexto, conjecturamos desconstrutivamente que o magistrado, em nome de sua “responsibility for justice”, seguiu o guia decisório implícito do “grand style”, qual seja, a “law of leeways”, segundo a qual quanto mais intenso for o “felt sense” (“in casu”, o incômodo do magistrado quanto à suposta má-fé), maior será o intervalo (“leeway”) disponível para fins de uma inserção de variação justificável em uma formulação de verdade discricionária em sentido fraco quanto ao sentido da “legal doctrine”, formulação esta que, no caso em questão, teve como cerne uma estratégica determinação de um sentido deveras rígido para o requisito de tradicionalidade previsto no texto do art. 231 da CF/88.

É verdade, porém, que uma leitura desconstrutiva mais acurada nota que o juiz, em tom contraditório à “acidez jocosa” do excerto anterior, afirma que

o kaingang necessita trazer as coisas para o seu mundo e é dotado dessa extraordinária capacidade que o permite considerar como próprio o artesanato produzido pelos ocidentais ou orientais (bijuterias chinesas, com mencionado pela testemunha). Realmente, acredita esse Juízo que o membro da Comunidade Indígena

realmente seja dotado dessa capacidade (até como forma de defesa diante do mundo que o cerca) e busque se apropriar simbolicamente do que está fora de si, tendo uma noção de mundo diferente da nossa. Ele deve sinceramente acreditar no que está fazendo, ninguém estando autorizado a dizer que essa apropriação não seja correta ou "verdadeira" do seu ponto de vista.

Logo em seguida, no entanto, o juiz afirma que “não parece possível estender isso para espaços territoriais delimitados e ocupados por outras pessoas, sobre os quais não paira uma dúvida razoável quanto à legitimidade da atual propriedade”, o que nos permite conjecturar que, mais uma vez, o excerto acima tem o mero propósito de resgatar o tom formalmente respeitador que, em diversos trechos da decisão liminar e da sentença, coexiste com afirmações incisivas, jocosas e/ou irônicas sobre as pretensões dos Kaingang. Concluimos, pois, por um lado, como é típico das análises desconstrutivas, que tanto no contexto de justificação da decisão liminar quanto no da sentença encontramos afirmações manifestamente contraditórias; e, por outro, que tais contradições explícitas revelam a insuficiência do logocentrismo em sua tentativa de justificar racionalmente o “hunch” violento e irracional intrínseco ao contexto de descoberta.

Diante do exposto, o que deve ser destacado aqui, em matéria de indecidibilidade, é que, como notaram Esser e os realistas estadunidenses, além de o contexto de justificação de uma decisão, devido ao fosso entre os “comos” hermenêutico e apofântico, nunca reproduzir perfeitamente o sentido do “hunch” decisório, às vezes o próprio juiz opta por nem mesmo praticar um esforço para tornar essa transposição a mais fidedigna possível. Tal perplexidade é justamente um fato determinante para a tradicional cisão entre: a postura tipicamente atribuída ao realismo estadunidense, segundo a qual seria fundamental uma tentativa de desvendar e denunciar o “contexto de descoberta”, não se devendo restringir a análise das decisões ao “contexto de justificação”, potencial “cortina de fumaça” sustentadora de um discurso de fundamentação ilusório; e a perspectiva típica de uma tradição analítica como a de Ross – para quem o magistrado, ao afirmar a aplicação de uma norma, estaria a performativamente reconhecer a vinculatividade de tal norma a si mesmo, o que, poderíamos dizer, tornaria irrelevante uma investigação de sua “sinceridade” – e a de diversos teóricos da argumentação (notadamente, Alexy e Peczenik) – para os quais, como explica Feteris (2008), a inviabilidade de acesso ao contexto de descoberta implicaria a necessidade de que o objeto da análise da qualidade da fundamentação de uma decisão tivesse como referência aquilo que o magistrado explicitou, e não uma tentativa de desvendar retrospectivamente o seu “hunch”.

Devemos, por outro lado, notar que, entre estocadas e bloqueios, a adoção, sugerida por Bankovsky, de uma perspectiva desconstrutivo-construtiva caracterizada pelas posturas de

abertura (boa vontade de um autor para que possa aprender com o outro), humildade (colocação de lado das próprias convicções de um autor sobre a existência de limites nas teorias do outro) e resiliência (compromisso com o potencial produtivo da cooperação entre perspectivas teóricas distintas) poderia resultar na percepção de que ambas as tradições acima mencionadas não estão assim tão distantes, o que se torna mais claro quando depreendemos que: 1) tanto os realistas estadunidenses quanto Alf Ross vislumbram, ainda que precariamente, as bases do que viria a ser descrito como um entrelaçamento hierárquico entre Legislativo e Judiciário (Luhmann) e a consequente necessidade de um ato judicante discricionário no primeiro sentido fraco (Dworkin) para fins de determinação do sentido de uma disposição legislativa que se pretenda vinculante; 2) o Llewellyn maduro reconheceu o peso dos “steadying factors” na decisão dos magistrados, o que significa que o texto das decisões judiciais, embora consista em uma fundamentação retrospectiva de posições que se originam como “hunches” irracionais, não é um produto radicalmente arbitrário, visto que, devido aos compelimentos sistêmicos, precisa consistir em uma formulação de verdade (Pareyson) consentânea com o código lícito/ilícito (“re-entry”), com a “legal doctrine” e, de maneira mais abrangente, com a tradição jurídica respectiva – ou, para falarmos, respectivamente, nos termos de Esser, Peczenik e Dworkin, no “horizonte intersubjetivo de expectativas”, na “ideologia jurídica”, no “romance em cadeia”; 3) como perceberam, implícita ou explicitamente, Frank, Esser, Peczenik, Alexy, Dworkin, Kaufmann, Derrida e Luhmann, não é possível compreender a partir de um ponto arquimediano (e, por conseguinte, incondicionado histórico-culturalmente), nem cindir ontologicamente descoberta e justificação, visto existir uma circularidade entre ambas as dimensões, a qual não pode ser completamente superada pela pretensão de racionalidade de uma metodologia decisória; 4) o ir-e-vir entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação, diante do pluralismo contemporâneo, demanda, por um lado, a conservação, por meio da redundância (na qual cumpre papel essencial a dimensão analítico-conceitual), do fechamento operacional do direito como subsistema funcionalmente diferenciado diante da radicalidade das demandas multiculturais por uma abertura ao Outro, mas, por outro, uma responsividade sistêmica, por meio da variação (para a qual é indispensável o momento violento do “hunch” compreensivo), às irritações pelo reconhecimento de interesses (exteriores ao sistema) defendidos com base em um discurso multiculturalista como interesses jurídicos; 5) como destacaram explicitamente Derrida e Kantorowicz, toda decisão judicial tem uma origem inexoravelmente violenta, a qual não pode ser corrigida de modo logocêntrico; 6) mesmo Frank, normalmente visto como um realista radical, chegou a afirmar que o juiz ideal seria aquele consciente de

seus pré-conceitos e dedicado ao esforço de aproveitá-los positiva e racionalmente para encontrar a decisão mais justa e objetiva possível, o que é compatível com uma concepção da argumentação jurídica como um catalisador, orientado pelo modelo de equilíbrio reflexivo de Peczenik, do processo de revisão do contínuo entre analogia e abdução; e 7) mais explicitamente do que todas essas percepções, o próprio Ross (lido “metadesconstrutivo-construtivamente”) nos oferece um indício da insustentabilidade de uma simplista cisão entre as tradições escandinava e norteamericana quando, desconstrutivamente, denuncia a insuficiência do condutivismo do realismo estadunidense, mas, construtivamente, não deixa de subscrever tal condutivismo (ainda que inexoravelmente iterado) como uma parte necessária de sua teoria. “En garde”!

8 CONCLUSÃO

Estudamos, no terceiro, quarto, quinto, sexto e sétimo capítulos deste trabalho, os seus níveis de linguagem “L1” (eixos compreensivo, analítico, político e cultural de nosso modelo de análise) e “L2” (metaeixo paranoico do modelo ora proposto), conforme anunciado na introdução (nível de linguagem “Lx”) do presente projeto, cujas razões justificantes (!) e matriz “epistemológica” (nível de linguagem “L3”) foram apresentadas em seu segundo capítulo (também situado em “Lx”). Situados, agora, no nível de linguagem “Ly”, anunciamos nossa retomada de “Lx”, dado que a conclusão a ser iniciada a seguir se presta a discorrer retrospectivamente sobre o cumprimento do mencionado projeto.

Dada a longa extensão do presente escrito, optamos por privilegiar, na elaboração deste capítulo conclusivo, a satisfação do objetivo de oferecer ao leitor uma compreensão sistemática do texto, com o correlato entrelaçamento de seus resultados, ainda que, para tanto, tenhamos nos desviado de certa tradição da escrita acadêmica, qual seja, a elaboração de conclusões pouco extensas e desprovidas de divisão estrutural em tópicos. Dividiremos, então, o texto conclusivo em dois grandes tópicos. O primeiro tópico (8.1) consistirá em uma caracterização da dinâmica iterativa do rastro e da relação aporética entre vinculação e discricionariedade, pressupostos para a configuração de nossa sugestão de modelo hermenêutico, e explicitará uma reaglutinação entre os diversos “platitudes” articulados por tal proposta. Por sua vez, o segundo tópico será composto por uma apresentação sistemática dos resultados produzidos por este escrito à luz das questões orientadoras formuladas em seu segundo capítulo, com destaque para a qualificação do modelo hermenêutico ora proposto como, embora sem ser restrito à aporia entre universalismo e particularismo nuclear ao discurso dos direitos humanos em uma sociedade policontextual, idôneo a viabilizar uma abordagem descritiva-enquanto-normativa das interações entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas locais extraestatais. Ambos os tópicos abordarão ainda, de modo entrelaçado, nossa perspectiva sobre a indecidibilidade contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais. Finalmente, o terceiro tópico apresentará nossa conclusão propriamente dita sobre a hipótese em torno da qual girou o presente trabalho.

8.1 A DINÂMICA ITERATIVA DO RASTRO E A RELAÇÃO APORÉTICA ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Este tópico abordará o caráter aporético da relação entre vinculação e discricionariedade, com destaque para: o aprofundamento do uso alegórico da figura do “thrust-and-parry” (Llewellyn) como expediente de caracterização da paranóia mútua descrita por Teubner entre a autopoiese luhmanniana e a desconstrução derridariana; e uma reflexão sobre a impossibilidade de responder simultaneamente à razão e pela razão, desafio que configura a pretensão analítica do estilo coerentista de justificação como possível apenas como impossível.

8.1.1 A relação entre Luhmann e Derrida como uma paranóia mútua estruturada nos moldes de um jogo concertado de “thrust-and-parry”

Vimos com Teubner, no sexto capítulo deste trabalho, que a teoria sistêmica não é anti-humanista, motivo pelo qual o seu ponto cego não poderia estar na pessoa, no indivíduo, no sujeito. Ora, Luhmann – que, aliás, afirma que a teoria dos sistemas autopoieticos, em comparação com o humanismo, considera muito mais a relevância dos indivíduos – atribui a dinâmica autopoietica tanto à sociedade quanto à consciência, as quais estão estruturalmente acopladas pela linguagem, que possibilita ao conteúdo das comunicações ser percebido pela consciência mediante uma comutação de sentido. Por tal motivo, a problematização hermenêutica realizada pelo presente escrito, ao contrário do que se poderia equivocadamente imaginar, é compatível com a inserção da teoria dos sistemas no **metaeixo** do modelo de análise aqui proposto, até mesmo porque o autor, ainda que marginalmente, subscreve explicitamente os seguintes pressupostos hermenêuticos como elementos nucleares da observação de primeira ordem do sistema jurídico: a dinâmica iterativa do rastro derridariana; e a noção de que a norma se produz no momento em que se aplica. O ponto cego da tese luhmanniana está, em verdade, na distinção entre “a comunicação e a consciência, a sociedade e o indivíduo, o externo e o interno, um sistema e outro” (TEUBNER, 2001, p. 17 – tradução nossa). Ainda que Luhmann tenha tentado compensar esse problema mediante a noção de “acoplamento estrutural”, que serviria para reconectar os sistemas psíquicos e sociais; “a lógica própria de sua teoria o força a, de tempos em tempos, situar tais vínculos exclusivamente no interior dos próprios sistemas participantes” (TEUBNER, 2001, p. 17 – tradução nossa). Ademais, mesmo admitindo a irritação dos sistemas pelo ambiente, esta se

limita a ser uma conquista do próprio sistema em sua reconstrução interior do ambiente. De tal maneira, Luhmann fragiliza a possibilidade de uma interrelação entre consciência e comunicação ao construí-los como mundos autônomos de sentido, o que gera um ponto cego, donde a existência de um “fosso hermenêutico” que, devido à reticência quanto a um tratamento integrado entre o contexto comunicativo e o “hunch” compreensivo-decisório, torna a tese luhmanniana incapaz de fornecer “per se” uma abordagem satisfatória sobre a relação entre vinculação e discricionariedade. Se é verdade, pois, que Luhmann parece, em um primeiro momento, ler adequadamente a dimensão imanente do Direito; falta-lhe, contudo, devido ao ponto cego entre consciência e comunicação, explicar hermeneuticamente como, diante do intervalo entre norma e decisão, a auto-transcendência das instituições jurídicas pode reativar energias utópicas.

A despeito da incapacidade acima identificada na teoria luhmanniana, a consideramos, contudo, compatível com nossa pretensão de descrever a hierarquia entrelaçada vinculação-discricionariedade. Para tanto, porém, é necessário o recurso suplementar a Derrida, que contribui para a outra face do metaeixo paranoico deste trabalho ao fundir, na “différance”, a fenomenologia dos jogos de linguagem e da consciência e, por conseguinte, proporcionar um espaço simbólico para o encontro entre os sistemas sociais e psicológicos. Essa unidade da “différance” – em que a escritura, ao combater a diferença entre processos de significado interiores e exteriores, serve como um suplemento para o ponto cego entre consciência e fala – assombra a policontextualidade. Em Derrida, o sentido não se constitui em processos paralelos de sistemas operacionalmente fechados, nem se admite uma separação entre sistemas psíquicos e sistemas sociais. Ao contrário, a unidade da “différance”, em oposição à multiplicidade característica da diferenciação funcional, apresenta uma dinâmica desconstrutiva de transformação e interconexão, contextualizada e contingente, que resiste a uma distinção clara entre sistemas. É aqui que a “différance”, embora incompatível com a autopoiese, se mostra como o seu necessário e perigoso complemento: “a dança de operações heterogêneas, a rede infinita de relações, a interrelação de vários aspectos que ocorrem continuamente sem se transferirem para um sistema fechado” (TEUBNER, 2001, p. 18 – tradução nossa).

Falta a Derrida, contudo, a virtude de Luhmann, qual seja, a construção autônoma da sociedade como uma rede comunicativa cujo ambiente engloba os seres humanos. Ora, o ponto cego da distinção derridariana diz respeito às instituições sociais, as quais, devido à incapacidade da teoria derridariana de distinguir entre comunicação e consciência (e, por conseguinte, de captar a autonomia do social e a individualidade da consciência), não podem

ser analisadas desconstrutivamente. Em outros termos, a imposição da escritura como um terceiro excluído na diferença entre consciência e fala exclui a sociedade da intertextualidade, o que configura os sistemas sociais como o ponto cego da distinção derridariana entre escritura e fala. Portanto, como Teubner explica, Derrida só pode desconstruir as instituições jurídicas como textos e intertextualidades, mas não como sistemas sociais, os quais não podem ser vistos pela “différance” e, por conseguinte, não se sentem ameaçados pelos paradoxos da leitura desconstrutiva, visto que a reprodução autopoietica envolve, nas operações do sistema, a desparadoxização de seus paradoxos fundantes.

Segundo a tese de Teubner, a policontexturalidade assusta a desconstrução pelo fato de modificar drasticamente a situação histórica ao caracterizar uma pluralidade de esferas autônomas de sentido na sociedade, cada qual com seus próprios códigos, programas e fechamentos operacionais e observacionais. Tais elementos, visto tornarem cada esfera autopoietica resistente aos paradoxos das demais, estabelecem uma “imunidade” contra as tentativas de desconstrução. A institucionalização social da cibernética de segunda ordem (“a diferença entre a operação e auto-observação”) constitui o nível máximo de resistência à desconstrução, visto que a validade das operações dos sistemas jurídicos não é necessariamente dependente da argumentação jurídica (entendida esta como auto-observação), mas apenas estruturalmente acoplada a esta por meio de textos (Luhmann). Em outras palavras, os paradoxos e antinomias identificados desconstrutivamente no bojo da argumentação jurídica não influenciam necessariamente na tomada de decisão – algo do que a tese de Derrida não consegue dar conta, visto não realizar propriamente uma distinção entre textos e instituições sociais. Os sistemas conseguem desconstruir a desconstrução sem excluí-la, bastando-lhes historicizá-la e deslocá-la, o que resulta em uma modificação de suas condições de possibilidade. O direito só considera a desconstrução quando esta ataca o próprio paradoxo jurídico, de maneira a ameaçar a prática de aplicação do seu respectivo código binário. Nesses casos, a doutrina busca distinções conceituais que possam restaurar a estabilidade sistêmica. Nas situações ordinárias, contudo, a policontexturalidade desconstrói a desconstrução ao possibilitar que os sistemas externalizem seus paradoxos fundantes e neutralizem seus poderes paralisantes mediante um deslocamento destes para outros sistemas. Exemplo privilegiado, segundo Teubner, seria a politização do paradoxo jurídico, ou seja, a sua externalização pela via da institucionalização de uma diferenciação entre “níveis decisórios”, quais sejam, o das decisões legislativas e o das decisões judiciais, qualificando aquele como um “nível mais alto”, irrelevante para a ação jurídica e a carga do sistema político.

Derrida, ao questionar os paradoxos constitutivos da subjetividade e da intersubjetividade, não tem como “tematizar a transformação crucial do paradoxo da alteridade nos paradoxos fundantes dos mundos da comunicação, entre eles o paradoxo do direito”, o que deixa a desconstrução à mercê dos paradoxos originais da alteridade, de maneira a caracterizar um déficit histórico-sociológico (TEUBNER, 2011, p. 12 – tradução nossa). Diferentemente, Luhmann consegue lidar com o paradoxo da alteridade, das “autocontradições paralisantes geradas pelo encontro primário com o outro”, tendo em vista que Ego, ao tornar sua ação dependente de Alter (e vice-versa), admite a paralisação desta. Tal questão figura em Luhmann como o paradoxo da dupla contingência e é enfrentada pelo autor alemão por meio da autopoiese. Sem extinguirem o paradoxo original, os sistemas o transferem para uma nova esfera de significado, qual seja, a da comunicação, vencendo os efeitos paralisantes do paradoxo. A dupla contingência auto-referencial pode ser suportada quando a comunicação, como um terceiro, figura como uma esfera autônoma de produção de sentido. A dualidade imanente à auto-referência sistêmica gera um círculo cuja quebra resulta em estruturas, de maneira que o paradoxo da alteridade não se extingue, mas, sim, é reconstruído e homogeneizado na esfera comunicacional. Permite-se, então, que Ego e Alter, como sistemas auto-referenciais, reconstruam um ao outro em uma circularidade infinita, em vez de ficarem paralisados; tal é a interdependência social de ambos como construções comunicativas. A reconstrução comunicativa, pois, segundo Teubner, torna o paradoxo da alteridade inofensivo, o que, por outro lado, ressalta os paradoxos fundantes dos sistemas sociais, de modo a gerar a necessidade sistêmica de invisibilizá-los.

Teubner entende que as distinções fundamentais de Luhmann e Derrida, visto não poderem ser integradas em uma síntese, podem apenas constituir o objeto de uma observação externa que se desenvolve como um contínuo e produtivo vai-e-vem de uma à outra. Trata-se de uma observação quase simultânea do mundo por duas perspectivas contraditórias, mas também suplementares, dada a revelação recíproca de seus respectivos pontos cegos. Ora, “o mundo de Luhmann e o contramundo de Derrida opõem-se e resistem um ao outro ortogonalmente, não podendo influenciar um ao outro diretamente. É, porém, exatamente por conta dessa clausura mútua que eles ameaçam, perseguem e assombram um ao outro” (TEUBNER, 2001, p. 9 – tradução nossa).

Ao lermos Teubner afirmar a existência de produtivas repercussões recíprocas entre a desconstrução e a reconstrução autopoietica, visualizamos a mútua paranóia entre Luhmann e Derrida como um jogo concertado de “thrust-and-parry” (em referência a Llewellyn e sua visionária percepção sobre o problema hermenêutico da indecidibilidade) em que uma dupla

de teorias, pelo fato de uma poder ver e conceituar aquilo que a outra não pode, acusa-se mutuamente. Retomemos as palavras de Teubner (2001, p. 3 – tradução nossa: “Autopoiese e desconstrução – o que ganhamos de suas recíprocas manias de perseguição resultantes em um redemoinho de movimentos desconstrutivos e contramovimentos sistêmicos, em uma relação crescente entre estabilizações e desestabilizações [...]?”). Essa desconfiança recíproca, gerada por construções da realidade incompatíveis, é acompanhada por uma mútua provocação, o que oferece grande potencial produtivo para o nosso trabalho, visto que a relação entre as duas vertentes teóricas ilustra precisamente o problema da diversidade de janelas entre Ego e Alter, questão fundamental do pluralismo contemporâneo. Senão, vejamos.

Para que possamos explicitar os traços do potencial produtivo mencionado no parágrafo anterior, precisaremos descrever a **estrutura da paranóia mútua**, o que pode ser feito nos seguintes termos: 1) “Ego₁” pratica sua estocada (“thrust”) ao afirmar como agiria se fosse o outro (Alter₁), que, por sua vez, pratica um movimento de bloqueio (“parry”) mediante a acusação de que “Alter₂” (“Ego₁”) não pode enxergar o mesmo que “Ego₂” (Alter₁) enxerga; e 2) devido à paranoia gerada pela impossibilidade assustadora de ver o que “Alter₂” pode ver, o “parry” praticado por “Ego₂” tende a ser acompanhado imediatamente por uma nova estocada (aquilo que, no vocabulário da esgrima, também se chama, em língua inglesa, de “riposte”, e, em língua portuguesa, de “resposta”), a qual consiste na afirmação de como ele agiria se fosse “Alter₂”, ao que “Ego₁” responde com um novo bloqueio de pronto acompanhado por outra estocada (“counter-riposte”). Tal descrição observacional externa de um jogo concertado de estocadas-e-bloqueios que se desenvolve indefinidamente, contudo, não pode negligenciar a seguinte percepção: o segredo da paranóia mútua é justamente não investigar quem realizou o suposto “thrust” inicial, pois um paranoico sempre enxerga seu “thrust” apenas como um “riposte” (estocada realizada imediatamente após um movimento de “parry”). Em outras palavras, o ponto inicial da ação de “Ego”, do seu ângulo, é sempre um movimento praticado para bloquear aquilo que ele vê como um “thrust” de “Alter”, de maneira a caracterizar o circular jogo concertado de “thrust-and-parry”.

Assumida a estrutura da paranoia mútua, **a provocação recíproca entre Luhmann e Derrida pode ser lida como um “thrust-and-parry”** em que: 1) Luhmann, assombrado pela concepção de justiça como fórmula de transcendência radical e caótica assumida pela desconstrução, pratica um movimento para neutralizar o que enxerga, na postura de Derrida, como um fortalecimento dos efeitos paralisantes do paradoxo jurídico e, por conseguinte, um fomento à arbitrariedade; 2) O “parry” de Luhmann é acompanhado por um “riposte” do tipo “se eu (autopoiese) fosse você (desconstrução), faria um uso criativo do paradoxo do direito

mediante técnicas sociais de desparadoxização, de modo a nos livrar do seu poder paralisante mediante a geração de novas distinções, inclusive entre comunicação e consciência”; 3) Derrida, assombrado pela imunidade dos sistemas sociais à desconstrução, pratica um movimento para neutralizar o que enxerga, na postura de Luhmann, como uma negligência em relação à transcendência radical da justiça e; 4) o “parry” de Derrida é acompanhado pelo “counter-riposte” “se eu (desconstrução) fosse você (autopoiese), forneceria um espaço simbólico de interrelação entre consciência e discurso mediante a unidade da ‘différance’, de maneira a albergar a dinâmica desconstrutiva de transformação e interconexão, que não respeita fronteiras sistêmicas claras”.

Tal é o desenho da paranoia mútua entre Luhmann e Derrida, que, embora caracterizada pelas oposições entre desparadoxização e reparadoxização, entre análise institucional empírica e ilusão transcendental, entre a imanência dos sistemas sociais e a transcendência destas pela *différance*; consiste, em verdade, em um “jogo quase rítmico de paradoxização, desparadoxização e reparadoxização” (TEUBNER, 2001, p. 9; 16 – tradução nossa). O resultado de tal jogo concertado é uma dinâmica evolutiva em que, por um lado, “a desconstrução, permanentemente provocada por sua subversão autopoietica, é obrigada a modificar o seu caráter continuamente”, e, por outro, “os paradoxos provocam as instituições [...] jurídicas para que estas, criativamente, produzam novas regras” em nome do impulso desconstrutivo “insaciável em direção à invenção de novas diferenças” (TEUBNER, 2001, p. 16 – tradução nossa).

A despeito dos ataques recíprocos entre autopoiese e desconstrução, Luhmann e Derrida concordam, construtivamente (e não destrutivamente), que: 1) o Direito não pode “evitar a invasão da irracionalidade no mundo racional das decisões orientadas por normas e da argumentação embasada na razão”; 2) “expor a irracionalidade de uma decisão não significa suspender as demandas por uma sociedade justa, mas, sim, levar as exigências normativas da justiça ainda mais a sério”; e 3) teorias da justiça radicais, a despeito de seu potencial provocador, não podem se sustentar caso não ofereçam propostas alternativas àquilo que criticam (TEUBNER, 2001, p. 3; 34 – tradução nossa). São justamente tais premissas que permitem a Teubner, a despeito de ser um autor vinculado à tradição sistêmica, explorar produtivamente, à la Bankovsky, em uma postura de abertura (boa vontade de um autor para que possa aprender com o outro), humildade (colocação de lado das próprias convicções de um autor sobre a existência de limites nas teorias do outro) e resiliência (compromisso com o potencial produtivo da cooperação entre perspectivas teóricas distintas), a paranóia mútua entre Luhmann e Derrida para afirmar que o discurso da justiça está situado na fronteira entre

imanência e transcendência do Direito. Se, por um lado, derridarianamente, a “re-entry” não faz jus à transcendência, por outro, sistemicamente, consiste em um elemento fundamental para a auto-transcendência do Direito diante do intervalo entre normas e atos. Ora, é a “re-entry” o que preserva o fechamento operacional do sistema e, conseqüentemente, a utilização por este de critérios de justiça próprios, idôneos a conservar tanto a auto-referência quanto a heterorreferência do direito. Sistemicamente, pois, podemos dizer que as teorias da justiça não podem produzir livremente estruturas de novos tipos com a pretensão de superar o intervalo entre estrutura e operação, dado que o entendimento da justiça como transcendência radical do Direito não pode ignorar “as demandas reversas da transcendência do Direito de, em nome da onipresença, realizar a justiça na imanência do Direito” (TEUBNER, 2011, p. 46 – tradução nossa). O Direito moderno, ao cogitar sua auto-transcendência, compele sua fórmula de contingência, mas não como um impulso cego. A justiça jurídica não confunde a injustiça do Direito e a mundana, mas, sim, está submetida aos limites do espaço imaginário da “re-entry” conferido pela deficiência da decisão propriamente jurídica no que diz respeito à conexão entre estrutura e operação, entre norma jurídica vinculante e decisão discricionária em sentido forte. Nesse contexto, os compelimentos sistêmicos e exigências analítico-coerentistas correlatas – como as sugeridas por Peczenik – prestam-se exatamente a dar conta da responsabilidade de apresentar razões postulada construtivamente por Derrida quando o autor franco-argelino, a despeito de conceber a razão como intrinsecamente instável e relativizar a dicotomia razão/não-razão, rejeita igualar a desconstrução à destruição. Veremos no próximo tópico como tal questão é decisiva para uma caracterização adequada da relação entre discricionariedade e vinculação.

