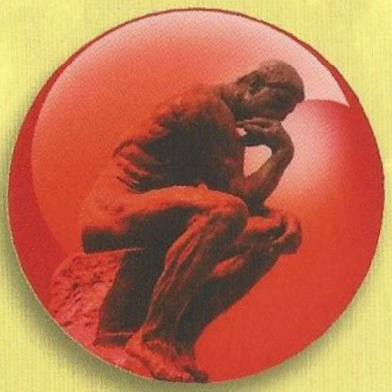
BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

COORDENAÇÃO: FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA



Construtivismo Jurídico

TEORIA NO DIREITO

Lucas Fucci Amato

JURUÁ EDITORA

Este livro trata de analisar criticamente o passado da teoria do direito e de avançar uma proposta para o seu futuro.

Na parte I, a obra primeiro sistematiza uma retrospectiva sobre as principais vertentes da teoria do direito nos últimos dois séculos, destacando seus pressupostos sociológicos e filosóficos. Em seguida as analisa sob o prisma do construtivismo kantiano. Dedica-se, enfim, à análise do pensamento jurídico e sociológico de dois autores contemporâneos – Niklas Luhmann e Roberto Mangabeira Unger –, a fim de chegar a um entendimento do que são instituições, como elas se relacionam com as normas jurídicas e com a estrutura social amplamente compreendida.

Nas partes II e III, o trabalho trata de oferecer elementos para uma abordagem original do direito, considerando como o direito constrói as instituições, qual é a morfologia institucional do sistema jurídico e como ela é representada no discurso de justificação das decisões e nas práticas de interpretação e argumentação.

Por fim, são enunciados alguns pontos de partida para uma pesquisa e uma prática jurídicas voltadas à experimentação de arranjos jurídicos e à inovação do direito.

JURUÁ EDITORA Desde 1969 TRADIÇÃO NACIONAL

ISBN: 978-85-362-7034-0

UTILIZE O LEITOR DE QR CODE DO SEU CELULAR E CONHEÇA NOSSOS OUTROS TÍTULOS.

CONSELHO EDITORIAL DA BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

Alberto Febbrajo
Artur Stamford da Silva
Clarice von Oertzen de Araujo
Fabiana Del Padre Tomé
Fernando Rister de Sousa Lima
Florence Cronemberger Haret
Francisco Carlos Duarte
Germano Schwartz
João Ibaixe Jr.
José Elias de Moura Rocha
Laffayette Pozzoli
Mara Regina de Oliveira
Marcelo Pereira de Mello
Marcio Pugliesi
Ricardo Tinoco de Góes
Tercio Sampaio Ferraz Jr.
Vittorio Olgiati
Willis Santiago Guerra Filho

Presidente do Conselho Editorial e Coordenador da Coleção:
Fernando Rister de Sousa Lima

ISBN: 978-85-362-7034-0

JURUÁ EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil
Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

A488

Amato, Lucas Fucci.
Construtivismo jurídico: teoria no direito / Lucas Fucci Amato – Curitiba: Juruá, 2017.
286 p. (Biblioteca de Filosofia, Sociologia e Teoria do Direito)

1. Direito – Filosofia. 2. Direito – Teoria I. Título.

CDD 340.1 (22.ed)
CDU 340

0003

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

Lucas Fucci Amato

Construtivismo Jurídico

Teoria no Direito

Curitiba
Juruá Editora
2017

PREFÁCIO

*Lucas Fucci Amato iniciou sua trajetória de pesquisa acadêmica no segundo ano da graduação, trabalhando por dois anos sob a orientação do professor Marcelo Neves, em projeto de iniciação científica sobre direitos culturais, política e economia. Já à época o parecerista anônimo da Fapesp registrava que "**o trabalho apresenta grau de qualidade acadêmica bastante incomum para esse nível de produção, seja pela amplitude da pesquisa bibliográfica realizada, seja pela segurança na reconstrução dos conceitos e modelos teóricos discutidos, seja ainda pela densidade da análise elaborada. Trata-se de trabalho de alta qualidade acadêmica. Pelas razões mencionadas acima, o que se espera é que o candidato possa continuar a sua trajetória acadêmica que, de momento, se apresenta como das mais promissoras**".*

Desde o início do bacharelado, Lucas demonstrou uma invulgar preocupação acadêmica enquanto estudante, sempre buscando aprender e colaborar com professores das perspectivas as mais diversas, para além das contingências definidas pela grade curricular. Quando não havia sido aluno de alguém que lhe parecesse trabalhar tema e abordagem de seu interesse, logo buscava suprir a lacuna e expandir sua formação. A amplitude de interesses faz lembrar o comentário de um notável ex-aluno do Largo São Francisco: o crítico literário Antonio Candido – que viria a nos deixar apenas quinze dias depois do exame de defesa da tese de doutorado que deu origem a este livro. Antonio Candido lembrava o tempo em que estudou nas Arcadas, referindo-se à característica de aqui sempre se encontrar um pequeno grupo de alunos muito entusiasmados por vários campos, e não apenas pela técnica jurídica mais estreitamente delimitada. Acredito que Lucas Amato se enquadre nesse perfil. O grande problema da escola é não haver encontrado a fórmula para ampliar essa coleção de talentos.

*O livro anterior do autor, **Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa**, publicado nesta coleção, resultou de excelente tese de láurea (trabalho de conclusão da graduação), orientada pelo professor Orlando Villas Bôas Filho. Integrei*

a banca examinadora e na ocasião fizemos questão de registrar o rigor e a densidade excepcionais, aprovando-a ***summa cum laude*** *e indicando-a a prêmio. Portanto, já se prenunciavam as qualidades que se depuraram durante o doutorado direto que se seguiu imediatamente, agora sob minha orientação.*

*Durante o curso, Lucas destacou-se com o máximo conceito nas diversas matérias na Universidade de São Paulo, tanto na Faculdade de Direito quanto no Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. O fechamento dessa etapa crucial na formação acadêmica deu-se com um estágio doutoral "sanduíche" em Harvard, onde Lucas pode dialogar sobre o trabalho com seu próprio objeto, o professor Mangabeira Unger, trazendo de lá alvissareiras notícias. Afinal, seu supervisor americano, o professor Samuel Moyn, registrou em carta haver ficado "****altamente impressionado por sua perspicácia intelectual e por quão profundamente ele dominou os pressupostos conceituais da literatura e das discussões anglo-americanas em seu tópico. Em suma, acredito que o Sr. Amato aproveitou ao máximo sua visita, e nós em Harvard tivemos a sorte de tê-lo aqui****".*

No Largo São Francisco, Lucas organizou a vinda do professor Mangabeira Unger, em evento histórico, com o Salão Nobre superlotado e extasiado. Nesse mesmo local, Lucas defendeu sua tese de doutorado. A banca examinadora foi unânime não apenas em aprová-la com louvor e recomendar a sua publicação, como também em reconhecer que o trabalho apresenta uma série vertiginosa de ***insights****, de* ***flashes*** *que iluminam o entendimento de diversos temas e oferecem pontos de partida para muitos desenvolvimentos. Revelou-se uma capacidade extraordinária de buscar aspectos mal iluminados das diversas teorias e correlacionar temas e autores aparentemente distantes.*

É o que se evidencia na primeira parte do livro. No capítulo 1, o autor traça um quadro histórico das teorias do direito e discute os fundamentos sociológicos e filosóficos que as circundam. Nesse campo, contam-se aquelas teorias que valorizam a autorreferência do direito, colocando a interpretação sob a tutela da ciência jurídica e definindo-a como capaz de unificar-se por categorias e princípios (formais na jurisprudência dos conceitos, substantivos, morais, nas escolas principiológicas), cuja coerência haveria de garantir a impessoalidade e a integridade da ordem jurídica diante da política. Alinham-se em oposição as vertentes que desconstroem a autonomia do direito, sublinhando a heterorreferência do sistema jurídico – com relação a fins, interesses, valores – e destacando que o direito da sociedade estaria para além das regras formais e dogmas doutrinários.

Em seguida (capítulo 2), Amato busca na filosofia de Kant – que evoca termos e temas tão caros ao pensamento moderno: positivismo, formalismo, construtivismo, razão pura, razão prática – um ponto de partida para reavaliar as teorias do direito; apropria-se do giro transcendental kantiano (que apresenta o conhecimento como construção do sujeito) para, depois, fugir tanto à filosofia da consciência (marcante do positivismo de Kelsen) quanto à teoria da ação e ao individualismo metodológico do neokantiano Weber.

O autor chega no capítulo 3 ao centro gravitacional de seu projeto, observando os dois pensadores que afina e mobiliza para imaginar sua proposta construtivista. Desde quando Lucas propôs seu projeto de pesquisa centrado nas obras de Niklas Luhmann e de Roberto Mangabeira Unger, ressaltei que me parecia haver divergências profundas e insanáveis entre esses autores. Um enfatizava o fechamento operativo, a clausura sistêmica, em cujos estritos limites haveria de se dar a abertura cognitiva – a reconstrução da realidade do ambiente do sistema jurídico, em termos de fatos, argumentos e provas a instruir um caso. O outro expressava altas esperanças na política, no planejamento de longo prazo, na mobilização do direito para mover e transformar o mundo. A combinação entre Unger e Luhmann é difícil, explosiva. Mas é certo que, diante de autores com trabalhos tão densos e que cobrem áreas tão extensas do saber, é possível identificar algumas "afinidades eletivas", para usar a terminologia de um antecessor comum: Weber. Aliás, se tal termo provém da alquimia, pode-se dizer que o que Lucas Fucci Amato buscou fazer foi uma fusão de dois autores um tanto quanto imiscíveis. O sucesso era incerto, mas foi atingido, alinhando consistência metodológica e criatividade conceitual.

Na segunda parte do trabalho, somos levados a apreciar o quadro analítico que, afinal, Lucas Amato compôs, partindo da diferença sociológica entre estrutura e semântica. Vemos a exploração das estruturas institucionais do direito e, em seguida, de suas estruturas semânticas. De um lado, instituições, procedimentos, organizações, sistemas. De outro, fórmulas para uso e reúso, normas, teorias, doutrinas, jurisprudência – e o problema sempre premente da decisão.

Mobilizando proveitosamente diferenças sistêmicas como aquela entre centro e periferia do direito e entre esfera pública e esfera organizada, o capítulo 4 analisa as estruturas jurídicas em paralelo com a política e a economia. Aí Amato situa sua abordagem dos direitos como instituições, como campo da personalidade jurídica, ambiente interno do direito. Nas diversas modalidades de configuração dos direitos, deveres, poderes e responsabilidades, o direito reconstrói por seus meios e opera-

ções as "irritações" vindas do ambiente do sistema jurídico. Vemos também o papel crucial dos procedimentos enquanto mecanismos de institucionalização da confiança, de ampliação da tolerância à incerteza.

Luhmann enfatizou que os conflitos absorvem instabilidade, tornam-na tangível. O direito, ao construir uma controvérsia jurídica delimitada – fragmentada e representativa de conflituosidades mais amplas – e fornecer uma decisão para o caso, desonera o sistema de uma porção de insegurança, mas a troca por certos riscos controláveis em termos procedimentais. Como sugere a análise de Lucas Amato sobre a programação decisória e as metodologias interpretativas e argumentativas (capítulo 5), normas jurídicas servem como anticorpos, como "anti-vírus", contendo o conflito e defendendo o direito de uma epidemia ou de uma doença autoimune. Essa função imunizatória do sistema jurídico torna-se disfunção quando se apela para a idealização moralizante do direito, cujos ***slogans*** *"viralizam", espalhando a contaminação pelo sistema jurídico e o decompondo, em vez de conterem a incongruência de expectativas.*

Finalmente, na terceira parte, a inovação jurídica é tema do capítulo 6. Desconfiando da capacidade das cortes e governos em ativismos e voluntarismos na produção de mudanças estruturais, Amato enfatiza que a mudança do direito posto depende de que a universidade, a doutrina, os movimentos sociais, grupos de pressão, organizações de apoio à justiça discutam e imaginem alternativas – o direito possível –, pois aos centros decisórios não cabe primacialmente produzir variação, mas sim controlar a consistência, restabilizar o direito pela interpretação, argumentação e decisão de casos pontuais. Mudanças de fôlego são acalentadas e apoiadas pela periferia, combinada com a "iniciativa inerte" dos centros. Além de fragmentárias, as mudanças das estruturas dependem, portanto, das operações do sistema funcional a que se filiam essas estruturas. A política não pode tudo. Tampouco os juízes funcionam sobrecarregando-se para "compensar a incompetência" dos políticos e invocando princípios "hercúleos" como "curingas" que valem o "xeque mate".

Um subtexto que permeia todo o trabalho é a diferença estabilidade/ instabilidade – e as tentativas paradoxais de "re-entrada", de estabilização da instabilidade. Unger busca a desestabilização, as estruturas revisoras. Luhmann discerne os limites operativos da capacidade de processar a comunicação, de estruturar a complexidade, permitindo a expansão da oferta de contingência e incerteza. Unger é um esperançoso, um crente, um visionário. Luhmann é um desencantado, dos mais intransigentes. Lucas Amato sempre teve em vista o intento paradoxal de bus-

car a originalidade a partir de uma origem: as tensões e complementaridades entre o desencanto luhmanniano e a catequese ungeriana. Desdobrando seu improvável projeto original, Lucas chega à sua proposta, a uma visão ***amatiana****. Talvez se possa caracterizá-lo nos termos que outro ex-aluno do Largo São Francisco, o empresário e bibliófilo José Mindlin, empregava para se autodescrever: "****um cético que acredita em catequese****".*

Recomendo vivamente a leitura desta obra, cujo caráter poético, tanto na forma da escrita quanto no conteúdo imaginativo, foi reconhecido em uníssono pelos primeiros leitores. Enquanto isso, aguardamos o futuro, que já se afigura auspicioso.

Celso Fernandes Campilongo
Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

COORDENAÇÃO: FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

Construtivismo Jurídico

Teoria no Direito

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

CONSELHO EDITORIAL DA BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

Alberto Febbrajo
Artur Stamford da Silva
Clarice von Oertzen de Araujo
Fabiana Del Padre Tomé
Fernando Rister de Sousa Lima
Florence Cronemberger Haret
Francisco Carlos Duarte
Germano Schwartz
João Ibaixe Jr.
José Elias de Moura Rocha
Laffayette Pozzoli
Mara Regina de Oliveira
Marcelo Pereira de Mello
Marcio Pugliesi
Ricardo Tinoco de Góes
Tercio Sampaio Ferraz Jr.
Vittorio Olgiati
Willis Santiago Guerra Filho

Presidente do Conselho Editorial e Coordenador da Coleção:
Fernando Rister de Sousa Lima

ISBN: 978-85-362-

JURUÁ EDITORA

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

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

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

??????????????.

???? ??????????????????????????????????????

??

??

Curitiba: Juruá, 2017.

???p. (Biblioteca de Filosofia, Sociologia e Teoria do Direito)

1.???????????. I. Título.

CDD ???
CDU ??????

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

Lucas Fucci Amato

Construtivismo Jurídico

Teoria no Direito

Curitiba
Juruá Editora
2017

APRESENTAÇÃO DA BIBLIOTECA

O Brasil, como país periférico no sistema social global, atravessa um período histórico-social conturbado sob o âmago editorial, em que o tecnicismo dogmático de baixa consistência teórica e o pragmatismo imediatista desenfreado assentam-se como principais atores do neo-capitalismo, a materializar-se, no contexto do mercado editorial, numa avalanche de publicações cujo intento é simplificar o insimplificável, com obras de repetição em massa, sem outro propósito qualquer do que atender a uma demanda de informação resumida. Sem menoscabo a esse público, a Juruá Editora e o Coordenador desta coleção – o Prof. Fernando Rister de Sousa Lima – saem na contramão dos catálogos a fim de cunhar espaço nesse mercado para trabalhos de verticalidade cognitiva, num diálogo com as disciplinas propedêuticas do Direito. Para tal mister, além de coragem, ousadia e forte sentimento de compromisso social, reclamou-se de guarida de um grupo seleto de intelectuais, que, prontamente, aceitaram formar o Conselho Editorial desta Biblioteca, cada qual, é verdade, com sua característica teórica, porém, todos ligados sob uma só família: "a pesquisa jurídica"!

BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

OBRAS JÁ EDITADAS:

1. **Introdução ao Ordenamento Jurídico**: Um Diálogo entre Norberto Bobbio e a Doutrina Brasileira – 2ª edição – *Fernando Rister de Sousa Lima*
2. **O Reexame Necessário à Luz da Duração Razoável do Processo**: uma Análise Baseada na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy – *Rafael Sérgio Lima de Oliveira*
3. **Compêndio de Ética Jurídica Moderna** – *Fernando Rister de Sousa Lima /Ricardo Tinoco de Góes / Willis Santiago Guerra Filho*
4. **Imigração e Fluência Cultural**: Dispositivos Cognitivos da Comunicação entre Culturas Legais – *Marcelo Pereira de Mello*
5. **Democracia Deliberativa e Jurisdição**: A Legitimidade da Decisão Judicial a Partir e Para Além da Teoria de J. Habermas – *Ricardo Tinoco de Góes*
6. **Constitucionalização Corporativa**: Direitos Humanos Fundamentais, Economia e Empresa – *Lucas Fucci Amato*
7. **Ouvidoria de Justiça**: Cidadania Participativa no Sistema Judiciário – *José Antonio Callegari*
8. **Judicialização da Política**: Desafios Contemporâneos à Teoria da Decisão Judicial – *Douglas Henrique Marin dos Santos*
9. **Teoria da Justiça de John Rawls**: Tensão Entre Procedimentalismo Puro (Universalismo) e Procedimentalismo Perfeito (Contextualismo) – *Pablo Camarço de Oliveira*
10. **Sociologia do Direito**: Teoria e Práxis – *Alberto Febbrajo / Fernando Rister de Sousa Lima / Márcio Pugliesi (coords.)*
11. **Saúde & Judiciário**: a Atuação Judicial – Limites, Excessos e Remédios – *Marco Antonio da Costa Sabino*
12. **Reformas Processuais na Teoria dos Sistemas**: Certeza do Direito e as Decisões Judiciais – *Tiago Cardoso Vaitekunas Zapater*
13. **Retórica e Consistência no Direito**: Fundamentos para uma Teoria do Direito de Inspiração Luhmanniana – *Pythagoras Lopes de Carvalho Neto*

14. **Interpretação Jurídica no Estado Regulador**: Observações à Luz da Teoria dos Sistemas e da Teoria do Direito – *Gabriel Ferreira da Fonseca*
15. **Sociologia do Constitucionalismo**: Constituição e Teoria dos Sistemas – *Alberto Febbrajo /* Tradução: *Sandra Regina Martini*
16. **Por Trás dos Casos Difíceis:** Dogmática Jurídica e a Proibição da Denegação de Justiça – *Luiz Felipe Rosa Ramos*
17. **Criminalização dos Jogos de Azar:** A História Social dos Jogos de Azar no Rio de Janeiro (1808-1946) – *Marcelo Pereira de Mello*
18. **História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX** – *José Reinaldo de Lima Lopes*
19. **Direito como Razão Pública:** Processo, Jurisdição e Sociedade – 2ª edição – *Owen Fiss*
20. **Teoria do Direito Contemporânea:** Autores e Temas – *Ronaldo Porto Macedo Jr. (Org.)*
21. **Construtivismo Jurídico:** Teoria no Direito – *Lucas Fucci Amato*

Aos meus pais, Rita e João, que me deram sempre as melhores formas, cores, sons, risadas e ideias imagináveis; e às minhas avós, Emma e Nisa, que viveram e contaram as melhores histórias.

Aquilo que é possível é praticamente infinito; o real, rigorosamente delimitado, pois só uma dentre todas as possibilidades pode vir a ser realidade. O real é apenas um caso particular do possível e, como tal, também pode ser concebido de outra maneira. Assim, para poder adentrar no possível, devemos transformar o conceito de real.[1]

---

[1] DÜRRENMATT, 1987 [1985], p. 54.

AGRADECIMENTOS

> *[...] assim que ele sair agora pela cancela, tudo isso se tornará uma lembrança e para ele perderá para sempre sua importância real, e dali a um ano ou dois todas essas imagens agradáveis vão ficar embaçadas em sua consciência, no mesmo nível das coisas imaginadas e das fantasias*[2].

Este trabalho é derivação de parte de minha tese de doutorado, defendida na área de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco. Mais do que por uma formalidade, agradeço aqui a cada um com quem aprendi e sem cuja intervenção na minha trajetória este livro seria, em seu conteúdo e em sua forma, bem diferente. Reconheço a cada página a marca ora de um ora de outro desses mestres.

Ao meu estimado orientador do doutorado, professor Celso Campilongo, devo agradecer sobretudo pela acolhida generosa a este projeto e pelos diversos meios que propiciou para que o trabalho amadurecesse, em clima de liberdade, dúvida e desafio. Destaco, ainda, a rica experiência de aprendizagem na verdadeira comunidade de estudos sobre teoria dos sistemas que nós, seus orientandos, pudemos vivenciar sob sua liderança.

Este trabalho nasceu de uma epifania que se seguiu a uma inspiração. A epifania deu-se ao assistir a uma entrevista de televisão do professor Roberto Mangabeira Unger, em 16 de julho de 2012. A partir de então, o contato com sua obra foi uma grande experiência de libertação intelectual. Frequentar seus quatro cursos em Harvard em 2016 foi testemunhar a vitalidade e a grandeza de um pensador extraordinário. Maior ainda foi o entusiasmo de poder com ele conversar sobre diferentes dúvidas e inquietações na escrita deste estudo.

Certamente a primeira inspiração deste projeto veio do professor Marcelo Neves. Desde a primeira semana do meu curso de graduação,

---

2 TCHEKHOV, 2014 [1887], p. 49.

em 2009, suas aulas cativaram-me; seu estímulo, consideração e exemplo desde então foram sempre valiosos e insubstituíveis.

Meu supervisor em Harvard, professor Samuel Moyn, combinou atenção inestimável com ideias muito provocantes. A ele agradeço pela viabilização daquela inesquecível experiência de pesquisa.

O apreço mútuo e as muitas lições do professor Orlando Villas Bôas Filho também me marcaram como uma referência permanente e determinante para os rumos que aqui tomei.

Agradeço a ele e ao professor Rafael Pucci, pelas preciosas observações que este trabalho recebeu na banca de qualificação de tese; e, na defesa, aos professores Celso Campilongo (mais uma vez, pela confiança e pela segurança), Orlando (mais uma vez, pela magnanimidade), Joaquim Falcão (pela luminosidade e pela dúvida: como saber se a mudança está dando certo?), Willis Santiago Guerra Filho (pelo riso poético e autopoiético) e Samuel Rodrigues Barbosa (pela introdução à teoria do direito e, agora, pelo que não é uma conclusão). Conclui este livro sob o influxo imediato das arguições desses mestres no exame de defesa de tese.

Registro gratidão, ainda, aos meus outros mestres de teoria do direito: na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ronaldo Porto Macedo Junior e Elza Boiteux; em Harvard, Lewis Sargentich, sem cujo magnífico curso *Jurisprudence: Legal Ideals* – com aulas, materiais e esclarecimentos meticulosos – eu não teria podido escrever o primeiro capítulo deste livro. Agradeço também ao professor Álvaro de Vita, pelos ensinamentos de teoria política normativa e, pelos incentivos e oportunidades, ao professor Carlos Sávio Teixeira.

Seria imensa e com injustos esquecimentos a lista dos colegas com os quais troquei tantas ideias e muito aprendi no percurso de construção desta tese. Não posso omitir, porém, o longo aprendizado e as muitas trocas de ideias com o amigo Douglas Elmauer.

Devo frisar agradecimento especial à Universidade de São Paulo (USP) e à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP, processos 2014/02114-6 e 2015/24200-4), que proveram uma infraestrutura privilegiada para esta pesquisa, quase ininterruptamente desde a iniciação científica, na graduação, até a conclusão do doutorado direto. Também à Harvard Law School e ao Harvard International Office agradeço pela oportunidade de aprender e pesquisar nas melhores condições imagináveis.

Este livro não se realizaria sem o empenho generoso de Fernando Rister de Sousa Lima e a prontidão da Juruá, à qual agradeço na pessoa do editor Ivan Winters.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **17**

Parte I
MORFOGÊNESE

OBSERVANDO OBSERVADORES: TEORIAS DO DIREITO **23**
1.1 Jurisprudência dos Conceitos/ Formalismo 25
1.2 Jurisprudência dos Interesses/ Realismo 29
1.3 Formalismo Metodológico/ Positivismo Analítico 30
1.4 Idealismo 32
1.5 Do Racionalismo ao Ceticismo 42

VARIAÇÕES KANTIANAS **45**
2.1 Construtivismo: o Giro Kantiano 45
2.2 Razão Pura e Neutralidade Científica 47
2.3 Razão Prática, ou Direito como Moralidade 50
2.4 Evasões da Teoria Normativa Contemporânea 56

ILUMINANDO O ILUMINISMO **69**
3.1 Luhmann & Unger 73
3.2 Iluminismo Sociológico 78
3.3 Mediação Institucional 81
3.3.1 Excurso: Construtivismo radical e sistemas que observam sistemas 91
3.3.2 Da teoria da sociedade à teoria do direito: obstáculos 103
3.4 Progresso 116
3.4.1 Excurso: pragmatismo radical e experimentalismo democrático 124

3.5 Análise Jurídica como Antidogmática? Imaginação Institucional ...151
3.6 Alternativas Rejeitadas.....167

Parte II
MORFOLOGIA

ESTRUTURAS JURÍDICAS 179
4.1 Um Mapa Institucional.....183
4.2 Esfera Organizada: Centro e Periferia, ou a Divisão do Trabalho Jurídico 186
4.3 Acoplamentos Estruturais 192
4.4 Ambiente Interno 197
4.4.1 Configuração 204
4.5 Mecanismos de Triangulação ou Reentrada Procedimental.....210
4.5.1 Confiança, segurança/ Risco, estabilidade/ Instabilidade, inflação/ Deflação 213
4.6 Descentralização e Reflexividade 217
4.7 Metaorganizações.....222

SEMÂNTICA JURÍDICA 225
5.1 Ordens Jurídicas.....226
5.2 Programação Decisória: Interpretação, Argumentação, Justificação 228

Parte III
METAMORFOSE

EPÍLOGO: INOVAÇÃO E EXPERIMENTALISMO NO DIREITO 251

REFERÊNCIAS 261

ÍNDICE ALFABÉTICO 277

INTRODUÇÃO

Sistematizadas filosoficamente ou tacitamente incorporadas às rotinas de produção da juridicidade, as concepções de teoria do direito refletem sobre o tipo de doutrina ou dogmática jurídica que praticamos, os métodos de estudo e pesquisa, as dificuldades geradas no cotidiano e em larga escala e sobre as ferramentas disponíveis para a interpretação e reforma do direito. Definem, ainda, o papel que a universidade tem, como elo propulsor da inovação jurídica ou templo de conservação de disciplinas e tradições.

Há mais de um século, o jurista alemão Rudolf von Jhering (1818-1892) relatou um sonho[3]: ele sonhou que morrera e foi então conduzido ao paraíso reservado aos teóricos do direito. Era o céu dos conceitos. Ali se deparou com os conceitos puros, despidos de seus emaranhados com as perturbações da experiência humana. Lá estavam os espíritos desencarnados da boa-fé e da má-fé, da propriedade, da posse, da conduta protelatória e dos direitos reais. Mas não só: lá também estavam todos os instrumentos lógicos para manipular e transformar esses conceitos jurídicos e assim criar e resolver os mais belos problemas. Destaque para a impressora dialética-hidráulica de interpretação, que podia imprimir número infinito de significados a partir de qualquer norma. Mas não é só isso: você ainda podia usar um belo aparelho para construir ficções e, ainda, uma exclusiva máquina de dividir fios de cabelo, capaz de dividir cada fio em 999.999 partes iguais, e subdividir cada fração novamente pelo mesmo número.

Se o sonho e a propaganda não parecem atuais, é só nos lembrarmos dos comerciais mais recentes: como o direito, com sua tripla ou dupla identidade, existe tanto no mundo das ideias puras quanto como coerção concreta; como os princípios são capazes de conduzir o filósofo-juiz a decidir questões de vida e de morte, na saúde e na doença; como o direito nos remete a uma ilha desconhecida onde todos compartilham a mesma unidade de valor e vivem em consenso e comunidade; como o direito expressa o espírito do povo constituinte, revela a nação a si mes-

---

3 JHERING, 2014 [1896]. Ver a referência de COHEN, 1935, p. 809.

ma, coíbe o autointeresse de legisladores egoístas ou se revela nas cortes supremas, a verdadeira sede da república, a casa do interesse público e do bem comum, que pode ser observada por todos, ainda que bem à distância.

Esse racionalismo na teoria do direito pretende assegurar a determinabilidade puramente "racional", estritamente jurídica, das interpretação, argumentação e, sobretudo, da decisão judicial. Crê no constrangimento último dos textos normativos na filtragem de idiossincrasias e preferências do julgador e na definição e justificação da solução correta. Para tanto, purifica o direito, ancorando-o na pretensa certeza estritamente lógico-dedutiva dos conceitos e regras, na ficção de um ordenamento completo e coerente ou na remissão a uma só verdade moral que não se pode ver, mas se pode imaginar.

A alternativa cética considera que os discursos de justificação do direito não são capazes de conduzir, por critérios delimitáveis como estritamente jurídicos, a uma só solução correta para dada controvérsia jurídica. O pano de fundo dessa posição é a dúvida que Kelsen expressou em 1927: quem procurar o que está por trás do direito positivo "*encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levante esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da górgona do poder*"[4]. Ou podemos lembrar a conclusão a que chegaram os críticos, os teóricos da indeterminação interpretativa radical do direito. Contra a idealização, a imagem que simbolizaria o que de fato ocorre na ação e interpretação orientada a valores programados como princípios seria aquela da filosofia existencialista: "*Fazemos compromissos e os perseguimos. O momento do abandono não é mais racional que o do começo, e é igualmente um momento de terror*"[5].

Este ensaio pretende esboçar a fundamentação filosófica e apresentar pistas para uma alternativa a esses caminhos da teoria do direito. Seu ponto de partida é a ideia sociológica clássica do direito como estrutura da sociedade e a preocupação da teoria jurídica em caracterizar as estruturas internas do direito. O direito é a imunização normativa das instituições, das estruturas internas da sociedade, das estruturas de todos os sistemas sociais – ele as regra em detalhe, identificando-as e apoiando-as contra a desilusão dos fatos; representa uma aceitação presumida, por parte de terceiros, desses regimes institucionais, da forma de tais estruturas. Essa aceitação *erga omnes* presumida tem como base o consenso institucionalizado e reciclado por meio de procedimentos decisórios e neles justificado argumentativamente por referência às regras, valores e interesses legitimados por procedimentos e simbolizados como direito. É uma definição autológica.

---

4 Citado por LOSANO, 1998, p. xx.

5 KENNEDY, 1976, p. 1775.

O método geral da pesquisa é a exploração das tensões e complementaridades entre duas grandes empreitadas contemporâneas de pensamento social que buscaram atualizar, criticar e redefinir as perspectivas clássicas do século dezenove. Assim, a argumentação se desenvolve em diálogo com e a partir da obra de dois autores que elaboraram amplas teorias do direito e da sociedade: o alemão Niklas Luhmann (1927-1998) e o brasileiro Roberto Mangabeira Unger (1947). São trajetórias paralelas de reflexão, com visões de mundo aparentemente díspares. No entanto, se mergulharmos com acuidade nos percursos teóricos desses autores contemporâneos, poderemos identificar uma série de pontos de fuga: interseções imaginárias entre duas retas paralelas, segundo dado observador. Proponho essa perspectiva de observação. Segundo ela, esses construtos teóricos são interpretados como versões pós-kantianas e pós-weberianas de teoria social e jurídica. A teoria social construtiva de Unger, informada pelo pragmatismo, e o construtivismo sistêmico de Luhmann abrem as portas para uma abordagem que poderia ser chamada de *construtivismo jurídico*.

O trabalho desenvolve-se, na verdade, em dinâmica de crítica e construção. O alvo da crítica são as principais teorias do direito dos últimos dois séculos e seus pressupostos sociológicos e filosóficos circundantes. A proposta construtiva é uma prática de análise jurídica sociologicamente informada. Um método que: (1) toma como ponto de partida as variações presentes nos materiais do direito (que representa e institucionaliza formas de organização social); (2) trabalha no plano "agregado", não apenas do raciocínio conforme regras jurídicas, mas partindo das famílias e variedades de instituições que essas regras conformam; (3) cruza duas fronteiras diante das quais a dogmática tradicional se retrai: a da pesquisa empírica e a do juízo normativo abstrato. Trata-se da aplicação do método da imaginação institucional (indicado por Unger) como "terapia" para a teoria do direito (como ciência social) depois da crítica sociológica do iluminismo (apontada por Luhmann) e da redefinição construtivista e pragmática da teoria social apresentada por esses autores. Afinal, o fio condutor de minha investigação é: *como praticar teoria no direito*?

A resposta esboça-se no seguinte sentido: evitando uma cisão entre dogmática – a autodescrição do sistema jurídico integrada a sua própria rede operacional – e teoria *do* direito (*sobre* o direito), busca aproveitar o potencial da semântica jurídica da tradição doutrinária em ser uma teoria *no* direito. E então indagar sobre as possibilidades do pensamento jurídico, suas ferramentas e métodos. Uma teoria do direito diferirá então de outro estudo jurídico apenas por sua universalidade e grau de abstração, não pela invulnerabilidade à falsificação empírica e à controvérsia normativa.

Assim é que, de um lado, Luhmann, notando que a filosofia política moderna foi incorporada em seu próprio objeto (o estado) e que as teorias se integram em instituições e se transformam em normas, propunha não uma teoria política sobre o estado de bem-estar, mas uma reflexão sobre a teoria política *no* estado de bem-estar. "*Dessa forma, uma separação estrita entre ciência e política no sentido de sistemas sociais diferentes, critérios diferentes e diferentes responsabilidades não é questionada. Todavia, assume-se que a comunicação não obstante permanece possível*"[6]. Por que não fazer o mesmo com relação ao direito, contra o próprio Luhmann?

De outro lado, a visão de análise jurídica de Unger propõe duas tarefas aos juristas: pensar sobre a reforma das instituições, no palco da razão pública, e argumentar para a solução de controvérsias, na arena judicial ou equivalente. A teoria do direito não se desengata dessas tarefas práticas. Toma parte na construção do próprio direito.

É à luz desses pensadores-chave que na primeira parte do livro caracterizo e justifico essa empreitada; na segunda parte, pontuo as formas pelas quais construir um conhecimento do direito capaz de aliar o entendimento de sua institucionalidade (configuração interna do sistema jurídico como âmbito da sociedade) com a observação da especificidade e das variedades da semântica juríca (os discursos de normas e justificações); e na terceira parte, faço observações sobre a mudança jurídica.

Como Dante, que contou com a companhia do poeta Virgílio para guiá-lo pela entrada do inferno, invoco a companhia de Unger e de Luhmann para nos conduzir pela selva da teoria do direito dos últimos dois séculos (capítulo 1) e para purgá-la à luz do construtivismo kantiano (capítulo 2), modificando-a segundo um entendimento do direito como ciência social (capítulo 3, epicentro do livro, onde localizo e discuto as obras desses autores-guia). Também eles abrem as portas da segunda e terceira partes do trabalho, onde encontramos as formas jurídicas – não mais, espero, as formas puras do sonho de Jhering, mas sim estruturas institucionais e distinções argumentativas que constituem o direito e pelas quais o direito constrói a sociedade, ao produzir a si mesmo. Demoro-me a mapear o cenário atual do direito (capítulos 4 e 5) e, por fim, experimento perguntar sobre o futuro do direito, sua metamorfose (capítulo 6). O livro pode ser lido na ordem apresentada, ou primeiro em sua proposta (partes II e III) e depois em sua fundamentação e antecedentes (parte I). Deixo ao leitor a escolha do roteiro.

---

6 LUHMANN, 1990a [1981], p. 25.

Parte I

MORFOGÊNESE

OBSERVANDO OBSERVADORES: TEORIAS DO DIREITO

O direito antigo apresentava-se amalgamado à ordem religiosa da comunidade política. Era um direito imerso nos costumes, uma moralidade imanente às práticas e representações coletivas. Uma ordem natural das instituições políticas, refletida no direito, revelaria a ordem mais profunda inscrita na perenidade da natureza. A comunidade política se integrava por uma ética e se desintegraria pela corrupção dos homens. Poderia se regenerar, mas não ser alterada. Os juristas, como sacerdotes da vida terrena, guardavam a sabedoria necessária para moldar a justiça segundo a prudência e dar a cada qual o que lhe coubesse.

Um modelo de seguimento de regras comportaria a analogia entre fenômenos da natureza e as leis (regularidades) que os governam. Assim como não diferenciava claramente expectativas normativas e expectativas cognitivas, ou "moralidade convencional" e juízo ético crítico, o direito costumeiro não marcava uma clara distinção entre a regra e o comportamento visto como aplicação da regra. Qualquer reiteração de condutas pode acumular-se como desvio que é normalizado no plano das expectativas, como se fosse regra[7].

Na Europa medieval, o rei passou a exercer função equivalente ao controle de constitucionalidade contemporâneo: declarar ou reafirmar o direito, diante de um corpo de costumes herdado (*jurisdictio*); também exercia uma espécie poder de emergência em estado de exceção, durante o qual podia rever arbitrariamente a ordem costumeira (*gubernatio*). Assim também, o direito hoje permanece largamente um direito herdado, sobre o qual o estado apenas faz intervenções relativamente pontuais[8]. Mas há uma diferença estrutural desencadeada pela centralização territorial no estado moderno. Agora, o funcionamento regular do um legislativo, a estruturação de um corpo burocrático para a execução da lei e a sistematização do direito pelos doutrinadores, disponibilizando-o à inter-

---

7 UNGER, 2007a, p. 95-6.

8 UNGER, 2001a [1987], p. 457-61; 2015a, p. 59; 1996a, p. 73, 108.

pretação judicial, criam ruídos sobre quem é competente para participar de qual posição em certa divisão do trabalho jurídico. Marca-se a autonomia do direito frente à política, organizam-se e separam-se os poderes de estado, e finalmente se subordina a soberania do estado ao exercício do governo representativo.

É possível considerar que, até o início do século dezenove, o direito não consolida seu fechamento – seja como um sistema de regras e proposições, seja como um campo com certa independência dos poderes difusos na sociedade e concentrados no estado. Seja na tradição do "direito civil" romano-germânico, seja nos países de "direito comum", na tradição anglo-americana, é nessa época que começa a se marcar a cisão entre criação e interpretação/ aplicação do direito[9]. A primeira tarefa é alocada aos procedimentos e poderes políticos e a segunda, a um corpo técnico dotado de independência e conhecimento para lidar com o direito – agora uma rede abstrata de sistematizações, codificações e constituições, ou ao menos de jurisprudência e doutrina, com autorização de um apelo subsidiário ao direito costumeiro.

Na Inglaterra, a partir de Bentham e Austin, toma forma uma tradição utilitarista de positivismo jurídico, centrada na soberania do rei. Na França, a codificação e a escola da exegese buscarão conter o papel dos intérpretes do direito para preservar a vontade de seus criadores (supremacia parlamentar). Na Alemanha tomam corpo os esforços de sistematização e abstração conceitual, paradigma da autonomia do raciocínio judicial.

Nosso breve e ilustrativo passeio sobre a teoria do direito começa aí: na "jurisprudência" dos conceitos, na tradição do "formalismo doutrinário" do século dezenove. No limiar do século vinte, deparamo-nos com a emergência da crítica realista e sociológica do direito, com a "jurisprudência" dos interesses. Há a tentativa de resgate do positivismo por parte de um formalismo pós-realista. O contra-ataque ao realismo e a tal positivismo analítico chega com a prática de idealização do direito. No fim do século vinte, os céticos contrapõem-se aos racionalistas – estes que buscam conter o sentido jurídico buscando extrair uma ordem normativa coerente a partir da substância dos princípios, políticas e propósitos, ou apelando à eficiência ou aos papéis institucionais no processo jurídico. Nesta viagem de reconhecimento, procuro indicar a visão de direito, de direitos e de interpretação jurídica dessas variedades de teoria do direito, assim como desvelar seus pressupostos e desdobramentos filosóficos e sociológicos.

---

9 UNGER, 1996b, p. 39. Ver também UNGER, 1976a.

1.1 JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS/ FORMALISMO

A desagregação da antiga unidade (aristotélica) entre política e ética, direito e moral, estado e sociedade redunda no positivismo jurídico, como reação às velhas teorias do direito natural (por meio de novas teorias de direitos naturais, como em Hobbes), e na sociologia, como rejeição de uma forma natural, única, canônica de organização da sociedade. Em Marx, a sociedade emerge como algo distinto do indivíduo e do estado. A economia – o trabalho – realiza a passagem da natureza à sociedade, criando um mundo à parte dos indivíduos, uma realidade "reificada" da qual os sujeitos estão "alienados". Diagnosticada essa diferença, esse "estranhamento", pela ciência (a sociologia), coloca-se como tarefa política (do socialismo) superá-la. Essa superação, porém, não é apenas uma vontade política contingente; é vista como necessidade histórica. Na reflexão jurídica, a tradição contemporânea a Marx, influente sobre sua visão do direito e por ele criticada é justamente a da "escola" histórica, liderada por Savigny[10]. Ela representa a transição entre uma visão naturalista do direito e o pleno reconhecimento da contingência – se não arbitrariedade – do direito positivo.

A reflexão sobre o direito natural é constitutiva do próprio direito, na medida em que define o justo e o injusto por dedução de um conteúdo fixo, já presente desde o início. Pode haver variações interpretativas, mas o direito não muda por um ato arbitrário, por decisão "infundada". A certeza repousa justamente na perenidade da ordem social justa, da "vida boa" tal qual entendida pelo filósofo-jurista. É certeza substancial, aliada da verdade e da sabedoria da história. Com a positivação do direito – a centralização da decisão sobre o lícito e o ilícito em órgãos eles mesmos regulados por essa diferença –, a unidade entre direito e moral se esfacela.

O direito é desfundamentado – ou autofundamentado, na medida em que só ele fornece os critérios para seu funcionamento. A constituição como norma jurídica superior cumpre esse papel, substituindo a remissão do direito positivo ao direito natural como direito superior. O mesmo ocorre com os demais sistemas. Não se trata apenas da construção de espaços e ações excepcionados ao juízo moral: a razão de estado, a cobrança de juros, o lucro. É a própria indiferença dos códigos lícito/ ilícito, saber/ não saber, ter/ não ter ao código bom/ mau que está em jogo. Na falta de uma moral abrangente a cimentar e unir a sociedade, com validade transcendente aos "autovalores" operativos dos sistemas

[10] A sugestão da comparação entre Marx e a "escola" histórica do direito e, sobretudo, a análise de Savigny, Puchta e Jhering advém de DE GIORGI, 1998 [1979], p. 9-73.

(em grande medida indiferentes a uma moralidade substancial), o mau passa a ser então a sociedade negar o acesso ao lado positivo dos códigos funcionais (inclusão/ exclusão) e a ética (a reflexão sobre a moral) passa a detectar como falha moral a corrupção dos códigos funcionais: dinheiro na política, medicamentos no esporte, parcialidade nas cortes[11].

Para os historicistas, o direito que brota das forças culturais do "espírito do povo" ganha forma jurídica quando mediado pelo estado. No direito positivo atual, seu objeto, Savigny via não só a transformabilidade, mas sobretudo a permanência de um passado exemplar: as instituições (ou institutos) do direito romano. Como história e dogmática do direito, cabia à ciência desvelar a necessidade histórica que se realizava no direito presente e sistematizá-lo. O sistema é um todo coordenado em partes – os conceitos. Constrói-se por lógica e abstração a partir as instituições – os pilares do sistema abstrato e da vida social concreta.

Diz Savigny[12] que decisões sobre direitos individuais dependem da referência a regras gerais do direito objetivo, da legislação estatal. A "raiz viva e a força convincente" dessa decisão sobre direitos encontram-se na relação jurídica, assim como o fundamento mais profundo do direito está nas instituições, cuja conexão orgânica constitui gradualmente o sistema. Para além da superfície de decisões governadas por regras, encontramos as relações jurídicas, que são governadas pelas instituições. Aí está "a verdade e a vida" do direito. O método tipológico e sistemático as exibe em sua complexidade e concretude. Teoria e prática do direito não são apartadas, pois a intuição da instituição que domina uma específica relação jurídica é operação mental da mesma natureza que a construção do sistema jurídico pela ciência.

Fazendo da ciência do direito uma "jurisprudência dos conceitos", Puchta[13] desenvolve uma tensão entre liberdade (direito) e necessidade (razão). O sujeito de direito é o indivíduo livre, capaz de querer e decidir, independentemente de seu valor moral. O direito, como liberdade, estrutura-se pela igualdade, pela indiferença diante da diversidade. A forma jurídica abstrai as desigualdades reais, mas estas lhe são imanentes: re-entram seu conteúdo. A construção sistemática e racional do direito, a pirâmide conceitual, faz re-entrar a necessidade na liberdade, a desigualdade das relações na igualdade dos sujeitos. O direito estruturado em sua complexidade, disponível para seleções de sentido, é abstração e desigualdade, uma conexão gradual de igualdades diferentes. Uma vez positi-

11 LUHMANN, 1994a.

12 SAVIGNY, 1867 [1840], p. 8-9.

13 PUCHTA, 1854a [1841]; 1854b [1847].

vado, pouco importa a fonte material do conteúdo do direito (a cultura, o povo, a história); sua validade é formal (autorregulada). Paradoxalmente, a liberdade jurídica e a necessidade racional convertem-se, pela ciência do direito, em liberdade formal e necessidade material. Aqui há também uma visão da economia como continuação da natureza, como foi típico dos fisiocratas, do liberalismo econômico e do marxismo.

Na análise de Weber[14], a racionalização do direito ocorreu em várias dimensões. Primeiro, pela análise ou abstração das generalizações jurídicas: as razões relevantes para a decisão de um caso concreto são reduzidas a alguns "princípios" ou proposições jurídicas. Segundo: sintetizam-se as doutrinas jurídicas substantivas. Finalmente, sistematizam-se as proposições e doutrinas. O caráter altamente abstrato do direito é o escudo de sua autonomia. Isso permite a derivação analítica das soluções jurídicas a partir de um sistema fechado de proposições. A racionalização mais perfeita nesses termos formais é exemplificada pelos postulados que guiavam os sistematizadores e codificadores germânicos (os pandectistas): 1) cada decisão jurídica concreta resulta da subsunção de uma situação de fato a uma proposição normativa; 2) essa dedução realiza-se de modo suficiente com os instrumentos conceituais da lógica jurídica; 3) o direito é ou deve ser considerado como se fosse um sistema completo de proposições jurídicas; 4) o conteúdo que não puder advir desse raciocínio é juridicamente irrelevante; 5) o direito regula toda conduta e toda conduta é juridicamente relevante: ou como cumprimento da norma, ou como infração, ou como imposição de sanção.

Mas há, ainda, uma visão dos direitos e da interpretação jurídica lastreada em pressupostos sobre a ordem social[15]. Direitos são aqui analisados sob o prisma das relações jurídicas. Elas são concebidas como o campo das relações de coordenação pura entre sujeitos livres e iguais, cujo complemento e garantidor é a ordem constitucional pela qual o estado baliza as regras mínimas para a garantia da confiança nessas relações. O pressuposto é de que há uma ordem natural do mercado e da política, uma moralidade imanente encarnada no corpo do direito: nos materiais das leis, jurisprudência, costume. Ao direito cabe regular tal ordem moral em detalhe e policiar a fronteira entre a liberdade privada e sua moldura politicamente definida. O direito privado do contrato e da propriedade é distributivamente neutro e o verdadeiro protagonista; pelas relações jurídicas interindividuais, os homens exercitam sua liberdade com o mínimo

---

14 WEBER, 1978 [1922], p. 654-8. Ver também TRUBEK, 1972.

15 Para a caracterização seguinte do formalismo, ver UNGER, 1996a, p. 41-6; 2015b [1982], p. 83-93. WEINRIB (2002 [1995], p. 23-5; 1988), um destacado defensor contemporâneo do formalismo, parte justamente da caracterização de Unger.

de coação – utilizando discretamente a ameaça da violência estatal. Os direitos constitucionais servem para abrir esse espaço para o exercício da liberdade. Todo o direito público é suspeito: resultado de grupos que mobilizam o poder do estado para consagrar seus interesses. O controle judicial de constitucionalidade serve para invalidar o direito público que distorça essa ordem privada de coordenação. A doutrina americana da ação estatal, que distingue entre instituições politicamente criadas e aquelas previamente dadas, serve para policiar a redistribuição de recursos e vantagens pelo estado, cuja atividade então é vista como intervenção no curso natural da economia.

A ficção de um sistema coerente e completo de regras e doutrinas (a ordem do direito vislumbrada pelos pandectistas, pelos codificadores, pela jurisprudência dos conceitos) está justificada pela ordem social: como na visão tipológica da sociologia, há tipos de sociedade, dentre os quais o tipo de uma sociedade livre tem um conteúdo jurídico inerente; a função da criação e interpretação do direito é desdobrá-lo. Ele tem uma unidade e obedece a leis históricas. A criação do direito ordena essa fórmula institucional da sociedade livre em códigos e constituições. Há uma única forma, uma vez subscrito um dos dogmas ideológicos disponíveis. A interpretação e aplicação do direito pela subsunção, por um método quase dedutivo, garante a integridade da ordem jurídica e serve para diferenciar claramente criação política e interpretação judicial, apolítica. Não é, portanto, mera questão de um preconceito sobre a determinabilidade da linguagem: o fechamento autorreferencial das regras e conceitos permite uma invariabilidade diante de contextos e situações os mais diversos, filtra do direito preferências ideológicas, permite que o juízo jurídico seja autônomo em relação à política, na medida em que a formulação política do direito é vista ela mesma como desdobramento de um tipo bem definido de sociedade. A pressuposição dessa moldura de instituições e valores dá ao intérprete o pano de fundo inconteste que garante a certeza na interpretação normativa.

A prática desse modelo racionalista, segundo o qual as formas jurídicas deveriam levar a uma determinação unívoca das decisões, foi minando-o internamente pela revelação, por exemplo, da indeterminação institucional da ordem do mercado: variadas formas de contrato e propriedade poderiam gerar uma ordem econômica competitiva, aumentando ou reduzindo o acesso dos agentes econômicos a essa ordem. De outro lado, quando esmaece a visão de um esquema único de organização de uma sociedade livre, é difícil conter a heterorreferência do direito – a relação de direitos com interesses e valores – para determinar a decisão jurídica. Afinal, várias parecem as decisões possíveis.

1.2 JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES/ REALISMO

Com Jhering atinge-se a unidade da diferença entre a "jurisprudência dos conceitos" e a "jurisprudência dos interesses". Sua obra faz a travessia de um lado a outro da distinção. A abstração conceitual do direito produz uma igualdade formal em que se reproduzem as desigualdades materiais, mas é historicamente possível que a construção formal e abstrata do direito deixe de ser condicionada pela heterorreferência (uma utopia similar, se bem que oposta à de Marx, para quem a objetividade das igualdades abstratas deveria ser rompida pela mudança nas relações materiais). O sistema poderia fechar-se em si mesmo logicamente. A agregação das proposições, conceitos e institutos destila a matéria extrajurídica (social e histórica) em pura e abstrata coesão de um material plenamente jurídico. Rejeitando esse seu vislumbre primeiro, Jhering[16] inaugura a "jurisprudência dos interesses". Nessa vertente, encontramos juristas como Gény na França e Holmes nos Estados Unidos, um precursor dos realistas dos anos de 1920 e 30.

Assim é que, partindo do final do século dezenove e adentrando as primeiras décadas do século vinte, desenvolvem-se, com afinidades com a jurisprudência dos interesses, teorias do direito referidas como sociais, sociológicas, empíricas, psicológicas, realistas, pragmáticas ou institucionalistas. De outro lado, avançam teorias formalistas, positivistas, normativistas. As primeiras têm uma visão abrangente do direito e vinculam-se a empreendimentos de reorganização da administração pública, como a construção dos serviços públicos e de esquemas de regulação e proteção do estado social. Mas também descrevem (mais do que propõem) a específica tarefa de interpretação judicial. No espírito dos realistas americanos – que foram arquitetos do estado regulador durante o *New Deal* –, regras formais precisam ser referidas a valores materiais; regras jurídicas são expressões de políticas públicas, portanto, de escolhas "éticas"[17].