8.1.2 A aporética tentativa de responder simultaneamente à razão e pela razão: a busca pelo equilíbrio reflexivo como esforço de justificação coerentista possível apenas como impossível

Vimos no segundo capítulo deste trabalho, com Derrida e Thomassen, que a razão é entendida desconstrutivamente como envolta em uma tensão entre condicionalidade e incondicionalidade. A pergunta “O que é a razão?” é uma parte essencial da razão. Em outros termos, a razão deve responder à razão e pela razão, de modo que os questionamentos feitos pela razão são sempre condicionais, ainda que realizados em nome de uma razão incondicional. A razão, ao mesmo tempo que é desestabilizada, continua, em nome de uma razão incondicional, por-vir, visto que não podemos determinar taxativamente o que é a razão,

tarefa que é central na atividade racional. A razão só é possível como impossível, de modo que se faz necessário, para a possibilitar, sua assunção como condicional mediante a suspensão do questionamento sobre o que ela é.

O paradoxo, a aporia e a indecidibilidade são intrínsecos à razão, o que impede uma racionalização (logocêntrica) das condições e limites da razão. Como afirma, derridarianamente, Thomassen, qualquer decisão enseja uma responsabilidade pela exclusão de um Outro, por uma violência que não pode ser completamente racionalizada. A alteridade desse Outro necessariamente escapa da nossa resposta, dado o idioma particular desta, o que torna impossível, por-vir, a nossa responsabilidade perante esse Outro, ainda que, ao mesmo tempo, tal impossibilidade seja simultaneamente o que possibilita a responsabilidade ao impedir que esta seja exaurível em uma comunicação perfeita. De tal maneira, não somos responsáveis pela razão apenas em abstrato, mas também por suas articulações particulares e por questioná-las. O fato de essa responsabilidade ser inexaurível é justamente o que a torna possível como uma responsabilidade infinita de contestação e questionamento contínuos, cuja “inesgotabilidade da responsabilidade em si pode ser uma fonte de vitalidade, pois envolve a contínua contestação e contra-contestação de normas e reivindicações” (THOMASSEN, 2008, 117 – tradução nossa).

A responsabilidade, que “só é possível na medida em que há uma decisão e indecidibilidade, ou seja, na medida em que não se está simplesmente seguindo uma regra” (THOMASSEN, 2008, p. 117 – tradução nossa), pressupõe, em sua dimensão hermenêutica (contexto de descoberta), um “hunch” violento submetido ao jogo de remetimentos, diferenças e diferimentos típico da dinâmica do rastro. Isso não significa, contudo, que Derrida esteja a abrir mão de um compromisso construtivo com a possibilidade da responsabilidade, o qual, em sua teoria, está atrelado à tensão entre a responsabilidade pelo Outro individualizado e a responsabilidade imparcial por todos os Outros. É este compromisso com a imparcialidade o que, segundo Bankovsky, permite a Derrida escapar do relativismo, comparar as qualidades dos fracassos e conservar a função crítica da noção de justiça, mesmo que esta esteja sempre por vir. De tal maneira, a responsabilidade, em sua dimensão analítica, envolve um esforço de justificação coerentista que, por um lado, tem a “différance” como condição de possibilidade, e, por outro, é apofanticamente essencial à própria descrição da “différance” e ao cumprimento da tentativa de fundamentar retrospectiva e racionalmente a violência constitutiva do “hunch” decisório. Afinal, Derrida, ao admitir, para fins de satisfação da face imparcial da responsabilidade da justiça, a necessidade de transgressões à “travessia do deserto” consubstanciada na consideração individual, abre um

flanco para a atuação de um compêlimento à fundamentação, o qual, desconstrutivamente, propomos que seja lido nos moldes da concepção de equilíbrio reflexivo de Peczenik.

O modelo proposto pelo presente trabalho não deixa de consistir em um grande esforço de combinação coerentista de platitudes. Justamente por tal razão (!), necessariamente fracassará, dados o caráter de por-vir da justiça e a insuficiência da calculabilidade da razão. Como bem notou Dworkin, a teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos (inclusive o próprio conceito de interpretação) e, portanto, historicamente situados e aporéticos, como o próprio conceito de razão, que pode ser submetido a um questionamento por si mesmo, de maneira a subverter, em moldes iterativos, a relação entre metalinguagem e linguagem-objeto. Nota-se, pois, que a própria distinção estabelecida na introdução deste trabalho (“Lx”) entre os níveis de linguagem “L1” – eixos compreensivo, analítico, político e cultural – e “L2” – metaeixo paranoico –, utilizada para meros fins de simplificação analítica, é artificial, visto que a dinâmica iterativa do rastro impõe, na dimensão compreensiva, um entrelaçamento hierárquico entre tais níveis de linguagem, o que fica claro quando notamos a espiral dos efeitos iterativos dos sentidos atribuídos aos elementos de um eixo em relação aos do outro. Da mesma maneira, dada a impossibilidade de se responder simultaneamente à razão e pela razão, o nível de linguagem “L3”, referente à matriz “epistemológica” de caráter desconstrutivo(-construtivo) assumida por este trabalho, se submete a semelhante entrelaçamento hierárquico, motivo pelo qual, “ultima ratio”, as contribuições de pensadores cujas ideias são nucleares aos quatro eixos que compõem “L1” ou ao metaeixo em que consiste “L2” também perpetram deslocamentos do sentido de “L3”. Exemplificativamente, ao mesmo tempo que lemos o coerentismo de Peczenik desconstrutivo-construtivamente, lemos desconstrutivo-construtivamente, à luz de Peczenik, a leitura desconstrutivo-construtiva sobre o pensamento de Derrida – raciocínio que também se aplica à concepção de Dworkin sobre a teoria da interpretação, mencionada anteriormente neste mesmo parágrafo. Pistas dessa peculiaridade, aliás, já haviam sido dadas desde o início do trabalho, visto que o derridariano Douzinas compõe o cerne de um dos eixos (“cultural”) de “L1” e, de maneira ainda mais significativa, o próprio Derrida figura não apenas como cerne de “L3”, mas também como um dos polos do metaeixo paranóico (“L2”), o que configura o exemplo extremo e necessário dessa subversão entre metalinguagem e linguagem-objeto. Tudo isso significa, “ultima ratio”, que nossa matriz, ao final do trabalho, não se restringe à “leitura desconstrutivo-construtiva do

pensamento derridariano” (à la Bankovsky) descrita no tópico 2.1 deste trabalho, visto não ser possível, dada a dinâmica do rastro, que nos vinculemos àquela descrição como um “original” passível de aplicação não-iterativa.

Em linguagem sistêmica, Luhmann (2014, p. 134 – tradução nossa) descreve a subversão entre metalinguagem e linguagem-objeto ao afirmar que “a distinção mediante a qual se observa não pode ser definida, mas serve como um ponto cego de observação, ou seja, como condição (não racional de sua própria possibilidade)”. De tal maneira, o observador de um observador deste tipo, caso questione tal premissa, visualizará apenas tautologias e paradoxos, o que redundará na destruição de suas próprias possibilidades de observar e, por conseguinte, conseguirá observar apenas esta mesma destruição. A reflexão teórica do próprio sistema jurídico, segundo o professor germânico, ao problematizar o mencionado ponto cego, torna-se o exemplo por excelência desse tipo de observador de segunda ordem, cujo problema, na visão de Luhmann, não se deve buscar solucionar mediante a construção de níveis metalinguísticos lineares, os quais precisariam, para se sustentar, gozar de invariabilidade. Nesse contexto, é essencial retomarmos o aviso de Peczenik, estudado no quarto capítulo do presente trabalho, quanto ao fato de que a própria ideia de “equilíbrio reflexivo” é um “platitude” procedimental, comentário que, lido desconstrutivamente, evoca a ideia derridariana de que a razão precisa responder pelo seu próprio caráter racional. Ora, sendo o equilíbrio reflexivo um “platitude” (ou, quiçá, à la Dworkin, um conceito interpretativo), ele também precisa ser submetido ao próprio procedimento que propõe, o que subverte a relação unidirecional entre metalinguagem e linguagem-objeto, de modo a abrir espaço a uma hierarquia entrelaçada entre os níveis de linguagem, a qual não pode resultar em uma determinação logocêntrica do sentido – afinal, como bem notou Dworkin, toda afirmação filosófica sobre conceitos interpretativos (ou platitudes) é prescritiva, visto que as dimensões normativa e descritiva de tais conceitos são indissociáveis.

Se responder à razão é algo que exige que se responda pela razão, o cumprimento do procedimento do equilíbrio reflexivo demanda que se responda pela própria racionalidade de tal procedimento. Determinar o sentido de “platitudes” (como “direitos humanos”), reduzindo seu caráter “fuzzy”, mediante uma articulação coerentista regida pelo equilíbrio reflexivo é algo que requer uma determinação do sentido do próprio “equilíbrio reflexivo”, o que certamente envolve um condicionamento por normas de raciocínio, mas não se esgota nesta calculabilidade. De modo coerentista, podemos dizer que as cadeias de sustentação, nesse caso, envolveriam um entrelaçamento de níveis de linguagem – algo visionariamente percebido por Kantorowicz, que, antecipando, de certo modo, a dinâmica derridariana do

rastro, afirmou que os elementos que permitiriam a definição dos aspectos indefinidos do direito também precisam de definições, de modo a gerar um entrecruzamento entre categorias definitórias de elementos que não pode ser analiticamente descrito ou submetido a algum tipo de método – , pois a determinação do sentido do equilíbrio reflexivo envolve a própria prática desse equilíbrio (que, por sua vez, também é, circularmente, regida pelo sentido do equilíbrio reflexivo), de maneira que qualquer reflexividade sobre o sentido de tal prática já consiste em uma artificialidade que não é capaz de traduzir apofanticamente a sua riqueza, ou seja, mensurar o não-dito. Não é à toa, pois, que Peczenik alerta para o fato de que qualquer consenso sobre as consequências precisas de um “platitude” é derrotável, ou seja, meramente “pro tanto”, o que, obviamente, se aplica também ao “platitude” procedimental equilíbrio reflexivo. Senão, vejamos.

Precisamos retomar aqui uma outra premissa de Peczenik, qual seja, a de que o pluralismo e o relativismo morais têm como uma de suas causas o confronto entre teorias morais abrangentes que só são incompatíveis quando formuladas de maneira geral, precisa e repleta de conteúdos, dado que, quando tais elementos são mitigados, as consequências dessas teorias se tornam similares. Tal afirmação, segundo o professor polonês, também é aplicável ao “platitude” “coerência”, central na perspectiva coerentista, o que nos estimulou a buscar desconstrutivamente uma formulação mais “fuzzy” desse “platitude” do que a do próprio autor, de modo a torná-lo coerente (nos próprios termos do equilíbrio reflexivo) com outros “placitudes” cujos sentidos foram objetos de repetições “cum” alterações (iteração) por este trabalho de maneira semelhante, dentre os quais, sem pretensões exaustivas, podemos destacar: a própria noção de “iteração”; o já mencionado “equilíbrio reflexivo”; “contexto de descoberta”; “contexto de justificação”; “salto/“jump””; “transformação” e suas subcategorias; “analogia”; “abdução”; “conjetura”; “desconstrução”; “rastro”; “autopoiese”; “razão transversal”; “re-entry”; “paranóia mútua”; “thrust-and-parry”; “hunch”; “felt sense”; “antecipação de sentido”; “pré-compreensão”; “interesse”, com sua variação “interesse postergado”; “invariante axiológica”; “memória do sistema”; “redundância”; “variação”; “coerência narrativa”; “formulação de verdade”; “ideologia jurídica”; “horizonte intersubjetivo de expectativas”; “steadyng factors” e suas espécies; “romance em cadeia”; “must-sources”/“should-sources”/“may-sources”; “lei dos vasos comunicantes”; “vinculação”; “discricionariedade”; “equivalência homeomórfica”; “direitos humanos”; “vôo de sentido”; “costume como mal-entendido criativo”; “justiça jurídica”; e “justiça por-vir”. Ora, a intuição fundamental de tal leitura está presente nos próprios textos de Peczenik, que, paradoxalmente, por um lado, afirma que uma articulação coerentista entre “placitudes” é

necessária para que estes reduzam o seu caráter “fuzzy”, mas, por outro, afirma que a incompatibilidade entre “platitudes” muitas vezes é decorrente do alto nível de determinação de suas formulações, ou seja, em outros termos, de um baixo nível de “fuzziness”. Como não é possível simultaneamente responder pela razão e à razão, precisamos, paradoxalmente, de uma formulação mais “fuzzy” dos “platitudes” como uma tentativa inexoravelmente fracassada de responder pela razão para que estes possam, mediante cadeias de sustentação coerentista, encontrar maior estabilidade (menos “fuzziness”) e, por conseguinte, responder de modo inexoravelmente fracassado à razão.

Como na dinâmica da justiça jurídica de Teubner, há uma autosubversão cíclica. Inicialmente, aumenta-se analiticamente (reflexivamente) o caráter “fuzzy” dos “platitudes” que compõem nossa teoria abrangente, o que viabilizará o esforço (imperfeito) de compatibilização entre tais elementos e conferirá uma maior abertura às possibilidades de determinação iterativa via “hunch” (dimensão hermenêutica) do sentido desses “platitudes” no contexto da realização de juízos particulares. Tal determinação precisará ser objeto de um novo momento de reflexividade, em que se buscará uma compatibilização analítica (inexoravelmente imperfeita) entre os “produtos” de tais “hunches”. Esta compatibilização se trata de um nível intermediário de reflexividade, de maneira que, por um lado, será deveras específica, visto que nascida de uma situação contextual particular, e, por outro, estará envolta em uma relação de circularidade com a formulação abrangente inicial dos “platitudes”, dado que, simultânea e iterativamente, a retroalimentará e será por ela retroalimentada, nos moldes de um equilíbrio reflexivo amplo, restrito, segmentado e, por óbvio, que gira em torno de platitudes. O ciclo iterativo, ao ser reiniciado, destruirá, sem perder de vista a experiência adquirida (tradição), a formulação contextual específica dos “platitudes”, dada a necessidade de nova ampliação de seu caráter “fuzzy” para que se possa abrir espaço a uma nova determinação via “hunch” (nova redução do caráter “fuzzy” dos “platitudes”) quando surgir a demanda por novos juízos particulares. Sistemicamente, pois, a tradição, entendida como memória do sistema (no que cumprem papel decisivo os conceitos, como visto com Luhmann), proporciona uma redundância que nasce da contribuição da variação gerada pelo “hunch” do ciclo anterior, ao mesmo tempo que aquela variação nasceu da redundância estabelecida no início daquele ciclo.

A reflexividade de nível intermediário, segundo Peczenik, cabe à doutrina, agente produtor de uma normatividade relativamente estável, baseada na coerência. Nas palavras do autor polonês, “a doutrina usa conceitos inter-relacionados, de modo que o significado de um conceito frequentemente depende do significado de outros conceitos jurídicos. [...] a doutrina

apresenta o direito como um todo sistemático; a ordenação da exposição das partes do direito é predeterminada pelas relações existentes entre tais conceitos” (PECZENIK, 2005, p. 138 – tradução nossa). Podemos, aliás, ler desconstrutivamente tal excerto para afirmar que os conceitos produzidos pela doutrina estão sujeitos à dinâmica derridariana do rastro, caracterizada por um jogo de diferimentos em que não há significado em si ou significante, pois este “só é o que é segundo o lugar que ocupa numa cadeia de diferenças, ou seja, cada ‘significante’, cada palavra, cada termo – numa frase, num discurso ou num sistema linguístico qualquer – traz o rastro de todos os outros significantes que não ele” (DARDEAU, 2011, p. 60).

Nossa compreensão desconstrutiva da obra do autor polonês se torna mais pertinente quando lembramos sua caracterização da doutrina como produtora de teorias de nível intermediário com “platitudes” no centro, os quais: adentram um único equilíbrio (reflexivo), de maneira que nenhum deles funciona, por si mesmo, como um supercritério; e precisam ser classificados em pelo menos quatro tipos, como veremos nos parágrafos seguintes.

O primeiro tipo é o dos “platitudes” da própria teoria sobre a coerência, ou seja, os critérios de coerência. A tal respeito, em sua fase madura, Peczenik afirma que critérios de coerência gerais o suficiente para que sejam aplicáveis a todas as teorias coerentes precisam ser imprecisos – ou, mais propriamente, platitudes –, pois a precisão os reduziria a feixes de critérios voltados para domínios específicos e aplicáveis a apenas algumas teorias coerentes. Nesse contexto, remete ao modelo de coerentismo integrado de Hage, tese que, se restringindo a especificar o papel da sustentação mútua como padrão de coerência, postula que cada teoria coerente tem seus próprios padrões de sustentação. Tal modelo assume a premissa de que um arranjo coerente se ajusta a restrições que figuram como componentes dele próprio, de maneira que “as relações de sustentação entre os elementos do arranjo não são definidas externamente a este, e sim são parte dele. Externamente ao arranjo há apenas o padrão mínimo de que um bom arranjo de aceitações satisfaça seus próprios padrões” (PECZENIK, 2005, p. 147 – tradução nossa). Não há, portanto, na teoria de Hage (2013, p. 25 – tradução nossa), um arranjo de fundo que justifique a relevância da coerência e especifique quais são critérios de coerência, pois, para o autor, “a motivação e os padrões de coerência são parte de um único arranjo de posições”, o que torna necessário que todas as posições sejam “agregadas e avaliadas em conjunto quanto a sua coerência”. Nesses moldes, como afirma Peczenik (2005, p. 147 – tradução nossa), “o que conta como sustentação mútua e o grau em que esta incrementa a qualidade de um arranjo de aceitações são questões que o próprio arranjo vai ter que solucionar”. O próprio Peczenik reconhece, então, que os critérios

por ele formulados em conjunto com Alexy, se lidos à luz do coerentismo integrado de Hage, não constituem propriamente uma filosofia geral da coerência, mas, sim, uma parte de um arranjo de aceitações de uma teoria propriamente jurídica sobre o direito que assume como critérios: “quantas asserções sustentadas pertencem à teoria; o quão complexas são as redes de razões de sustentação pertencentes à teoria; quantas asserções universais pertencem à teoria; quantos conceitos gerais pertencem à teoria e o quão alto é o grau de generalidade deles; e quantos casos e campos do desenvolvimento humano a teoria abarca” (PECZENIK, 2005, p. 145 – tradução nossa).

A circularidade da justificação, segundo Peczenik, ainda que seja mais comumente enfrentada à luz da teoria da coerência, encontra possibilidades de resposta na hermenêutica, mormente pela referência à ideia de círculo hermenêutico. A peculiaridade das teorias humanísticas – e é aqui que entra a hermenêutica – diz respeito ao fato de que, ao contrário do que ocorre nas teorias das ciências naturais, elas não comportam uma distinção conceitual entre dados e teorias. “Não é possível dizer claramente quais proposições relatam dados observados e quais expressam teorias”, o que pode ser bem explicado quando consideramos, hermeneuticamente, que o todo de um produto cultural só pode ser entendido caso sejam entendidas as partes que o compõem e vice-versa (PECZENIK, 2005, p. 143 – tradução nossa). Nesse contexto, o autor polonês estabelece um paralelo entre o círculo hermenêutico e o equilíbrio reflexivo. Ora, sabemos que um sistema coerente de crenças, preferências e raciocínios é similar a uma rede de círculos argumentativos, bem como que uma cadeia argumentativa, em algum momento, incorrerá em circularidade – “ p_1 sustenta p_2 , p_2 sustenta p_3 , e assim por diante, e p_n sustenta p_1 . A ‘sustentação’ é explicável apenas como sustentação razoável p_2 deriva de p_1 apenas em conjunção com uma outra premissa, ou seja, r_1 . Esta premissa r_1 é razoável, o que implica que se trata de um membro de um outro círculo desse tipo” (PECZENIK, 2005, p. 144 – tradução nossa). É justamente por tal razão que se faz produtiva a integração desses círculos em redes, o que, mediante um aumento de complexidade, atribui mais segurança a cada círculo individualmente considerado.

Peczenik, em companhia de Hage, admite que se, por um lado, o conteúdo do direito é determinado pela melhor teoria do direito, ou seja, pela parte jurídica da teoria mais coerente sobre tudo, por outro, uma teoria abrangente perfeita não existe. Nem por isso, contudo, deve-se abrir mão da tentativa de alcançar uma aproximação, ou seja, uma teoria consistente e o mais abrangente possível. Em linguagem desconstrutivo-constructiva, podemos dizer que uma teoria coerente é possível como impossível, sempre por-vir, motivo pelo qual os autores não deixam de destacar a relevância dos diálogos jurídicos como o melhor meio para a construção

de uma teoria coerente do direito cujas crenças jurídicas individuais seriam a melhor aproximação possível da verdade jurídica. Obviamente, realizar um tal diálogo em condições ideais também é possível apenas como impossível, o que demanda uma revisão e um aperfeiçoamento contínuo de suas conclusões. Nesse contexto, no que concerne aos “platitudes” sobre a teoria da coerência, nossa teoria desconstrutivo-construtiva atribui papel central ao “platitude” “coerência narrativa”. Segundo este critério, a tradição linguisticamente compartilhada vincula o intérprete (seja este o doutrinador, seja o juiz, dada a comutabilidade hermenêutica entre suas atividades), de modo “convencionalista ‘cum’ institucionalista” (Peczenik e Hage), a padrões existentes na legislação, no histórico das decisões judiciais e na doutrina – padrões que, como bem notou Dworkin, ao abordar a “fase pré-interpretativa”, fornecem o conteúdo do direito como prática e não podem ser objeto de uma descrição rigorosa, mas apenas de uma atividade descritiva-enquanto-normativa, ou, poderíamos dizer, de iterativas formulações de verdade que, diante das limitações científicas, desenvolvem contínua e conjeturalmente (mediação entre “pragma” e “logos” em Reale), à la por-vir, o seu próprio potencial. Em outras palavras, o intérprete estaria vinculado a buscar, nos moldes do equilíbrio reflexivo, a posição justificada da maneira mais perfeita possível nos termos do horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser)/ideologia jurídica (Peczenik)/romance em cadeia (Dworkin), ou seja, nos limites da historicidade e da tradição, o que, como é típico da dinâmica do rastro, pressupõe, iterativa e entrelaçadamente, uma “correlação entre atos interpretativos e atos normativos” (Reale) como justificação dos elementos que compõem o direito como prática (fase interpretativa).

Contudo, considerando que, como defendem Peczenik e Hage, o direito é a interpretação pessoal do direito justificada da maneira mais perfeita possível e, portanto, é uma reconstrução racional fundada não apenas naquilo que uma teoria “convencionalista ‘cum’ institucionalista” (CI) do direito diz que ele é, mas também na relevância da moralidade pessoal subscrita pelo intérprete em sua teoria coerentista; o mencionado esforço para responder à razão nos moldes do equilíbrio reflexivo envolve também, em cada formulação de verdade, uma faceta voluntarista, passional (o violento “hunch” antecipatório de sentido) que, paradoxalmente, sempre fará da tentativa de justificação racional de juízos “all-things considered” um inexorável fracasso, à la por-vir. Peczenik, então, ao assumir, em conjunto com Hage, um relativismo metateórico em que as preferências pessoais constituem o cerne do passo decisivo da atividade judicante, está, de certo modo, por um lado, a afastar-se de um logocentrismo estrito, e, por outro, a, desconstrutivo-construtivamente, dar continuidade à tradição não-cognitivista de Ross que tanto o influenciou. Como afirma, pois,

Peczenik em sua fase madura, “o direito existe como um fato, mas a descoberta deste fato pressupõe que um jurista se baseie nas convenções sociais e na moralidade pessoal. Esta moralidade depende da motivação do jurista”, o que, em outras palavras, significa que os juízos são teoricamente objetivos quando têm como referência os conceitos e padrões de práticas pressupostos por seu agente, mas relativos quando, metateoricamente, se faz necessário admitir uma possibilidade alternativa a cada formulação de verdade e, por conseguinte, utilizar cláusulas como “eu acho que” e “em minha opinião” (PECZENIK, 2005, p. 170; 177-8 – tradução nossa).

Peczenik entende que o sujeito é tanto racional (analítico) quanto social (hermeneuticamente condicionado pela tradição e pela pré-compreensão), bem como que a teoria do equilíbrio reflexivo amplo tem caráter epistemológico e é idônea a orientar o esforço vigilante necessário ao ajuste entre a visão de racionalidade do próprio sujeito e a moralidade, a qual, devido ao fato de todas as normas serem sociais e históricas (por conseguinte, não universais), tem a qualidade ontológica de ser socialmente centrada. Assumidas tais premissas, podemos adentrar o segundo tipo de “platitudes”, que são aqueles referentes justamente a tal moralidade e à justiça, dentre os quais nossa teoria desconstrutivo-constructiva itera destacadamente os seguintes: “direitos humanos”, “invariantes axiológicas” (Reale), “interesses” (Jhering/Luhmann), “equivalência homeomórfica” (Panikkar), “imperativos interculturais” (Boaventura Santos), “hiperciclo”, “ultraciclo”, “instituições de ligação”, “tradição” (Gadamer), “forma de vida” (Wittgenstein), “jogo de linguagem” (Wittgenstein), “criatividade governada por regras” (Nimis), “steadying factors” (Llewellyn), “horizonte intersubjetivo de expectativas” (Esser), “romance em cadeia” (Dworkin), “justiça jurídica” (Teubner), “justiça por-vir” (Derrida). Nesse contexto, as noções de “tradição”, “forma de vida” e “jogo de linguagem” relacionam-se ao “platitude” sobre a teoria da coerência “coerência narrativa”, visto que os parâmetros de uma coerência desse tipo encontram sustentação em instituições políticas e sociais, bem como em crenças e valores sedimentados, muitos destes na forma de “invariantes axiológicas”. Ora, a “ideologia jurídica”, como conjunto das convicções cognitivas e normativas performativamente aceitas pelos participantes do jogo de linguagem jurídico, envolve componentes que estão conectados ao passado e ao futuro, motivo pelo qual sua construção teórica demanda a assunção de um padrão de “coerência narrativa”, tal qual no romance em cadeia de Dworkin. Considerando que a cultura jurídica e a estrutura profunda do direito são socialmente centradas (e, portanto, históricas), os juízos jurídicos são sempre culturalmente condicionados pelo horizonte intersubjetivo de expectativas/”steadying factors”, o que resulta em contínuas iterações –

perpetradas mediante hiperciclos e ultraciclos – dos elementos da ideologia jurídica, as quais, circularmente, modificam continuamente as próprias convenções dos jogos de linguagem e formas de vida que lhes condicionam. Como afirma Teubner, que subscreve a tese de que cada cultura jurídica tem sua própria “episteme” (seu próprio estilo de argumentação e de interpretação) e está ligada a uma visão específica sobre o mundo social, ao qual se conecta via “instituições de ligação”; “a justiça atua internamente ao Direito como uma força subversiva, com a qual o Direito protesta contra si mesmo [...], contra suas tendências naturais de se vincular a precedentes, rotina, segurança, estabilidade, autoridade e tradição” (LUHMANN, 2011, p. 32-3). Diante dessa “criatividade governada por regras” (Nimis) – a qual é, simultaneamente, intersubjetiva e produto da unicidade de cada formulação personalista de verdade –, a justificação das incessantes modificações nos elementos de uma tradição jurídica pressupõe que esta contenha tradições de segunda ordem, as quais sustentem tal potencial de introdução de elementos novos na tradição de primeira ordem (e assim por diante, o que pressupõe, como visto, um entrelaçamento hierárquico em vez de uma concepção linear de níveis de linguagem), bem como que as modificações maximizem a coerência diacrônica, que deve manter uma relativa estabilidade ao longo do tempo. Nesse contexto, as “invariantes axiológicas” (sedimentadas juridicamente na forma de direitos humanos), justamente por serem componentes de uma moralidade socialmente centrada, surgem como formulações aquilianas, históricas e submetidas à dinâmica iterativa do rastro, motivo pelo qual são repetidamente desafiadas ao longo do tempo, o que torna necessário que sejam incessante e diatopicamente revisadas diante dos desafios do multiculturalismo, sob pena de institucionalização de um comunitarismo etnocêntrico disfarçado de universalismo metafísico. Por outro lado, a despeito de o sistema jurídico ser cognitivamente aberto, as irritações geradas pelos interesses multiculturais não podem, em nome da justiça por-*vir*, invadir o sistema jurídico com mero fundamento na força retórica do discurso dos direitos humanos culturais, sob pena de quebra da especificidade da justiça jurídica, o que resultaria, nesse contexto, na celebração de um relativismo cultural irresponsável. Uma tentativa de evitar ambos os riscos, os quais estão no cerne da aporia universalismo-multiculturalismo, pressupõe que se visualize a existência de um rastro de circularidade segundo o qual tais polos são mutuamente implicativos e, portanto, não podem ser entendidos um sem o outro, o que dissolve a presença de uma fronteira abstratamente determinada entre ambos. Subscrita tal premissa, é necessário, ainda, que a tentativa inexoravelmente fracassada de transcender a aporia em questão satisfaça duas condições. A primeira condição é a assunção de “invariantes axiológicas de segunda ordem”, dotadas de caráter diatópico (e, por óbvio, sempre submetidas

à dinâmica iterativa), como os dois imperativos interculturais formulados por Boaventura Santos, segundo os quais: uma cultura deve ser lida de modo a maximizar a sua reciprocidade, ou seja, o reconhecimento do Outro; e “as pessoas e grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. A segunda condição é a de que os sistemas psíquicos acoplados estruturalmente ao sistema jurídico apresentem, no intervalo (que consideramos, desconstrutivamente, devido à necessária discricionariedade no primeiro sentido fraco, caracterizado por uma violenta invasão residual que enseja um inexorável grau de corrupção sistêmica operativa como traço intrínseco ao processo ultracíclico de “tradução” – “mal-entendido criativo” – das irritações que o sistema jurídico recebe de seu ambiente) entre “travessia do deserto” e “re-entry”, uma disposição para o diálogo intercultural em busca de uma “transcendência histórico-culturalmente situada” (Aarnio e Peczenik). Essa procura teria como “princípio quase transcendente de crítica” (Douzinas) – o qual não pode consistir, tal qual em uma metafísica da presença, em um supermodelo que sirva como um primeiro fundamento aprioristicamente determinado (ou um ponto arquimediano), mas apenas em uma formulação aquiliana, histórica e submetida tanto à dinâmica iterativa do rastro quanto ao entrelaçamento hierárquico intrínseco à estrutura circular da realidade visualizada por Luhmann e Teubner – a noção de equilíbrio reflexivo amplo, restrito, segmentado e centrado em torno de “platitudes” – a qual, como sabemos, pelo fato de ser impossível responder simultaneamente à razão e pela razão, inexoravelmente fracassará, à la por-vir.