Essas tendências que floresceram durante a decadência do formalismo no debate teórico definem basicamente uma visão deflacionária do papel das cortes[18]: a interpretação estritamente jurídica parte dos materiais autoritativos e os interpreta à luz da analogia, circunscrita por propósitos atribuídos. Na jurisdição ainda há uma inescapável discricionariedade; o contraste entre criação e aplicação do direito é relativo, pois os conflitos de visões e interesses que moldaram a criação legislativa prosseguem, sob constrangimentos diferentes de papéis e argumentos, na arena judicial.

---

16 JHERING, 1913 [1877].

17 Para essa posição realista, ver *e.g.* COHEN, 1931, p. 215-6.

18 UNGER, 2015a, p. 50-1.

Tal contraste entre jurisprudência dos conceitos e jurisprudência dos interesses pode ser abordado segundo o par fechamento operativo/ abertura cognitiva do sistema jurídico[19]. O direito é um sistema social que se reproduz por suas operações: não uma unidade filosófica, ideal, coerente e completa, nem uma estrutura singular e unitária. Ele abre-se ao seu ambiente e aprende com ele (reconstruindo internamente a política, a economia, a moral) apenas por seu próprio fechamento em seus critérios e programas. Paradoxalmente, conceitos servem a interesses, valores ganham concretude por sua referência a interesses e interesses precisam ser selecionados por procedimentos (regrados) para ganharem status de direitos. A pura referência a interesses para colmatar lacunas, decidir entre regras em conflito e entre interpretações contrastantes de uma mesma regra dissolve o direito em seu ambiente, com considerações (econômicas, políticas, morais) que ele não tem base – critérios, repertório, legitimidade – para resolver. A institucionalização (pressuposição de apoio consensual) dos interesses depende da diferenciação de procedimentos políticos, de tomada de decisão coletivamente vinculante, e procedimentos jurídicos, de reforço de expectativas contrafáticas frustradas. A separação de poderes promove a circulação e contracirculação permanente entre esses tipos de decisões e suas respectivas formas de argumentação.

1.3 FORMALISMO METODOLÓGICO/ POSITIVISMO ANALÍTICO

No século vinte, o formalismo resistiu na teoria do direito, mas apenas de forma transformada. Embora ganhe sua formulação última na década de 1960, o espírito do "positivismo analítico" encontra-se nas décadas anteriores, seja em suas influências intelectuais, seja na pretensão de garantir a especificidade do direito em meio ao denso conflito ideológico daqueles tempos[20]. Não era mais possível abordar o positivismo em seu sentido original – de comando do soberano e obediência dos súditos, sem uma fundamentação que não a própria ordem de poder (como em Austin[21]); não era mais possível fundir teoria e doutrina, como no formalismo original, nem defender suas premissas tão estritas sobre a interpretação jurídica como construção lógica, autorreferente e autointegrada, de regras formais. O positivismo tornou-se "analítico"; desengatou-se da

---

19 LUHMANN, 2004 [1993], p. 68-9, 343-6; 2013 [1997], p. 94-5. Ver também CAMPILONGO, 2012 [2011], p. 143-57; GONÇALVES, 2013, esp. cap. 4.

20 Ver UNGER, 2015a, p. 57.

21 Ver a crítica de HART, 1994a [1961], cap. 2.

doutrina e concebeu-se como observador científico neutro quanto a controvérsias de fato e valor. Era uma forma de garantir, ao menos, a autonomia metodológica do direito, esteio do estado democrático de direito em meio ao pluralismo de valores de uma socialdemocracia liberal.

Quanto à interpretação, os positivistas analíticos apresentaram um formalismo mitigado, pós-realista. Em Kelsen, a lógica e as regras formais conduzem o intérprete, abandonando-o a um passo da decisão: depois de construída racionalmente a moldura dos sentidos possíveis, a escolha de um dentre esses é puro ato de vontade[22]. Em Hart, a inevitável "textura aberta" da linguagem em que se formulam as regras produz interstícios de discricionariedade[23]. Em Kelsen, o direito apresenta-se como hierarquia puramente formal de normas, das quais os direitos e deveres, poderes e responsabilidades são um reflexo[24]; em Hart, os direitos são também reflexo da estrutura concreta do direito: a união de regras primárias e secundárias[25]. Do ponto de vista deste trabalho, embora se apresentem como teorias estruturais do direito, na verdade ambos tratam da semântica jurídica – as normas e a interpretação[26]. Por isso, seus conceitos de direitos não se confundem com uma concepção estrutural de direitos. Ademais, por fugirem de controvérsias empíricas e normativas, distinguem-se da abordagem sistêmico-institucional aqui proposta (conceituação análoga sobre os direitos foi dada nos moldes empiricistas e logicistas do realismo jurídico, quando o direito subjetivo foi definido como nada mais do que um esquema retórico de apresentação da ligação entre as consequências jurídicas advindas da aplicação de uma norma e o titular da pretensão sustentada por essa norma[27]).

A todo custo, busca-se sustentar a objetividade e determinabilidade racional do juízo jurídico contra o subjetivismo e as preferências políticas que pareciam ao realismo como os determinantes últimos da decisão judicial. Ambos adversários do ceticismo sobre o alcance justificador das normas jurídicas, Hart e Fuller travam um debate que representa a unidade da diferença entre o racionalismo formalista e o racionalismo idealista – uma virada que se fará sentir na teoria do direito apenas nas décadas seguintes. A conclusão do debate parece indicar que regras formais apenas conduzem racionalmente a justificação das decisões se inter-

22 KELSEN, 1967 [1960], cap. 8.
23 HART, 1994a [1961], cap. 7.
24 KELSEN, 1967 [1960], cap. 4.
25 HART, 1994a [1961], cap. 5. Ver também MACCORMICK, 2008a [1981], cap. 8.
26 Ver AMATO (2017a), para uma discussão crítica a respeito da diferença entre estrutura e função em Bobbio.
27 Comparar ROSS, 1957 [1951]; COHEN, 1935.

pretadas por referência a propósitos – finalisticamente[28] (ainda, ao final de seu embate com o idealismo, Hart se assumirá, sobre a relação entre regras e valores, como um "positivista moderado" ou inclusivo[29]).

1.4 IDEALISMO

No contexto pós segunda guerra mundial, um renascimento do direito natural acompanha a institucionalização do direito internacional dos direitos humanos e uma revitalização do direito constitucional pela consolidação e expansão do controle judicial de constitucionalidade. Aí surge uma "jurisprudência" não mais "dos conceitos", nem "dos interesses", mas sim "dos valores". Em seguida ao nazismo e buscando a legitimidade de uma constituição *provisoriamente provisória* (a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que se tornou a constituição definitiva da Alemanha ocidental), o tribunal constitucional alemão passou a entender a constituição como uma "ordem objetiva de valores" e seu guardião (o próprio tribunal) como o realizador dessa ética concreta[30]. O tribunal adotou crescentemente um método de interpretação de "sopesamento" de "valores" e "interesses", ampliando sua intervenção na realização do estado social alemão. Aliado à doutrina, aquele tribunal foi pródigo na criação de fórmulas argumentativas para o juízo sobre direitos fundamentais: "dignidade da pessoa humana", "proibição do retrocesso", "reserva do possível", "vedação da proteção insuficiente" etc. Com o desenvolvimento teórico e a precisão metodológica dessa tradição, Alexy[31] constrói sua teoria dos direitos fundamentais como normas jurídicas estruturalmente identificáveis (*em regra*) como princípios, isto é, como mandamentos que devem ser realizados na medida do possível (possível definido pela coli-

---

28 Ver HART, 1958; FULLER, 1958.

29 Ver HART, 1994b.

30 Sobre essa "jurisprudência dos valores", ver a análise e crítica de HABERMAS (1996 [1992], p. 253-66). O teórico dessa visão de "ordem objetiva de valores" (e do "estado como integração") foi Smend; sua tentativa de ver o direito como ordem imanente e a história como realização racional não poderia ser mais representativa do "racionalismo" de que logo tratarei (como também revela aquele comunitarismo corporativista que marcou os estatalismos facistas). Sua obra consolida teoricamente a superação da breve República de Weimar, símbolo do constitucionalismo social democrata do início do século vinte. Sobre a proposta de Smend e a teoria do estado no tempo de Weimar, ver a coletânea (com textos de Kelsen, Weber, Preuss, Triepel, Schmitt, Heller etc.) organizada por JACOBSON; SCHLINK, 2000, esp. p. 207-48.

31 Sobre as diferenças entre a "jurisprudência dos valores" do Tribunal Constitucional Alemão e sua própria teoria dos direitos fundamentais, ver ALEXY (2008 [1986], p. 144-79).

são com outros valores /interesses e pelos meios materiais disponíveis). Além de seu vínculo com a reflexão jurídica alemã, Alexy parte da influência da teoria de princípios desenvolvida por Dworkin.

É preciso considerar a trajetória que leva a reflexão anglófona a inaugurar tal estratégia teórica. O positivismo formalista emergiu no século dezenove em oposição às teorias do direito natural. Nas décadas de 1920 e 30, o realismo nasceu como uma crítica ao formalismo. Desde os anos 50, Henry Hart e Albert Sacks desenvolveram em Harvard um influente material didático sobre "o processo jurídico" – manancial principal de um reavivamento do idealismo. A partir dos anos 60, ganhou força a sociologia jurídica empírica, enquanto no final dessa década e início da próxima ganharam vulto as críticas de Dworkin ao "convencionalismo" de Herbert Hart. Ao mesmo tempo crescia a análise econômica do direito (*law and economics*). Nos anos 70 e 80, o movimento de estudos críticos do direito (*critical legal studies*, *CLS*) desenvolveu-se como crítica às correntes que colocam a eficiência, os papéis institucionais ou os princípios liberais de justiça e as políticas públicas de bem-estar como centro normativo da teoria do direito e da argumentação jurídica. Apesar das diferenças internas, esse movimento reconhece a normatividade da teoria do direito – seu engajamento argumentativo e doutrinário, as controvérsias valorativas que nela se inserem –, mas rejeita uma visão moral unitária (tipicamente, alguma versão canônica de liberalismo) em favor do conflito ideológico aberto (assumidamente político).

Voltemos ao debate entre Herbert Hart e Lon Fuller para entender essa transição. Hart representa um formalismo mitigado, enquanto Fuller torna-se um dos representantes da escola do "processo jurídico". O idealismo de Fuller[32] é, porém, bem mais concreto e empírico do que vieram a se tornar as teorias principiológicas e morais do direito. Ele defende uma prática prudencial de "fidelidade ao direito", que começa com a observação de que, mais do que interpretar palavras, os tomadores de decisão jurídica interpretam instituições: parcialmente reveladas pelos textos jurídicos criados, parcialmente sustentadas por expectativas amplamente difundidas, a normatividade tácita, o "direito implícito" (a grande parte de expectativas normativas generalizadas, costumes sobre os quais o direito estatal faz intervenções pontuais, remodelando as crenças herdadas). Fuller foi um idealista jurídico, mas não advogava que ideais e propósitos fossem derivados "de cima", de alguma concepção abstrata do justo que se afinasse com a moralidade de certa comunidade; pelo contrário, para ele os ideais jurídicos deveriam ser tomados do direito estabele-

[32] Ver FULLER, 1971 [1968], p. 70, 82-99.

cido e ancorados "por baixo", nos corpos de legislação, regulação, acordos e precedentes e nas expectativas sociais relativas a eles. O que é "adequado e próprio" pode apenas ser alcançado nesse raciocínio, porque "valores gerais não decidem problemas concretos".

Em Henry Hart e Albert Sacks[33], porém, toma forma a prática idealizante de "elaboração racional" do direito: o contraste mais marcado entre o juízo jurídico e a decisão política. Eles diferenciavam quatro tipos normativos. Primeiro, a regra é "*prescrição jurídica que requer para sua aplicação nada mais que a determinação da ocorrência ou não ocorrência de eventos físicos ou mentais – isto é, determinações de fato*". Aqui "*[o] tipo de situação trazendo à tona a regra foi fielmente previsto e a política pública a respeito foi totalmente determinada de antemão*". Regras incompletas ou rudimentares, com linguagem mais imprecisa, são, na verdade, "*veículos de delegação de poder*". Segundo, o *standard* requer "*uma avaliação qualitativa daqueles eventos em termos de suas prováveis consequências, justificação moral, ou outro aspecto da experiência humana em geral*". Terceiro, uma política (*policy*) "*é simplesmente uma declaração de objetivo*". Quarto, um princípio "também descreve um resultado a ser atingido", mas assevera que esse resultado "*deve ser atingido e inclui, seja expressamente seja por referência a bem conhecidos corpos de pensamento, uma afirmação das razões pelas quais ele deve ser atingido*". É o caso da cláusula *pacta sunt servanda* e da vedação ao enriquecimento ilícito. Os tipos têm diferentes consequências quanto à atribuição de poder a diferentes órgãos e à relação entre interpretação e as "bases de autoridade" do respectivo órgão. Regras e *standards* são em geral definidos pelo legislador. Políticas e princípios dão vazão seja à discricionariedade administrativa, seja à "elaboração racional" – maior ônus de justificação – por parte do juiz. Para interpretar, o juiz precisa considerar normativamente a divisão de trabalho jurídico: qual o seu papel no processo de produção do direito, em contraponto, por exemplo, ao legislador.

O problema está em que essa visão leva ao paroxismo o contraste entre duas genealogias do direito[34]. De um lado, o direito é visto como resultado de conflitos entre grupos de interesse organizados, que selam sua vitória marcando seus interesses com o certificado de validade jurídica: como direitos. De outro, o direito é visto como produto de uma

---

33 Ver HART, JR.; SACKS, 1994 [1958], p. 138-58. Segundo ESKRIDGE, JR. e FRICKEY (1994, p. 2051, nota 122), "*Posner e Unger foram estudantes na disciplina eletiva de Harvard 'O processo jurídico'*".

34 Ver UNGER, 1996a, p. 52-9.

história de evolução própria de ideais. O primeiro vocabulário, típico da visão da política como mercado, centra-se no legislativo; o segundo, nas cortes. Além de serem incompatíveis entre si, seus *loci* cada vez mais se confundem: com a atuação de grupos de pressão nas cortes, com o debate de ideais na política, com o desenho de políticas públicas no executivo. (Para compreender a unidade da diferença entre direito e política, seria necessário reconhecer que valores se determinam por referências a interesses, e que interesses se guiam por ideários.)

Outras escolas teóricas seguirão tal contraste[35]. A análise econômica do direito concebe, de um lado, políticos que tomam suas decisões buscando maximizar suas vantagens de poder; de outro, coloca a eficiência, a maximização de utilidade, como ideal normativo que explica e justifica todo o corpo de direito e que deve ser promovido pelas cortes[36]. As teorias de direitos como princípios atualizam o velho formalismo à luz de um desenvolvimento da racionalização do direito que não se limita mais à abstração, ao universalismo e ao relativismo consagrados por uma legalidade formal do estado de direito – direitos universais que dão abertura a conflitos de valores. A substancialização do raciocínio jurídico exposta pelos ataques realistas do começo do século precisa ser contida em seu próprio terreno (de uma racionalidade material) por novas técnicas de determinabilidade da argumentação jurídica e da decisão judicial que façam frente ao instrumentalismo, à abertura pura e simples da interpretação do direito ao arbítrio subjetivo ou às preferências políticas. Depois do ataque realista, concluiu-se que a reflexividade jurídica não pode mais ser contida entre regras e precedentes autoritativos. Precisa incorporar a referência a fins, valores, interesses, a fim de ganhar determinação de significado. Mas essa referência é extremamente aberta e contingente, como mostraram os céticos. Então, respondem os idealistas, para garantir a objetividade do direito, é preciso ordenar esses valores em um esquema mais ou menos fixo, lastreado em "concepções de associação humana possível e desejável a serem impostas em diferentes áreas da prática social"[37]. Elas são uma moralidade comunitária, uma espécie de consenso sobreposto metaideológico, que paira sobre as diferentes visões de mundo ao mesmo tempo em que fornece os limites em que elas podem livremente divergir.

---

35 Ver a crítica de UNGER, 2015b [1982], p. 90-3.

36 Ver POSNER, 1990, cap. 12.

37 UNGER, 2015b [1982], p. 99.

A proposta de Dworkin[38] de "levar os direitos a sério" reage tanto ao positivismo quanto ao realismo; tem como antecedente próximo a teoria do processo jurídico e institui uma nova modalidade de racionalismo: se não mais o racionalismo consistente na crença na capacidade das regras jurídicas de conduzirem a uma decisão correta (formalismo), agora o racionalismo que aposta em revolver o solo das regras jurídicas, buscando seus fundamentos morais. Para que a interpretação e a argumentação não se percam em uma atribuição variável e indeterminada de valores, é preciso abstraí-los em direção a concepções teóricas mais amplas sobre o justo político e moral. Os direitos aparecem então como uma questão de princípio, como "trunfos" morais que dão as cartas nas "controvérsias teóricas" sobre o que o direito requer, ultrapassando outros tipos de justificações (como aquelas que indicassem o aumento do bem-estar geral por uma medida que violasse ou relativizasse um direito).

O direito é então racionalizado como uma ordem moral imanente, a ser mantida pelo controle judicial que interpreta o sentido acumulado do sistema jurídico como uma narrativa coerente, diante da qual desvios representados por decisões políticas que inovem a ordem jurídica podem ser corrigidos. Essa ordem não se revela apenas na integridade das formas do direito posto (regras), tampouco se esvai na referência mais ou menos indeterminada a propósitos, valores, interesses. É ancorada em uma teia moral subjacente. Essa teia revela o conteúdo necessário de uma ordem jurídica e social da liberdade igual, a qual deve ser resguardada pelas cortes contra a arbitrariedade de acordos políticos contingentes e reversíveis, dos compromissos de visões e interesses que dão forma ao direito na arena legislativa.

Uma diferença que unifica o velho e o novo racionalismo (o formalismo do século dezenove e o idealismo do século vinte) é o contraste ideológico entre direito privado e direito público. Mesmo teorias pensadas em bases gerais e abstratas e tomadas como paradigma mundial do novo não deixam de reproduzir a velha contraposição oitocentista entre o direito privado como ordem natural espontânea, autogerada, de coordenação e o direito público como uma intromissão às vezes útil, mas sempre artificial, da política (como se a moldura do direito privado e as formas do mercado não fossem politicamente balizadas). Por exemplo, após criticar a tese positivista de que, quando regras não conduzem a uma decisão racional, juízes devem usar sua discricionariedade para prover a solução como se fossem legisladores, Dworkin[39] cedo propôs a distinção

[38] DWORKIN, 1986.

[39] DWORKIN, 1967, p. 23; 1975, p. 1058-62.

entre argumentos de políticas e argumentos de princípio (uma distinção que pode ser vista como instância de outras oposições: utilitarismo, consequencialismo, instrumentalismo ou teleologia *versus* contratualismo, deontologia; interesses parciais e crenças contestadas nos acordos políticos *versus* moralidade neutra; política *versus* direito-moralidade). As políticas indicam referência à promoção de objetivos coletivos da "comunidade como um todo"; os princípios indicam uma justificação baseada no respeito ou garantia de "algum direito individual ou grupal". Legisladores apoiam-se em ambos os tipos de argumentos (se não em outros); juízes, quando nenhuma regra dita a decisão, normalmente decidem e devem decidir com base em princípios, não em políticas. Os direitos, como princípios, derrotam políticas – o primeiro reino deve ser aquele de juízes isolados das maiorias e dos interesses parciais. Eles asseguram o império do direito. Mas e quando um direito enraíza a promoção de "algum objetivo coletivo"?

Lembremos que a suposição subjacente do historicismo oitocentista – tão importante e comum à filosofia de Hegel, à sociologia, de Marx a Weber, à "ciência jurídica" (doutrina ou dogmática) e ao institucionalismo econômico – é precisamente de que regras aglomeram-se, conformando instituições, pelo papel obscuro e impessoal de "metarregras", sejam elas entendimentos perenes compartilhados ou constrangimentos incontroláveis de natureza tecnológica, lógica ou cultural. Na análise jurídica – na interpretação tanto teórica quanto prática – esses constrangimentos são exemplificados pelo caráter coletivo do povo: a moralidade incorporada nas instituições legadas dos romanos, para os juristas germânicos, ou os adágios sapientes e imemoriais esculpidos e purificados pela equidade e pela justiça natural do direito comum, para os anglófonos. Nesse cenário, o que conta para a metodologia formalista do pensamento jurídico é primeiramente essa pressuposição de restrições colocadas por metarregras substantivas na agregação contingente de regras, interpretadas como razões para agir e para decidir casos concretos. Esses constrangimentos geram tipos de complexos institucionais – formas de vida, de sociedade – e dentro de um desses complexos, assumido como invariável ou incontroverso, escolhas são interpretações verossímeis com um alto grau de determinação[40].

[40] Esse tipo de visão de complexos institucionais também foi recepcionada por abordagens neomarxistas da história do direito dentro dos *critical legal studies*, ao lado da visão da "política de identidade". Ver a crítica de UNGER (2015a, p. 28-9; 1986; 1983 [1982], p. 563-4, nota 1).

A racionalização retrospectiva como atitude psicológica dos juízes – que primeiro chegam intuitivamente a soluções e depois encontram justificativas para elas, como se sua decisão fosse a única autorizada pela lógica – já fora descrita pelos realistas. Diz respeito à formação psicológica de sentido, não à expressão social desse sentido, pela comunicação. Sua plausibilidade como arquétipo comportamental a torna uma hipótese elementar. Como Dewey[41] enfatizou, o raciocínio jurídico prático não trata de chegar a conclusões, mas sobretudo de justificá-las. A lógica intervém como uma ferramenta experimental e flexível para encontrar normas gerais e descrever fatos particulares que sirvam como premissas para uma conclusão que pode haver sido vagamente antecipada (às vezes ao lado de soluções rivais possíveis). A questão é como "preencher" o silogismo, como construir as premissas normativas (a regra para o caso) e cognitivas (os fatos relevantes) a informarem uma conclusão justificada.

Agora, a racionalização criticada por Unger vai além desse *modus operandi* elementar. Consiste, no que diz respeito ao pensamento jurídico, em encontrar uma base para a crítica e justificação que não dependa de ideologias políticas ou teorias da justiça específicas, mas possa ser praticada ao longo de um largo espectro de crenças, tendo ainda o compromisso de ser uma descrição sobre o direito existente (e não uma proposta de reforma dele). A teoria do direito (acoplada à doutrina) é distinta da teoria moral ou política, mas em ambos os campos há uma tentativa similar de providenciar uma fundamentação mais ou menos neutra para a avaliação. Na verdade, a "análise jurídica racionalizadora"[42] – esse estilo de interpretação do direito, essa ideologia operacional dos juristas e juízes – por vezes reivindica observar a "moralidade do direito" como tendente a algo como uma visão normativa de uma teoria política do justo, uma base acima das disputas ideológicas e preferências subjetivas.

Assumindo que o corpo de direito têm uma coerência e integridade que ele empiricamente não pode expor – sendo produto e fusão contingente de dissenso e disputa, provisoriamente tomado como definitivo, após procedimentos decisórios –, essa prática de interpretação subestima os desvios, exceções e alternativas estabelecidas no direito, "reconstruindo-as" no espírito geral do direito atual. Assim um teórico[43] pode chegar a conjecturar que, quando discordam, "cidadãos reflexivos" não estão

41 DEWEY, 1924, p. 22-4.

42 É o rótulo criado por UNGER, 1996a. Ver também, referindo-se à "elaboração racional", UNGER, 2015a, cap. 1; classificando-as como visões formalistas e objetivistas contemporâneas (exemplificadas pelas escolas dos direitos e princípios e do direito e economia), ver UNGER, 2015b [1982], cap. 4, esp. p. 90-3.

43 DWORKIN, 1975, p. 1107.

"*simplesmente afirmando suas convicções pessoais contra as convicções dos outros*", mas realmente "*contestando uma concepção diferente de um conceito que eles supõem ter em comum*". Tudo não passa então de desacordos linguísticos.

De um lado, realistas inflam o aspecto cognitivo, ao abordar o direito pelo ângulo do comportamentalismo. Para conhecer o direito, e apenas ele, "*você deve observá-lo como um homem mau, que se importa apenas com as consequências materiais que tal conhecimento lhe possibilita predizer, não como um homem bom, que encontra suas razões de conduta dentro ou fora do direito, nas sanções ainda mais vagas da consciência*"[44]. Assim, o direito consiste nas "*profecias sobre o que as cortes farão de fato*"[45]. Em outras palavras, "*[l]avado em ácido cínico, cada problema jurídico pode então ser interpretado como uma questão concernente ao comportamento positivo de juízes*"[46]. Do outro lado, idealistas inflam a normatividade do direito, colapsando-a em abstrações morais. O juiz Hércules[47], um observador autoconsciente sobre-humano, é o ideal regulativo de um juiz capaz de encontrar "a única resposta correta" ao interpretar o contrato social – aliás, a constituição e os outros materiais do direito. Esse juiz transcendental seria capaz de construir por si mesmo uma teoria, testando os princípios e políticas que se adéquam ao ramo do direito com o qual ele está lidando e o justificam. Assim ele delimitaria, por exemplo, a justificação do esquema de governo estabelecido pelo direito posto, apresentando-o na sua melhor face. "*Ele deve desenvolver tal teoria referindo-se alternativamente a filosofia política e detalhe institucional*" e a superestrutura correta deve ser o resultado da geração de "possíveis teorias que justifiquem diferentes aspectos do esquema" e do teste delas "diante da instituição mais ampla". Esse alfaiate dos ideais forneceria um véu ou "teia inconsútil" que deve cobrir a maior parte do direito positivo, rejeitando alguns erros injustificáveis. Em seu sobrevoo, vindo depois da história e com suas luzes e poder, tal juiz revelaria que, na verdade, as contradições do direito (registros das divergências políticas, econômicas etc. que marcam a criação do direito) são uma ilusão superficial. Ele desvela unidade de valor essencial e duradoura, e encontra não apenas a melhor justificação (contestável) para sua decisão, mas também os pressupostos dessa possível contestação. Na verdade, um juiz empírico é instado a atingir uma opinião substantiva ao situar e dimensionar o lugar de cada argumento colidente, e não construirá uma teoria

---

44 HOLMES, JR., 1897, p. 459.

45 *Ibidem*, p. 461.

46 COHEN, 1935, p. 840.

47 DWORKIN, 1975, p. 1.083-1.109.

abrangente a cada caso, mas trabalhará – por meio de um tipo de mão invisível ou consciência coletiva – em uma narrativa coerente *em evolução*, *tendencialmente* uma teoria normativa que é historicamente composta a várias mãos pelas autoridades ao longo do tempo, com os materiais autoritativos que elas interpretam.

Em síntese, é possível pontuar os pilares desse estilo de interpretação do direito[48]. O primeiro é a rejeição do raciocínio "analógico": aquele de baixo grau de abstração e com consideração finalística, mas sem pretensões de formar um sistema substantivamente coerente. A tendência à idealização está centrada na concepção de um sistema de direitos de base constitucional e derivado da filosofia política do liberalismo. Essa prática racionalizadora – que trabalha no plano do discurso de concepções abrangentes do justo político (princípios) e políticas públicas impessoais de bem-estar, como se aperfeiçoassem um só plano racional e defensável de sociedade – amplia exponencialmente o poder de revisão dos juízes, promovendo um deslocamento das decisões em direção às cortes, reduzindo o espaço dos poderes políticos democraticamente legitimados. Finalmente, idealizar o direito por meio da interpretação previne a visualização de suas falhas e a pretensão de atacá-las diretamente por meio de mudanças normativas. Um reformismo moderado e marginal nas mãos de juízes é o que resulta, a pretexto de interpretação, buscando compensar a disputa aberta e política pela reforma e recriação do direito. Essa concepção impessoal do justo funciona justamente para compensar, nas cortes, por apelo ao interesse público difuso, os grupos que perderam as disputas políticas (legislativas), balizando o direito gerado pelo conflito político em uma sociedade com grupos de pressão organizados e maiorias desorganizadas e desconsideradas na formação da vontade parlamentar (não apenas minorias vulneráveis).

Esse estilo racionalizador de raciocínio, análise e argumentação no direito aparece como última expressão da longa tendência, que percorre toda a história da doutrina ou dogmática jurídica, de ver o direito como "ordem moral imanente", como realização de uma racionalidade na história. Essa é a tradição do direito natural clássico. Seu contraponto, a visão do direito como decisão política contingente do soberano, aparece junto da teoria moderna dos direitos naturais e do contrato social (Hobbes). Essa visão – afinal, o positivismo jurídico – fundamenta o estado tanto em versões democráticas lastreadas na soberania popular (como a experiência da república de Weimar, representada por Kelsen e Preuss) quanto em experiências autoritárias (como o estado nazista, nascido do ocaso de Weimar e cujo teórico mais representativo parece ser Schmitt).

---

48 UNGER, 1996a, p. 34-119, 177-9. Ver também UNGER, 2015a, p. 3-24; 2007a, p. 119.

Para o racionalismo antigo, a filosofia grega e a jurisprudência romana, o direito era imanente à sociedade. As associações humanas, como coleções de pessoas, são sociedades e constituem direito: a família, a amizade, a estrutura de dominação do espaço público. O direito não é um dever-ser puramente formal, com conteúdo arbitrário: tem um conteúdo necessário, inscrito na ordem da natureza, da qual as sociedades humanas são um subconjunto. Muitos institucionalismos jurídicos reprisaram essa ideia do direito imanente à sociedade, contrapondo o pluralismo das organizações civis ao monismo estatal. O costume, misto de expectativas cognitivas e normativas, é a expressão maior dessa visão de direito como direito natural.

Na semântica do racionalismo moderno, o sujeito ascende como criador do mundo por sua razão e vontade. A racionalização do direito o apresenta não mais como dado da ordem natural ou revelação da criação divina, mas na forma lógica do imperativo de autonomia moral e cognitiva; o conteúdo do direito então não é autoevidente, mas contingente – poderia ser diverso do que vem a ser em dado momento. O sentido do positivismo está nessa concepção. Na democracia, procedimentos dão uma legitimidade a essa ideia da qual ela não dispunha em teorias da soberania como a de Hobbes.

Na virada do século dezoito para o dezenove, colapsa o direito natural antigo e moderno; surge a sociologia. Ela observa que de fato toda sociedade tem seu direito, mas não há um direito válido para todas as sociedades em todos os tempos. Em um longo aprendizado, chega à noção que a ordem do mundo não reprisa ponto por ponto a mente dos indivíduos, nem é resultante de pressupostos invariáveis da ação. Indivíduo e sociedade são mutuamente estranhos e indeterminados um para o outro. No atrito entre eles, as estruturas sociais conformam a razão individual e a razão individual dirige-se a conhecer a sociedade e agir sobre ela, modificando suas estruturas. Não é possível definir a causa primeira desse movimento. A novidade e o impulso inacabado da sociologia, que tanto Unger quanto Luhmann seguem[49], está em buscar a terceira margem, entre a tradição doutrinária do direito como "ordem imanente" da sociedade (atualizada pelo formalismo doutrinário do século dezenove e pelo idealismo de fim do século vinte) e a visão positivista do direito como criação arbitrária, vontade de quem detém o poder (soberano, que na democracia é em última instância o povo). A terceira margem é o direito

[49] Para a avaliação das três tendências que acabo de descrever, comparar LUHMANN, 2014 [1972], cap. 1; UNGER, 2013; 2015a, cap. 2; 1996a, p. 182-90; 1976a, cap. 2.

como estrutura da sociedade. Apresentar o direito como estrutura da sociedade e como sistema funcionalmente diferenciado é caminhar na direção da novidade do "iluminismo sociológico" (*infra* capítulo 3).

1.5 DO RACIONALISMO AO CETICISMO

O contraponto ao racionalismo extremado dos formalistas e idealistas é o ceticismo da indeterminação radical, a corrente mais visível que se desenvolveu nos *critical legal studies*. Unger[50] avalia que a tese de que a interpretação do direito pode levar a virtualmente qualquer resultado é enganosa. O intento dessa tese era criticar os pressupostos políticos ou morais subjacentes, que fixam o significado das regras jurídicas. Em vez de buscarem uma racionalização retrospectiva para encontrar um acordo profundo entre posições em dissenso (como se fossem apenas interpretações de uma mesma palavra ou conceito), os céticos entendem que a certeza do significado das normas jurídicas só pode ser dada pelos pressupostos institucionais e ideológicos que gravitam em seu entorno, incluindo considerações de propósitos, procedimentos e, mais amplamente, hipóteses ou dogmas avaliativos e empíricos, sobretudo tácitos. Por exemplo[51], a prevalência da "liberdade de contrato" sobre a "legislação social" pode ser vista como uma exigência da "natureza do governo livre", como uma idealização de dada tradição institucional nacional. E então juízes podem assumir que "o estado que governa melhor é o que governa menos". Mas esse pressuposto ideológico de fundo pode ser descrito como uma semântica que toma seu significado da estrutura de uma sociedade agrícola, "que precisa de pouco controle social". Conforme a economia política muda para uma sociedade urbana e industrial, a estrutura subjacente mina a semântica da sociedade livre e o que é tomado como seus "requisitos" normativos. Como observou Pound[52], "*[q]uando tais figuras ideais adquiriram certa firmeza na tradição judicial e profissional, elas são parte do 'direito' tanto quanto os preceitos jurídicos*". Era precisamente esse tipo de pressuposto político que os proponentes da visão da indeterminação radical queriam criticar. Não é uma

---

50 Para a crítica seguinte da "indeterminação radical", ver UNGER, 1996a, p. 120-2; 2015a, p. 26-8. Ver também UNGER, 2007a, p. 123-4. Como reconheceu POSTEMA (2011, p. 236), em um balanço da teoria do direito anglo-americana no século vinte, Unger é talvez o autor da "*crítica mais contundente ao que ele chama de 'a radicalização da indeterminação*'".

51 POUND, 1923, p. 653-4.

52 *Ibidem*, p. 654.

questão de incomunicabilidade e indeterminação da linguagem, mas uma crítica da própria moldura institucional e ideológica sob a qual ocorre a interpretação jurídica.

No final das contas, a visão racionalista do direito, por incrível que pareça, atinge efeito equivalente ao do ceticismo jurídico absoluto (ou "irracionalismo") que procura combater: o direito como continuação da política por outras vias. A racionalização contribui para minimizar o grau de contradição e desvio do direito existente, deslocando as escolhas da arena da política contingente e problemática para o altar judicial do direito necessário e justo. A indeterminação radical da crítica jurídica observa o direito como matéria amorfa de contradições e desvios que podem ser mobilizados instrumentalmente ou cuja escolha é guiada pela condição de classe, gênero e etnia do intérprete. Entre valores colidentes, não pode haver uma metarrazão justificadora: "*A imagem do sopesamento pressupõe exatamente o tipo de unidade mais abstrata de medida que o sentido de contradição exclui*"[53].