Por sua vez, o terceiro tipo de “platitudes” é o dos relativos ao que Peczenik chamou de “general legal doctrine” (o que, nesse contexto, parece encontrar a melhor tradução para o português não propriamente como “doutrina jurídica geral”, mas, sim, como “teoria geral do direito”), que se referem aos argumentos juridicamente relevantes e às fontes do direito. Em relação a essa terceira categoria, nossa teoria desconstrutivo-constitutiva destaca “platitudes” divididos em três grupos menores. O primeiro grupo é o dos “platitudes” necessários a uma concepção de “fonte do direito” (e das normas sobre as fontes do direito, ou seja, as “source-norms”), quais sejam: os “platitudes” “vinculação”, “discricionariedade” (e dois “platitudes” deste derivados, quais sejam, “discricionariedade no primeiro sentido fraco” e “discricionariedade em sentido forte”, à la Dworkin), “must-sources”/“should-sources”/“may-sources” (Peczenik), “source-establishing jump”, (Peczenik), “jump into the law” (Peczenik) e “legal doctrine” (Llewellyn). Ora, o problema do intervalo entre vinculação e discricionariedade tem em seu cerne justamente o papel das fontes do direito e das normas sobre as fontes (“source-norms”). Por um lado, esses dois tipos de elemento são referências

reconhecidas espontaneamente no jogo de linguagem jurídico – cuja instituição, à luz de uma concepção de moralidade socialmente centrada, pode ser imperfeita e retrospectivamente descrita como um “jump into the law” (institucionalização de um sistema jurídico-normativo, à la Peczenik), ou seja, uma transformação aquiliana (Nimis) de premissas que não mencionam nem expressam o direito válido (fatos sociais e valores sociais) em um conhecimento sobre uma ordem jurídica válida como um todo – como integrantes da “legal doctrine” à qual o intérprete está vinculado (em maior ou menor grau, dependendo de sua qualificação como “must-sources”/“should-sources”/“may-sources”) a remeter – sob pena de descaracterização da própria forma de vida em que o direito está envolvido – na justificação profunda de sua compreensão-aplicação. Por outro lado, a aplicação das fontes do direito e das normas sobre as fontes, devido ao inexorável deslocamento de seus respectivos sentidos, exige uma discricionária-em-sentido-fraco formulação de verdade.

O segundo grupo é o dos “platitudes” concernentes à relação entre hermenêutica e fontes do direito: “compelimento sistêmico à decisão/compelimento sistêmico à fundamentação/compelimento sistêmico à normatização” (Teubner), “re-entry” (Luhmann e Teubner), “dado” (Gény), “construído” (Gény), “técnica” (Gény), “transformação” (Peczenik), “legal interpretative jump” (Peczenik), “normas de raciocínio” (Peczenik), “known doctrinal techniques” (Llewellyn) e “modelos dogmáticos” (Reale). Tais “platitudes”, lidos à luz da iteratividade intrínseca à dinâmica do rastro, pressupõem a impossibilidade de reprodução – seja pelo cientista, seja pelo magistrado – de um pretense sentido original das fontes e das razões “pro tanto” típicas do jogo de linguagem jurídico consubstanciadas nas “known doctrinal techniques”/reasoning norms/formas especiais de argumentos jurídicos/modelos dogmáticos). A assunção de tal premissa nos permite, em sentido ao contrário ao da concepção logocêntrico-empirista da ideologia das fontes do direito em Ross (segundo a qual caberia ao cientista do direito, em uma atividade descritiva, extrair da conduta efetiva dos juizes as diretivas integrantes da ideologia que inspira os tribunais e, assim, viabilizar uma previsão sobre a conduta futura dos juizes), qualificar a atividade doutrinária como uma formulação de verdades descritivas-enquanto-normativas cujo potencial de previsibilidade, conforme notado por Llewellyn e Peczenik, estará, mesmo quando sedimentado em técnicas argumentativas tradicionais (as quais também se submetem à dinâmica das iterações) que viabilizem a retrospectiva transformação resultante de um “legal interpretative jump” razoável, sempre por-vir.

O terceiro grupo diz respeito às fontes em espécie, no qual destacamos: o mencionado “papel descritivo-enquanto-normativo da doutrina”, dotada de uma “criatividade governada

por regras” (Nimis) cujo papel é, como entende Peczenik, orientar a atividade decisória (e não propriamente, como Ross afirmou, prever os resultados decisórios); e o “costume como mal-entendido criativo”, ou seja, um dado (Gény) a ser, em uma tentativa inexoravelmente fracassada, técnica (Gény) e discricionariamente (no primeiro sentido fraco) convertido em construído (“re-entry”) mediante uma formulação de verdade em que a “lei dos vasos comunicantes” (Esser) é entendida desconstrutivamente como “constituição recíproca” (Teubner).

Finalmente, o quarto tipo de “platitude” é aquele que diz respeito propriamente a doutrinas jurídicas particulares, o que nossa teoria desconstrutivo-construtiva, ao contribuir para o problema da decisão judicial, equipara a elementos que compõem cada (hipó)tese resultante do que visualizamos, com inspiração em Kaufmann, como um contínuo entre analogia e abdução. Uma (hipó)tese destas pode ser cunhada tanto no seio da atividade doutrinária quanto no da magistratura, tendo em vista a comutabilidade ontológica entre ambas, nos moldes da “applicatio” gadameriana. O fato de ninguém, nem mesmo os cientistas do direito, compreender a prática jurídica a partir de um ponto arquimediano parece se aproximar da ideia de achamento da decisão (Esser) ou contexto de descoberta (Reichenbach). Ora, a fase pré-interpretativa é iniciada pela antecipação de sentido, pelo “hunch” pré-reflexivo do magistrado – na expressão de Esser, a “parte volitiva da sentença”. Ontologicamente, nada há aí de diferente em relação ao momento de conjectura do cientista do direito, o qual esboça pré-compreensivamente um sentido para o direito como prática. Já na etapa interpretativa, a justificativa para tal versão da prática se coloca em moldes semelhantes à elaboração do produto básico do contexto de justificação/fundamentação da decisão – algo que vale tanto para a atividade judicante quanto para a doutrinária. Por sua vez, a fase pós-interpretativa, em que se busca a coerência entre a ideia do intérprete, aquilo que o direito como prática realmente requer e a justificativa apresentada na segunda etapa, pode ser lida como a realização dos testes que permitem a comprovação ou refutação de uma hipótese jurídica, a qual precisa ser compatível com os limites da historicidade e da tradição (os quais, paradoxalmente, devido à dinâmica do rastro subversiva da relação entre metalinguagem e linguagem-objeto, são iterativamente desconstruídos a cada tentativa de compatibilização desse tipo) – ou, na linguagem de Peczenik, com o conhecimento tácito sobre a estrutura profunda do direito positivo. Tal compatibilização deve ser orientada por um padrão de coerência narrativa que, por um lado, prescreve a submissão da aceitabilidade das decisões jurídicas e das teorias produzidas pela dogmática à “legal doctrine”/horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia”, mas, por outro, não deixa de se

submeter, em cada iteração, à marca da formulação personalista de verdade cunhada pelo magistrado ou pelo cientista, a qual desloca (rastros) os próprios critérios a que está submetida, o que contribui para explicar a oscilação iterativa do sistema entre redundância e variação, entre vinculação e discricionariedade.

Conforme ressaltado por Dworkin, a experiência na tradição linguisticamente partilhada admite, no seio dessa própria tradição, a crítica aos esquemas institucionais, o que se demanda de um sistema que depende, para sua subsistência, não apenas da auto-referência, mas também da heterorreferência, elemento traduzível em termos de decisões responsivas – dotadas de aceitabilidade. À la Pareyson, o pensamento revelativo aponta para a comunidade de intérpretes, dado que uma dada formulação interpretativa da verdade permite a quem a realiza compreender a verdade presente em uma formulação diferente. Como defendem, cada um à sua maneira, Esser, Peczenik e Dworkin, o sujeito deve formular a sua versão da prática interpretativa como a melhor versão de verdade que consiga conceber, para, em seguida, se abrir dialogicamente ao outro, consubstanciado na comunidade personificada e em suas instâncias relevantes para o direito, referências para o teste de aceitabilidade ao qual devem ser submetidas as hipóteses de decisão e de teorias doutrinárias. É esse teste de aceitabilidade que permitirá uma avaliação crítica das possibilidades de inserção de uma variação abductiva tendo em vista a redundância verificada nos termos de uma comparação (analogia) paradoxalmente retrospectiva e orientada para o futuro. Nesse contexto, a argumentação jurídica – descrita por Luhmann como estruturalmente acoplada, por meio dos textos, à validade – cumpre justamente o papel de tentar legitimar retrospectivamente a inserção volitiva (ainda que crítica) de variações no sistema por parte de suas autoridades, o que encontra um reforço na atividade jurídico-científica, que oferece conceitos em torno dos quais tais novidades são sistematizadas e têm sua legitimidade reforçada e cristalizada por um discurso científico que envolve juízos de valor, tomadas de posição. A nova casuística serve aí como um já-conhecido que influencia analogicamente na formulação de hipóteses jurídico-científicas em torno de conceitos (continuamente iterados), ponto em que podemos sempre remeter à relevância funcional a estes atribuída por Esser, Peczenik e, no que concerne à memória do sistema, Luhmann.

Dizer o que é válido na fase pré-interpretativa, determinar se a justificativa da fase interpretativa se ajusta à prática e decidir se esta versão mostra a melhor versão da prática jurídica são expedientes condicionados pela pré-compreensão do intérprete. Obviamente, as convicções da fase pós-interpretativa resguardam uma função crítica em relação às convicções de adequação presentes na segunda fase. Ora, o esforço para alcançar o equilíbrio

reflexivo pressupõe uma distinção entre o que os membros da prática do direito pensam que ela exige e aquilo que ela realmente requer no contexto da tradição linguisticamente compartilhada, o que demanda uma disposição do intérprete para escutar e buscar a verdade nas formulações alheias e no contexto da tradição. Poderíamos, pois, dizer, com Gadamer, que a fundamentação da prática do direito apresentada na segunda fase deve ser alvo de uma reflexão vigilante, a qual se presta a evitar que a antecipação de sentido seja orientada pelos pré-conceitos irrefletidos e, conseqüentemente, não possa ser reconduzida à “legal doctrine”/ao horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser)/à ideologia jurídica (Peczenik)/ao romance em cadeia (Dworkin). De tal maneira, a formulação personalista da verdade, como inexorável discricionariedade em sentido fraco, não incorre em solipsismo (que encontra expressão jurídica de destaque na noção de discricionariedade em sentido forte), mas, sim, exige uma independência das convicções pós-interpretativas como condição para que elas ofereçam limites para a identificação de padrões na fase pré-interpretativa e para a justificativa da prática (fase interpretativa), de forma que esta não se transmude em mera invenção.

A coerção do direito, portanto, só é legítima, à la CI (Peczenik-Hage), se puder ser integrada coerentemente à narrativa da comunidade personificada, o que significa que certas práticas políticas podem ser criticamente consideradas (etapa pós-interpretativa) como incoerentes e inválidas. Afinal, conforme afirma Kaufmann (ecoando, de certo modo, o horizonte intersubjetivo de expectativas em Esser), os momentos subjetivos emanam, em cada conhecimento, de fontes diferentes, se enfraquecendo mutuamente quando em confronto, enquanto os momentos objetivos sempre têm origem “no mesmo ser” (“natureza das coisas”, descrita por Peczenik como o conhecimento de fundo sobre a sociedade: extraído das reações avaliativas das pessoas em suas asserções normativas e avaliativas; de caráter contestável; e, em certa medida, tácito, visto que qualquer esforço para torná-lo explícito – formulação de verdade – resultará em controvérsia), de maneira a remeterem todos para o ponto de unidade do sentido normativo, o que os configura como fundamentados. Em outras palavras, conforme descrito por Llewellyn ao abordar o “grand style”, a reavaliação constante da tradição, ao tentar equilibrar, de um lado, a “responsibility for justice”, e, do outro, o respeito à “legal doctrine” e às “known doctrinal techniques”, reduz os fluxos de incerteza e, por conseguinte, as divergências. Aumenta-se, assim, a previsibilidade das decisões, bem como a possibilidade de que muitos intérpretes, a despeito de suas peculiaridades pessoais (momentos subjetivos emanados de fontes de diferentes), cheguem às mesmas conclusões (enfraquecimento dos momentos subjetivos e recondução ao “mesmo ser” objetivo) a partir dos mesmos materiais

autorizados. Contudo, trata-se aqui de uma previsibilidade relativa, visto que esta não depende propriamente da utilização de referentes mundanos que possibilitem juízos verificacionistas, mas, sim, à la CI, de uma pretensão de objetividade entendida como coerência entre uma formulação personalista de verdade e os conceitos e padrões de práticas pressupostos por aquele que a formulou, o que, em um nível metateórico, exige, devido tanto à dinâmica do rastro quanto à dupla contingência entre Ego e Alter, a admissão de uma possibilidade alternativa a essa formulação de verdade.

O momento de reflexividade de nível intermediário pressupõe uma circularidade, visto que cada reformulação de “platitudes” envolve uma reformulação dos próprios “platitudes” “desconstrução, “equilíbrio reflexivo” e, até mesmo, “platitude”, de modo a compatibilizar os diversos níveis de “platitudes”, níveis estes que não se relacionam de modo linear, mas, sim, entrelaçado. Trata-se aqui, para utilizarmos novamente a figura de Llewellyn, de um “thrust-and-parry” entre “platitudes”, os quais (assim como, no exemplo do autor estadunidense, os materiais que compõem a “legal doctrine”) tanto cumprem uma função de estabilização quanto comportam possibilidades de variação, de maneira que seus significados, nos moldes da dinâmica derridariana do rastro, não são mais do que significantes – como afirma Derrida (2008, p. 80), o rastro, como “différance que abre o aparecer e a significação [...], é verdadeiramente a origem absoluta do sentido em geral”, o que significa, em verdade, “que não há origem absoluta do sentido em geral”. A escrita, em Derrida, ao desconstruir o signo, “é o transbordamento, e é transbordamento porque é jogo” (DARDEAU, 2011, p. 60). Encontramos aí, pois, um contínuo jogo concertado “de remetimentos entre significantes, de rastros a rastros” (DARDEAU, 2011, p. 60), que, “in casu”, se manifesta nos seguintes termos: a pretendida estabilização de “fuzziness” gerada pela determinação (“thrust”) de um “platitude”₁ tem efeitos iterativos sobre um “platitude”₂, que, por sua vez, pratica um movimento de bloqueio (“parry”) e devolve a estocada (“riposte”) mediante uma determinação de si mesmo produtora de efeitos iterativos sobre o elemento “platitude”₁, que, por sua vez, pratica um novo “parry” e um “counter-riposte”. Esse incessante jogo concertado de inexoráveis diferimentos, ao ser combinado com a afirmação de Thomassen segundo a qual, para a desconstrução, é impossível que, simultaneamente, se responda à razão e pela razão; revela que há uma contradição no modelo de equilíbrio reflexivo de Peczenik. Ora, o professor polonês pretende, ao mesmo tempo, ainda que em níveis de linguagem distintos, responder pela racionalidade do coerentismo (nível de linguagem das teorias abrangentes) e responder à racionalidade coerentista (nível de linguagem dos juízos particulares). Peczenik busca oferecer uma teoria coerente sobre a coerência que possa servir como parâmetro de

coerência, o que gera um entrelaçamento linguístico que se submete à indecidibilidade da “différance” e, por conseguinte, à impossibilidade, intrínseca ao próprio projeto do professor polonês, de que se assuma um ponto arquimediano e/ou um fundamento último para a determinação do sentido do “platitude” coerência e, correlatamente, para a comprovação do caráter racional do coerentismo.

Consequência do raciocínio desenvolvido no parágrafo anterior é a percepção de que a doutrina, como reflexividade de nível intermediário, tenta, fracassadamente, tanto ser coerente (responder à razão como coerência) quanto responder – mediante a utilização de “platitudes” sobre a própria coerência – pela razão como coerência. Se, conforme registrado no quarto capítulo deste trabalho, tanto a compreensão doutrinária quanto a compreensão de um magistrado estão ontologicamente submetidas à universalidade do “como” hermenêutico – nas palavras de Luhmann, “quando os professores e os pesquisadores jurídicas atuam de maneira similar, eles o fazem com a reconstrução das decisões jurídicas dos tribunais em mente” (LUHMANN, 2004, p. 297 – tradução nossa) –; o modelo do equilíbrio reflexivo, referência para a justificação coerentista da doutrina, é transponível para o âmbito das decisões judiciais. De tal maneira, a impossibilidade de que se responda simultaneamente pela coerência e à coerência é constitutiva não apenas da atividade jurídico-científica, mas também da tomada de decisão judicial.

É justamente nesse ponto que surge a indecidibilidade intrínseca à relação entre os “platitudes” “vinculação” e “discricionariedade”. Ora, dado o caráter inexoravelmente iterativo da conversão do utópico antijurídico (“hunch”) em jurídico (“re-entry”) e da correlata colmatação do intervalo entre estrutura e operação; a relação entre vinculação e discricionariedade é aporética, visto que a distinção entre discricionariedade no primeiro sentido fraco (Dworkin) e discricionariedade em sentido forte (distinção cuja necessidade ilustra perfeitamente a qualidade de “platitude” de “discricionariedade”) se submete ao deslocamento do rastro que, não se deixando apropriar, “tanto proclama quanto lembra: a ‘différance’ difere-diferencia” (DERRIDA, 1967, p. 67 – tradução nossa). Ora, os princípios de temporização e espaçamento, aos quais o rastro está submetido, implicam que “se um traço não se remeter a um outro (*pro-tensão*) ou se não retiver um outro como outro no mesmo (*retenção*) nenhum significado aparecerá” (GOULART, 2003, p. 26). De tal forma, vinculação, discricionariedade no primeiro sentido fraco e discricionariedade em sentido forte, pois, são “platitudes” (ou quiçá, na linguagem de Dworkin, “conceitos interpretativos”) que se constituem mediante o desenvolvimento, em uma cadeia, de um jogo de remetimentos entre significantes – entre rastros –, de modo que, devido à iteratividade intrínseca à “différance”,

seus significados não são mais do que significantes ou, mais propriamente, rastros.

Podemos dizer que a desconstrução derridariana pode ser lida como uma atualização, mesmo que não pretendida, do “insight” de Morris Cohen segundo o qual vinculação e discricionariedade são opostos polares, mutuamente implicativos, não podendo, portanto, ser entendidos um sem o outro – e aqui é válido destacarmos que uma concepção iterativa da noção de “opostos polares” também parece presente em Luhmann (2014, p. 265 – tradução nossa), como se pode depreender do seguinte excerto, em que o autor explica que há sempre algo a ser conhecido, pois a definição do que se conhece invariavelmente oculta sua outra face: “pode-se também estabelecer uma definição do outro lado da distinção para distinguir a própria distinção como um instrumento de observação que está especificado em ambos os seus lados. Porém, isto conduz apenas à definição da distinção e oculta o outro lado da distinção, que é necessário para esta definição”. A tese de Cohen, como visto no capítulo 3 deste trabalho, tem sua inspiração na filosofia “pré-socrática”, notadamente em Anaximandro, para quem o determinado (aqui, “hunch” discricionário) surge do indefinido (vinculante e inexoravelmente provisório), e Heráclito, filósofo que considerava tudo como nascido do conflito e o equilíbrio entre forças opostas como aquilo que dá forma às coisas. É justamente deste equilíbrio que o modelo reflexivo de Peczenik busca epistemologicamente dar conta mediante um esforço para comportar, simultaneamente, na discricionariedade no primeiro sentido fraco intrínseca à dinâmica iterativa, a conformidade ao direito (vinculação) e o resquício de discricionariedade em sentido forte (nas palavras de Esser, algo que “escapa ao controle”) presente em toda formulação de verdade pareysoniana (“hunch”) – intuição já presente em Llewellyn, para quem nenhuma discricionariedade poderia ser **completamente** livre e/ou única. Pertinente aqui, pois, a seguinte afirmação de Cohen (*in* COHEN; COHEN, 1951, p. 697 – tradução nossa) – em certo sentido, antecipatória não apenas da percepção heideggeriana da complexa correlação entre noções como “verdade/não-verdade”, “ser/não-ser” e “velamento/desvelamento; mas também da assunção por Derrida, inspirada na ideia de “Ereignis” em Heidegger e na “estrutura abissal” a esta correlata, de uma indecidibilidade quase-ontológica em que todas as distinções (inclusive sentido/sem-sentido) se tornam comutáveis e se dissolvem: “O ser e o não-ser de qualquer coisa são sempre opostos e nunca idênticos, ainda que **toda determinação envolva tanto a afirmação quanto a negação**”. Não poderíamos, então, dizer, em outras palavras, que toda determinação envolve tanto a vinculação quanto a discricionariedade? Tal é a hierarquia entrelaçada visualizada por Luhmann na relação entre Legislativo e Judiciário: como percebeu Ross, julgar com base em textos legais ou de decisões judiciais (estruturas) equivale performativamente a reconhecer

que o conteúdo de tais decisões judiciais está vinculado e condicionado ao sentido atribuível a tais estruturas; mas, paradoxalmente, tal sentido é conferido justamente pelo ato de sua aplicação pelo magistrado. Ora, como afirma Benhabib, a dinâmica iterativa não comporta a ideia de uma fonte “original” à qual todas as subsequentes formas possam e devam se conformar, pois, como também nota Dworkin, o uso de um conceito necessariamente modifica este conceito e, por conseguinte, o problema interpretativo em que ele está envolvido, de maneira a inviabilizar uma distinção estrita entre criador e intérprete. Se a estrutura vinculante e indefinida adquire sentido apenas mediante o evento operacional discricionário e determinativo a ela vinculado; as duas linguagens que Neves considera funcionarem reciprocamente tanto como linguagem-objeto quanto como metalinguagem, em verdade, estão submetidas à dinâmica do rastro, a qual, sendo este a “origem de toda repetição” (DERRIDA, 2008, p. 80), subverte a hierarquia linear entre níveis de linguagem por um contínuo diferimento. Peczenik (2008, p. 285 – tradução nossa), aliás – já dando mostras, em “On law and reason” (2008), da autoqualificação que viria a realizar anos depois, em companhia de Hage, de seu pensamento como “convencionalista cum institucionalista” (HAGE; PECZENIK, 2000) – , percebe tal aporia hierárquica, como se depreende de sua afirmação sobre a existência de um “problema analítico” no fato de que “enquanto o direito é construído de acordo com a vontade do ‘legislador’, o ‘legislador’ é construído de acordo com o direito. Este, porém, não é um círculo vicioso, mas, sim, uma ‘espiral’. Uma ideia vaga sobre o conteúdo do direito ajuda na identificação do legislador e de sua autoridade. A relação com esta autoridade é uma razão para uma interpretação mais precisa do conteúdo do direito” (PECZENIK, 2008, p. 285 – tradução nossa).

A dinâmica iterativa do rastro envolve um inexorável fracasso da perspectiva logocêntrica, o qual, hermeneuticamente, pode ser representado pela percepção luhmanniana do intervalo entre estrutura e evento operacional e, por conseguinte, entre argumentação e ato jurídico – algo que, “mutatis mutandis”, já havia sido, de modo vanguardista, enxergado por Llewellyn ao abordar a “law of lawful discretion”, segundo a qual o “ideal de regularidade razoável” está situado no intervalo entre, de um lado, a certeza e universalidade da regra, e, de outro, a livre e arbitrária discricionariedade. Como afirma um teórico da argumentação tal qual Peczenik, em um pretense “metanível teórico-moral” – ou seja, em que os conceitos (interpretativos, diria Dworkin) refletiriam sobre si mesmos – , as justificações só podem ser coerentistas, o que as torna derrotáveis e, portanto, sujeitas à indecidibilidade, à possibilidade de que as coisas fossem de outro modo – ou, na linguagem de Teubner, à justiça como fórmula de contingência –, o que abre espaço para a afirmação do professor polonês de que

são “verdadeiras” as asserções jurídico-interpretativas “all-things considered” mais bem justificadas nos termos de uma interpretação pessoal do direito, de maneira que conclusões incompatíveis entre intérpretes distintos podem ser reputadas verdadeiras para seus respectivos formuladores. Não é à toa, pois, que subscrevemos desconstrutivo-construtivamente, ainda que como conjectura, a tendência ao velamento identificada por Heidegger como a consequência de um nível ôntico inviolável, qual seja, a incapacidade do corpo humano, como ente, de colmatar racionalmente o fosso hermenêutico entre estruturas vinculantes e “hunches” discricionários, entre discricionariedade em sentido fraco e discricionariedade em sentido forte, entre ser/não-ser, entre verdade/não-verdade, entre velamento/desvelamento, opostos que, heideggerianamente, estão envolvidos em uma relação complexa e ambivalente (ou, indo mais longe, à la Derrida, se dissolvem como comutáveis na indecidibilidade quase-ontológica abissal). Ora, o caráter limitado, indecidível, “fuzzy”, da racionalidade, implícito tanto no coerentismo analítico de Peczenik quanto na hermenêutica de base gadameriana de Esser, não apenas se explica pelo condicionamento linguístico, mas também pela precedência do “hunch” irracional, discricionário, que não se submete ao logocentrismo. De tal maneira, o contexto de justificação de uma decisão, devido ao fosso entre os “comos” hermenêutico e apofântico, nunca reproduz perfeitamente o sentido da violência personalista do “hunch” decisório.