Portanto, de um lado, para um crítico cético[54], a indeterminação é reproduzida quando se passa de regras em conflito para níveis mais abstratos – propósitos e doutrinas colidentes, até debates políticos gerais e ideologias. Aí não há uma diferença qualitativa entre raciocínio jurídico e outros tipos de argumentação. De outro lado, para um racionalista idealista[55], a indeterminação é também reproduzida no nível ideal dos princípios, propósitos e políticas, mas o argumento jurídico não atinge o livre debate político de preferências valorativas subjetivas, porque é possível atingir um equilíbrio racional coerente dentro dos ideais jurídicos, a moralidade institucionalizada do próprio direito. Esse véu de integridade evita a desintegração da argumentação na volatilidade das preferências subjetivas.

Entretanto, a objetividade pretendida pelo método dos princípios e políticas é insustentável não por uma razão de linguagem e interpretação. O problema não é a determinação ou indeterminação *interpretativa* radical do direito. A questão da objetividade no direito está na relação entre os planos da argumentação jurídica e das divisões procedimentais e orgânicas – o contexto institucional. A divisão do trabalho jurídico (constitucionalmente, a separação de poderes) é interna à legitimidade decisória e aos estilos argumentativos que identificam e diferenciam direito e política. Dada a instabilidade do raciocínio guiado por valores,

53 KENNEDY, 1976, p. 1.775.
54 KENNEDY, 1979, p. 360.
55 DWORKIN, 1975; 1.986.

este de fato ameaça permanentemente escalar em uma visão de moralidade (em um plano de vida inteligível e racional para cada área da sociedade: a política, a economia, etc.). A solução idealista é pressupor – ainda que como ideal regulativo e de forma tanto abstrata quanto fragmentária – uma unidade de valor ou um quadro ético que confira objetividade à escolha entre valores. Assim controlado o raciocínio, justifica-se que caiba dentro da autoridade e conhecimento das cortes. É uma espécie de "razão prática" discernível do livre conflito ideológico. Mas então o campo de trabalho da política se estreita – para prejuízo do dissenso democrático e por uma falsa pressuposição: da possibilidade de uma hierarquia única na valoração de valores e da univocidade da conformação de regimes de regras segundo as imagens ideais resultantes dessa valoração (se do juízo de valores resulta a "liberdade igual", é possível que o arranjo institucional que melhor a realize na política seja uma "república democrática" – mas então como organizar tal república? Qual democracia? Que regime eleitoral?). Esse é um nível de discussão que o direito pode confiscar à política? No estado constitucional, a "valoração de valores" – ideologia, na definição luhmanniana[56] – parece ter lugar próprio: os poderes políticos. Poderia esse exercício ser tão apolítico a ponto de ajustar-se ao judiciário?

Contemplando o abismo a que pode levar a indeterminação radical e a arbitrariedade da visão normativa pressuposta pela elaboração racional, é preciso reconhecer que as disputas sobre regras justificadas por referências a valores são conflitos rotineiros dentro do direito (tomando como dada a arquitetura institucional posta pela política e representada pelo direito); podem escalar em conflitos sobre o direito, sobre tal estrutura juridicamente pressuposta mas politicamente disputada, passando ao nível "agregado" das regras que se aglomeram em instituições e dos valores que se dimensionam em ideologias. Mas então precisamos encarar os paradoxos que emergem na diferenciação e dependência entre direito e política são diferentes. A permeabilidade depende do repertório variado de ligações institucionais entre esses sistemas sociais.

[56] LUHMANN, 2012 [1997], p. 223. Ver também FEBBRAJO, 1975, p. 199-208.

VARIAÇÕES KANTIANAS

Este capítulo propõe-se a avaliar as tradições teóricas apresentadas no anterior à luz da empreitada filosófica de Immanuel Kant. Assim, lança as bases para uma teoria do direito que considere as preocupações do construtivismo kantiano, produzindo deslocamentos fundamentais ao situar a proposta do construtivismo jurídico no plano do direito como ciência social (o que farei no capítulo 3, pela discussão de Luhmann e Unger).

O projeto transcendental kantiano – de buscar fundamentos racionais para o pensamento anteriores à empiria – é marcado por um cisma entre o campo da moralidade (este reino "interior" e racional da ética e do direito, da liberdade) e a esfera da política, zona "exterior" da coação. Contra outros iluministas, como Locke, Kant apregoou a união dos poderes do estado (em vez da separação) e vedou o direito de resistência (sustentando o dever de obedecer mesmo ao governo tirânico). Nesse impasse, uma reconciliação entre as instituições políticas e a liberdade moral é diferida para o advento de uma república – talvez universal – à qual um lento progresso deve encaminhar a humanidade, afinando e amolando suas virtudes[57].

A encruzilhada a que chega esse raciocínio merece consideração para uma teoria do direito que, como a que avanço neste livro, preocupa-se com como a juridicidade se institucionaliza. Mas, além disso, em paralelo à obra de Kant, parece-me que o próprio desenvolvimento da teoria do direito, nas variedades que discerni, apresenta posições que podem ser esclarecidas pelas afinidades eletivas com sua filosofia crítica e construtiva.

2.1 CONSTRUTIVISMO: O GIRO KANTIANO

A ciência moderna, paradigmaticamente representada pela física mecânica de Newton, exponenciou a crença nos poderes da razão.

---

[57] CASTRO, 2005, p. 174-9.

Expôs uma natureza governada por leis causais, suscetíveis de serem conhecidas pelos homens em sua ordem inquebrantável. A possibilidade desse conhecimento conduzia ao otimismo. Mas a submissão a tal ordem indiferente aos esforços humanos anunciava impotência e desespero. De um lado, a aposta na capacidade ilimitada do sujeito racional de ordenar o mundo segundo suas próprias luzes – não mais pressupondo uma harmonia natural entre a ordem na pólis e a ordem na alma, como em Platão. De outro, um anúncio de que a razão devoraria a liberdade – o livre-arbítrio, a capacidade de escolha.

Já em momento de crise e declínio do iluminismo, Kant toma o primeiro partido, aquele de resgate da fé nos poderes da razão. Seu objeto, o objeto da metafísica, é a capacidade do sujeito de atingir conhecimento verdadeiro, independente das variações empíricas do mundo. A matemática é a mais perfeita das ciências, por esse critério; depois a física – o domínio das leis da natureza. O conhecimento repousaria em *princípios* anteriores a qualquer experiência, em pressupostos racionais, *a priori*. A verdade sobre o mundo não é simplesmente um dado inscrito na ordem das coisas; é produto de uma *construção*: submetemos a matéria sensorial ao processamento, à decodificação pela mente, segundo as estruturas racionais nela inscritas. Esse conhecimento conceitual é *formal*. A forma é a ordem racional comum a todo ser humano, inata. A forma, a *estrutura* de pensamento, pode ser preenchida por variados conteúdos; é a arquitetura a organizar e classificar o dado empírico a ela submetido. Ela é o parâmetro de teste universal, a moldura racional do sentido. O objeto é conhecido pelo sujeito – é o produto final de um processo de construção consciente, é moldado pelas estruturas cognitivas individuais. Essas estruturas ou formas são a condição de possibilidade do conhecimento, estão dadas antes que qualquer objeto seja submetido a tal processamento de dados pela mente.

A intuição move-se ao redor dessas estruturas intelectivas, dessas formas estacionárias, e não o contrário. O conhecimento não é móvel, flutuante, pois tem um eixo de rotação nas formas *a priori*, nos princípios. A experiência conformada a eles é o conhecimento *a posteriori*. Kant compara essa mudança de perspectiva com a postura de Copérnico: depois de tentar explicar os movimentos celestes pressupondo que o céu se movia ao redor do observador, tentou fazer o observador mover-se, assumindo que as estrelas é que estavam em repouso[58].

A reforma do mundo segundo as luzes da razão individual baseia-se na capacidade das consciências de apreenderem a estrutura do

[58] KANT, 1998a [1781], p. 110 (Bxvi-xviii).

mundo, reconstruindo-as no pensamento, e transformarem-na pela colocação em marcha da ação. A ação é a realização da *liberdade*; é a razão mobilizada pela *vontade* – a *razão prática*. Aí Kant localiza o direito.

2.2 RAZÃO PURA E NEUTRALIDADE CIENTÍFICA

Após as críticas realistas e reconhecendo a interpenetração prática de direito e política, o positivismo jurídico do século vinte apartou-se dos acidentes da dogmática e da argumentação jurídica – suas controvérsias fáticas e normativas. Construiu-se como positivismo "analítico", como formalismo "metodológico". Fugindo à semântica do direito natural, Kelsen reprisou o intento dos teóricos mais sistemáticos e racionalistas dos direitos naturais: de construir uma ciência jurídica capaz de assentar-se em certezas análogas às matemáticas. Construiu sua reflexão sobre o direito aplicando o método que Kant havia elaborado especialmente em vista da matemática e da física: a razão pura teórica[59].

A separação kantiana entre ser e pensar, entre conhecimento e vontade, mundo e pensamento só pode ser unificada imaginariamente: não por um sujeito empírico, mas transcendental. A diferença sujeito/objeto re-entra o sujeito, que só pode assegurar a realidade a partir do pensamento. Em Kelsen, a influência dessa elaboração conduz a teoria do direito a uma radical oposição entre direito e política, entre ciência do direito (descrição de normas) e política do direito (interpretação e criação de normas, seja pelo legislador, seja pelo juiz) e entre ciência do direito como "teoria pura" e dogmática como prática argumentativa impura, porque permeada de juízos ideológicos, causais, morais. Kelsen desenvolve então uma ciência normativa, não por prescrever como o direito deve ser, mas apenas por descrevê-lo como norma e ordem normativa. Essa atitude teórica leva Kelsen a expulsar da ciência normativa do direito (a "teoria pura") a questão do conteúdo das normas (arbitrário) e a questão da eficácia – a dogmática jurídica e a sociologia do direito. Identificar o direito pelo seu conteúdo seria confundi-lo com a justiça e descrevê-lo como um sistema estático de deduções – direito natural. O direito positivo vale, existe por sua forma – por sua institucionalidade de órgãos e procedimentos, isto é, por normas. Tanto seu conteúdo quanto sua eficácia podem ser pesquisados empiricamente pela sociologia (a sociologia jurídica como "ciência natural", empírica)[60]. A arbitrariedade do

---

[59] Sobre Kelsen e Kant, ver KELSEN, 1998 [1960]; GOYARD-FABRE, 1993; PAULSON, 1992.

[60] Ver AMATO (2015), sobre o debate entre Kelsen e Ehrlich e para um paralelo com Luhmann.

conteúdo pode ser apenas contida fora do direito: pela política e pela filosofia. A ciência do direito auxilia apenas a discernir as interpretações possíveis da norma, mas não define qual a interpretação correta, que deve conduzir à decisão. Na teoria da interpretação, Kelsen não é tanto um formalista, mas praticamente seu oposto – se a decisão sobre qual interpretação acolher é, afinal, política, há uma aproximação ao realismo jurídico. É o que nota Unger[61]: em Kelsen, a ciência do direito é capaz de circunscrever as interpretações possíveis e a escolha das regras aplicáveis é racional, enquanto o ato decisório do caso concreto elege, subjetivamente, uma interpretação. Mas a interpretação não envolve justamente decidir em que situação uma regra deve ser seguida?

A raiz dessa cisão – entre ciência (teoria) do direito e dogmática, entre teoria do direito e sociologia, entre ciência e filosofia – está no reconhecimento preciso e na sucessiva marginalização do problema da institucionalização. O objeto da teoria pura – a norma e a ordem normativa – resvala na política, não só na definição de cada decisão interpretativa, mas também na definição da norma (pela sanção) e da ordem normativa (pela centralização estatal da coerção). A arbitrariedade da interpretação é salva pela circunscrição das questões de lacunas e antinomias do conjunto de normas às respectivas soluções aproximadas à lógica formal. A salvação de se ter como última instância a eficácia da qual depende a validade das normas e do ordenamento é dada pelo cientista transcendental do direito, que pressupõe a norma fundamental. Esse ato de conhecimento salva o positivismo kelseniano do fato político da soberania e da regularidade empírica da obediência, que eram a diferença unificadora do positivismo original.

O problema da institucionalização foi imaginado pelo pensamento político como "contrato social" e, pela ciência das normas jurídicas, como "norma fundamental". Kelsen afirmará a plena artificialidade do direito positivo como pura forma da razão, como objeto construído pelo sujeito que quer conhecê-lo. O direito é isolável como realidade por um pressuposto transcendental que o unifica como estrutura escalonada de normas. A ciência jurídica é essa teoria pura e aparta-se das impurezas normativas da dogmática, da interpretação jurídica das normas jurídicas. A norma fundamental é a unidade da diferença entre fato e norma, entre poder e direito. Como unidade da diferença, é invisível; só pode ser vista se imaginada. No horizonte epistemológico da filosofia da consciência kantiana, essa imaginação é um ato de conhecimento do sujeito. A norma fundamental é a unidade imaginária da diferença entre o direito como ciência e o direito como objeto da ciência. Com isso, é paradoxalmente

61 UNGER, 1984a [1975], p. 308 (nota 32).

um ato de vontade de conhecer: condição para conhecer o direito como ordem normativa, isto é, o direito tal como duplicado pela ciência normativa. A norma fundamental é mera forma, paradoxalmente com um conteúdo: a instituição de um padrão produtivo de normas, de um "fato criador de normas"[62]. Essa instituição imaginária manda obedecer à constituição, à qual afinal é remetida a definição desse padrão – mais uma vez, também a constituição é concebida como pura forma, como norma de normas, princípio ordenador da existência concebida como validade. Em vez de Deus ou da razão, temos a ciência.

Como anota Luhmann[63], pretendendo descrever o direito por si mesmo, Kelsen acaba externalizando o paradoxo da autorreferência do direito à ciência, para assim fugir à desparadoxização pela política: o que ocorre pela diferença entre poder constituinte (fato político) e poderes constituídos (criação de normas segundo normas). Se a unidade dessa diferença é imaginada pelo cientista puro do direito como norma fundamental, é imaginada pela sociedade, na sociedade, como institucionalização: pressuposição do consenso. Em ambos os casos, a diferença é diferida: o poder constituinte antecede os poderes constituídos e se exaure, enquanto estes se perenizam. Já a hipótese transcendental ocorre como um procedimento para o conhecimento, um método para a construção de seu objeto, o que consome tempo. O sujeito constrói o sistema. Para poder conhecer o direito como ordem normativa (isto é, como objeto duplicado pelo sujeito, pela ciência), é preciso antes pressupor uma condição não empírica de possibilidade da ordem normativa empírica. Não dispondo de um conceito de sociedade (mas apenas referindo-se à "socialidade"), Kant resumira o conhecimento ao solipsismo individual[64].

Hart alcança a possibilidade de um ponto de vista independente da aceitação das normas (isto é, uma teoria do direito independente da argumentação doutrinária) não por um pressuposto transcendental de quem quer conhecer o direito como hierarquia de normas, mas pela delimitação pressuposta do conjunto de normas jurídicas válidas segundo o costume das autoridades do direito (a regra de reconhecimento como regra social)[65]. O problema também se apresenta na forma do poder constituinte, como refletido em uma polêmica entre Fuller e Hart.

---

62 KELSEN, 1967 [1960], p. 196.

63 LUHMANN, 2001a [1985], p. 23.

64 Sobre Kant, ver LUHMANN, 2013 [1997], p. 95, 139, 169-171, 187, 193, 233, 239, 272-3, 399; 2012 [1997], p. 72, 374 (nota 151), 416 (nota 326), 446 (nota 245).

65 Ver HART, 1994a [1961], cap. 6.

Após uma revolução, uma quebra da ordem jurídica, os critérios para reconhecimento do direito válido desestabilizam-se. Fuller[66] entendia que a sustentação a um sistema jurídico repousaria sempre em "aceitações e expectativas tácitas" que corroboram o sentido de que tal sistema é justo, correto, mas que não podem ser expressas em termos de obrigação ou capacidade. Tal sustentação de um sistema jurídico por expectativas acerca de sua correção (moral) seria uma questão sociológica, empírica, antes que jurídica, normativa. Diante dessa crítica, Hart[67] defendeu sua teoria da regra de reconhecimento para explicar especificamente o caso da persistência do direito após a autoridade que o produziu haver sido tirada do poder. Essa persistência da validade de todo o corpo de regras anteriores é explicável não a partir de hábitos de obediência à autoridade, mas da referência aos critérios atualmente aceitos para a identificação do direito válido, critérios estes que constituem a própria regra de reconhecimento e que fazem referência ao órgão aceito como produtor do direito, e não à pessoa que o ocupe. Após uma revolução, tais critérios são colocados sob incerteza, mas tão logo tribunais, legisladores e outros oficiais desenvolvam uma prática uniforme de reconhecimento, de aplicação de certos critérios para a identificação do direito válido, tem-se uma nova regra de reconhecimento, uma prática social reiterada, institucionalizada, sobre a qual também repousa o direito anterior – que estava sob outra regra de reconhecimento, mas que possa ser identificado como válido pelos novos critérios estabilizados. O reconhecimento, portanto, independe do endosso moral do direito posto. É questão de observar como outros observadores observam.

2.3 RAZÃO PRÁTICA, OU DIREITO COMO MORALIDADE

Ao rejeitar a possibilidade da perspectiva externa, valorativamente descompromissada, do positivismo analítico em sua pretensão de fornecer uma teoria geral do direito indiferente às controvérsias normativas do discurso jurídico dogmático e argumentativo, a idealização do direito virou-se à razão prática[68]. Observou o direito como "a institucio-

66 Ver FULLER, 1969 [1964], p. 137-42.

67 Ver HART, 1983 [1965], p. 359-63.

68 Ver DWORKIN (2006 [2004]), criticando o "arquimedianismo" em referência à dicotomia hartiana entre ponto de vista externo e ponto de vista interno, que propõe para a teoria do direito o ponto de vista "externo moderado" (que entende, mas não aceita as regras), separando-a, portanto, da dogmática e da argumentação judicial (HART, 1994a [1961], p. 82-91). Sobre essa virada da teoria do direito à "razão prática", ver MACCORMICK, 2008b.

nalização da razão"[69] ou um "departamento da moralidade"[70]. A idealização jurídica do fim do século vinte defende que não se pode entender o direito por referência apenas à institucionalização formal, a regras e procedimentos. Essa visão do direito, ao mesmo tempo descritiva e prescritiva, não se contenta com a autorreferência mais ou menos flexível, indeterminada, contingente entre regras formais, *standards* empíricos e valores, positivados ou não. Sua pretensão de objetividade, de "única resposta correta", requer a pressuposição de uma moralidade comunitária que tende, no limite, a uma visão teoricamente articulada e coerente sobre uma hierarquia de valores. É a antiga concepção sistemática do direito natural moderno.

No pano de fundo da interpretação jurídica, há uma teoria política que funciona como ideal do juízo moral. Ambicionando ao "objetivo utópico e sempre irrealizado – a unidade de valor de Platão" –, o filósofo político deve "*encontrar o lugar de cada valor em uma teia de convicção maior e mutuamente sustentada que exponha conexões apoiadoras entre valores morais e políticos em geral e então os coloque no contexto ainda maior da ética*"[71]. Segundo tal concepção, o juiz não é um filósofo, mas seu raciocínio moral assemelha-se ao deste como um caso-limite.

O problema é que essa unidade platônica do valor é uma idealização problemática mesmo como ideal regulativo, diante do pluralismo cultural e da fragmentação estrutural da sociedade[72]. Como interpreta Günther[73] – de quem Luhmann[74] toma o conceito de "policontexturalidade" para descrever a diferenciação funcional, a falta de um centro diretor, a heterarquia da sociedade moderna, "sem topo nem centro" –, a ontologia clássica trabalhava com uma lógica "monocontextural". Platão distinguia ser e pensamento e Aristóteles buscava na dedução do particular a

---

69 Ver KLATT (2012), referindo-se a Alexy.

70 DWORKIN, 2011, p. 5.

71 DWORKIN, 2006 [2004], p. 168. Para o desenvolvimento dessa proposta, ver DWORKIN, 2011.

72 Ver, na linha luhmanniana, a crítica de NEVES (2013 [2011], p. 141-70) à subcomplexidade da "comunidade liberal" posta como ideal regulativo do juiz Hércules diante da policontexturalidade da sociedade atual; há evidente paralelo com a crítica do consenso no modelo normativo de democracia deliberativa habermasiano (ver *infra* 2.4.), o que leva NEVES (2008 [2000], p. 136-56) a enfatizar a dualidade *dissenso substantivo/ consenso procedimental* como condição estrutural do estado democrático de direito.

73 GÜNTHER, 1973.

74 Ver *e.g.* LUHMANN, 2012 [1997], p. 13, 46, 149; 2013 [1997], p. 125, 183, 225, 281-2, 313, 337, 343. Weber referia-se ao "politeísmo de valores" (ver OAKES, 2003).

partir do geral, ou na indução do geral a partir do particular, uma ponte entre a objetividade do ser e a subjetividade da ideia. Para Platão, tudo o que pudesse ser pensado poderia ser remetido a um único princípio, uma ideia unificadora e geradora no topo da pirâmide. Para Aristóteles, o universo seria monocontextural: tudo o que existe pertence ao ser; o que está fora do universo é o nada; não se pode transitar do nada ao ser ou vice-versa. Na modernidade, Hegel veio a romper com essa concepção ao propor que se pode passar de um valor à sua negação, pois o valor não marcado, visto como o caos e o inexistente, deve ser marcado, visto como ordem e ser, em outra "contextura". Há potencialmente infinitas contexturas e cada dado ontológico do mundo é a interseção de várias contexturas, não pode ser retrotraido à unidade fundamental de uma só contextura.

Assim, uma sociedade "policontextural" é aquela que se reproduz pela autorreferência de diversos subsistemas, ou "contexturas", e que não pode assim atingir qualquer unidade de pensamento ou ação. Luhmann toma então uma posição fortemente historicista para descrever a justiça como uma "fórmula de contingência" do sistema jurídico – uma combinação, em cada caso concreto, de fechamento e abertura, de consistência jurídica e adequação social, lastreada na autoconcepção histórica de cada sociedade, definida por sua semântica[75]. De outro lado, vimos a análise jurídica racionalizadora como expressão de uma racionalização material do direito, no quadro weberiano da modernidade. O raciocínio de meios e fins, instrumental ou finalístico, é semântica que expressa uma estrutura jurídica que se encaminha rumo à materialização, não mais se cinge à pura autorreferência jurídica, mas enfatiza a heterorreferência do direito (à política, à economia, etc.). Tal estilo de interpretação busca conter a indeterminação dessa relação entre meios e fins, regras e valores normatizados como princípios.

> *Ronald Dworkin reivindica que problemas jurídicos, mesmo em "casos difíceis", podem apenas ter uma solução correta segundo a teoria jurídica. Ele com isso justifica a reversão a princípios morais no direito. Como se vê, porém, isso não significa dizer que a correção possa ser provada. Aparentemente apenas significa que um jurista que leve o direito a sério deve ser abençoado com uma suficiente falta de compreensão das opiniões dos outros. O racionalismo ocidental em sua fase final dificilmente poderia tornar sua própria fraqueza mais clara*[76].

---

75 Ver LUHMANN (2004 [1993], cap. 5), assim como a comparação de VILLAS BÔAS FILHO (2007) entre a concepção luhmanniana de justiça e a crítica de Kelsen a Platão.

76 LUHMANN, 1998a [1992], p. 27.

O racionalismo ocidental teorizado por Weber dizia respeito ao progresso da racionalidade instrumental, do cálculo entre meios e fins, como forma de autointerpretação da sociedade moderna e de orientação da ação social. No direito, esse racionalismo seria representado pela formalização, como abstração do conteúdo do direito pela autorreferência pura entre regras formais, o que garantiria a certeza necessária à economia competitiva e à administração regular do estado. Mais amplamente, seguindo Unger, podemos ver como mesmo a idealização do direito é expressão de uma racionalização (agora material), por referir valores a uma moralidade pretensamente neutra, buscando garantir, agora substantivamente, aquela certeza e segurança. Essa visão moral funciona paradoxalmente como uma espécie de forma impessoal dentro da qual variações valorativas precisam ser contidas como interpretações concorrentes de um mesmo conceito. O sentido mais próximo de racionalismo em termos da fundamentação da análise jurídica racionalizadora é aquele da filosofia moral e política, da busca por critérios normativos imparciais que independam de especificidades históricas de certa sociedade e sejam neutros com relação às preferências individuais.

Vale notar que há certas descontinuidades que colocam nuances no sentido em que o racionalismo da ontologia clássica pode ser interpretado como precursor do racionalismo moderno[77]. A busca por uma objetividade do valor no racionalismo antigo oscilou entre a tentativa de desvelar uma estrutura racional latente no juízo moral, em vista de uma teoria da realização humana (Aristóteles), e uma tentativa de se afastar da opinião moral convencional, transcender os costumes e atingir uma perspectiva externa, uma realidade superior, uma ordem escondida, para julgar essas ideias (Platão). Enquanto a primeira privilegia a opinião e a experiência de certos grupos, a segunda parece ser muito discutível para se impor sobre a percepção comum do mundo. O racionalismo moderno procurou superar essas doutrinas buscando um método imparcial para o juízo político e moral. Ele sofre, porém, de uma instabilidade: mantém sua neutralidade quando indeterminado, mas a perde quando, para chegar a conclusões específicas, incorpora mais ou menos arbitrariamente formas institucionais e entendimentos historicamente situados. Ademais, a recombinação de ideias e formas de vida na história acaba por revelar significados contrastantes atribuídos aos mesmos ideais e uma indeterminação no modo de institucionalizá-los. Coloca em xeque a pretensão racionalista de encontrar uma forma de avaliação que transcenda culturas, sociedades e histórias.

---

77 Sobre racionalismo antigo e moderno, ver UNGER, 1996a, p. 170-4; 2007a, p. 3-4.

Ainda, o impulso racionalizador do direito se constrói em seu intuito de casar história e razão, na concepção da evolução jurídica (por mudanças legislativas e jurisprudenciais) como realização de uma ordem moral imanente, assim como Hegel entendia a realização do "espírito absoluto" na história: culminando na superação de todas as contradições[78]. Afinal, Hegel[79] desdenhara da prática de "***dar instruções*** *sobre como o mundo deve ser*", considerando que "*a filosofia, em qualquer medida, sempre chega tarde demais para desempenhar tal função*". Segundo ele, a teoria que "*constrói ela mesma um mundo* ***como ele deve ser****" o faz existir apenas nos limites estreitos de suas próprias opiniões. A compreensão verdadeira viria de "reconhecer a razão como a rosa na cruz do presente*". A ideia filosófica reconcilia *forma* ("razão como cognição conceitual") e *conteúdo* (a "essência substancial de realidade tanto ética quanto natural")[80].

Notando que Unger trata da "análise jurídica racionalizadora" não como a teoria do direito de determinado autor, mas como estilo acadêmico e prático de análise jurídica, um observador[81] considera que a pretensão da filosofia do direito de Hegel – não de prescrever o dever-ser, mas de revelá-lo como razão imanente à história – não é o que está em jogo especificamente em propostas de "interpretação construtiva", como em Dworkin[82]. Aqui, o intérprete atribui propósitos às soluções regradas e julga qual disposição de valores dá sentido mais coerente à prática normatizada. Embora demande crenças menos inverossímeis, parece-me que essa proposta produz o mesmo resultado quanto à subestimação da medida em que há contradições e desvios inscritos no direito e em que eles se vinculam a disputas contingentes de interesse e visão que transitam entre governos e tribunais. Não é a questão trivial e acessível ao positivismo de um conflito de normas; é o problema da geração possível de planos divergentes de organização social a partir da elaboração interpretativa das normas. Por suas pretensões de objetividade, ao raciocinar sobre as regras em jogo em dada controvérsia, constatando sua agregação institucional em uma "forma de vida", a interpretação construtiva idealizante tende a aplicar a disjunção entre "pegar ou largar": a prática em questão tem um

---

78 Sobre esse impulso hegeliano ("o real é racional"), ver UNGER, 2013, p. 24-5; 2015a, p. 10-1; 2007a, p. 5-6; 2014, p. 163-4.

79 HEGEL, 1991 [1820], p. 23 (grifos no original).

80 *Ibidem*, p. 22 (grifos no original).

81 WALDRON, 1998, p. 513-7, 523. Mas, a partir da crítica de Unger à "análise jurídica racionalizadora", WALDRON (1999, p. 8-10), procura a seu jeito dar um novo *status* de justificação à "dignidade" da legislação em contraponto à jurisprudência.

82 DWORKIN, 1986, cap. 2.

conteúdo inerente e justifica-se por certo *pool* de valores; quem a pratica, adere às regras do jogo. A verdade é que a prática da prática tende mais a revelar sua falta de univocidade, de "natureza", do que sua coerência. É claro que Dworkin pode tratar tudo isso sem remeter a uma filosofia da história tão demandante – basta apelar uma cláusula kantiana: *é como se* o direito fosse produto de um só corpo e um só espírito...

Como representado pelo ideal regulativo do juiz Hércules, o método de construção dessa visão contrafática – o ideal de justiça que precisamos pressupor que toda argumentação jurídica vise – é forjá-la *como se* o direito houvesse sido concebido e criado por uma só mente e uma só vontade; ao mesmo tempo, diante dos "acidentes" da história jurídica – mudanças legais e jurisprudenciais –, essa racionalização só pode ser retrospectiva; é o final da história que oferece "a melhor luz" sob a qual interpretar a "narrativa" precedente. Embora normativa, essa visão cumpre uma função empírica: filtrar o direito que seja mero produto da vitória de interesses poderosos nas arenas políticas (nos poderes políticos), fornecendo como produto final o direito purificado: apenas aquele que possa ser justificado para a felicidade de todos e o bem da nação – isto é, como amparado por critérios deontológicos do justo (princípios) ou, no mínimo, por políticas públicas imparciais aptas a produzirem o bem-estar coletivo. Uma instabilidade é inerente a tal estilo de raciocínio e argumentação. Esse reformismo magnânimo liderado por juízes precisa ser moderado o bastante para não solapar a diferença entre criação e interpretação do direito; ao mesmo tempo, por superdimensionar o elemento ideal no direito e conceber o direito real (as decisões legislativas, governamentais, judiciais, privadas) como racional, essa visão, se eficaz, estreitaria os limites da divergência política aceitável – a controvérsia ideológica e o conflito de interesses aberto. É uma espécie de "terapia social evasiva"[83]; afinal, como diria um observador, é plausível que se considere que "*o público, em vez do departamento de filosofia da Universidade de Michigan, deve decidir as determinações morais envolvidas no governo*", mesmo que os acadêmicos fizessem melhores escolhas[84]. A política real continuará a ser uma disputa regrada entre interesses poderosos que buscam o estado para transformar-se em direito adquirido. O direito é produto do costume herdado e de decisões coletivamente vinculantes (função da política), seleções democraticamente legitimadas, que não podem ser vistas mais como acidentes de percurso do que como escolhas criadoras que exigem deferência por parte dos intérpretes do direito,

83 UNGER, 1996a, p. 82-3.
84 SCHAUER, 1988, p. 541.

nos limites de sua função especializada e legitimada. O máximo a que pode chegar o idealismo jurídico é a autoilusão de que as disputas políticas não são tão importantes, pois afinal a última palavra caberá a cortes esclarecidas. Essas cortes é que poderiam desvelar o plano racional por detrás dos acidentes da história jurídica. O direito posto não poderia ser modificado à luz das preferências ideológicas e decisões políticas, mas apenas corrigido em seus desvios dessa visão moral imparcial, mais universal e mais abstrata, que paira acima das divisões de ideais e interesses.

Valores são socialmente estáveis e agregadores de consenso, enquanto psiquicamente são instáveis. São muito abstratos para permitir a seleção de qualquer ação e, em situações concretas, apresentam-se sempre em conflito de valores. Jamais são preferências incondicionais e, ainda quando não estejam explicitadas suas condições de aplicabilidade, dependem de deliberação e solução caso a caso. O padre Antônio Vieira pôde perguntar e responder: "*E quais são estes sermões e estas palavras do Céu? As palavras são as estrelas, os sermões são a composição, a ordem, a harmonia e o curso delas*"[85]. Mas nós teríamos que concluir que "*[v]alores são então nada além de um conjunto altamente móvel de pontos de vista. Eles não se assemelham a estrelas fixas, como as ideias outrora se assemelhavam, mas a balões mantidos à mão para ser inflados quando preciso, especialmente em ocasiões festivas*"[86]. Pretender a formação progressiva de uma teia moral coerente – ao longo de uma história jurisprudencial de interpretações – é exigir uma orientação que a moralidade de uma sociedade complexa não pode fornecer na reflexividade de valores em ideologias e argumentações, nem sustentar como pretensão meramente normativa de objetividade ou coerência.

2.4 EVASÕES DA TEORIA NORMATIVA CONTEMPORÂNEA

Uma característica da análise jurídica dita pós-positivista é a instabilidade na passagem de um plano de autorreferência entre regras, doutrinas, jurisprudência e valores considerados em analogias concretas para a heterorreferência do direito à generalização e abstração rumo a uma moralidade abrangente, tangenciando o campo da moralidade política e da respectiva filosofia. Há, portanto, na filosofia política, uma tradição paralela ao pensamento jurídico e que apresenta características elucidativas para a crítica e a construção da teoria do direito.

---

85 VIEIRA, 2011 [1655], p. 149.

86 LUHMANN, 2012 [1997], p. 204.

O liberalismo original expressou-se como uma teoria social pré-científica, ou uma protossociologia, de caráter mais impressionista e ensaístico. Em seu ideal de liberdade, baseado na propriedade como condição da autonomia e no autocultivo do indivíduo em sua capacidade de entender e transformar o mundo, era aristocrático. Em suas instituições – a propriedade privada absoluta, o governo limitado – era protodemocrático.

O dito "renascimento" da filosofia política, ou teoria política normativa, nos anos de 1970, é marcado por uma profunda transformação do sentido e alcance desses ideais. É uma reacentuação das virtudes liberais como correção de distorções da socialdemocracia que então já haviam se tornado visíveis. Não deixa de ser, porém, uma reafirmação, no essencial, dos ideais e instituições dessa democracia liberal-social paradigmática no fim do século vinte. O liberalismo deixa de ser ideologia viva, uma semântica contestada representativa das fricções da estrutura social em modernização. O contratualismo deixa de ser a filosofia que simboliza a centralização do estado moderno e justifica seus poderes. O utilitarismo deixa de ser um programa radical de reforma da sociedade, segundo as luzes da "ciência da felicidade", que fornece um método para analisar os arranjos que maximizem o bem-estar coletivo.

Para Unger[87], no utilitarismo clássico há um método de agregação de interesses que define o conteúdo das leis, isto é, os interesses a serem protegidos pelo estado. No contratualismo de Locke e Rousseau, há procedimentos para a confecção de leis e a solução de disputas aos quais teríamos subscrito por autointeresse. Já em Rawls há "*um sistema ideal de procedimentos para a produção do direito que todos os homens devem aceitar em seu autointeresse e cuja operação, seria possível demonstrar, leva a certas conclusões específicas sobre a distribuição de riqueza e poder*".