Contudo, se é verdade, como notaram Esser e os realistas estadunidenses, que a colmatação do “intervalo hermenêutico” é uma impossibilidade ontológica, é, por outro lado, possível que o intérprete realize um esforço (inexoravelmente falho) para tornar a transposição do “hunch” (contexto de descoberta) à fundamentação (contexto de justificação) a mais fidedigna possível e, por conseguinte, evitar um autismo hermenêutico solipsista. Ora, como reconhece o próprio Heidegger, é possível ao homem ir de encontro à tendência ao velamento mediante um esforço reflexivo para adentrar corretamente o círculo hermenêutico. Se, por um lado, nos moldes derridarianos da desconstrução, o esforço reflexivo é uma empreitada fadada ao fracasso que pressupõe uma dimensão constitutiva de caráter violento (uma formulação personalista de verdade inexoravelmente discricionária que, como antecipado por Kantorowicz, escapa à calculabilidade da razão); por outro, o próprio autor franco-argelino reconhece o potencial construtivo da noção de justiça por-vir, que pode orientar criticamente a escolha de “injustiças menos injustas”. A tal respeito, aliás, a noção de equilíbrio reflexivo assumida por Peczenik, desde que qualificada pelo autorreconhecimento do intérprete quanto à sua tendência ao velamento, pode ser especialmente produtiva quanto ao aperfeiçoamento incessante do justo mediante uma postura prescritiva que possa guiar o

esforço inexoravelmente fracassado de responder simultaneamente à razão e pela razão. Como reconhece o próprio Peczenik (2005, p. 145 – tradução nossa), apenas uma “entidade perfeita poderia apresentar uma teoria coerente sobre tudo, e isso apenas se uma linguagem perfeita fosse possível”. O autor, em afirmação que ecoa a desconstrução, admite que a procura por uma teoria global coerente é uma tarefa que, por um lado, necessariamente resultará em fracasso, mas, por outro, é inevitável, visto que “o pensamento humano é uma procura pela coerência [...] em que o pensador encontra um conglomerado de pequenos segmentos localmente coerentes e interligados. Isto não é uma especificidade do pensamento jurídico ou do pensamento moral, mas, sim, o modo geral de pensar dos humanos” (PECZENIK, 2005, p. 146-7 – tradução nossa). Portanto, é necessário, à la “por-vir”, buscar continuamente a teoria mais coerente possível, ainda que se saiba ser esta impossível.

Nessa busca inexoravelmente fracassada pela coerência, uma transformação, tradução, “re-entry” precisa ser explicitada argumentativamente, ou seja, “a posteriori”, em nível apofântico, no qual o jurista deve tentar explicar analiticamente (e de maneira inexoravelmente imperfeita) como se deu a mediação entre o “logos” (interpretação, reflexão orientada a uma entrada correta no círculo hermenêutico) e o “hunch” (compreensão-aplicação contextualizada no mundo) analógico-abductivo. Contudo, há uma interferência recíproca entre contexto de justificação e contexto de descoberta, o que significa que a distinção entre ambos é artificial, dado o caráter fluido que o círculo hermenêutico atribui à compreensão. Esse ponto de contato entre hermenêutico – dimensão compreensiva, referente ao contexto de descoberta/achamento da decisão – e apofântico – dimensão analítica, referente ao (à) contexto de justificação/fundamentação da decisão – está presente nas teorias de Peczenik e Esser, e pode ser condensado na ideia de analogia de Kaufmann. Ontologicamente, como notam os três autores, não é possível realizar qualquer tipo de compreensão a partir de um ponto arquimediano. No entrelaçamento entre as duas dimensões, podemos dizer que cada descoberta (compreensão) já traz em si uma razão justificante, assim como cada explicitação de razões já é elaborada por meio do incessante ir-e-vir do círculo hermenêutico, de modo que não se pode falar em um modo puramente lógico de estruturação de uma tese científica no contexto de justificação. Em linguagem desconstrutiva, podemos afirmar que a tentativa de distinção analítica entre contexto de descoberta e contexto de justificação fracassa devida à dinâmica do rastro, até mesmo porque a inexorável iteratividade implica que a atribuição de sentido aos materiais autorizados mencionados, para fins de “re-entry”, na fundamentação envolve a deflagração de um novo “contexto de descoberta”. Ora, embora seja verdade que o dever de exposição das razões justificantes cumpre uma função de

autocorreção (Morris Cohen) que já impede a caracterização das decisões judiciais como atos puramente irracionais e arbitrários, de maneira a servir como uma barreira de “plausibilidade jurídica” das hipóteses decisórias (à la Llewellyn e seu “steadying factor” “issues limited, sharpened, and phrased in advance”) e, assim, possibilitar um controle argumentativo do “hunch” via expedientes de justificação que configurem o “legal interpretative jump”, nos moldes de um equilíbrio reflexivo amplo, restrito, segmentado e centrado em torno de “platitudes”, como razoável; quando Esser afirma só ser possível pensar na dimensão subsuntiva da racionalidade analógica (Kaufmann) após a “preparação das premissas” (pré-avaliação da viabilidade da correspondência entre os dados normativos e os dados fáticos ou, na terminologia de Pecznik, estudo da viabilidade de qualificação de um salto como “razoável”), devemos considerar que esse momento de “subsunção” é um esforço de racionalidade inexoravelmente fracassado, visto envolver um novo “hunch” que escapa ao “logos” e a qualquer tentativa de fixação e identificação de sentidos originais. A racionalidade da hermenêutica, portanto, permite apenas que se lide com o irracional (antecipação de sentido) da forma mais racional possível, entendendo-se, aí, a interpretação como reflexividade sobre os pré-conceitos, e não propriamente, conforme bem notou Kaufmann, como a obediência a um “método cientificamente controlado” que conduza a resultados corretos.

Diante do exposto, um modelo de análise da qualidade das decisões judiciais deve: desconstrutivamente, como é típico da tradição dos realistas estadunidenses (notadamente, aqui, Frank) continuada por Esser (**eixo compreensivo do modelo**), buscar desvendar e denunciar o “contexto de descoberta” da hipótese decisória selecionada ocultado pela “cortina de fumaça” da fundamentação; ou, construtivamente, como na tradição do realismo escandinavo de Ross continuada pela teoria dialógica da argumentação de Peczenik (**eixo analítico**), assumir que a verificação empírica da aplicação de uma norma por um magistrado equivale a um reconhecimento performativo de sua vinculatividade – o que, somado à inviabilidade de acesso ao contexto de descoberta, tornaria irrelevante qualquer tentativa de investigação de sua “sinceridade” – e, por conseguinte, conferir ao contexto de justificação o papel de objeto privilegiado da investigação da qualidade de uma decisão?

Devemos, a despeito da aparente oposição, notar que, entre estocadas e bloqueios, a adoção, sugerida por Bankovsky, de uma perspectiva desconstrutivo-construtiva caracterizada pelas posturas de abertura, humildade e resiliência poderia resultar na percepção de que ambas as tradições acima mencionadas não estão assim tão distantes, o que se torna mais claro quando depreendemos que: 1) tanto os realistas estadunidenses quanto Alf Ross

vislumbram, ainda que precariamente, as bases do que viria a ser descrito como um entrelaçamento hierárquico entre Legislativo e Judiciário (Luhmann) e a consequente necessidade de um ato judicante discricionário no primeiro sentido fraco (Dworkin) para fins de determinação do sentido de uma disposição legislativa que se pretenda vinculante; 2) o Llewellyn maduro reconheceu o peso dos “steadying factors” na decisão dos magistrados, o que significa que o texto das decisões judiciais, embora consista em uma fundamentação retrospectiva de posições que se originam como “hunches” irracionais, não é um produto radicalmente arbitrário, visto que, devido aos compelimentos sistêmicos, precisa consistir em uma formulação de verdade (Pareyson) consentânea com o código lícito/ilícito (“re-entry”), com a “legal doctrine” e, de maneira mais abrangente, com a tradição jurídica respectiva – ou, para falarmos, respectivamente, nos termos de Esser, Peczenik e Dworkin, no “horizonte intersubjetivo de expectativas”, na “ideologia jurídica”, no “romance em cadeia”; 3) como perceberam, implícita ou explicitamente, Frank, Esser, Peczenik, Alexy, Dworkin, Kaufmann, Derrida e Luhmann, não é possível compreender a partir de um ponto arquimediano (e, por conseguinte, incondicionado histórico-culturalmente), nem cindir ontologicamente descoberta e justificação, visto existir uma influência circular entre ambas as dimensões, a qual não pode ser completamente superada pela pretensão de racionalidade de uma metodologia decisória; 4) como destacaram explicitamente Derrida e Kantorowicz, toda decisão judicial tem uma origem inexoravelmente violenta, a qual não pode ser corrigida de modo logocêntrico; e 5) mesmo Frank, normalmente visto como um realista radical, chegou a afirmar que o juiz ideal seria aquele consciente de seus pré-conceitos e dedicado ao esforço de aproveitá-los positivamente e racionalmente para encontrar a decisão mais justa e objetiva possível, o que é compatível com uma concepção da argumentação jurídica como um catalisador, orientado pelo modelo de equilíbrio reflexivo de Peczenik, do processo de revisão do contínuo entre analogia e abdução.

8.2 SISTEMATIZAÇÃO DOS RESULTADOS OBTIDOS: RESPONDENDO AS QUESTÕES ORIENTADORAS

O tópico anterior, de certo modo, antecipou boa parte dos resultados obtidos por este trabalho, mormente no que diz respeito às indecidibilidades vinculação/discricionariedade e contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais. Contudo, ao considerarmos que o ir-e-vir entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação no contexto do pluralismo contemporâneo demanda simultânea e paradoxalmente,

por um lado, uma responsividade sistêmica, por meio da variação (para a qual é indispensável o momento violento e discricionário do “hunch” compreensivo), às irritações pelo reconhecimento de “interesses culturais” como interesses jurídicos, mas, por outro, a conservação, via redundância (na qual cumpre papel essencial a vinculante dimensão analítico-conceitual), do fechamento operacional do direito como subsistema funcionalmente diferenciado diante da radicalidade das demandas multiculturais por uma abertura ao Outro; precisamos ainda desenvolver o entrelaçamento entre as três aporias centrais enfrentadas por este trabalho. Cumpriremos esta tarefa mediante um esforço de sistematização dos resultados alcançados que assumirá uma estrutura de perguntas e respostas, em que retomaremos as **questões orientadoras** propostas no segundo capítulo deste trabalho. Senão, vejamos.

Questão 1) É possível ao sistema jurídico alcançar uma autotranscendência submetida aos compelimentos à decisão, à fundamentação e à normatização? De que modo?

Questão 2) É possível formular uma descrição analítica do processo de obtenção da hipótese (contexto de descoberta) utilizada, implícita ou explicitamente, como “ratio decidendi” na fundamentação de uma decisão judicial (contexto de justificação)?

Uma resposta conjunta a ambas as questões exige, de início, que remetamos a duas afirmações de Luhmann: a argumentação jurídica se desenvolve no nível da observação de segunda ordem; e o sistema jurídico deve encontrar o seu ponto de apoio argumentativo dentro de si mesmo, e não no mundo, motivo pelo qual sua observação de segunda ordem demanda um fechamento recursivo. De tal maneira, os **compelimentos sistêmicos** exigem que a argumentação jurídica respeite os limites de **auto-transcendência** do direito, ou seja, não se utilize de recursos à “razoabilidade”, a “ética” e à “moral”, elementos encontrados no ambiente do sistema jurídico, sob pena de ofensa ao seu fechamento operacional. Em outros termos, o uso argumentativo dos princípios jurídicos precisa ser desenvolvido mediante distinções interiores ao sistema, ou seja, considerando-se os princípios como fórmulas de redundância compatíveis com as exigências de variação do sistema jurídico. Não se pode, pois, assumir um pretensão padrão de “racionalidade substancial” que permita a determinação do direito por valores socialmente aceitos subscritos no âmbito da argumentação substancial, ou seja, por uma indevida heterorreferência a princípios morais vinculados a interesses no ambiente do direito. Ora, esse expediente não envolve a devida reconstrução dos mencionados elementos na linguagem de um conceito de interesses interior ao direito, conceito este segundo o qual o sistema jurídico precisa distinguir entre interesses juridicamente justificados

e injustificados, sob pena de incorrer em “saltos não-razoáveis” violadores de seu fechamento operacional. Se é verdade que o **compelimento à fundamentação** demanda uma conexão entre consistência e responsividade, o que o torna o espaço por excelência da argumentação substancial; também é certo que o **compelimento à decisão** exige que estas sejam reconduzidas a critérios interiores ao sistema, o que demanda uma argumentação formal, de caráter autorreferente, idônea a, mediante redução de complexidade, garantir a identidade do sistema e sua correlata diferenciação em relação ao ambiente.

Assumida a premissa consolidada no parágrafo anterior, podemos afirmar que a face autopoietica do metaeixo paranóico do modelo ora proposto se encontra nos três compelimentos que servem como limites impostos pelo fechamento operacional do sistema à sua abertura cognitiva. Senão, vejamos.

O **compelimento à decisão**, intrinsecamente relacionado ao eixo compreensivo de nosso modelo, funciona de modo semelhante à discricionariedade no segundo sentido fraco de Dworkin, visto que o sistema impõe à autoridade competente a tomada de uma decisão a ser reputada, em dado momento, imutável, fazendo coisa julgada, devido a sua origem de “pedigree”. Sabemos também que se situa como base do **compelimento à decisão** a necessidade de que o juiz respeite, ao conectar operação e estrutura, as possibilidades decisórias oferecidas pelo código binário do direito e por seus programas. Ora, o juiz precisa decidir por uma conjectura decisória mesmo quando não se sente convencido de que uma das partes está propriamente certa e que a outra está precisamente errada. Em outros termos, o magistrado não pode se deixar paralisar pela indecidibilidade constitutiva do momento primário decisório, ponto em que retomamos a nossa leitura sobre o primeiro sentido fraco de discricionariedade em Dworkin. Aqui, a tradição realista estadunidense, reformulada por Esser, encontra no “hunch”, na antecipação de sentido que decide o indecidível, um elemento indispensável à ultrapassagem do momento da discricionariedade no primeiro sentido fraco em direção à cristalização da decisão de última instância, ou seja, à discricionariedade no segundo sentido fraco. Essa transição da estrutura indeterminada à operação determinante é o ponto em que se encontra uma dobra entre o **compelimento à decisão** e o **compelimento à normatização**, o qual – visto pressupor que a justiça jurídica não tem meios para criar uma sociedade justa, mas, apenas, “operações e estruturas do Direito, de atos jurídicos e normas jurídicas, que, em comparação, são ao mesmo tempo altamente especializados e pobres”, elementos que oferecem limitadas possibilidades decisórias – requer analiticamente “a redução da complexa problemática do caso a uma norma casuística muito mais simples” (TEUBNER, 2011, p. 45).

Por um lado, o **compelimento à decisão** – consubstanciado, à la Ross, na equivalência performativa entre, de um lado, o ato de julgar, e, de outro, o reconhecimento, pelo magistrado, de que está vinculado a aplicar a norma em que fundamenta o conteúdo de sua decisão e a norma de atribuição de competência para a realização do ato judicante – impõe que o juiz decida dentro dos limites previamente estabelecidos pelo legislador (em regra) na forma de programas submetidos ao código binário lícito/ilícito, limites estes que constituem um elemento de vinculatividade em relação ao momento de determinação (discricionária no primeiro sentido fraco) do indecidível. Por outro lado, esse elemento vinculante, como fica claro no entrelaçamento hierárquico entre legislador e juiz subscrito por Luhmann, só encontra seu próprio sentido no ato de determinação discricionária no primeiro sentido fraco – algo que foi vislumbrado tanto pelos realistas estadunidenses quanto por um crítico de tal vertente como Morris Cohen, para quem podemos conceber a ideia de discricionariedade apenas tendo como pano de fundo as regras a que os juízes estão submetidos. O referido ato determinativo, hermeneuticamente, envolve um “hunch”, uma antecipação de sentido, mas, analiticamente, pode ser objeto de uma tentativa inexoravelmente imperfeita de transformação (Peczenik) em uma “ratio decidendi”, ou seja, uma hipótese que se pretenda reconduzível a um enunciado normativo e busque caracterizar a conjectura do magistrado como apropriada a adquirir redundância e estabilizar expectativas. O **compelimento à normatização**, pois, produz uma redução de complexidade que se presta a, analiticamente, converter o “hunch” oriundo das experiências de irracionalidade e de alteridade, “da infinitude interna do homem individual, [...] da racionalidade própria e da normatividade própria dos diferentes discursos” (TEUBNER, 2011, p. 45), em linguagem que possa ser reconduzida aos critérios de “legal doctrine”(Llewellyn)/horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser)/romance em cadeia/ideologia jurídica (conforme a reformulação de Peczenik em relação à categoria ideológica na tradição de Ross). Nota-se, então, que esse produto analítico está envolvido em uma outra dobra, qual seja, a existente entre o **compelimento à normatização** e o **compelimento à fundamentação**, sendo este último o espaço por excelência da recondução analítica da determinação do sentido normativo à (ao) ideologia jurídica/horizonte intersubjetivo de expectativas. Ora, a formulação normativa do resultado da redução de complexidade, na transição entre estrutura e operação, está submetida a exigências cognitivas rígidas na procura pelo justo, o que se perpetra mediante uma conversão (“re-entry”) da “experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência” em fundamentos racionais, técnicos, dogmaticamente fundados, ou, em outras palavras, analíticos (TEUBNER, 2011, p. 45). Trata-se, pois, da

imposição de que a responsividade ao ambiente obedeça aos ditames de uma argumentação racional que envolva uma dimensão de autorreferência, conceitual, idônea a proporcionar à decisão que se precisa tomar e à determinação do indeterminável que se precisa realizar um caráter, mesmo que por-vir, de redundância na variação e variação na redundância.

Compreender a relação entre conceitos, variação e redundância no contexto da busca por uma **autotranscendência do direito submetida aos seus próprios compelimentos** pressupõe que se assuma a premissa luhmanniana de que “a orientação argumentativa se encontra em constante movimento, dado que a garantia recursiva se move, ela mesma, de situação a situação” (LUHMANN, 2014, p. 249 – tradução nossa). Ora, a argumentação dos magistrados, devido à dinâmica iterativa do rastro, não consiste em uma aplicação de regras fixas, o que implica que as razões oferecidas pela argumentação: só podem ser repetidamente utilizadas de modo iterativo e contextualizado; devem estar referidas a uma rede recursiva de considerações que as sustentem – ponto em que ecoam, na tese do autor sistêmico, em um plano analítico, as cadeias de sustentação do coerentismo de Peczenik, inclusive no que diz respeito à fundamentação de critérios para o reconhecimento de boas ou más razões, o que envolve a propriedade da razão como um constructo que pode fundamentar a si mesmo e, “ultima ratio”, o caráter aporético dessa propriedade, tão bem caracterizado por Derrida – ; e são apresentadas mediante um raciocínio “de parte ad partem” (parte de exemplos de casos anteriores para resolver os novos casos).

Visualizamos, particularmente, uma aproximação entre o raciocínio “de parte ad partem” subscrito por Luhmann e o procedimento abduutivo de Kaufmann, que envolve um elemento analógico heurístico, referente às experiências pretéritas, as quais servem como inspiração para uma comparação conjectural do conhecido com o desconhecido – à la Reale, a conjectura tanto transcende a experiência como produz resultados que devem se conciliar com o que se experimentou e cuja plausibilidade deve ser fundada nessa própria experiência. A tese de Kaufmann oferece-nos um contínuo entre abdução – juízo primordialmente prospectivo em que se busca a similaridade, por assim dizer, analógica entre os fatos presentes e as prováveis consequências futuras da hipótese – e analogia – juízo que se inicia retrospectivamente, em um sentido que é admitido pelo próprio Kaufmann, em sua fase madura. Sistemicamente, tal contínuo pode ser lido nos termos da relação paradoxal entre redundância e variação, a qual implica que a temporalização seja compreendida como um pressuposto decisório. Podemos afirmar desconstrutivamente que também nesse paradoxo, subscrito por Luhmann, a analogia de comparação com o passado pode ser vista como a inspiração para as novidades jurídicas, enquanto a abdução – que nos parece uma espécie de

analogia em que se comparam o presente e o futuro – equivaleria, em um primeiro momento, à antecipação de sentido (“hunch”), a qual, quando não é objeto de posterior reflexão, tende, como bem notou Kaufmann, a reproduzir o que a pré-compreensão oferece de mais subjetivamente consolidado, ou seja, a assumir equivocadamente a hipótese como tese, desconsiderando as possibilidades alternativas de futuro.

O direito, como um sistema científico autocorretivo (Morris Cohen), ou seja, que se esforça reiteradamente para incrementar a qualidade de suas razões justificantes, traduz, devido à dobra entre o **compelimento à fundamentação** e **compelimento à normatização**, a linguagem lógico-normativa mediante uma “re-entry” que tem como critérios a testabilidade das normas em relação a suas implicações (elemento abdutivo em sentido estrito, de caráter prospectivo) e o estabelecimento de similaridades dos juízos nelas presentes com experiências pretéritas (elemento analógico em sentido estrito, retrospectivo), de maneira a resultar na qualificação de tais normas como justificadas. Nesse contexto, dado que a prática da argumentação jurídica envolve conceitos que são utilizados e reutilizados em contextos diferentes, bem como que, em um metacontexto confiável, permitem a introdução de razões decisórias concretas; as iterações conceituais geram regras formuladas com base em sua aplicação prática a problemas específicos e pressupõe uma analogia como ligação entre os casos e sua diversidade, o que proporciona uma conservação da experiência adquirida a partir de tais eventos e das correlatas expectativas fixadas, as quais, ao serem confirmadas, configuram a redundância. Por outro lado, diante de novos contextos, os conceitos servirão como razoáveis para o reconhecimento do novo ou para a construção de regras para situações até então não reguladas.

É claro que se o produto analítico exigido pelo **compelimento à normatização** pressupõe a determinação que é nuclear ao **compelimento à decisão**, também fica configurada uma dobra entre este e o **compelimento à fundamentação**, visto que é justamente a recondução à (ao) “legal doctrine”/ideologia jurídica/horizonte intersubjetivo de expectativas o que permitirá o estabelecimento de uma ponte de justificação coerentista entre o “hunch” determinativo (compreensivo) e a sua respectiva formulação analítica, de maneira a compensar, retrospectiva e imperfeitamente, a violência situada no intervalo entre vinculatividade e discricionariedade. Ora, tanto a compreensão doutrinária como a compreensão de um magistrado estão ontologicamente submetidas à universalidade do “como” hermenêutico, o que permite, desconstrutivamente, a transposição do modelo coerentista de Peczenik ao âmbito das decisões judiciais. De tal maneira, podemos, desconstrutivamente, afirmar que o equilíbrio reflexivo, ao ser qualificado pelo próprio autor

como “restrito” e “amplo”, expressa, respectivamente: a exigência de explicitação, no contexto de justificação decisória, de uma “re-entry” respeitadora das “must-sources”, das “should-sources” e, de maneira geral, da linguagem e da cultura jurídicas; e o esforço de mitigação, no contexto de descoberta, das contingências psicológicas irracionais mediante a revisão, pelo sujeito, de suas próprias crenças, preferências e modos de raciocinar, inclusive em cotejo com as orientações morais presentes no que Gadamer chamaria de tradição linguisticamente compartilhada. Portanto, a “legal doctrine”/a ideologia jurídica/o horizonte intersubjetivo de expectativas/o romance em cadeia serve justamente como um critério de teste da plausibilidade das hipóteses decisórias (que não são mais do que algumas “suspeitas”) obtidas por abdução e expostas argumentativamente, de modo que, anteriormente à conversão da hipótese em tese, o impulso pré-lógico (“hunch”) seja posto à prova mediante uma contínua reflexão sobre as orientações fornecidas pela pré-compreensão.

Nada do que foi descrito no parágrafo anterior, contudo, viabiliza uma perfeita determinação, pois a temporalização exige uma prática contínua de atos iterativo-determinativos, motivo pelo qual, nos moldes de uma justiça por-vir (Derrida), ainda que o **compelimento sistêmico à decisão** exija uma providência autoritativa, qualquer tese sempre terá que ser vista, ao menos no plano da crítica, como uma violenta hipótese a ser incessantemente revisada. Para fundamentar essa afirmação, esboçamos, em um jogo de níveis entrelaçados de linguagem, uma (tentativa inexoravelmente fracassada de) **descrição analítica do processo abduativo (contexto de descoberta) de obtenção da hipótese utilizada, implícita ou explicitamente, como “ratio decidendi” na fundamentação de uma decisão judicial (contexto de justificação)**. Senão, vejamos.

Embora a justificação interna de uma decisão seja exposta como um raciocínio linear que absorve os argumentos componentes da justificação externa como desdobramentos do elemento inicial da premissa maior, os pré-conceitos que condicionam e possibilitam o “hunch” do resultado decisório, quando transpostos para modelos analíticos de fundamentação como os de Alexy e Peczenik, assumem a forma de expedientes de justificação externa típicos da argumentação prática geral (argumentação moral em sentido estrito). Em outras palavras, a compreensão jurídica não começa pelo enunciado “inicial” da premissa maior da justificação interna – com base no qual seriam realizados desdobramentos lineares até que se alcançasse a formulação mais específica da premissa maior (enunciado jurídico – mas, sim, é deflagrada pelo entrelaçamento hermenêutico entre um elemento fático cuja formulação analítica precária poderíamos chamar de “PMePr” (premissa menor precária) e um elemento axiológico-volitivo, influenciado pela pré-compreensão do “law-conditioned

official”, que precede a consideração dos textos normativos e, caso fosse apresentado analiticamente, consistiria em um componente da justificação externa da decisão, a ser apenas retrospectivamente recepcionado por sua justificação interna.

Dadas as regras do jogo de linguagem jurídico em que o magistrado, como “law-conditioned official”, está envolvido (e que não deixa de influenciar, devido ao condicionamento da compreensão pela pré-compreensão, o próprio “hunch” precário antecipatório de sentido), não lhe basta formular, como regra-base a fundamentar a sua decisão, uma precária enunciação geral e abstrata à qual se pretenderia subsumir o precário enunciado individual e concreto veiculante de seu “hunch” conclusivo antecipatório de sentido (“HuC”). Ora, o(s) (a) horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia/“steadying factors” impõe(m) ao magistrado a utilização de materiais autorizados em sua fundamentação – como ocorre naquilo que Golding chamou de “modelo Frank-Hutcheson”, inicia-se com o resultado e depois se busca encontrar proposições de direito e de fato que se coadunem com esse resultado. De tal maneira, como é típico do raciocínio abduutivo (Peirce) subscrito por Kaufmann, o “hunch” decisório sobre o problema cuja perplexidade se pretende desvendar, após ser violentamente alcançado (contexto de descoberta) em moldes que se pode tentar descrever (de maneira inexoravelmente fracassada, dada a irreduzibilidade entre os “comos” hermenêutico e apofântico da linguagem) analiticamente como uma sequência de saltos, demanda, na condição de um resultado decisório precário (“HuC”) desprovido de uma teoria pré-concebida, a formulação de uma (hipó)tese obtida por abdução, entendida esta como um movimento incerto “através” de uma regra (Kaufmann). Tal movimento consiste em uma cogitação de que o resultado (“HuC”) obtido para a situação-problema (assim como, por conseguinte, a sua contraparte geral e abstrata de caráter precário) possa ser explicado (analogicamente, no sentido de Kaufmann) como a consequência da caracterização de um caso de uma regra geral mais abrangente, ou seja, por uma (hipó)tese teórica reflexivamente obtida, e não, de maneira explicitamente violenta, pela subscrição de um enunciado axiológico, ou seja, de uma tese resultante de uma antecipação de sentido. Essa abdução, ao ser fundamentada, exige um esforço retrospectivo – que pode ser orientado pela noção de equilíbrio reflexivo – em sede de justificação externa, no contexto do qual são apresentados os elementos analógicos heurísticos referentes às experiências pretéritas consideradas relevantes pelo “law-conditioned official” para cumprir sua tarefa de estabelecer o vínculo entre o enunciado fático e a hipótese formulados.

A estrutura inferencial dos desdobramentos da premissa maior permite que se formule a (hipó)tese (“H”) obtida pela via de uma abdução que – se iniciando pelo estabelecimento de um vínculo gerado pelo que traduzimos como uma sequência de saltos entre enunciados axiológicos entre, de um lado, “PMePr” (antecedente de “HuC”), e, de outro, o conseqüente de “HuC” – realiza um movimento através de “PMa” e resulta em um “legal interpretative jump” da tese axiológico-volitiva – na linguagem de Esser, questão de valoração; na terminologia de Teubner, questão de justiça extrajurídica –, que podemos chamar de “EA_x”, “à formulação mais refinada do enunciado jurídico – na linguagem de Esser, questão de conhecimento; na terminologia de Teubner, questão de justiça especificamente jurídica –, que podemos chamar de “Pma_x”. Em um movimento típico de uma espiral, notemos que embora “Pma_x” e “H” sejam originados, via abdução, com base em “PMePr”, a formulação do enunciado fático (“PMe_x”) de uma justificação interna pressupõe a existência daquele enunciado jurídico e da (hipó)tese (“H”) que lhe é correlata.

Perceba-se também que “H” – (hipó)tese cuja formulação se submete, à luz do (a) horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia/“legal doctrine”, a um “teste de plausibilidade” e a uma correlata “lógica de confirmação” (Simon), segundo a qual a exigência de fundamentação das decisões judiciais implica uma contínua e reflexiva revisão do contexto de descoberta (Alexy) – é um caso de “PMa” formulado para explicar teórico-conceitualmente, dado “PmePr” (antecedente de “HuC”), o conseqüente de “HuC”, ou seja, as próprias conseqüências de “H” (ali formuladas de maneira precária). Nesse contexto, “HuC” é o elemento condutor do processo decisório, no qual “Pma_x” funciona como uma razão componente de uma justificação retrospectiva que viabiliza, como um “legal interpretative jump”, a obtenção de uma conclusão tradutora (“re-entry”) do vínculo entre o antecedente de “HuC” (“PmePr”) e o seu conseqüente para o jogo de linguagem jurídico e seu(s) (sua) correspondente horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia/“steading factors”. O resultado dessa tradução é a substituição de “HuC” por um vínculo deôntico em que “PMe_x” figura como antecedente e uma enunciação refinada da conseqüência de “H” – ou seja, o conseqüente de “Pma_x” – figura como conseqüente.

A argumentação jurídica não tem como oferecer um método infalível que conduza as observações de primeira ordem a resultados uniformes, dado que a pré-compreensão do “law-conditioned official” (elemento que se pode meramente tentar traduzir, de maneira necessariamente fracassada, mediante a apresentação de enunciados axiológicos) serve como condição e limite linguístico para o precário “hunch” conclusivo (“HuC”) que conduz o

desenrolar do processo decisório até a obtenção de seu resultado refinado (“R”). De tal maneira, “H”, visto ser reformulada retrospectivamente com o propósito de, pela via de um movimento através de PMA, viabilizar a tradução de “HuC” em uma norma individual e concreta (“R”) compatível com o jogo de linguagem jurídico, não é propriamente uma (hipó)tese obtida mediante um raciocínio linear, mas, sim, em moldes típicos de uma petição de princípio, uma premissa que já é, desde o início, determinada por sua consequência, ou seja, pela própria conclusão do que raciocínio que se presta a embasar.

Diante do exposto, conclui-se que o entrelaçamento hierárquico que enseja a petição de princípio como elemento constitutivo da decisão jurídica torna impositivo que se reconheça, desconstrutivamente, que o potencial de racionalidade de uma justificação que se pretenda **circULARMENTE AUTOTRASCENDENTE E Obediente aos compElimentos sistêMICOS** pode ser construtivamente aproveitado como possível apenas como impossível, ou seja, de modo entrelaçado, em moldes semelhantes ao das cadeias de sustentação recíproca de Peczenik (ou, nas palavras de Luhmann, de uma “rede de considerações que as sustentem”), o que evoca, simultaneamente, tanto a qualificação da razão como um constructo idôneo a fundamentar a si mesmo quanto o caráter aporético dessa mesma propriedade.

Questão 3) Quais os limites e possibilidades compreensivas a que, à luz da indecidibilidade vinculação/discrecionabilidade, bem como diante das irritações ao direito dotadas de uma pretensão de transcendência radical, a “re-entry”, em seu simultâneo compromisso com a abertura cognitiva e o fechamento operacional do sistema jurídico, está submetida?

Questão 4) O que a razão, com as suas limitações, ainda pode nos oferecer analiticamente no que se refere aos termos da avaliação da qualidade argumentativa das decisões judiciais?

Uma resposta conjunta a ambas as questões deve ser iniciada mediante uma abordagem da percepção luhmanniana de que a argumentação jurídica é uma comunicação voltada para a controvérsia – ou, poderíamos dizer, para a indecidibilidade –, uma “auto-observação do sistema jurídico, que, em seu contexto recursivo autopoietico, reage às diferenças de opinião – passadas ou vindouras – (ou as antecipa) sobre o que deve ser atribuído ao código lícito/ilícito” (LUHMANN, 2014, p. 248 – tradução nossa). O autor parece recepcionar a distinção entre justificação interna e justificação externa ao mencionar a existência de uma “dualidade qualitativa entre razões e erros”, segundo a qual boas razões podem conter erros

lógicos, assim como a falta de erros em uma fundamentação não significa que esta seja fundada em boas razões em sentido material. Ora, quando o autor afirma que a argumentação jurídica não pode ser reduzida ao reconhecimento e à prevenção de erros, está manifestando perceber o caráter insuficiente da justificação interna. A justificação externa, como espaço da busca por boas razões, cumpre o papel de conferir responsividade ao sistema perante as demandas de seu ambiente por mais variação. Nas palavras do autor, “as boas razões devem ser interpretadas como possíveis interpretações de um texto, com o correlato caráter indubitável da validade jurídica. Toda argumentação jurídica deve demonstrar consistência com o direito vigente e apenas com base em textos apropriados ou tornados apropriados interpretativamente poderá sustentar a qualidade de suas razões para apresentar um resultado como um tipo de subsunção”, ou, poderíamos dizer, para que possamos reconstruir uma decisão na linguagem lógico-retrospectiva da justificação interna (LUHMANN, 2014, p. 274 – tradução nossa). Por outro lado, Luhmann não nega a necessidade da justificação interna para que o sistema possa tomar decisões justas, entendidas estas como consistentes, o que pressupõe a prevenção de erros, “indicadores operativos para a eventual injustiça do sistema” (LUHMANN, 2014, p. 254 – tradução nossa). Senão, vejamos.

A argumentação, ao oferecer razões, destautologiza o símbolo da validade, qualifica uma compreensão específica como superior a outra e se fundamenta mediante cadeias recursivas de auto-sustentação. Tais cadeias, em seu “andaimento estrutural de referência” paulatinamente construído pelas operações sistêmicas e suas iterações, oscilam entre a tradição de elementos que possibilitam a redundância (“*steadying factors*”) – os quais funcionam como uma razão em si mesma que se fortalece a cada aplicação (reiteração) e impõe limitações ao rol de possibilidades decisórias – e as construções alternativas rejeitadas que proporcionam ao juiz uma espécie de “criatividade jurídica” (variação) – as quais podem viabilizar o questionamento argumentativo de uma razão até então tida como válida. Para consolidar esse tipo de fundamentação, a dedução lógica, como operação do sistema jurídico que institui a forma “logicamente cogente/logicamente errado”, ao cumprir as suas funções de organizar a redundância, canalizar irritações, facilitar a identificação de erros e redirecionar a fundamentação decisória em direção contrária a estes, serve para que se possa realizar uma manipulação que viabilize, retrospectivamente, a violenta adjudicação pretensamente inequívoca para um lado ou para o outro dessa forma – o que, como Luhmann faz questão de ressaltar, de maneira alguma significa que a dedução lógica deva ser compreendida como irrelevante ou completamente prejudicial ao processo decisório. Nesse contexto, embora o outro lado do lógico seja o ilógico, o outro lado da razão, como conjectura Luhmann (2014, p.

245 – tradução nossa), não seria propriamente uma não-razão, mas, sim, o “valor de reflexão” que torna possível a contingência de todo o fundamentável, ou inclusive, que expressa a não-fundamentabilidade de todo fundamento”, de maneira a tornar “possível que se reflita sobre o paradoxo do fundamentar”, paradoxo este que a argumentação e as teorias sobre ela invisibilizam mediante a distinção entre boas razões e más (ou “não tão boas”) razões. Invisibilizar esse paradoxo, contudo, envolve uma confusão, qual seja, aquela causada pelo fato de que os critérios para o reconhecimento de boas ou más (“não tão boas”) razões também precisam ser fundamentados com base no próprio constructo da razão, “à qual se atribui a propriedade de se poder fundamentar a si mesma”, dado que “a razão é racional: ela é seu próprio predicado” (LUHMANN, 2014, p. 245 – tradução nossa).

A argumentação oferece razões que, qualificando a si mesmas como “boas razões” (“razões razoáveis”), configuram uma interpretação particular como preferível perante outra, contexto em que a fundamentabilidade de tais fundamentos é assentada na própria razão, considerando que esta coloca a si própria em jogo. Sabemos, contudo, que o entrelaçamento hierárquico entre níveis de linguagem, reconhecido pela própria teoria dos sistemas, torna inviável que se responda simultaneamente à razão e pela razão – não é à toa que a concepção luhmanniana de argumentação, pressupondo o fechamento operacional do sistema jurídico, substitui a relevância da qualidade das razões e de seu êxito pelo destaque à sua função, qual seja, a de destautologizar o símbolo da validade (no que se faz essencial a distinção entre redundância e variação), contexto em que o argumentar se configura como um acontecimento de um sistema complexo, em que se forma um feixe em volta de certos textos, sem, porém, que haja uma linha diretiva manifesta, sem hierarquias e sem uma teleologia do sistema como um todo. Por tal razão (!), toda determinação normativa envolverá um elemento de indecidibilidade que só poderá ser solucionado, “ultima ratio” (!), por uma violenta determinação iterativa.

A argumentação não pode, mediante demonstrações logocêntricas, garantir que uma dada decisão seja correta. Retomando a temática da iteração, Luhmann considera que a redundância não é logicamente necessária, pois a certeza de uma informação não implica a certeza de outra, assim como toda a elaboração de qualquer disposição normativa produz, simultaneamente, como uma forma de dois lados, uma interpretação e correspondentes problemas interpretativos. Não surpreende, pois, a afirmação do autor segundo a qual decisões opostas podem ser justificadas com base em argumentações de qualidade equiparável, o que configura a determinação do sentido normativo como um problema de indecidibilidade que só pode ser solucionado violentamente: “a lógica manipula de tal

maneira a operação que se torna possível a adjudicação inequívoca para um lado ou para o outro da forma” (LUHMANN, 2014, p. 285). Na visão de Radbruch, Kantorowicz, Esser e Luhmann, a decisão judicial é um resultado de seus próprios resultados. Como descrito por Luhmann, a autoridade competente para julgar (“law-conditioned official”, diria Llewellyn), fundada em sua experiência – pré-compreensão sobre o horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser), ideologia jurídica (Peczenik), romance em cadeia (Dworkin) ou “legal doctrine” (Llewellyn) –, seleciona o que será considerado como texto juridicamente relevante e, tendo as palavras deste como mero ponto de partida, apresenta como produto uma fundamentação retrospectiva (contexto de justificação) desse texto idônea a caracterizar como racional – independentemente do contexto de descoberta da decisão – a sua assunção como material autorizado a servir como premissa maior (exemplificativamente, uma lei) para a decisão judicial ali elaborada. Não é à toa, pois, que Luhmann (2004, p. 353 – tradução nossa) se diz “relutante em aceitar a presunção de uma racionalidade operacionalmente alcançável como uma espécie de totalidade”. O círculo hermenêutico entre a determinação do que deve ser interpretado e o seu ajuste às razões que justificam a necessidade da interpretação possibilita uma observação de segunda ordem (nos termos da busca de um equilíbrio reflexivo descrita por Peczenik e seu modelo coerentista de cadeias de sustentação), mas não tem como garantir uma uniformidade na observação por todos os observadores, embora possa, mediante o uso de distinções, contribuir para evitar a arbitrariedade – o que se assemelha à afirmação do autor polonês de que uma reconstrução teórica não pode eliminar o caráter “fuzzy” dos “platitudes” ou oferecer respostas objetivamente corretas, mas, pode diminuí-lo – e para viabilizar um grau de responsividade que não destrua a consistência do sistema.

Segundo Luhmann, se, por um lado, deve-se reconhecer que não existe a possibilidade de determinação quantitativa, também é necessário notar, por outro lado, que o observador, ao argumentar, não tem uma liberdade irrestrita para inserir razões no contexto observacional de um texto. Em outros termos, não há um decisionismo, pois a exposição das razões tidas como boas exige uma fundamentação textual que explicita sua consistência com o direito vigente. Nesse sentido, a argumentação, com seus respectivos juízos de valor, só pode ser bem-sucedida hermenêuticamente se tentar restringir novamente a sua própria liberdade no interior do direito, o que envolve, exemplificativamente, a indicação de duas possíveis leituras sobre uma disposição normativa antes de se escolher fundamentadamente uma delas. Ora, a interpretação, como Luhmann corretamente afirmou, não é orientada ao próprio intérprete, mas, sim, ao uso do que se interpretou em um contexto comunicativo (comunidade interpretativa) que colabora com o reconhecimento da autoridade, independentemente do

caráter altamente seletivo dos resultados, razões e argumentos, bem como da possibilidades de inserção de novos argumentos. A despeito das variações de sentido de um texto, todos que o interpretam têm diante de si um mesmo texto (Gadamer) “um mesmo ente” (Gadamer), o que significa que embora “a forma linguística não garanta [...] a existência de limites à ousadia do intérprete, garante a unidade do contexto de um episódio comunicativo” (LUHMANN, 2004, p. 324 – tradução nossa). O respeito a tal “unidade funcional do texto”, segundo Luhmann, implica que o juiz, salvo autorização legal para a consideração de suspeitas fundadas, deve deixar de lado suas motivações psíquicas – em linguagem gadameriana, seus pré-conceitos –, bem como considerar, em um teste argumentativo (que, poderíamos afirmar, consiste em uma revisão que entrelaça os contextos de descoberta e de justificação; e que, em nossa sugestão, deve ser regida pelo modelo de equilíbrio reflexivo de Peczenik), “os critérios sobre o que se pode dizer de maneira convincente” e “quais contextos de comunicação podem ser relacionados a determinados textos” – o que nos parece remeter à ideia de submissão do “hunch”, originado na pré-compreensão, a uma reflexão, também fundada nas experiências prévias, orientada a uma compatibilização com as tradições autênticas (Gadamer), o horizonte intersubjetivo de expectativas (Esser), a ideologia jurídica (Peczenik), o romance em cadeia (Dworkin), a “legal doctrine” (Llewellyn).

Podemos, em uma leitura desconstrutivo-constitutiva, concluir, com inspiração em Gadamer, que, dado o fato de o círculo da compreensão não ser um círculo “metodológico”, mas, sim, descrever um momento estrutural ontológico da compreensão; os “steadying factors” (Llewellyn), lidos sistemicamente, servem como pontos de apoio componentes de uma metodologia reflexiva regida pela noção de equilíbrio reflexivo proposta por Peczenik, mas não como elementos de um método em sentido constitutivo, ou seja, que trace um caminho seguro, sintetizado em regras “mágicas”, para o alcance de uma resposta juridicamente correta – afinal, não é possível, como bem notou Esser, influenciado por Gadamer, encontrar nas sentenças locucionais e/ou no método a plena expressão da verdade. Dando sequência a nossa leitura desconstrutivo-constitutiva, entendemos que os “steadying factors” (inclusive na leitura sistêmica aqui realizada) – assim como, “ultima ratio”, os indicadores formais heideggerianos – não podem, sob pena de entificação, ser concebidos como descrições teóricas de uma realidade presente. Os “steadying factors”, pois, requerem, por parte de quem os compreende, uma ação pessoal de apropriação, ou, poderíamos dizer, com Pareyson, uma formulação de verdade, o que enseja uma responsabilidade pessoal do intérprete-aplicador – de quem se espera uma vigilante consciência da história efetual (Gadamer) e uma dedicação a adentrar corretamente o círculo hermenêutico – por cada

concretização (iteração) de tais elementos. Nesse ponto, remetemos, em mais um movimento hermenêutico desconstrutivo-construtivo, ao relativismo metateórico de Peczenik, segundo o qual os juízos são teoricamente objetivos quando têm como referência os conceitos e padrões de práticas pressupostos por seu agente, mas relativos quando, metateoricamente, se faz necessário admitir, dada a dupla contingência entre Ego e Alter, uma possibilidade alternativa a cada formulação de verdade e, por conseguinte, utilizar cláusulas como “eu acho que” e “em minha opinião”. De tal maneira, os “steadyng factors”, lidos (“metadesconstrutivo-construtivamente”, por óbvio) como expedientes que, construtivamente, contribuem para uma filtragem sistêmica, mas, desconstrutivamente, estão submetidos à dinâmica do rastro; permitem que sejam trazidas à tona, na comunidade jurídico-comunicativa, as contradições entre as conclusões de intérpretes distintos a respeito do mesmo caso, de maneira que muitos juízes, a despeito de suas peculiaridades pessoais, cheguem reflexivamente a conclusões fundamentalmente semelhantes – sempre sujeitas à continuidade compreensiva da espiral hermenêutica na tradição linguisticamente partilhada (horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia) – a partir de iterações dos mesmos materiais autorizados.

Subscrevemos, pois, por um lado, a negação luhmanniana da tomada de decisões por mera equidade, ou seja, orientadas exclusivamente pela heterorreferência a valores externos ao sistema; e, por outro, o reconhecimento da indecidibilidade como constitutiva da atividade decisória e da própria coexistência, no sistema, de interesses reconhecidos e interesses postergados, indecidibilidade tal que precisa ser considerada pelo magistrado-intérprete em sua atividade. Ora, tal consciência do juiz (sistema psíquico estruturalmente acoplado ao sistema jurídico) a respeito do caráter aporético de seu ofício é um requisito de mitigação do espaço para uma discricionariedade em sentido forte ofensiva aos limites impostos pelas fronteiras sistêmicas.

Contudo, se a justiça jurídica não pode ceder a um impulso de universalização de si própria” e incorrer em “justicialização’, ou seja, a expansão de sua lógica de dupla face – auto-transcendência do Direito e seu re-disciplinamento jurídico – para toda a sociedade, em uma busca (injusta) pela construção de um mundo justo com base exclusiva no código binário do Direito; é verdade que existe um elemento de violência na determinação do indecidível pelos tribunais, ou seja, que o sistema jurídico, em resposta às irritações de seu ambiente, gera variação mesmo quando se esforça para converter as pressões irracionais por um reconhecimento da alteridade e da multiculturalidade – ou seja, na terminologia de Gény, “dados” – em elementos analíticos – no vocabulário de Gény,

“construídos”. A “re-entry” busca, mediante a construção analítica que pretende revestir o material dos “dados” (ou “interesses externos ao sistema”) reunido pela livre investigação científica na forma do tecnicamente “construído” (ou “interesses conceitualmente compreendidos”), evitar que o Direito seja regulado autonomamente por elementos externos, ou, em outras palavras, que o sistema jurídico perca a sua qualidade de diferenciação funcional devido a invasões derridarianas, radicais, utópicas, pragmáticas, de interesses externos. Transpondo essa perspectiva para uma leitura sistêmica do significativo “direitos humanos”, a abstração conceitual a que a “re-entry” remete obsta o caráter moralizante de eventuais formulações de verdade do discurso humanista desenvolvido no ambiente do sistema jurídico, de maneira a impedir que o direito tenha as suas fronteiras destruídas por pretensões de transcendência radical. Porém, por mais que Gény tenha tido receio em assumir esse tom na maior parte de sua obra, o revestimento dos dados pelo construído, como conjectura Joana Aguiar e Silva, envolve uma escolha do intérprete, a qual fica mais clara quando remetemos à relevância da equidade em sua teoria, elemento que proporciona um temperamento das deduções lógicas, uma atenuação que, nas palavras do autor francês, está “longe de ter uma certeza e uma autoridade que se imponham a todos”. Desconstrutivamente, aliás, podemos notar que o próprio Gény chega a reconhecer que os dados podem oferecer pontos de apoio metódicos, o que lhes permite obstar a arbitrariedade das decisões e reduzir ao mínimo a ação da subjetividade, mas não podem afastar completamente tal elemento personalista. O defensor da livre investigação científica, ao admitir que os dados, como referências metódicas, obstam a arbitrariedade das decisões, mas não afastam completamente um elemento personalista, afirma que os princípios de justiça, como conceitos, representam uma manifestação individual da razão e da consciência, a qual assume expressões, em alguma medida, subjetivamente diferentes dependendo do sujeito. Os princípios de justiça, para Gény, são noções objetivas por essência, mas só podem ser transpostas ao plano prático subjetivamente, no qual se adaptam aos elementos variáveis da realidade. Quanto mais próximos da faticidade, mais se apresentam sob a aparência de conhecimento subjetivo e, portanto, mais distantes ficam tais princípios de sua caracterização como entidades objetivas, independentes da subjetividade humana.

Descontada a metafísica dotada de resquícios jusnaturalistas de Gény, não podemos aqui, retomando Pareyson, estabelecer uma analogia entre as afirmações do autor francês e as **formulações personalistas de verdade sobre o “platitudo” direitos humanos (Peczenik)**, a serem entendidas como diversos vãos de sentido a respeito de um elemento que, ainda que desprovido de referentes mundanos que possibilitem juízos verificacionistas, tenha uma

pretensão de “objetividade”, entendida esta como coerência narrativa com a tradição (Esser/Peczenik/Dworkin/Kaufmann)? Ora, conforme afirmado por Kaufmann (ecoando, de certo modo, o horizonte intersubjetivo de expectativas em Esser), os momentos subjetivos emanam, em cada conhecimento, de fontes diferentes, se enfraquecendo mutuamente quando em confronto, enquanto os momentos objetivos sempre têm origem “no mesmo ser” (“natureza das coisas”), descrita por Peczenik como o conhecimento de fundo sobre a sociedade: extraído das reações avaliativas das pessoas em suas asserções normativas e avaliativas; de caráter contestável; e, em certa medida, tácito, visto que qualquer esforço para torná-lo explícito – formulação de verdade – resultará em controvérsia), de maneira a remeterem todos para o ponto de unidade do sentido normativo, o que os configura como fundamentados. Em outras palavras, conforme descrito por Llewellyn ao abordar o “grand style”, a reavaliação constante da tradição, ao tentar equilibrar, de um lado, a “responsibility for justice”, e, do outro, o respeito à “legal doctrine” e às “known doctrinal techniques”, reduz os fluxos de incerteza e, por conseguinte, as divergências. Aumenta-se, assim, a previsibilidade das decisões, bem como a possibilidade de que muitos juízes, a despeito de suas peculiaridades pessoais (momentos subjetivos emanados de fontes de diferentes), cheguem a conclusões fundamentalmente semelhantes (enfraquecimento dos momentos subjetivos e recondução ao “mesmo ser” objetivo) a partir dos mesmos materiais autorizados.

Por outro lado, desconstrutivamente em relação a Luhmann (e a Gény), podemos afirmar que, devido à violência inexorável do ato de determinação discricionária no primeiro sentido fraco – formulação de verdade (Pareyson)/momento subjetivo (Kaufmann) – daquilo a que o magistrado, no contexto da tradição da comunidade de intérpretes, está vinculado, **sempre estará latente na transição entre texto normativo (em sentido um tanto lato, de modo a abarcar não apenas as leis, mas também os precedentes de caráter vinculante) e decisão judicial um grau maior ou menor de corrupção sistêmica operativa.** Em outras palavras, mesmo quando não haja uma corrupção sistêmica estrutural, em que o código do sistema jurídico se submeta ao código de outro sistema, redundando (!) em alopoiese; haverá uma violência constitutiva no intervalo entre redundância e variação, e é por esse espaço que a irracional pretensão desconstrutiva de transcendência radical adentra o Direito. Ora, uma leitura desconstrutiva do “**valor cognitivo adicional**” mencionado por Teubner, ao ultrapassar as fronteiras dos códigos envolvidos, não se submete por completo à rigidez do **fechamento operacional**, visto que, como reconhecido por Luhmann (2014, p. 274 – tradução nossa), os códigos binários são artificialidades que, dada a inexorabilidade da contingência, não podem organizar o mundo – o qual, “em cada observação que utiliza

distinções, se retira como o não-observável” – logocentricamente. Há, pois, uma invasão residual inexorável na recursividade de irritações típica dos ultraciclos, o que explica “as inovações normativas” que surgem como produtos da iteratividade intrínseca à articulação hipercíclica que enseja o **entrelaçamento hierárquico entre os atos decisórios do Judiciário e as estruturas produzidas pelo Legislativo (ou, “mutatis mutandis”, os precedentes de caráter vinculante produzidos pelo próprio Judiciário)**. Em outras palavras, dado o primado da dinâmica iterativa do rastro, o “valor cognitivo adicional” não pode ser artificial e logocentricamente aprisionado como tal, o que significa que existe um inafastável resquício de violência normativa em qualquer **processo ultracíclico de tradução (“re-entry” como “mal-entendido”)** do conteúdo que o sistema jurídico recebe de seu ambiente como uma irritação. A travessia por diversos sistemas sociais, nos moldes da “recursividade ecológica”, mais (e antes mesmo) do que uma resposta a pressões por aprendizagem, é um evento hermeneuticamente inafastável que, na linguagem artificial e retrospectiva da teoria dos sistemas, simultaneamente: respeita as fronteiras do sistema jurídico ao se atrelar à sua exigência de redundância mediante a ideia de **vinculação**; e ultrapassa as suas fronteiras pela via de processos de auto-reprodução que ensinam variação mediante um aporte **discricionário**. Não é, pois, possível que a autonomia social, ao combinar autodeterminação e externalização, afaste completamente a heterodeterminação: como em qualquer terapia, haverá sempre algo de normativo na irritação gerada pelo terapeuta sobre o sistema psíquico ao qual sua comunicação se dirija.

Consolidadas as premissas acima apresentadas, o **desafio da indecidibilidade entre vinculação e discricionariedade**, pois, é o de estabelecer os limites que demarcam: de um lado, a “re-entry”, com sua inexorável (e ultracíclica) **discricionariedade no primeiro sentido fraco**; e, de outro, uma variação radical ofensiva à redundância, ou seja, **discricionária em sentido forte**, capaz de ultrapassar o grau suportável da inexorável corrupção sistêmica operativa e ameaçar, caso convertida de episódica em habitual (corrupção estrutural), a diferenciação funcional do sistema. O desafio em questão, consubstanciado na “law of lawful discretion” de Llewellyn (1960, p. 216-7 – tradução nossa) – segundo a qual o ideal de regularidade razoável está situado no intervalo entre a regra e a discricionariedade, visto ir de encontro “por um lado, à ‘certeza’ do resultado ou à ‘universalidade’ da regra, e, por outro, à ‘livre discricionariedade’ ou à escolha ‘arbitrária’ ou desprovida de um padrão” – é aporético, pois esse limite perseguido deixa apenas um rastro, motivo pelo qual também é, em si, indeterminado: este é o **núcleo da relação de entrelaçamento hierárquico entre os “platitudes”** (ou, à la Dworkin, “conceitos interpretativos”) **vinculação e**

discricionariedade. De tal maneira, embora a verdade não caiba no *logos*, o caráter espectral, sempre diferido, daquela nos força a utilizar, nos moldes do “ideal de regularidade razoável” de Llewellyn, o elemento analítico oferecido no contexto de justificação como critério restante de estabilização e previsibilidade para fins de avaliação do grau de respeito da (tentativa de) tradução do “felt sense”, como produto da discricionariedade no primeiro sentido fraco, aos compelimentos sistêmicos – afinal, como entende Llewellyn, ainda que, intimamente, a norma efetivamente determinante das decisões judiciais não seja aquela exposta em um catálogo normativo escrito e apresentada formalmente como fundamentação da decisão, a admissão de que as regras e os princípios são elementos necessários da justificação do discurso jurídico impõe sua consideração como direito na forma de “legal doctrine”.

Diante de tudo aqui exposto, podemos dizer que tanto Gény quanto Kantorowicz reconhecem, cada um com um sotaque específico – respectivamente: destacando, mediante a ideia de conversão técnica em construído, a necessidade de preservação da consistência e da autorreferência; e hipertrofiando, em forma de direito livre, a responsividade e a heterorreferência – , a unicidade das formulações subjetivas de verdade. Nesse ponto, podemos, desconstrutivo-construtivamente, reler a lista de paradoxos encontrados pelo próprio Kantorowicz em postulados tradicionais sobre a atividade do juiz: como uma versão alternativa do “thrust-and-parry” de Llewellyn à luz da paranóia mútua entre autopoiese e “différance”; ou, em alguma medida, como uma descrição do próprio jogo de estocadas-e-bloqueios que podemos visualizar entre os acentos de Gény e do próprio Kantorowicz. No primeiro paradoxo, o “thrust” de que todos os casos devem obrigatoriamente ser decididos e de que tais decisões devem ser fundadas em textos de lei (“autodestruição da vontade”) pode ser compreendido como o compelimento sistêmico à decisão; enquanto o “parry” consiste no constante recurso dos tribunais a uma discricionariedade razoável, o que pode ser lido nos termos da aporia entre vinculação e discricionariedade (inclusive quanto ao caráter espectral, indecível, da fronteira entre discricionariedade no primeiro sentido fraco e discricionariedade em sentido forte). No segundo paradoxo, o “thrust” segundo o qual o juiz deve ser um servo do direito se depara com o “parry” da celebração das práticas tribunalícias que conservam o frescor de uma codificação por séculos mediante uma adaptação a novas necessidades (responsividade), de maneira que podemos enxergar aqui as tensões redundância-variação, autorreferência-heterorreferência e compelimentos sistêmicos-transcendência radical de uma justiça por-vir. No terceiro paradoxo, o “thrust” de que todas as decisões devem ser motivadas corresponde ao compelimento sistêmico à fundamentação; mas

defronta-se com o “parry” da admissão de uma instituição como o tribunal do júri, que decide psicológica, subjetiva e imotivadamente, o que revela a falta de confiança que temos nos juízes – questão explicável pela insuficiência e pelo caráter necessariamente violento e injusto de toda decisão judicial, o que resulta nas demandas por uma transcendência radical em direção a uma justiça sempre por-vir. No quarto paradoxo, temos o “thrust” de que as decisões devem ser previsíveis, ou seja, a exigência de redundância e o compimento à decisão; mas a existência de uma quantidade quase infindável de processos judiciais funciona como um “parry”, visto que a figuração como parte em tais feitos releva performativamente o reconhecimento do caráter inalcançável de tal previsibilidade, o que revela a violência constitutiva no intervalo entre redundância e variação em que se dá a determinação discricionária, pelo magistrado, daquilo a que se reconhece como vinculado. No quinto paradoxo, o “thrust” segundo o qual as decisões devem ser objetivas, e não pessoais, ou seja, vinculadas, e não discricionárias em sentido forte; irreleva o “parry” revelado pela circunstância de as modificações nas composições dos tribunais serem acompanhadas por novidades (ou seja, variação) em suas orientações jurisprudenciais, o que está relacionado ao fato de que o homem necessariamente coloca o traço de sua personalidade – ou seja, discricionariiedade no primeiro sentido fraco – em tudo que faz e, portanto, de que a personalidade do juiz é uma inexorável violência determinante do resultado do litígio, mormente quando considerada a indecidibilidade entre discricionariiedade no primeiro sentido fraco e a discricionariiedade em sentido forte. No sexto paradoxo, encontra-se o “thrust” prescritor de tomadas de decisão de modo estritamente científico, ou seja, em termos de “re-entry”, mas também o “parry” dos constantes elogios aos juízes que decidem de maneira artística e corajosa, ou seja, orientados pela “travessia do deserto” da transcendência radical em busca da justiça por-vir. No último paradoxo, vemos o “thrust” que impõe a imparcialidade da jurisdição (compimento à fundamentação e autorreferência), mas também o “parry” de que as decisões dos magistrados são vinculantes devido ao seu “pedigree” – discricionariiedade no segundo sentido fraco –, o que significa que não há necessidade de que a vontade do magistrado se torne rebeldemente caótica e/ou parcial, dado não encontrar obstáculos intransponíveis à sua onipotência.

Concluimos, oscilando entre o Kantorowicz do manifesto e Gény, bem como entre os mutuamente paranoicos Derrida e Luhmann, que a investigação do magistrado é livre, tal qual o radical Direito Livre, com suas aberturas derridarianas ao Outro antecipatórias de sentido, desde que científica. Isto significa que a variação, para ser posteriormente passível de estabilização (redundância), pressupõe uma fundamentação dotada de pretensão de

racionalidade compatível (embora sempre de maneira imperfeita) com os critérios do próprio sistema e referida a elementos básicos constitutivos da ideologia jurídica (Peczenik)/tradições autênticas (Esser)"/"steadying factors" (Llewellyn), nos termos de uma coerência narrativa (Dworkin) regida por um conservadorismo epistêmico (Peczenik), o que possibilita que as modificações nos sistemas de crenças não ocorram de maneira brusca, mas, sim, sustentável.

Questão 5) Qual o papel da noção de direitos humanos no contexto da "re-entry", no sistema jurídico, de demandas políticas por uma justiça radicalmente transcendente?

Questão 6) Como pode ser descrita a estrutura da paranóia mútua entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas locais extraestatais?

Questão 7) Como poderia ser deflagrada uma relação diatópica entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local extraestatal?

Questão 8) À luz das indecidibilidades vinculação/discricionariedade, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo, qual o papel das peculiaridades culturais no que concerne à concretização de uma justiça especificamente jurídica no contexto do conflito entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local extraestatal?

A argumentação é uma comunicação desenvolvida no interior do sistema para determinar o sentido daquilo que as leis, indeterminadamente, estabelecem como futuramente válido. Trata-se de expediente que qualifica uma compreensão específica como superior a outra e que se fundamenta mediante cadeias recursivas de auto-sustentação, as quais, em seu "andaime estrutural de referência" paulatinamente construída pelas operações sistêmicas e suas iterações, envolvem: por um lado, uma tradição de elementos que possibilitam a redundância (princípios, regras, doutrina e, de maneira geral, o aprendizado com os erros); e, por outro, "construções alternativas rejeitadas que constituem uma reserva à qual recorre o legislador e, sobretudo, proporcionam a formação da criatividade jurídica do juiz", ou seja, variação (**interesses postergados**). Como comunicação sistêmica, a argumentação precisa conservar como seus limites os compelimentos sistêmicos e não se deixar orientar pela radicalidade dos estímulos externos, ponto em que se fazem especialmente relevantes os eixos político e cultural do modelo de análise ora proposto.

O compelimento à fundamentação, ao demandar uma conexão entre consistência e responsividade, envolve o esforço luhmanniano de situação no intervalo combinatório entre conceito e interesse (também visualizado por Peczenik e Esser, inclusive com menção

explícita deste a Heck), no qual a Dogmática Jurídica, em sua atividade conceitual, cumpre, como enxergou Esser, uma função de controle de concordância idônea a equilibrar tanto hetero e autorreferência quanto variação e redundância mediante o fornecimento de “topoi de transformação” que viabilizem uma reconstrução retrospectiva do raciocínio jurídico em termos dedutivos. O sistema político, estruturalmente acoplado ao sistema jurídico, perante as irritações geradas pelos interesses externos, abre-se cognitivamente a tais elementos e, mediante “re-entry”, perpetra a sua inserção no sistema jurídico, de maneira a possibilitar uma estabilização de expectativas quanto às pressões por inovação. O produto dessa “re-entry” será formulado no sistema jurídico, via abduções inexoravelmente iterativas, em linguagem conceitual, inclusive nos termos do conceito jurídico-sistêmico de “interesse”.

Nosso ponto de vista fica mais claro se retomarmos a constatação de Larenz de que, em Heck, o “interesse” funciona como causa, como critério e como objeto da normatização realizada pelo legislador. Em linguagem sistêmica, a noção de “causa”, obviamente, devido à inexorabilidade da “contingência”, precisa ser relida, o que pode ser feito em termos de irritações: os interesses, como categoria à qual o sistema jurídico se heterorreferencia, pressionam pela prática de operações legislativas (políticas) que introduzam, nos termos do acoplamento estrutural direito-política, novos programas no direito-sistema. Introduzidos tais programas, os interesses, agora compreendidos como um conceito jurídico, servem como elemento integrante dos critérios das decisões judiciais. Por sua vez, tais critérios, inclusive no que diz respeito aos interesses, serão sempre caracterizados por uma indeterminação que lhes é constitutiva e que só poderá ser determinada pelo “hunch” do magistrado, em uma decisão que, mediante determinação do “interesse como critério conceitual”, terá como objeto o “interesse” como categoria de heterorreferência do sistema jurídico.

Obviamente, o “interesse”, na acepção de “objeto”, encontra variações axiológicas cultural e espacialmente condicionadas, o que abre espaço ao problema da tensão entre universalismo e particularismo. Ora, as demandas multiculturalistas por abertura ao Outro manifestam-se – ainda que muitas vezes na linguagem de exigência de uma transcendência radical – como irritações perante o acoplamento estrutural direito-política. Poder-se-ia argumentar que caso fossem rigidamente respeitadas as fronteiras sistêmicas impostas pelos compêndios e códigos próprios do sistema jurídico e do sistema político, os tribunais não responderiam direta e radicalmente a tais demandas por justiça, visto que eles operam nos termos da justiça especificamente jurídica. Caberia, pois, à atividade legiferante, nos moldes do procedimento descrito acima, conferir a tais irritações um grau de responsividade suficiente para introduzir mais variação nos programas do sistema jurídico. Contudo,

devemos lembrar que Luhmann, ao elogiar o modelo adversarial de processo do “common law” quanto à explicitação das diversas possibilidades de compreensão contrapostas, está a ressaltar a possibilidade de que a tese acolhida pelo tribunal fosse outra, ou seja, de que, nos moldes da justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico, o direito fosse de outro modo (Teubner). Ora, as razões são produtoras de efeitos excludentes e de diferenças, o que deixa claro o caráter constitutivamente violento da atividade jurídico-argumentativa. O uso reiterado de uma mesma razão sedimenta regras gerais e enriquece iterativamente o seu sentido, bem como pode ser condensado em linguagem principiológica. Essa tradição torna difícil que se substituam as razões nela sedimentadas por novas razões, bem como “torna visível com clareza o que, sem ela, teria de ter sido decidido de outra maneira. [...]. O direito existente não se desenvolve ao redor de seus princípios, mas, sim, ao redor daquilo que tais princípios parecem excluir. O direito válido é modificado a partir do que deixa de lado (LUHMANN, 2004, p. 328 – tradução nossa)”. Aqui, faz-se pertinente a ideia de interesses postergados, a qual está atrelada à noção de que o conflito de interesses, no nível da decisão justificada mediante razões, é visto como decidido, mas, no nível do armazenamento de interesses preteridos na memória do sistema para eventual reavaliação, é tido como indecidível.

É justamente nesse ponto que se faz relevante a irritação do direito por seu ambiente mediante a retórica de expansão dos direitos humanos, dado que o discurso jus-humanista é a linguagem típica de uma eventual “re-entry” de demandas políticas por uma justiça radicalmente transcendente no sistema jurídico. Ora, toda formulação de verdade que busca realizar um vôo de sentido (Douzinas) a respeito do significante direitos humanos em nome de uma justiça sempre por-vir – ou seja, de uma transcendência radicalmente desconstrutiva –, quando consegue ser objeto de uma “re-entry” pelo sistema jurídico, o faz na forma de uma reavaliação de interesses postergados. O fato de a noção de “direitos humanos” ser (re)iterativamente revisitada e, portanto, submetida ao diferimento de uma justiça por-vir que deixa meros rastros e não pode se resumir a uma cristalização na forma etnocêntrica de invariantes axiológicas (até mesmo porque o próprio Reale, em sua conjectura sobre a justiça como mediação entre, de um lado, uma dimensão empírica, cognoscível e retrospectiva, e, de outro, uma dimensão evolutiva, pensável, prospectiva; qualifica a busca pelo justo, tal qual em Rawls – o que evoca a noção de equilíbrio reflexivo subscrita por Peczenik –, como uma tarefa infinita submetida a uma revisibilidade e uma crítica contínuas) possibilita à justiça jurídica, como entende Teubner, ser uma contínua reação do Direito contra seu necessário fracasso, ou seja, consistir em uma

dinâmica social estruturada do próprio sistema, a qual possibilita a este alcançar uma autotranscendência responsiva por meio da “re-entry”.

Contudo, a possibilidade de reavaliação de interesses postergados, no contexto dos conflitos entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local, encontra um obstáculo hermenêutico que precede os próprios compelimentos sistêmicos: a pré-estrutura da compreensão, a qual tende à alienação daquele que compreende, visto dar prevalência ao que já está (pré-) concebido em sua estrutura (prévia) de compreender (Heidegger). Dada tal dificuldade, não surpreende que o contato entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local (extraestatal), por ser, “ultima ratio”, perpetrado, no contexto do acoplamento estrutural entre consciência e sociedade constituído pela linguagem, por sujeitos que compreendem, tenda a uma não-reflexividade (autismo) que redunde em intolerância e na falta de disposição para o aprendizado recíproco. Neves, em afirmação compatível com o reconhecimento desse impulso ao velamento, considera que a tendência das ordens jurídicas é o fechamento ao aprendizado recíproco, ou seja, uma irracionalidade heterobloqueadora que, de modo autista, nega a alteridade, se recusa a aprender com o outro e resulta em um autobloqueio quanto à possibilidade de solução de problemas jurídicos pela ordem jurídica que opta pelo isolamento. Nesse sentido, **a análise do conflito entre os indígenas Kaingang e o Município de Porto Alegre como teste do modelo de análise proposto por este trabalho revelou que os conflitos entre perspectivas típicas do etnocentrismo, compreendido este como uma irreflexividade redundante em uma perpetuação das antecipações de sentido, podem ser (de maneira inexoravelmente fracassada, dada a dinâmica do rastro) descritos como uma paranóia mútua resultante da tendência humana ao equívoco. Ora, no conflito entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem jurídica local Kaingang sobre o Morro do Osso: 1) a ordem constitucional brasileira, como fica claro na comunicação desenvolvida em um sistema social (direito) estruturalmente acoplado à consciência (sistema psíquico) do magistrado que proferiu a decisão liminar e a sentença analisadas, assombra-se com a radicalidade das demandas multiculturais por uma abertura ao Outro e pratica um movimento para neutralizar o que enxerga como uma comunidade indígena (e não como uma ordem jurídica) que ameaça o fechamento operacional do direito; 2) O “parry” da ordem constitucional brasileira é acompanhado por um “riposte” do tipo “se eu (ordem constitucional brasileira) fosse você (comunidade Kaingang), assumiria a Constituição Federal de 1988, com destaque para o seu art. 231, como critério normativo supremo, em vez de utilizar um discurso de vitimização maniqueísta que recorre a lugares-comuns**

politicamente corretos com a pretensão de obter êxito em pleitos de reconhecimento de interesses desprovidos de tutela pela ordem jurídica estatal brasileira”; 3) a ordem jurídica Kaingang, assombrada pela falta de responsividade da ordem jurídica estatal brasileira a suas irritações, pratica um movimento para bloquear o que enxerga, na postura do Estado, como uma violência etnocêntrica e excludente; e 4) o “parry” dos Kaingang é acompanhado por um “counter-riposte” do tipo: “Se eu (ordem jurídica Kaingang) fosse você (ordem jurídica estatal brasileira), abriria mão da intolerância de, mediante o uso de armas opressoras como processos administrativos e judiciais, disputar terras tradicionalmente habitadas pelo nosso povo”.

No contexto dos conflitos etnocêntricos, uma postura oposta à do “thrust-and-parry” acima descrito consistiria em um esforço para ir de encontro ao velamento e envolveria uma disposição do sujeito para, em uma postura de abertura, humildade e resiliência (Bankovsky), modificar iterativamente sua tradição, sua forma de vida, seus jogos de linguagem, suas imagens de mundo. Em outras palavras, consideramos possível, à luz de um modelo de equilíbrio reflexivo, um aproveitamento construtivo da paranóia mútua entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas locais, ainda que tal potencial seja inexoravelmente fracassado, dados os limites da razão denunciados por Derrida. Senão, vejamos.

Se o reconhecimento entre ordens jurídicas é um problema de dupla contingência, o não-reconhecimento de “alter” e de sua liberdade por “ego” pode ser objeto de uma provocação, dotada de pretensão de transcendência radical, para a experiência de irracionalidade em que este se dê conta do sofrimento e da injustiça vivenciados por aquele. Nesse contexto, o significante vazio “direitos humanos” serve justamente como conceito idôneo a restaurar o vínculo de confiança na interação ego-alter, de modo que ambos os polos, reciprocamente, considerem o “também-ser-possível-de-outra-maneira” intrínseco à dupla contingência. De tal maneira, o discurso retórico de expansão dos direitos humanos, no que concerne a conflitos multiculturais, depende de vãos de sentido que pressionem as ordens jurídicas estatais, nas pessoas de seus agentes, a despertarem da tendência ao velamento – que se manifesta, no contexto dos conflitos entre culturas, em regra, na forma de um etnocentrismo explicado pela inércia gerada pelo peso da tradição linguisticamente partilhada – e introduzirem – após a “travessia do deserto” derridariana (a experiência da injustiça sofrida pelo outro), na forma de um “hunch” (contexto de descoberta) a ser retrospectivamente justificado na língua da ideologia jurídica (contexto de justificação) – no sistema jurídico uma variação responsiva. Ora, o direito, como um sistema funcionalmente diferenciado, precisa evitar, a longo prazo, a incorrência em autismo, visto que,

paradoxalmente, um sistema que hipertrofia sua redundância está a confiar exageradamente em seu potencial de racionalidade, o que, em verdade, significa ignorar, de maneira irracional, a necessidade de uma abertura à irracionalidade das demandas radicais da justiça por-vir para fins de preservação da própria racionalidade – entendida esta, nos termos de Neves (2009, p. 46), como “capacidade de reprodução internamente consistente e externamente adequada de um sistema ou jogo de linguagem qualquer” – do sistema.

Assumidas as premissas acima estabelecidas, não surpreende a conclusão de Neves de que uma ordem jurídica estatal, ao interagir com uma ordem jurídica local, deve assumir uma postura de autocontenção – o que permite que remetamos aqui à proposta de Teubner e Fischer-Lescano sobre a autorestrição dos sistemas funcionais. Essa contenção, no contexto da dupla contingência, envolve a “capacidade de surpreender-se com os outros, na admissão de um futuro aberto, que não pode ser predefinido por nenhuma das ordens entrelaçadas no caso. É fundamental a disposição de procurar as ‘descobertas’ normativas dos outros, para fortificar a própria capacidade de oferecer solução para problemas comuns” (NEVES, 2009, p. 275). E uma disposição tal certamente é compatível: com a ideia de Panikkar (2006, p. 87-8) de que “o diálogo permite que o outro nos revele o nosso próprio mito”; com o modelo de equilíbrio reflexivo de Peczenik; com o autorreconhecimento do intérprete quanto à sua inexorável tendência ao velamento, conforme descrito por Heidegger; com a disposição dialógica imposta pelo fator de estabilização “professional judicial office”, nos moldes da formulação de Llewellyn; e com a “hipótese antropológica” – formulada de um ponto de vista externo à própria moralidade de cada sujeito – segundo a qual a existência de valores básicos em cada cultura não impede a realização de um “esforço de comunicação de um sujeito através das fronteiras de sua própria cultura, o que permitiria a ele se dar conta de que também há algo ‘prima facie’ relevante na cultura estrangeira”, o que, obviamente, pressupõe a existência de uma justaposição entre jogos de linguagem que estabeleça uma semelhança entre formas de vida idônea a ensejar o compartilhamento de uma espécie de “forma de vida interseccional” (AARNIO; PECZENIK, 1996, p. 323 – tradução nossa).

Devemos destacar que a disposição sugerida por Neves demanda, paradoxalmente, a formulação de institutos que fomentem o aprendizado e o intercâmbio mesmo com as ordens jurídicas que estão à margem do próprio transconstitucionalismo, inclusive as locais. Trata-se do que o autor chama de “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e de aprendizagem, o qual deve ser capaz de encontrar na ordem extraestatal elementos que possam servir como um primeiro passo para um diálogo que resulte em autotransformação. Assumimos desconstrutivamente a “unilateralidade” mencionada por Neves não propriamente

como uma descrença no potencial diatópico das ordens que “não têm princípios e regras secundárias de organização”, mas apenas como uma indicação de que, por um lado, devido ao caráter assimétrico da obrigação da abertura de “Ego” a “Alter” (Derrida/Teubner), e, por outro, dada a exigência de responsividade à qual o direito funcionalmente diferenciado está, para fins de sua própria preservação como sistema autopoietico, submetido; **cabe à ordem constitucional estatal envolvida em um conflito com uma ordem jurídica local tomar a iniciativa diatópica (transconstitucional) e conservar uma postura deste tipo independentemente de reciprocidade.** De tal maneira, a institucionalização do contato entre duas culturas perpetrada pela apreciação, por parte do Judiciário, de casos que envolvem um conflito entre “ordens jurídicas” – como o conflito em torno do Parque do Morro do Osso – é uma ótima oportunidade para que se sugira um esboço aquiliano de aproximação intercultural entre as respectivas formas de vida e os correlatos jogos de linguagem. Nesse contexto, “instituições de ligação” – como, no conflito do Parque do Morro do Osso, “posse” e “propriedade” –, com seu caráter “fuzzy”, podem cumprir papel central no esforço diatópico em busca da identificação de relações de equivalência homeomórfica que: contribuam para uma percepção da limitação imposta pelas janelas que estabelecem as fronteiras entre as culturas; e sejam contínua e entrelaçadamente modificadas pelas iterações catalisadas pelo paulatino desenvolvimento de um espaço comum interseccional.

Os riscos gerados por um excesso de autorreferência na relação entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local foram ilustrados neste trabalho com base nos casos da “árvore neem”, do pó turmérico e do “Morro do Osso”. Tais situações mostraram como as distinções conceituais viabilizam, simultaneamente, a atribuição de sentido a um lado da distinção e a ocultação de seu outro lado. De tal maneira, o requisito vinculante de “novidade da patente” para fins de caracterização da propriedade intelectual, nos dois primeiros casos, foi formulado de maneira deveras específica – segundo a qual um mínimo traço novo seria suficiente para implicar a viabilidade do patenteamento –, assim como o requisito de “tradicionalidade da habitação” para fins de reconhecimento dos direitos de “posse indígena” e “usufruto”, no contexto do conflito a respeito do Morro do Osso, foi assumido de maneira drasticamente rigorosa. Ainda que ambos os requisitos pudessem ter sido determinados de outras maneiras, o “steading factor” “one single right answer”, em ambos os casos, reforçou o caráter quase inconsciente da utilização das “doctrinal techniques”, de maneira a naturalizar a ocultação da discricionariedade em sentido fraco intrínseca a qualquer formulação de verdade mediante a atribuição de centralidade a um elemento conceitual. Assim, deslocou-se subrepticamente o cerne do debate ao ignorar-se o problema da dupla fragmentação da

sociedade global e, por conseguinte, não se analisar o conflito de fundo entre a diferenciação sistêmico-funcional e um princípio de integração (enraizamento) social, ou seja, entre os princípios de organização social regentes, respectivamente, da sociedade global policontextual e da cultura regional monocontextual – conflito este que revela o fato de ambas as situações-problema envolverem não há apenas uma diferença entre culturas jurídicas a respeito de noções como “propriedade” (intelectual ou não), mas também um policentrismo cultural em um sentido mais abrangente.

Os casos mencionados mostraram como o caráter indispensável dos conceitos para a preservação da autoipoiese do sistema (Luhmann) é utilizado como pretexto para que se possa conferir aos textos das decisões, com toda a “astúcia da razão dogmática”, uma aparência de objetividade e naturalidade mediante a redefinição dos conflitos sociais em termos jurídico-científicos abstratos. Ocultam-se, assim, a seleção prévia dos conteúdos decisórios (“hunches”) e, por conseguinte, como notado por Peczenik, os embates ideológicos (“in casu”, dado o caráter intercultural das matérias, seria até mais adequado falarmos em conflitos entre formas de vida, com seus respectivos jogos de linguagem e imagens de mundo) – ou, poderíamos dizer, na linguagem de Jhering e Heck, conflitos de interesses – que estão por trás das divergências conceituais.

Também em um outro sentido o uso de distinções em referência ao lado a que se atribui sentido, ou seja, o lado incluído, mas não ao lado ao qual não se atribui, isto é, o lado excluído, ocultou algo a ser conhecido (algo que não foi significado não pode ser utilizado) tanto no contexto dos casos da “árvore neem” e do pó turmérico quanto na situação conflituosa a respeito do Morro do Osso. Nos dois primeiros casos, a possibilidade de consideração abstrata do conhecimento tradicional como insuscetível de patenteamento tinha, como outra face, a colocação desse conhecimento em domínio público, o que redundaria, por via transversa, em nova ameaça à integridade de sua autoreprodução. Por sua vez, no conflito do Morro do Osso, o magistrado de primeiro grau, ao caracterizar, no contexto de justificação da decisão liminar, os direitos de “posse permanente” e “usufruto exclusivo”, previstos no art. 231 da CF/88, como “direitos de autonomia constitucional” abstratamente absolutos, produziu (independentemente de uma suposta intencionalidade no respectivo contexto de descoberta, cuja investigação redundaria em mero psicologismo) uma armadilha epistêmica, a qual inviabilizou uma comprovação contundente dos requisitos para a recondução (justificação interna) do caso (premissa menor) à premissa maior de tal argumentação. Ora, o magistrado tinha como saber (contexto de descoberta) de antemão que, dadas a espiral hermenêutica (Esser/Larenz) entre as dificuldades probatórias por ele mesmo reconhecidas e a concepção

rigorosa de tradicionalidade (exigência de cumulatividade dos quatro requisitos lidos à luz de um contínuo passado-presente-futuro) por ele assumida; seria pragmaticamente impossível a qualificação da Comunidade Indígena Kaingang como ocupante tradicional do Morro do Osso, independentemente do reconhecimento de um caráter abstratamente absoluto aos direitos previstos no art. 231, par. 1, da CF/88, os quais foram utilizados na mencionada decisão como mera cortina de fumaça (do direito/não-direito), definição que oculta sua outra face. De tal maneira, o magistrado, com toda a onipotência (denunciada por Kantorowicz) consubstanciada na discricionariedade em segundo sentido fraco (Dworkin) que sustenta o compimento à decisão, e de modo compatível com a tese, compartilhada por Frank, Esser e Kantorowicz, de que a decisão judicial é o resultado de seus resultados; revestiu com uma capa de inclusão do homem como pessoa nos sistemas funcionais da sociedade (Luhmann), explicitada no discurso de justificação, um discurso que, em seu contexto de descoberta, é excludente do Outro.

Os exemplos citados mostram como mesmo razões que se apresentem em uma linguagem aparentemente inclusiva podem ter efeitos excludentes, inclusive em relação a interesses (Jhering) formulados na linguagem de vãos de sentido a respeito do significante vazio “direitos humanos”. Nas palavras de Luhmann (2004, p. 486-7 – tradução nossa), “o direito positivo também pode ser utilizado para encobrir violações aos direitos humanos”, as quais podem ser caracterizadas, segundo o professor alemão, como uma “assimetria de papéis fixos que são atribuídos por uma referência externa, a qual os trata como irreversíveis” e transcende um sistema funcional específico, atravessando diversos sistemas funcionais, o que ofende a diferenciação funcional típica de uma sociedade policontextural ou, poderíamos dizer, o segundo imperativo intercultural proposto por Boaventura Santos. Por sua vez, Neves, com sua semântica jus-humanista mais abrangente, ao enfrentar típicas situações de exclusão, sente a necessidade de defender uma perspectiva de inclusão jurídica em que “a identidade jurídica de cada ordem vinculada à alteridade transconstitucional possibilita a universalização dos direitos, independentemente da eventualidade de ser membro ou não de uma determinada comunidade”, concepção que se coaduna com ambos os imperativos interculturais defendidos por Boaventura Santos.

Diante de situações de violação como as descritas acima, abre-se espaço para a indignação, ou, poderíamos desconstrutivamente dizer, para uma irritação consistente na luta política pelo reconhecimento de interesses – no caso, a demanda multiculturalista de abertura ao Outro, expressão da postulação de Derrida (para quem aquilo que é excluído pelo Direito demanda inclusão mediante o discurso da justiça) por uma responsabilidade pela

inexoravelmente violenta e irracional exclusão de um “alter” cuja alteridade sempre escapa da nossa resposta – na forma da linguagem dos direitos humanos. Remetemos aqui a Derrida, para quem a igualdade mensurável e o cuidado imensurável não são pontos de vista morais mutuamente excludentes, pois o calculável dá acesso ao próprio incalculável, ainda que, ao mesmo tempo, ameace a própria singularidade. A razão, pois, para Derrida, é encontrada entre e em ambos os lados: o do cálculo e da condicionalidade, e o da incalculabilidade incondicional. Ora, Derrida alia o impulso ético de preocupação com o outro a uma justiça-por- vir universal. Podemos, então, com o derridariano Douzinas, retomar a combinação de dois elementos do discurso dos direitos humanos. O primeiro é um elemento de identidade, de caráter universal, porém indeterminado, o qual legitimaria o pleito de igualdade de tratamento perante os demais seres humanos, expediente que pressupõe lutas políticas por interesses políticos a serem convertidos em direitos (Jhering). O segundo é um elemento de diferença, dada a distância entre a natureza humana abstrata e as características concretas dos reivindicantes, o que legitima sua exigência de um tratamento diferenciado que respeite sua identidade específica. Não é toa, pois, que Derrida identifica na justiça uma tensão entre a responsabilidade pelo Outro individualizado e a responsabilidade imparcial por todos os Outros, o que envolve um compromisso construtivo com a possibilidade. A ideia de reciprocidade implica que o que se deve ao Outro é devido a todos os Outros como iguais, inclusive a si mesmo, como o Outro do Outro. É tal compromisso com a imparcialidade o que permite a Derrida não abrir mão de comparar as qualidades dos fracassos e conservar a função crítica da noção de justiça, mesmo que esta esteja sempre por vir (BANKOVSKY, 2012, p. 115; 131).

O paradoxo da necessidade de positivação dos direitos humanos pré-positivos foi reconhecido tanto por um autor derridariano como Douzinas, que afirma não existirem limites ontológicos à recognoscibilidade dos “direitos humanos” (significante vazio disponível às convenções estabelecidas na dinâmica incessante das lutas políticas – Jhering – pela institucionalização de vãos de sentido sobre o significado do que é ser humano), quanto por um pensador sistêmico como Luhmann, que considera paradoxal a distinção entre direitos humanos e direitos estabelecidos convencionalmente, unidade de uma diferença que se pretende resolúvel mediante a positivação dos direitos pré-positivos em forma de texto. De tal maneira, a recognoscibilidade de direitos resultante de lutas políticas por interesses desenvolvidas na forma de uma retórica de afirmação de semelhança e diferença enseja uma correlata determinação prática (vão, formulação de verdade) do sentido dos “direitos humanos” na linguagem do sistema (“re-entry”) que pode ser atrelada a uma justiça jurídica

compreendida de modo semelhante à “justiciance” de Derrida, ou seja, iterativa, envolvida em oscilações e deslocamentos de significado contínuos. Afinal, como Luhmann (2014, p 263 – tradução nossa) afirma, no contexto da noção de justiça como fórmula de contingência, “o direito existente não se desenvolve ao redor de seus princípios, mas, sim, ao redor daquilo que parece excluído por tais princípios. O direito válido é modificado a partir do que deixa de lado”, ou, poderíamos dizer, dos interesses postergados, contexto em que “a tradição torna visível com clareza suficiente o que deveria ser decidido de outra maneira”. Esse entendimento, ao apresentar em seu cerne o paradoxo da distinção entre redundância e variação – a qual mostra que toda temática tem um outro lado, o qual não é resultante da apresentação de razões piores ou de decisões sem fundamento (decisionismo), mas, sim, da demanda por um nível suficiente de variação em um sistema funcionalmente diferenciado–, implica que as mencionadas irritações (ou indignações), como podemos depreender do pensamento de Luhmann, não pressupõem que se tenha uma forma precisa de determinação do que deve ou não ser aceito (ou, digamos, em um novo esforço desconstrutivo, de determinar se a formulação de verdade sobre um interesse postergado deve ou não ser recepcionada pelo sistema, de modo convencionalista, via “re-entry”, na linguagem do significante vazio “direitos humanos”). Ora, é justamente o fato de a validade e a argumentação estarem acopladas estruturalmente pelos textos selecionados pelo “law-conditioned official” – os quais possibilitam uma “auto-observação simplificada” (argumentar e interpretar só é possível quando já foram encontrados os textos pertinentes) – o que proporciona ao direito “uma coordenação de acordo com suas próprias estruturas, sem que com isso seja necessário fixar de antemão o número (e a designação) das operações necessárias para a reutilização de determinadas estruturas, para a citação de determinados textos, para lhes dar uma solução, para modificá-los”, em nome da justiça jurídica (LUHMANN, 2014, p. 241 – tradução nossa).

Por outro lado, embora o sistema jurídico precise ter a sua redundância continuamente desafiada, ele não pode, em nome dessa postura diatópica/transconstitucionalista unilateral de tolerância, permitir que seu fechamento operacional seja destruído pela radicalidade das demandas multiculturais por uma abertura ao Outro. Ora, o ir-e-vir entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação no contexto do pluralismo contemporâneo demanda simultânea e paradoxalmente: por um lado, uma responsividade sistêmica, por meio da variação (para a qual é indispensável o momento violento do “hunch” compreensivo), às irritações pelo reconhecimento de “interesses culturais” como interesses jurídicos; mas, por outro, a conservação, via redundância (na qual cumpre papel essencial a dimensão analítico-

conceitual), do fechamento operacional do direito como subsistema funcionalmente diferenciado diante da radicalidade das demandas oriundas de seu ambiente. De tal maneira, a inexorável tendência ao velamento (Heidegger) também pode ser visualizada na tomada de decisões desprovidas de consistência – as quais podem ser qualificadas, na linguagem sistêmica, como ofensivas a uma justiça especificamente jurídica –, o que torna relevante a argumentação jurídica como mecanismo de reconhecimento e prevenção dos erros, entendidos estes como “indicadores operativos para a eventual injustiça do sistema” (LUHMANN, 2014, p. 254 – tradução nossa). Conclui-se, pois, que o enfrentamento dessa tendência ao velamento não pode ser realizado mediante a subscrição de modelos de racionalidade substancial que assumem a justiça como um critério ético e aumentam a relevância do componente político-retórico no raciocínio de fundamentação das decisões para que possam oferecer discursos aprazíveis e coadunáveis com os valores socialmente aceitos, de maneira a simular uma unidade incompatível com a temporalidade do sistema jurídico – ou, como diz Luhmann (2004, p. 312 – tradução nossa), de modo a “apresentar inconsistência como consistência”. Em outras palavras, uma argumentação que remeta a razões fundamentáveis, elas próprias, em princípios (razões) reconhecidos no ambiente do sistema jurídico redundaria em um excesso de heterorreferência violador de seu fechamento operacional e, por conseguinte, eventualmente, em decisões contrárias e contraditórias entre si (dado que um mesmo princípio do ambiente do sistema pode ser utilizado para fundamentar uma adjudicação para um lado ou para o outro). Ao contrário, a mencionada tarefa “heideggeriana” demanda a adoção de um modelo de alteridade que preserve permanentemente a possibilidade de alteração da identidade de “ego” em face de “alter” – o que, luhmannianamente, envolveria um recurso da argumentação, como comunicação interior ao sistema (e não como uma orientação direta por estímulos externos avaliada em matéria de êxito), por um lado, ao já mencionado “andaime estrutural de referência” – que se atualiza a cada iteração operativa do sistema – e, por outro, às já citadas “construções alternativas rejeitadas”, em uma tensão compatível com a temporalidade de um sistema jurídico no qual os princípios funcionam como fórmulas de redundância.

O risco de excesso de heterorreferência descrito no parágrafo anterior foi criativamente enfrentado pela proposta de assunção de um “novo” pluralismo jurídico formulada por Teubner, na qual os compelimentos sistêmicos são assumidos como clivagens contra as estratégias, criticadas pelo professor alemão, de politização do direito formal por meio de uma funcionalização social de suas proposições – proposta, exemplificativamente, por Jhering e Heck, Pound e o Kantorowicz do manifesto, autores que pretenderam aumentar

a responsividade do direito à política às custas da consistência do sistema jurídico e, no caso dos dois primeiros, também às expensas de sua responsividade aos demais sistemas sociais) – ou de sua cientificização social – substituição do uso de argumentos jurídicos artificiais pelo recurso a conhecimentos teóricos, experiências empíricas e recomendações políticas das ciências sociais. Esse problema também foi tangenciado por Neves, autor que aponta a “politização da justiça” como um exemplo de situação em que a existência de um acoplamento estrutural, devido à tendência de corrupção de um dos sistemas acoplados pelo outro (alopoiense), não implica a configuração de uma racionalidade transversal entre ambos. Nesse contexto, consideramos, desconstrutivamente, que o mais comum é encontrarmos um híbrido entre as estratégias de politização e cientificização, como ilustramos ao analisarmos a fundamentação do discurso do Ministério Público no contexto do conflito pelo Parque do Morro do Osso, oportunidade em que a instituição ministerial se baseou tanto na autoridade científica dos estudos do NIT-UFRGS quanto em um recurso a uma retórica de vitimização, a qual se utilizou, nas palavras do magistrado responsável pelo julgamento do caso em sede de primeiro grau, de “categorias politicamente corretas de desprotegido, excluído e perseguido” como expediente de “vôo” (expansivo) do sentido atribuído ao significante vazio “direitos humanos”. A pretensão de substituir os argumentos jurídicos “artificiais” nutrida por esses tipos de estratégia dificulta o cumprimento do papel de “controle de concordância” (Esser) cumprido pelos conceitos cunhados pela Dogmática Jurídica, problema que normalmente vem acompanhado por um escamoteamento do resquício de violência intrínseco a qualquer determinação do sentido de disposições normativas e do próprio sentido dos elementos conceituais a elas entrelaçados. Este ponto de crítica pode ser visualizado mais facilmente no que concerne à violência subreptícia presente nos discursos qualificados por Teubner como de cientificização social, como ilustrado mediante a análise do relatório do NIT-UFRGS no caso do conflito entre o Município de Porto Alegre e a Comunidade Indígena Kaingang pelo Parque do Morro do Osso, em que a instituição universitária, ao denunciar uma suposta “construção ideológica pretensamente ambientalista, mas que tem por motivação o preconceito étnico e o interesse privado sobre espaços de ocupação tradicional indígena”, exara, no bojo de seu discurso científico, justamente o tipo de recomendação político-ideológica criticado por Teubner, incorrendo em uma contradição performativa. Se fica claro, por este exemplo, que uma estratégia de cientificização social do direito formal inexoravelmente assume, implícita ou explicitamente, uma perspectiva político-ideológica (mesmo que residual), devemos registrar que o oposto também ocorre com as teses de Jhering e Heck, propostas de politização do direito formal que subscrevem como fundamento

epistemológico perspectivas científicas em voga na época em que tais autores produziram seus trabalhos de destaque – e aqui constatamos que mesmo propostas mais radicais de politização, ainda que se pretendam contrárias a qualquer tipo de epistemologia, não deixam de estar performativamente a assumir uma perspectiva epistemológica que, apenas por figura de linguagem, poderíamos qualificar como de “segundo grau”, dado que, em verdade, tal constatação revela, mais uma vez, o entrelaçamento hierárquico entre níveis de linguagem e a circularidade entre concepções opostas, inclusive a respeito da epistemologia.

Diante do exposto, o que o “novo pluralismo” defendido por Teubner pode oferecer, à **luz das indecidibilidades vinculação/discricionariedade, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo, para fins de atribuição de relevância às peculiaridades culturais no que concerne à concretização de uma justiça especificamente jurídica no contexto do conflito entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local extraestatal?**

O estabelecimento de uma observação recíproca entre uma dupla de ordens tal implica que ambas considerem a possibilidade de uma agir de maneira diversa daquela que a outra projetou (dada a dupla contingência da interação *ego-alter*), o que estimula uma reconstrução contínua de suas identidades no plano de suas próprias autofundamentações. Ora, se a identidade das ordens jurídicas é reconstruída quando estas consideram a observação do outro, devemos notar que tal reconhecimento da alteridade é necessário pelo fato de que todo observador tem um “ponto cego”, ou seja, “aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação” (NEVES, 2009, p. 297-8). Podemos aqui, pois, transpor para o âmbito da observação entre ordens jurídicas a “ratio” descrita por Luhmann segundo a qual o sistema, se tiver formas de observação para tanto, pode observar a si mesmo da perspectiva do ambiente ou vice-versa, o que significa que, embora não possa reduzir essas duas referências a uma única, (quase-)objetiva, pode oscilar entre ambas em sua observação, de maneira a aproveitar os dois pontos de vista delimitados para alcançar uma decisão fundamentada. Nesse contexto, aquilo que Luhmann pressupõe como reconhecimento dos limites de observação de uma dada ordem jurídica, traduzido na ideia do autor alemão de que “o que *ego* pode ver, *alter* não pode, e vice-versa”, Panikkar diz em linguagem diatópica ao utilizar a mencionada alegoria das janelas.

Assumidas as premissas consolidadas no parágrafo anterior, faz-se necessária a oferta de uma via que estabeleça violentamente os contornos do intervalo em que se dá a circularidade iterativa constitutiva da oscilação entre auto e heterodeterminação de uma

ordem jurídica estatal que se pretenda diatopicamente orientada. Em outras palavras, a adoção de uma postura diatópica enseja uma indecidibilidade entre a subscrição de “programas normativos alheios” e a obediência aos próprios programas. Ora, apenas um ato aquiliano de liberdade primária mediante o qual uma ordem jurídica estatal reputasse a si mesma vinculada a admitir a possibilidade de relativização de seus programas perante irritações oriundas de uma ordem jurídica alheia poderia decidir, ainda que imperfeita, violenta e temporariamente, esse jogo de rastros. Um ato tal, contudo, consistiria em uma contradição performativa, visto que a instituição estatal, ao realizar uma comunicação nos moldes do código lícito/ilícito, pressupõe performativamente sua autodeterminação. Por tal razão, esse reconhecimento de uma heterodeterminação demandaria, em contrapartida, que o mencionado ato de liberdade primária fosse retrospectivamente compreendido e convencionado no jogo de linguagem da respectiva comunidade jurídica como uma descrição-enquanto-normatização de uma “source-norm” segundo a qual a ordem jurídica estatal deveria, por meio de um “mal-entendido criativo”, recepcionar os costumes da ordem jurídica local como programas normativos a concorrerem com os seus próprios programas.

Dado que, segundo Peczenik, a determinação do grau de autoridade das fontes do direito (ou mesmo a caracterização de todo um sistema normativo como direito válido) demanda a assunção de “razões substantivas” – aquelas cujo conteúdo sustenta uma conclusão jurídica independentemente de quem as alegue ser ou não reconhecido como uma autoridade –, podemos encontrar razões desse tipo idôneas a justificar a mencionada “source-norm”: no pensamento do próprio Peczenik, para quem as normas costumeiras surgidas espontaneamente no seio social não podem ser excluídas por um pretense monopólio de produção do direito pelas autoridades, visto que tais normas podem ser relativamente estáveis, têm uma legitimidade democrática derivada do consenso popular e são passíveis de vinculação à plausível conjectura de que a tendência das pessoas é viver de maneira moralmente aceitável; e no primeiro imperativo intercultural proposto por Boaventura Santos, segundo o qual uma cultura deve ser lida de modo a maximizar a sua reciprocidade, ou seja, o reconhecimento do Outro, e no segundo imperativo intercultural proposto pelo mesmo autor, que prescreve que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. Ademais, se assumirmos, como faz o próprio Peczenik, os trabalhos de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito como integrantes do que se pode entender por doutrina, as posições do teórico da argumentação e de Boaventura Santos podem ser reputadas como uma espécie de “may-source-norm”, o que potencializa a realização de um “source-establishing jump” a

fundamentar retrospectivamente o reconhecimento de potencial normativo ao costume da ordem local.

De um lado, a ordem jurídica estatal abre-se diatopicamente à cognição de programas normativos alheios (irritações geradas pela ordem jurídica local), de maneira que tais elementos gerem uma violenta relativização de seus próprios programas normativos. Do outro, os “programas normativos alheios” são necessariamente submetidos a uma espécie de tradução, o que constitui uma violência contra a “ordem jurídica local”. Ilustramos no capítulo 7 como um novo “jogo de violências” tal poderia, no contexto da análise do caso do conflito entre o Município de Porto Alegre e a Comunidade Indígena Kaingang pelo Parque do Morro do Osso, encontrar um caminho para fortalecer a cadeia de sustentação recíproca entre as premissas obtidas por meio da justificação externa da reconstrução da identidade da ordem jurídica estatal no plano de sua própria autofundamentação. Esse caminho, no contexto do mencionado conflito, poderia ser o entrelaçamento entre, de um lado, as razões oferecidas por Peczenik e Boaventura Santos, e de outro, a realização de uma analogia (não exatamente no sentido de Kaufmann, mas, sim, na acepção do que Alexy chamaria de “forma especial de argumento jurídico”; Peczenik designaria como “norma de raciocínio”; Llewellyn qualificaria como “known doctrinal technique”; e Reale denominaria “modelo dogmático) com fundamento no parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil (Lei 5869/73), segundo o qual “é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. Em outras palavras, dada a indisponibilidade dos direitos de “posse permanente” e “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos” titularizados pelos indígenas em relação às terras por eles tradicionalmente ocupadas, bem como considerando que a distribuição regular do ônus da prova torna excessivamente difícil o exercício de tais direitos; a ordem estatal brasileira deveria ler a sua própria cultura jurídica de modo a maximizar a sua reciprocidade, ou seja, o reconhecimento do Outro, o que demandaria um reconhecimento da dignidade normativa do costume espontaneamente surgido no seio social (Peczenik), de maneira a resultar em um tratamento diferenciado aos indígenas no que concerne ao respectivo ônus probatório.

O que sugerimos, no contexto do conflito pelo Morro do Osso, a respeito da questão probatória foi justamente o aproveitamento do potencial de um “mal-entendido criativo” (compreensão “equivocada” de certas comunicações interiores às culturas regionais como atos jurídicos) sobre o que Teubner e Fischer-Lescano entenderiam como um “suposto (nunca passível de acesso direto, mas, apenas, iterativo, devido à diferença de janelas) direito

indígena” (com sua correlata concepção de “propriedade”/“usufruto”/“posse”) – ou poderíamos dizer, em uma leitura desconstrutiva da linguagem diatópica, uma instituição social que cumpra função homeomorficamente equivalente à do direito na sociedade ocidental. Nesse contexto, o “mal-entendido criativo” envolveria o reconhecimento de um potencial normativo ao “costume jurídico Kaingang”, de maneira a possibilitar ao julgador fundamentar sua convicção de justiça nos moldes de um(a) horizonte intersubjetivo de expectativas/ideologia jurídica/romance em cadeia/legal doctrine que se autoreconstruiria (à la Nimis) devido ao contato intercultural entre ambos os polos de formas de vida, regras de jogos de linguagem e imagens de mundo. Em outras palavras, sugeriu-se uma “re-entry” dos “dados costumeiros indígenas” ao “construído do direito estatal” (Gény) transversal e responsiva ao ambiente social do direito o suficiente para, esboçando a construção de um “espaço imaginário comum” (Neves), reconstruir a identidade da ordem jurídica estatal brasileira, respeitando os compelimentos sistêmicos, a partir do contato com a ordem local Kaingang e da correlata “experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência” (TEUBNER, 2011, p. 45). Ora, segundo Teubner, remetendo a Fitzpatrick, bem como à la Derrida e a sua dinâmica iterativa do rastro, é possível enxergarmos na constituição recíproca típica do “novo” pluralismo jurídico o seguinte entrelaçamento: enquanto o costume sustenta o direito, este não apenas transforma, à sua maneira, os elementos daquele dos quais se apropria, mas também sustenta as formas sociais costumeiras e, nesse processo, torna-se parte dessas formas. Assim, se tornaria possível à ordem jurídica constitucional brasileira, “na construção da norma jurídica e da norma de decisão, [...] considerar como dimensão do seu âmbito normativo elementos do âmbito material relevante originariamente para outra ordem, como também incorporar como dimensão do seu programa normativo partes do programa normativo de outras ordens” (NEVES, 2009, p. 124). Afinal, como afirma o professor brasileiro – mencionando o próprio Teubner – , se, por um lado, em um conflito entre ordens jurídicas, ambas apresentam respostas para o mesmo caso com base em critérios normativos diversos; por outro, o código binário conteudisticamente vazio ao qual se submetem é o mesmo.

A interdiscursividade entre a ordem jurídica brasileira e aquilo que o sistema jurídico lê como uma “ordem jurídica Kaingang” envolve uma comunicação inexorável e iterativamente distorcida via “re-entry”. É fundamental para a viabilidade de tal comunicação no contexto do problema em questão o fato de a “propriedade”, a “posse indígena” e o “usufruto”, componentes de programas veiculados pelo texto constitucional (respectivamente, o art. 20, XI, e o §2º do art. 231 da CF/88), funcionarem como instituições de ligação

(Teubner) – elementos que, segundo Teubner, são muito mais apropriados à busca por um nível adequado de responsividade do sistema jurídico ao seu ambiente do que a excessiva heterodeterminação gerada pelas estratégias de politização formal e cientificização social do direito. As três instituições mencionadas, do ponto de vista da diferenciação funcional, podem ser conjuntamente qualificadas como um complexo acoplamento firme entre o direito e a sociedade, ou seja, instituições que: estão densamente entrelaçadas com a cultura mediante vínculos de seletividade – e não, portanto, propriamente nos moldes culturalistas de uma “totalidade social”, segundo a qual o direito seria uma mera projeção da sociedade; e configuram o discurso do direito autônomo como envolvido em uma relação de interdependência com os demais discursos sociais e com os próprios elementos do discurso monocontextual Kaingang compreendidos equivocadamente como “programas normativos de caráter costumeiro”.

Vínculos ultracíclicos estabelecem processos cognitivos que não consistem em uma transferência de regras válidas de uma ordem jurídica para outra, mas, sim, em uma influência recíproca mediante uma transcendência de fronteiras que envolve, no percurso da tradução do conteúdo original de uma delas até a sua reconstrução pela outra, uma travessia por outros sistemas sociais. No contexto do caso ora analisado, as mencionadas instituições de ligação são justamente a porta para a “re-entry” daquilo que, em um “mal-entendido criativo”, o direito estatal pode receber cognitivamente como irritação e ler como “concepções normativas Kaingang de propriedade, usufruto e posse” a serem, em um processo ultracíclico de constituição recíproca, reconstruídas pela ordem jurídica brasileira (com base em sua linguagem, “episteme”, estilo de argumentação, estilo de interpretação, e rede jurídica de distinções e construções jurídicas do mundo social – em outras palavras, sua cultura jurídica, que, dada a dinâmica iterativa do rastro, funcionará simultaneamente como parâmetro e como alvo dessa própria atividade de reformulação), sem que tal assimilação – dado o fechamento estrutural mútuo entre o “direito Kaingang” e o direito estatal brasileiro – acarrete uma destruição de sua autonomia.

Devemos reconhecer, por outro lado, que a conectividade seletiva entre direito e sociedade, por pressupor a diferenciação funcional como princípio de organização social, não é visualizável como tal à luz do princípio de uma organização social monocontextual como o da comunidade Kaingang, sob a ótica do qual existiria uma integração (enraizamento) social do (que entendemos como) direito nesta tradição cultural. Porém, dado o fato de o vínculo sagrado entre a comunidade Kaingang e a terra por eles tradicionalmente habitada estar inserido em uma cosmologia dotada de caráter socialmente estruturante; conjecturamos que

aqueles elementos da cultura indígena em questão que lemos equivocadamente como “propriedade/posse/usufruto” Kaingang são tão relevantes para a organização social dessa comunidade quanto as concepções de “propriedade/posse/usufruto” da ordem jurídica brasileira são importantes para a organização da sociedade global funcionalmente diferenciada. Podemos, então, desconstrutivamente, cogitar que tais conceitos tenham o potencial de cumprir, para os Kaingang, uma função homeomorficamente equivalente às das instituições de ligação no que concerne ao estabelecimento de um elo entre a ordem jurídica funcionalmente diferenciada brasileira e aquilo que entendemos equivocadamente como uma “ordem jurídica Kaingang”. Nesse contexto, nada impediria, pois, que os Kaingang aperfeiçoassem sua autocompreensão (e aquilo que sugerimos que seja compreendido, de maneira “necessariamente equívoca”, pela ordem jurídica estatal brasileira como a “cultura jurídica” Kaingang) com base na experiência de contato com “alter” (no caso, a ordem jurídica estatal), de maneira a viabilizar, como mencionado anteriormente, a formação paulatina de um espaço imaginário comum interseccional por meio da reformulação contínua e entrelaçada dos sentidos dos equivalentes homeomórficos, das respectivas relações de equivalência funcional e das próprias formas de vida envolvidas no contato intercultural.

Contudo, a análise de caso ilustrou como um magistrado, ao se preocupar mais, no contexto de justificação da decisão liminar e da sentença, com a adoção de um tom formalmente respeitador diante dos Kaingang – o qual, aliás, como se pode desconstrutivamente perceber da leitura dos textos de ambas as decisões, coexiste contraditoriamente com afirmações incisivas, jocosas e/ou irônicas sobre as pretensões da comunidade indígena – do que propriamente em esboçar a formulação de um vocabulário diatópico que buscasse catapultar a formação, a longo prazo, de uma imagem de mundo comum, pode perder a oportunidade oferecida por um episódio institucional de contato entre “ordens jurídicas”. Ainda que as consequências de uma hipótese decisória como aquela abduktivamente formulada pelo magistrado de primeiro grau pudessem estimular, em alguma medida, a percepção, pelas comunidades indígenas, de que elas também não podem formular de maneira etnocêntrica suas demandas por uma abertura a suas tradições sem que se incorra em uma contradição performativa; seria muito mais diatopicamente produtiva uma postura de um julgador que apresentasse, no contexto de justificação de sua decisão, critérios materialmente orientados pela construção de uma linguagem minimamente comum entre as culturas. No exemplo do caso estudado, sugerimos que a caracterização do “jus persecuendi”, do “direito fundamental à manutenção de templos religiosos” e do “bem imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade” como equivalentes homeomórficos poderia servir: diretamente,

como “porta de entrada” dos indígenas na tradição da ordem constitucional brasileira; e, indiretamente, como um expediente de fomento para que a comunidade Kaingang, eventualmente, adotasse uma postura recíproca de “convite” a uma compreensão mais profunda daquilo que, em um “mal-entendido criativo”, compreendemos como sua “ordem jurídica”.

Ao criticarmos a postura do magistrado de primeiro grau responsável pelo julgamento da decisão liminar e da sentença referentes ao conflito do Morro do Osso, entendemos que a preocupação do juiz em conservar, mediante o exercício da seletividade, o fechamento operacional do direito como subsistema funcionalmente diferenciado diante da radicalidade das demandas multiculturais por uma abertura ao Outro deixou de ser acompanhada, na justificção da negativa de reconhecimento do vínculo de tradicionalidade entre o território em questão e a Comunidade Indígena Kaingang, por uma tese decisória que fosse efetivamente tratada, de início, como uma mera hipótese, e que, por conseguinte, apresentasse um compromisso de buscar um “equilíbrio diatópico-reflexivo” na caracterização do sentido normativo do art. 231 da CF/88. Arriscamo-nos aqui a afirmar, desconstrutivamente, que o juiz, devido ao “evento da lista telefônica” – narrado pelo Cacique Jaime em entrevista a perita da FUNAI e registrado em documento elaborado por tal servidora, no qual se pode ler que o líder Kaingang descobriu, em uma lista telefônica disponível na sede da Prefeitura de Porto Alegre, um registro da existência pretérita de ocupação do Morro do Osso pela mencionada comunidade –, entendeu o discurso do cacique e da comunidade Kaingang como uma postura desonesta (má-fé), motivo pelo qual optou estrategicamente por uma hipótese decisória cujo cerne teórico dificultasse, de pronto, a possibilidade de sucesso dos indígenas. Tal postura do magistrado parece revelar, mais uma vez, etnocentrismo, visto que a conduta de apropriação simbólica por parte dos Kaingang parece não ter sido vista pelo decisor como um traço cultural de “alter”, mas, sim, lida à luz de um critério axiológico caro à tradição jurídica ocidental, qual seja, o da boa-fé. Nesse contexto, conjeturamos desconstrutivamente que o magistrado, em nome de sua “responsibility for justice”, seguiu o guia decisório implícito do “grand style”, qual seja, a “law of leeways”, segundo a qual quanto mais intenso for o “felt sense” (“in casu”, o incômodo do magistrado quanto à suposta má-fé), maior será o intervalo (“leeway”) disponível para fins de uma inserção de variação justificável em uma formulação de verdade discricionária em sentido fraco quanto ao sentido da “legal doctrine”, formulação esta que, no caso em questão, teve como cerne uma estratégica determinação de um sentido deveras rígido para o requisito de tradicionalidade previsto no texto do art. 231 da CF/88.

Nossa (hipó)tese sobre o suposto desígnio estratégico do magistrado encontrou fundamento na incongruência entre, de um lado, a pequena relevância atribuída no contexto de justificação da decisão liminar ao “evento da lista telefônica”, e, de outro, a centralidade conferida a tal circunstância fática no contexto de justificação da sentença posteriormente proferida. Conjeturamos, pois, que entre o “hunch” decisório do magistrado e o texto por ele produzido em sede de decisão liminar existiu não apenas o intervalo intrínseco a todo ato (violento e) discricionário de determinação do que é indeterminado, mas também um silêncio estrategicamente concebido, um “não-dito” proposital a respeito de elemento que provavelmente influenciou de maneira determinante o contexto de descoberta de ambas as decisões e, por conseguinte, a retrospectiva construção das cadeias de sustentação recíproca da argumentação explicitada em seus respectivos textos (bem nos moldes da espiral teórica entre dados e teorias descrita por Peczenik). Em uma leitura desconstrutivo-retrospectiva (e não prospectiva, como em sua formulação original) da premissa de Ross (2001, p. 102) de que “não podemos observar diretamente o que ocorre na mente do juiz, porém é possível construir hipóteses no tocante a isso, e o valor delas pode ser comprovado observando-se simplesmente se as previsões nelas baseadas foram acertadas”; supomos que o magistrado guardou estrategicamente um argumento forte para a sentença, sem dar oportunidade, ao menos em sede de primeiro grau, para que a leitura sobre o evento da lista telefônica fosse contestada pelos Kaingang – hipótese em que o argumento de que essa questão probatória não deveria ser analisada em sede de liminar, a despeito de aparentar ser uma demonstração de cuidado com a obediência aos ritos processuais e às correlatas limitações típicas do respectivo tipo de cognição, configura, por via transversa, uma ofensa à paridade de armas que as próprias formalidades processuais se prestam a garantir e ao próprio direito à fundamentação das decisões judiciais. Entendemos, portanto – e aqui se fazem pertinentes as advertências do Frank maduro sobre a correlação entre a impossibilidade de estabelecimento de regras apriorísticas que controlem as decisões e a inexorável existência de um espaço discricionário para que o juiz determine a narrativa fática a ser oficialmente reconhecida –, evocando a espiral hermenêutica entre enunciado fático e enunciado jurídico, que a determinação (inexoravelmente discricionária no primeiro sentido fraco) do sentido normativo atribuído ao art. 231 da CF/88 (elemento vinculante e indeterminado) na decisão liminar foi pré-condicionada pela circunstância fática referente à lista telefônica, da qual o magistrado, embora sem ter lhe conferido, no respectivo contexto de justificação, o devido destaque, já tinha ciência detalhada à época. Trata-se, portanto, de uma manipulação do contexto de justificação no que concerne à montagem de seu enunciado fático.

A análise conjunta da decisão liminar e da sentença proferidas pelo magistrado de primeiro grau serviu como expediente de ilustração daquilo que, desconstrutivamente, visualizamos na obra do Kaufmann maduro como um “contínuo entre analogia e abdução” – lido sistemicamente à luz da temporalização pressuposta pela paradoxo entre redundância e variação. Ora, visualizamos nas decisões em questão um estabelecimento da similaridade (analogia) do particular presente “enunciado fático” – que, desde sua formulação precária, teve como pressuposto, em seu contexto de descoberta, a análise do evento da lista telefônica e, ao ser refinado, teve o seu resultado traduzido como “inexistência de habitação tradicional Kaingang no Morro do Osso” –: por um lado, com os particulares passados – argumentação empírica de caráter indiciário – “postura dos caciques como líderes políticos de comunidades indígenas” e “prática cultural tradicional Kaingang de apropriação simbólica de elementos pertencentes a culturas alheias”, os quais dizem respeito à dimensão analógica em sentido estrito, retrospectiva; e, por outro, com o particular futuro “deve-ser o não reconhecimento da posse permanente do Morro do Osso e do usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nele existentes à Comunidade Indígena Kaingang”, ou seja, a consequência da (hipó)tese (elemento abduativo em sentido estrito, prospectivo). O estabelecimento de tais similaridades, simultaneamente – em circularidade típica da dobra da linguagem entre hermenêutico e apofântico, com seus respectivos reflexos na impossibilidade de dissociação entre contexto de descoberta e contexto de justificação –, pressupôs, como tese (antecipação de sentido pré-compreensivamente determinada), e gerou, como hipótese (tendo em vista a exigência da problematização interpretativo-racional do sentido antecipado), o sentido normativo que envolve a “concepção restrita de tradicionalidade” deveras rigorosa (segundo a qual os elementos dispostos no par. 1 do art. 231 da CF/88 seriam cumulativos) assumida pelo magistrado, o que resultou na declaração da inexistência de um suposto direito de posse indígena por parte da comunidade Kaingang.

A comparação entre a postura explicitada pelo juiz no contexto de justificação da decisão liminar e o posicionamento da 4ª turma do TRF-4 ao reformar tal decisão em sede de agravo de instrumento, embora, em um primeiro momento, tenha aparentado revelar uma insuficiência diatópica e uma correlata tendência a um etnocentrismo por parte do magistrado de primeiro grau, gerou uma perplexidade quando analisamos ambas as decisões em conjunto com a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau. Ora, configurou-se um cenário em que se tornou plausível a conjectura de que o magistrado foi motivado a conceder a medida liminar por um indício juridicamente relevante (o relato detalhado sobre o evento da lista telefônica), o que poderia obstar as críticas do MPF (e do relator do agravo de instrumento) quanto ao

suposto caráter temerário, violento e desprovido de fundamentos fáticos significativos de tal decisão. Surgiu, pois, uma espécie de indecidibilidade quando notamos que essa poderia ser a explicação para a fundamentação pouco diatópica – e um tanto desatenta ao “fator de estabilização” “adversary argument by counsel” – da decisão liminar, com a correlata desconsideração – justificada explicitamente no texto da decisão liminar com base em um discurso de provincianismo constitucional – do pleito de flexibilização da distribuição do ônus da prova apresentado pelo MPF e pela Comunidade Indígena Kaingang. Tentou-se formular a mencionada indecidibilidade da seguinte maneira: considerado o contexto de justificação da decisão liminar, o magistrado de primeiro grau teria decidido equivocada e injustamente, enquanto a 4ª turma do TRF-4, ao julgar o correlato agravo de instrumento, teria decidido de maneira correta e justa; mas, considerado o contexto de descoberta da decisão liminar (a respeito do qual se tornou possível conjecturar de maneira mais sólida apenas após o posterior proferimento da sentença correlata), a conclusão seria a oposta. De tal maneira, ficou explícito como ambas as potenciais conclusões são insuficientes e injustas.

De todo modo, no que concerne à injustiça praticada pelo magistrado de primeiro grau, consideramos que a atribuição de centralidade ao evento da lista telefônica poderia ter sido utilizada, desde a decisão liminar, como uma referência para que se buscasse, em uma postura que revelasse uma responsividade sistêmica às pressões políticas pelo reconhecimento de “interesses culturais” como interesses jurídicos (e, por conseguinte, que apresentasse razões justificantes potencialmente aceitáveis pelas partes, por terceiros interessados e por toda a comunidade jurídica), mostrar diatopicamente – em um rastro de circularidade entre os polos da aporia universalismo-multiculturalismo que evitasse tanto os riscos de ascensão de um comunitarismo etnocêntrico disfarçado de universalismo metafísico quanto os de um relativismo reacionário – aos Kaingang: que sua tradição de apropriação simbólica também precisaria ser, auto-reflexivamente, problematizada; e que se não existisse a combinação entre a falta de provas contundentes da ocupação tradicional e um indício significativo de que a narrativa dos Kaingang seria uma expressão dos seus típicos processos de apropriação simbólica, o resultado da lide poderia ter sido diferente.

De modo algum, contudo, a solução acima sugerida deixaria de estar sujeita à insuficiência do logocentrismo como solução para as dificuldades da hermenêutica jurídica e o caráter inexoravelmente violento de toda determinação (iterativa) do sentido normativo e da leitura sobre os fatos concernentes a um problema jurídico. Não à toa, pois, reconhecemos que até mesmo a nossa própria formulação de proposta decisória alternativa à decisão liminar tomada pelo magistrado de primeiro grau (elaborada, é verdade, anteriormente à leitura da

sentença proferida pelo mesmo juízo de primeiro grau e, por conseguinte, com restrições de conhecimento a respeito do “evento da lista telefônica”, do qual se tinha informações apenas por via da pequena menção realizada sobre essa circunstância fática pelo magistrado de primeiro grau no texto da decisão liminar) serve para corroborar o caráter aporético da compreensão jurídica. Assumida a tese de Peczenik de que as divergências conceituais são a face exposta de conflitos ideológicos ocultos e, portanto, formulações de verdade inexoravelmente violentas, admitimos que a violência do magistrado (seja quando analisamos isoladamente apenas a decisão liminar, seja quando a estudamos em conjunto com a sentença) não é necessariamente mais violenta do que nossa sugestão de revestimento analítico de eventual reconhecimento da tradicionalidade mediante recurso à analogia (no sentido de “known doctrinal technique”/norma de raciocínio/forma especial de argumento jurídico/modelo dogmático) e à convicção religiosa dos Kaingang por uma roupagem de presunção absoluta (ficção), figuras que podem ser reconduzidas às violentas artes interpretativas denunciadas por Kantorowicz como expedientes logocêntricos que fracassam em sua pretensão de conferir caráter lógico à determinação voluntarística do que, sistemicamente, podemos chamar de intervalo entre estrutura e operação. Ora, mesmo na nossa proposta o momento da reflexividade orientada por uma racionalidade transversal nos moldes dos “vasos comunicantes” pressupõe uma liberdade primária, de caráter aquiliana, que se manifesta voluntaristicamente como um “hunch”, até mesmo porque o próprio transconstitucionalismo (e isso se aplica também ao “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e aprendizado), como direito moderno que é: surge de um ato injustificado de violência, e não de qualquer (pretense) fundamento metalinguístico; e necessita, para existir e se manter, de uma “violência oculta, oriunda da sua própria linguagem ou forma de manifestação”, ponto em que se pode remeter à força de lei denunciada por Derrida (ARRUDA, 2012, p. 217). De tal maneira, os tribunais constitucionais de uma ordem jurídica estatal como a brasileira, ao interagirem com uma ordem jurídica local extraestatal como a Kaingang, o fazem em um idioma e um estilo de linguagem próprios, o que gera uma verticalização – por menor que seja a diferença de competência no domínio do idioma, “a violência de uma injustiça começa quando todos os parceiros de uma comunidade não compartilham totalmente o mesmo idioma” (DERRIDA, 2010, p. 30) – na relação entre tais polos de força. Nesse sentido, toda reconstrução de costume local pelo sistema jurídico – o que vale para a proposta pelo juiz, para a tese defendida pelo Ministério Público e para a nossa sugestão –, devido à irredutibilidade de perspectivas (Teubner e Fischer-Lescano; Panikkar, Boaventura Santos), envolve sempre um “mal-entendido” e, por conseguinte, uma

violência que é camuflada e reduzida, mas nunca dissolvida, pela dimensão analítico-conceitual utilizada para fins de enquadramento do fenômeno tradicional nos programas do direito estatal. Aliás, como reconhece Luhmann, em teor um tanto desconstrutivo, as razões, como elementos produtores de diferenças, são ordenações de ideias que justificam seus inexoráveis efeitos de exclusão (e é justamente por conta deste caráter excludente que elas precisam ser fundamentadas, de modo a evitar que sua avaliação como boas ou más seja arbitrária) ao remeterem a si mesmas e podem, mesmo que tidas como válidas, ser questionadas argumentativamente mediante o uso de distinções. De tal maneira, à luz da noção de justiça como contingência, fica sempre aberta a possibilidade de que uma solução (inexoravelmente excludente de “alter”) sugerida por uma dada razão fosse de outro modo (também inexoravelmente excludente de “alter”). Como afirma, inclusive, o próprio Luhmann, os conflitos de interesses envolvem um giro paradoxal, pois, em um nível, são decididos, mas, em outro, devido ao registro dos interesses postergados na memória do sistema como “possivelmente preferíveis”, são qualificados como indecidíveis.

Nada do que afirmamos no parágrafo anterior afasta o fato de que, como Derrida afirma ao destacar a diferença entre desconstrução e destruição; por um lado, a justiça está sempre por vir (ou, na conjectura de Reale, consiste em uma tarefa infinita de revisibilidade e crítica contínua), mas, por outro, existem injustiças que são melhores do que outras (ou, nas palavras de Llewellyn, antecipando o próprio Derrida, existem respostas melhores do que outras, mas não necessariamente uma única resposta que possa ser considerada correta). Nesse sentido, o “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e aprendizado, pois, como direito (calculável), não é a justiça (incalculável), mas, sim, uma mera conjectura simultaneamente plausível (Reale) e fracassada sobre a justiça que está sempre por-vir (Derrida). Não podemos, contudo, diferenciar qualitativamente esta e outras injustiças de modo abstrato e antecipado, dada a impossibilidade de que se responda simultaneamente à razão e pela razão. Dessa forma, uma demanda pelo aperfeiçoamento do justo – por um direito “melhor” (em vez de um direito meramente “bom” ou de um direito “perfeito”) que não se opõe à lei, visto que, potencialmente, já faz parte dela (THOMASSEN, 2008, p. 110) – que transcenda radicalmente os limites sistêmicos, indo às últimas consequências em busca da justiça por-vir, é desejável, ainda que submetida: às limitações iterativas impostas pela irreduzibilidade entre as janelas culturais de Ego e de Alter; e aos próprios compêndios sistêmicos, que condicionam à adoção da linguagem funcionalmente diferenciada do direito a “re-entry” das irritações geradas pelas formulações de verdade sobre o significante vazio “direitos humanos” dotadas da pretensão de institucionalizar juridicamente os interesses

externos que giram em torno de tais vãos de sentido. Tal é o paradoxo dos direitos humanos identificado por Luhmann: as demandas das lutas por sua institucionalização não respeitam limites sistêmicos em sua retórica de identidade e diferença, mas precisam e, por conseguinte, procuram alcançar, de maneira inexoravelmente iterativa, positividade legislativa e efetividade jurisdicional.

Cumprida a tarefa de sistematização dos resultados obtidos por este trabalho, podemos enfrentar propriamente o questionamento a respeito da confirmação de nossa hipótese de trabalho.

8.3 CONCLUSÃO EM SENTIDO ESTRITO: CONFIRMAÇÃO OU REFUTAÇÃO DA (HIPÓ)TESE?

Este tópico se presta a responder à seguinte pergunta: os resultados obtidos por este trabalho nos conduziram à confirmação da hipótese apresentada em sua introdução e, por conseguinte, à sua consolidação como tese? Sim e não.

Sim, pois concluímos que os resultados apresentados no tópico anterior confirmam que “dada uma concepção desconstrutivo-constructiva (BANKOVSKY, 2012) da desconstrução derridariana e das correlatas noções de justiça por-vir, dinâmica iterativa do rastro e obrigação assimétrica perante o Outro; a paranóia mútua descrita por Teubner entre a desconstrução derridariana e a autopoiese luhmanniana – no contexto de um modelo hermenêutico que, embora não sendo de aplicação restrita à aporia universalismo/multiculturalismo, viabilize uma abordagem descritiva-enquanto-normativa dos conflitos entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas locais extraestatais, bem como do correlato(s) sentido(s) jurídico da categoria teórica ‘direitos humanos’ em uma sociedade policontextual – é idônea a constituir um metaeixo de abordagem que – ao configurar, de maneira hierarquicamente entrelaçada, um contínuo movimento circular entre, de um lado, uma crítica desconstrutiva dotada de uma pretensão radical de transcendência a eixos de abordagem referentes às dimensões compreensiva (Esser), analítica (Peczenik), política (Douzinas) e cultural (Panikkar/Boaventura Santos) do fenômeno jurídico-hermenêutico, e, de outro, uma reaglutinação reconstrutiva dessas dimensões axiais pela via de uma auto-observação científica do direito à luz dos limites sistêmicos de sua autotranscendência – caracteriza a demarcação dos intervalos entre as indecidibilidades vinculatividade/discrecionalidade, contexto de descoberta das decisões judiciais/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo como tarefas aporéticas

por-vir envoltas, à luz de uma noção de justiça jurídica comprometida com um contínuo aperfeiçoamento, em um incessante jogo concertado (“thrust-and-parry” – estocadas-e-bloqueios) de deslocamentos entre um esforço construtivo de fundamentação retrospectiva nos moldes de uma “re-entry – processo inexoravelmente ultracíclico permeado por um resíduo (discricionário, irracional e histórico-culturalmente situado) de corrupção sistêmica operativa e que exige, no caso de um conflito entre uma ordem jurídica estatal e uma ordem jurídica local extraestatal, uma tradução (“mal-entendido criativo”) do costume desta em um programa normativo daquela, bem como uma diatópica tomada de iniciativa da ordem jurídica estatal, independentemente de reciprocidade, para fins de estabelecimento, mediante um uso criativo das instituições de ligação, de uma aproximação intercultural, na forma de relações de equivalência homeomórfica, entre as respectivas formas de vida e os correlatos jogos de linguagem – e uma inexorável desconstrução das determinações delas resultantes”.

Não, visto que a subversão iterativa da relação entre metalinguagem e linguagem-objeto implica uma artificialidade de tal binômio e, por conseguinte: da distinção entre o nível de linguagem “L1” (componente do consequente da nossa hipótese), em que estão situados (!) os eixos compreensivo, analítico, político e cultural do modelo ora proposto; o nível de linguagem “L2” (outro componente do consequente da nossa hipótese), em que está situado (!) o seu metaeixo paranoico; e – dada a impossibilidade de se responder simultaneamente à razão e pela razão – o nível de linguagem “L3” (antecedente da nossa hipótese), referente à matriz “epistemológica” de caráter desconstrutivo-construtivo assumida por este trabalho. De tal maneira, os deslocamentos de sentido entre os mencionados níveis de linguagem implicam uma indecidibilidade análoga àquela entre vinculação e discricionariedade no que concerne à compreensão da hipótese formulada na introdução deste trabalho. Ora, dado que nenhuma formulação textual pode ser assumida como um “original” passível de aplicação não-iterativa, a “confirmação” de nossa hipótese de trabalho, portanto, tem caráter necessariamente iterativo, o que significa que embora haja uma respectiva identidade textual entre as formulações apresentadas na introdução e na conclusão deste escrito, existe apenas um rastro de circularidade entre o sentido da hipótese inicialmente formulada e o sentido da hipótese “confirmada”.

Deslocamo-nos agora do que chamamos artificialmente de nível de linguagem “Lx” para o que designamos (igualmente de modo artificial) como nível de linguagem “Ly” – o qual, ainda que situado no mesmo texto em que se encontra “Lx”, funciona como metalinguagem sua – e, performativamente, configuramos, mediante o anúncio de tal deslocamento, um novo “nível metalinguístico” – “Lz”, sobre o qual já estamos também

fazendo metalinguagem, e, assim, *ad infinitum*. Estabelecemos, então, uma determinada (!) espiral de efeitos iterativos recíprocos entre os sentidos atribuídos a todos os níveis de linguagem envolvidos no presente entrelaçamento hierárquico – o que resulta na desconstrução do binômio metalinguagem/linguagem-objeto – ao admitirmos que, dado o fato de toda hipótese nascer como uma tese antecipatória de sentido (“hunch” compreensivo) e, por conseguinte, apenas retrospectivamente poder ser submetida a um teste reflexivo – ou, em outras palavras, de toda hipótese ser, desde sua origem, uma (hipó)tese – seria possível ao leitor questionar se o autor do presente trabalho científico não está, em seu respectivo contexto de justificação, a apresentar uma fundamentação retrospectiva contrária ao seu contexto de descoberta. Nesse ponto, admitimos, desconstrutivamente, a existência de duas alternativas ao intérprete desse texto, quais sejam: acreditar na sinceridade e na disposição reflexivas (à la Peczenik e Gadamer) de seu elaborador, de maneira a, em moldes coerentistas, conservar as cadeias de sustentação recíprocas desenvolvidas nesta obra; ou, de modo desconstrutivo, desconfiar de tal sinceridade e, “a fortiori” (!), compreender o contexto de justificação de toda esta tese, com sua subscrição do modelo de equilíbrio reflexivo de Peczenik e da crítica radical da justiça por-vir derridariana, como uma argumentação frontalmente oposta ao “hunch” criativo que lhe deu origem. Em nossa opinião, dadas, por um lado, a indecidibilidade intrínseca à dinâmica iterativa do rastro, e, por outro, a dupla contingência entre Ego e Alter, a decisão sobre qual destas injustiças é melhor exigirá que o leitor, mediante um violento “hunch” compreensivo, realize uma determinação do indeterminado a ser analiticamente justificada como uma formulação personalista de verdade: desprovida de referentes mundanos que possibilitem juízos verificacionistas; objetivamente coerente com os conceitos e padrões de práticas pressupostos por aquele que a formulou; e metateoricamente relativa, de maneira a implicar a admissão de uma possibilidade hermenêutica alternativa.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Essays on the doctrinal study of law**. Springer, 2011.

_____. **Lo racional como razonable** - un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Landy, 2001.

ARENHART, Livio Osvaldo. **Pressupostos filosóficos da hermenêutica diatópica proposta por Raimon Panikkar**. In: Direitos culturais, v.2, n.3, 2008. HOMER. **Iliad**. London: Harvard University Press, 1924.

BANKOVSKY, Miriam. **Perfecting justice in Rawls, Habermas and Honneth**: a deconstructive perspective. London: Continuum, 2012.

BERNASCONI, Robert. “Seeing double: destruktio and desconstruction”. In: MICHELFELDER; Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and desconstruction**: the Gadamer-Derrida encounter. Albany: State University of New York, 1989.

BURBULES, Nicholas. “Uma gramática da diferença: algumas formas de repensar a diferença e a diversidade como tópicos educacionais”. In: GARCIA, Regina Leite; MOREIRA, Antônio Flávio Barbosa (orgs.). **Currículo na contemporaneidade**: certezas e desafios. São Paulo: Cortez, 2003.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica heterorreflexiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

COELHO, Maria Priscilla. **A questão da alteridade no pensamento de Derrida**. Relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2008.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**. Barueri: Manole, 2004.

COSTA, Alexandre Araújo. **Hermenêutica Jurídica**. Brasília: UNB, 2002.

CZERNA, Renato Cirell. **O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DERRIDA, Jacques. “A diferença”. In: **Margens da filosofia**. Campinas: Papyrus, 1991, p. 33-63.

_____. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Fuerza de ley**: el “fundamento místico de la autoridad”. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 11, 1992, p. 129-188.

_____. **Gramatologia**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

_____. “Interpreting signatures”. In: MICHELFELDER; Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and desconstruction**: the Gadamer-Derrida encounter. Albany: State University of New York, 1989.

_____. **Limited inc**. Campinas: Papyrus, 1991.

_____. **Limited inc**. Evanston: Northwestern University Press, 1988.

_____. “Three questions to Hans-Georg Gadamer”. In: MICHELFELDER; Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and desconstruction**: the Gadamer-Derrida encounter. Albany: State University of New York, 1989.

DALLMAYR, Fred. "Hermeneutics and deconstruction: Gadamer and Derrida in dialogue". *In*: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and deconstruction: the Gadamer-Derrida encounter**. Albany: State University of New York, 1989.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo, 4.ed. Atlas, 2003.

_____. Tércio Sampaio. **Juízo de valor e cientificidade da hermenêutica jurídica no pensamento de Miguel Reale**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br>>. Acessado em 12 de fevereiro de 2011.

FRANK, Manfred. "Limits of human control of language: dialogue as the place of difference between neostructuralism and hermeneutics". *In*: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and deconstruction: the Gadamer-Derrida encounter**. Albany: State University of New York, 1989.

FRASER, Nancy. "Institutionalizing democratic justice: redistribution, recognition, and participation". *In*: BENHABIB, Seyla; FRASER, Nancy (eds.). **Pragmatism, Critique and Judgment: Essays for Richard J. Bernstein**. Cambridge, MA: The MIT Press, p. 125–148, 2004.

FURQUIM, Lilian. **O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin**. São Paulo: tese de doutorado da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. "Destruktion e 'deconstruction'". *In*: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and deconstruction: the Gadamer-Derrida encounter**. Albany: State University of New York, 1989.

_____. "Hermeneutics and logocentrism". *In*: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and deconstruction: the Gadamer-Derrida encounter**. Albany: State University of New York, 1989.

_____. "Reply to Jacques Derrida". *In*: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and deconstruction: the Gadamer-Derrida encounter**. Albany: State University of New York, 1989.

_____. "Text and interpretation". *In*: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and deconstruction: the Gadamer-Derrida encounter**. Albany: State University of New York, 1989.

GOLDING, Martin. **Filosofia e teoria do direito**. Porto Alegre: Fabris, 2010.

GOULART, Audemaro Taranto. **Notas sobre o desconstrucionismo de jacques derrida**. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em letras da PUC-MG, 2003.

GRAÇA NETO, Antonio. **Uma visualização da teoria de Aleksander Peczenik e da sua inserção no cenário contemporâneo da filosofia do direito**. *In*: Videre, Dourados, MS, ano 1, n. 2, p. 135-160, jul./dez. 2009.

GRONDIN, Jean. **Introdução a hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Stanford University Press, 1991.

HEIDEGGER, Martin. **Ser y tiempo**. Edição digital de: <http://www.philosophia.cl>, 2002.

- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.
- LAFER, Celso. A importância do valor justiça na reflexão de Miguel Reale. In: Lafer, Celso; Ferraz Jr., Tércio Sampaio. (Org.). **Direito, Política, Filosofia, Poesia** - Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário. São Paulo: Saraiva, 1992.
- KVOND. **The Rhetor and the Knower**: Wittgenstein and Achilles. Disponível em: kvond.wordpress.com/tag/achilles. Acessado em: 06 de maio de 2014.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- MADISON, G. B. “Gadamer/Derrida: the hermeneutics of irony and power”. In: MICHELFELDER; Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and deconstruction**: the Gadamer-Derrida encounter. Albany: State University of New York, 1989.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação: diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 110.
- _____. MURICY, Marília. **Senso comum e interpretação jurídica**. São Paulo: Tese de doutorado da Faculdade de Direito da PUC-SP, 2006.
- NIMIS, Steve. **The language of Achilles**: construction vs. representation. In: *Classical World*, vol. 79, n.4, 1986, p. 215-25.
- OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. 2. ed. London: Stevens & Sons, 1971.
- PAREYSON, Luigi. **Verdade e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- REALE, Miguel. **Experiência e Cultura**: para a fundamentação de uma teoria geral da experiência. São Paulo: Grijalbo, 1977.
- _____. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Verdade e Conjetura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.
- REICHENBACH, Hans. **Experience and Prediction**: An analysis of the foundations and the structure of knowledge. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.
- REPA, Luiz. “Contradição performativa”. NOBRE, Marcos (org.): **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008, p. 295-7.
- RISSER, James. “The two faces of Socrates: Gadamer/Derrida”. In: MICHELFELDER; Diane; PALMER, Richard (eds). **Dialogue and deconstruction**: the Gadamer-Derrida encounter. Albany: State University of New York, 1989.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da Modernidade. In: **Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea – UFRJ**, 2005.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Hart Publishing, 2001.

THOMASSEN, Lasse. **Deconstructing Habermas**. Londres/Nova York; Routledge, 2008.

VALGENTI, Robert. Tradition of tradition in philosophical hermeneutics. *In*: MALPAS, Jeff; ZABALA, Santiago. **Consequences of hermeneutics**. Evanston: Northwestern University Press, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 1999.

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón Jurídica e Interpretación**. Madrid: Civitas, 2004.