No entanto, a contraposição, na filosofia acadêmica, entre contratualismo e utilitarismo subestima a unidade mais densa que há entre essas posições[88]. Os dois passos comuns desses métodos consistem em, primeiro, fixar um parâmetro de justiça pelo qual se filtrem os desejos e as intuições individuais, agregando-os segundo alguma métrica ou explicitando os princípios implícitos dos quais tacitamente dependem as expectativas legítimas. Nesse passo, é preciso desconsiderar a dependência entre a macroestrutura social e as expectativas que ela institucionaliza, a fluidez dos desejos e os conflitos entre preferências individuais, subesti-

87 UNGER, 1984a [1975], p. 86.

88 Para essa crítica do contratualismo e do utilitarismo, ver UNGER, 2007a, p. 119-22; 2015b [1982], p. 188-92.

mando a vontade de transcender a estrutura social existente (ou as expectativas que a transbordam) e rearranjando apenas as orientações normativas que ela sustenta. O complemento é o segundo passo: a aproximação entre esse método *a priori* atemporal e as formas institucionais acidentalmente existentes, de democracia e mercado, por exemplo. No método contratualista, a preocupação com a imparcialidade da eleição dos princípios de justiça em uma situação ideal de escolha filtra a reflexão das intuições morais às quais ao final se irá atribuir normatividade. Tal filtro garante enraizamento histórico e estabilidade às diretrizes morais; mais uma vez, os critérios podem ser comprometidos pela restrição imposta aos "dados de entrada" considerados em sua elaboração. (Ao liberalismo tardio corresponde a semântica jurídica afim: o jogo idealista na interpretação jurídica entre uma estrutura de regras e doutrinas manifestas e uma correlação abstratizante de princípios, políticas e propósitos latentes. Aqui a restrição aos "dados de entrada" é justificada pela distinção entre interpretação do direito vigente e crítica externa, voltada à reforma do direito.)

Há um compromisso instável que a via principal da filosofia política contemporânea – exemplificada nas obras de Rawls e Habermas – precisa fazer entre o racionalismo e o historicismo[89]. De um lado, são imaginados critérios formais impessoais pelos quais se poderia definir e julgar uma estrutura básica da sociedade justa, relativamente neutra entre concepções concorrentes de bem, não enviesada por considerações particularistas de valores, poderes e preferências que marcam os sujeitos concretos. De outro, é a autoridade das crenças e instituições vigentes nos contextos aos quais a teoria se dirige (os estados democráticos liberais; mais proximamente, os países do Atlântico Norte) que fornece as tradições e experiências a partir das quais se constrói o exercício reflexivo da teorização normativa e seu resultado se torna verossímil.

Ainda, pode-se destacar importante crítica às teorias críticas proponentes de versões de "democracia deliberativa". A acusação é de um "desconforto com a democracia" manifestado, entre outras modalidades, "*em um ideal de democracia deliberativa como mais aceitável quanto mais perto em estilo de uma conversação cortês entre cavalheiros em uma sala de estar do século dezoito*"[90]. A questão aí é uma tentativa de idealizar filtros de um discurso não enviesado em favor dos interesses

89 Ver a crítica de UNGER, 1996a, p. 4-6, 170-82. Para um aprofundamento da comparação entre "superliberalismo" (Unger), "liberalismo igualitário" (Rawls) e "teoria crítica" (Habermas e Honneth), ver AMATO, 2017b.

90 UNGER, 1996a, p. 73.

poderosos, enquanto não se identifica diretamente o que modificar na institucionalidade atual de uma democracia de massas contida basicamente no figurino de um liberalismo protodemocrático, corrigido pela extensão do sufrágio e pelos programas redistributivos do estado social.

Como observa Luhmann[91], é certo que a terapia do discurso não enviesado e não distorcido pelo poder e pelo dinheiro precisa passar de "evento metafórico" a forma institucional concreta – formação da opinião pública pelos meios de comunicação de massa, participação eleitoral, partidos e parlamentos. Mas então, a hipótese normativa de que todos poderiam concordar com o que foi deliberado não pode repousar na idealização dos ausentes; depende da escolha dos representantes que efetivamente deliberam nessas arenas e do que os legitima a escolher em nome de todos. As formas de exclusão e estigmatização econômica, étnica, sexual, nacional, religiosa atuam mesmo na autosseleção dos participantes diretos, em seu interesse na deliberação, se não na escolha dos escolhedores por terceiros. A formação do consenso ganha então seus ares socialmente problemáticos. É a isso que Unger[92] se refere quando observa que os arranjos institucionais das democracias contemporâneas levam a política a oscilar entre sua reprodução normal observada e capturada por minorias organizadas e surtos *quase* revolucionários que despertam as maiorias desorganizadas. Essa diferença – minorias organizadas e maiorias desorganizadas – define, afinal, a descontinuidade entre esfera pública abrangente e centro organizado de decisão ou a colonização corporativista, particularista e desmobilizadora do centro decisório pela periferia política dominada por *lobbies*, partidos e grupos de pressão que moldam a opinião pública e publicada por seus interesses e a mantêm desmobilizada para refletir, repercutir e defender os interesses majoritários na tomada de decisões coletivamente vinculantes.

Na situação de laboratório da filosofia política, a deliberação do contrato social, decide-se a favor da solução institucional com a qual todos os potencialmente afetados poderiam concordar, uma vez ouvidos (o princípio do discurso, que por meio do direito alia-se ao princípio da democracia, em Habermas); ou a favor da garantia das liberdades políticas fundamentais ("princípio da liberdade igual") e do "princípio da diferença", que permite as desigualdades em benefício dos menos privilegiados (Rawls).

O grau mais elevado em abstração no argumento habermasiano constitui o "princípio do discurso", que condiciona a validade das normas

---

91 LUHMANN, 1996a.

92 UNGER, 2001b, p. xxiv-v, xcii, xcvi.

ao assentimento hipotético dos potencialmente afetados; de outro lado, concretamente, a legitimidade do direito gerado depende da "'*eticidade democrática' dos cidadãos e da cultura política liberal*"[93]. O "princípio da democracia" é, então, constituído na conjunção entre o "princípio do discurso" e a "forma jurídica" e aparece – o próprio princípio – como *"núcleo de um* ***sistema*** *de direitos*"[94]. O que a institucionalidade constitucional demandada pela reconstrução normativa de Habermas acrescenta ao horizonte conhecido de separação de poderes, burocracia pública e direitos civis e políticos complementados por benefícios sociais? Difícil dizer. Afinal, enquanto Unger ainda pretende reconstruir os arranjos de poder e dinheiro, Habermas toma a postura defensiva de salvaguardar espaços do "mundo da vida" (pela ação dos nem tão "novos" movimentos sociais, ecológicos, pacifistas, feministas) contra a "colonização" pela ação estratégica que domina o estado e o mercado ("sistemas"). Não está no horizonte remodelar a política e a economia[95].

Assim como Unger apresentou a análise jurídica racionalizadora como uma "terapia evasiva", que ao idealizar o direito estabelecido desencoraja a análise realista sobre seus defeitos e a proposição de reformas (a serem encaminhadas na arena política)[96], a teoria normativa de Habermas, ao buscar expandir para o plano da sociedade, das organizações e dos sistemas funcionais o trabalho terapêutico de uma sessão de psicanálise[97] parece idealizar ou fugir à institucionalidade real da política democrática, como que enfatizando um poder esclarecedor da opinião pública diante das organizações (partidos, grupos de pressão, parlamento, governo). Mas bastará o contrapeso da esfera pública política, sem remodelar a esfera organizada? Ademais, assim como a teoria do direito idealista com a qual se afina, a filosofia política liberal de fim do século vinte parece não dispor de uma diferenciação clara entre as esferas públicas do direito e da política.

De outra parte, a principal diretiva institucional derivada da teoria rawlsiana exprime-se na proposição de uma "justiça procedimental", que visa a garantir a prioridade da justiça (expressa nos princípios da liberdade igual e da diferença) sobre concepções particulares de bem e doutrinas abrangentes substantivas que os cidadãos possam compartilhar.

---

93 HABERMAS, 1996 [1992], p. 459-61.

94 *Ibidem*, p. 121 (grifo no original).

95 Para essa comparação, ver ANDERSON, 1992 [1989], p. 143-4. Sobre a contraposição entre "sistemas" e "mundo da vida", ver HABERMAS, 1987a [1981], cap. 6.

96 UNGER, 1996a, p. 82-3.

97 HABERMAS, 1984 [1981], p. 20-1. Ver também a avaliação de SCIULLI, 1992, p. 96-106.

Mas também quer garantir a justa distribuição dos bens sociais pela estrutura básica da sociedade como uma forma de "justiça procedimental pura" – uma visão estrutural da justiça social, que garante resultados justos e dispensa intervenção redistributiva posterior. Seu contraponto seria a justificação da correção distributiva retrospectiva, ao fim de cada período, a qual marca o conservadorismo estrutural do estado social.

A "estrutura básica", tomada enquanto objeto da "justiça como equidade", consiste naquele conjunto público de normas que ampara expectativas legítimas do que as pessoas podem fazer, conforme as atividades que desempenhem. A distribuição que deve presidir tal estrutura segue uma "justiça procedimental pura". Ela não se fundamenta em um critério anterior e independente, como o procedimento "perfeito" (alocativo e maquinal, de resultados sempre certos). Tampouco carrega a contingência típica do procedimento "imperfeito": a possibilidade de erro no julgamento (como no processo judicial). A "pureza" da justiça procedimental consiste em exprimir um procedimento justo, que levará a um resultado também correto ou justo, "seja qual for, desde que o procedimento haja sido corretamente seguido"[98]. Aqui, o procedimento é definido, mas seu resultado é – necessariamente – incerto. A justiça resulta da fidelidade ao procedimento, dispensando julgamentos isolados a cada transação que se realiza *dentro da* estrutura básica. Ainda que tais transações não sejam conduzidas diretamente *pela* estrutura básica (podem ser trocas privadas), serão justas desde que se realizem sob o pano de fundo daquela estrutura.

A justiça procedimental é o método pelo qual se alocam os bens na sociedade. Os princípios de justiça que o informam e os critérios a ele associados para a distribuição de "bens sociais primários" constituem antes um parâmetro público de moralidade do que uma visão de fins ou consequências[99]. O que a "estrutura básica da sociedade" deve garantir são os "bens sociais primários", que abrangem, no mínimo: os direitos e liberdades fundamentais; a liberdade de ocupação, com oportunidades de acesso a cargos no mercado e de ocupação de funções de responsabilidade em instituições políticas e econômicas da própria estrutura básica; renda e riqueza; as "bases sociais do autorrespeito", fomentadas por instituições justas e pela respectiva cultura política pública[100].

98 RAWLS, 1999 [1971], p. 75.
99 POGGE, 2000, p. 157.
100 RAWLS, 2005 [1993], p. 181.

Rawls também apresentou sua empreitada teórica, à moda kantiana, como um projeto de *construtivismo político*[101]. Seu ponto de partida é a representação de princípios substantivos do justo como resultados de um procedimento de reconstrução racional, puramente formal e aistórico, com sede na razão prática (como produção de objetos segundo a concepção desses objetos – por exemplo, a concepção de um regime constitucional), e não na razão teórica (conhecimento de objetos já dados)[102]. Em relação ao *construtivismo moral* de Kant, Rawls explicitamente busca conter o ideal de autonomia no plano das instituições políticas (enquanto Kant o estendia para todo agir humano) – seus princípios do justo visam à justificação pública da estrutura básica da sociedade e das decisões a ela referidas.

Na concepção de Rawls, para preservar um "fórum público" livre e aberto a todos, em que diferentes grupos de opinião possam expressar suas concepções de bem público, é necessário preservar o "valor equitativo de todas as liberdades políticas iguais"; com esse escopo, medidas de compensação associáveis ao princípio da diferença são requeridas: trata-se, por exemplo, em uma sociedade que permita a propriedade privada dos meios de produção, de promover a ampla distribuição da propriedade e da riqueza e de garantir verbas públicas regulares para a sustentação de um debate público mais independente de interesses particularistas[103]. Instituições justas assim estruturadas e que beneficiassem a todos promoveriam "um desejo de agir de forma justa", gerando "seu próprio apoio"[104].

Na teoria da justiça de Rawls, o direito conforma a estrutura básica da sociedade, sobretudo quando traduz princípios de justiça em diretrizes constitucionais – o "valor equitativo das liberdades políticas" é central[105]. A liberdade igual é assegurada procedimentalmente pelo princípio da igual participação: as normas devem definir padrões que tragam vantagens a todos e que precisam ser definidos do ponto de vista de uma posição original de igualdade. A constituição, como norma fundadora do restante da normatividade jurídica estatal, é o sistema que concretiza o princípio da liberdade igual a partir do qual se constrói a "justiça como equidade"[106]. Embora reconheça que as instituições constitucionais convencionais, como o bicameralismo, a separação de poderes, a declaração

101 RAWLS, 2005 [1993], cap. 3.
102 KANT, 1996a [1788].
103 RAWLS, 1999 [1971], p. 198.
104 *Ibidem*, p. 399.
105 RAWLS, 2001, p. 148-50.
106 RAWLS, 1999 [1971], p. 194-5.

de direitos e o controle judicial de constitucionalidade das leis, restringem o princípio da participação, Rawls[107] as supõe compatíveis com a "liberdade política igual".

Entretanto, não se exime de sugerir mudanças institucionais: o faz, por exemplo, no que concerne às "instituições de fundo para a justiça distributiva"[108] e quando trata de tributação, financiamento público eleitoral e outras medidas que garantam o "valor equitativo das liberdades políticas iguais"[109]. Assim também faz observações sobre a "democracia dos cidadãos proprietários" (*property-owning democracy*), sistema social que melhor encarnaria o ideário do liberalismo igualitário[110]. Porém, sua teoria explicitamente se dirige à justificação no nível dos princípios, o que comporta um agnosticismo institucional acentuado: não delimita com exatidão qual espectro de instituições é a melhor realização dos princípios de justiça. Quando algum arranjo institucional é discutido, vale menos como determinação da solução institucional ótima ou ideal e mais como exemplo da possibilidade prática de combinação das exigências de princípio no desenho da estrutura básica da sociedade. Esses exemplos podem ser até mesmo descartados à luz de uma crítica que mostre sua inaptidão para alcançar os resultados distributivos pretendidos ou que revele alternativas institucionais mais condizentes com os propósitos almejados.

De modo geral, o resultado pretendido nessas teorizações de liberalismo tardio, como as de Habermas e Rawls, é gerar um parâmetro normativo "neutro", "procedimental", pelo apelo a uma situação hipotética de deliberação na qual todos consentiriam com determinada forma de organização política. A esse parâmetro de justiça é anexado um exercício de engenharia institucional que consiste em identificar quais instituições dadas mais se aproximam a uma estrutura social impessoal, que trate a todos como igualmente livres em abstrato. O juízo de aproximação ou distanciamento a essa arquitetura ideal projetada é o produto a ser entregue pela teoria normativa. Mas o insumo básico compromete a universalidade e a transcendência da teoria em relação às estruturas contingentes nas quais ela se insere como semântica crítica. A ideia de uma associação voluntária entre indivíduos igualmente livres que marca a hipótese em que se definem os critérios básicos de justiça política é aproximada às formas existentes de democracia e mercado. (Ademais, pense-se na força que a tradição constitucional alemã e os arranjos políticos e econômicos

---

107 RAWLS, 1999 [1971], p. 197.

108 *Ibidem*, p. 242-51.

109 RAWLS, 2001, p. 135-79.

110 *Ibidem*, p. 135-8.

estadunidenses, em suas configurações típicas do pós-guerra, exercem como horizonte em que se move a análise e crítica de instituições em Habermas e Rawls.) O problema então é dado pelo método: admite-se o próprio repertório institucional canônico que historicamente sustenta essas pretensões de liberdade igual, o cardápio da democracia parlamentar e da economia de mercado tal como organizadas com os mecanismos corretivos social democratas.

Um déficit de entendimento sociológico subjaz a esse problema da restrição analítica indevida das alternativas institucionais em jogo. Importa contrapor não apenas a definição do ideal normativo nas teorias analisadas, mas a determinação das instituições que o amparam. Há que se reconhecer que Rawls deixa espaço significativo para a definição dos detalhes institucionais dentro da "*forma ideal [...] à luz da qual os resultados acumulados dos processos sociais em operação devem ser limitados e ajustados*"[111]. Assim, sua teoria poderia ser criticada pela indefinição institucional que acolhe e pela respectiva crença de que esquemas institucionais concretos podem ser formulados de modo mais ou menos externo à teoria, cabendo a esta apenas fornecer bases normativas para o juízo sobre aqueles esquemas. Seu compromisso com modelos específicos de sociedade é relativamente aberto, provavelmente mais aberto que a visão da "teoria crítica". Assim, por exemplo, não encontramos em Rawls a apologia de uma forma específica de economia de mercado, mas a admissão de variações, que incluem, como esquema institucional preferencial, a "democracia de cidadãos-proprietários" teorizada por James Meade[112]. De fato, tanto Unger quanto Rawls são autores críticos do paradigma redistributivo social democrata, seja por preterir a reconstrução institucional diante de um reformismo redistributivo conservador[113], seja por rejeitar o "valor equitativo das liberdades políticas", não implementar as políticas para a igualdade de oportunidades na radicalidade necessária e não reconhecer um princípio da reciprocidade na regulação das desigualdades[114].

Ocorre que, da perspectiva de Unger, há uma indeterminação muito maior das formas institucionais – já que não há uma lista fechada de totalidades modulares de vida econômica, política e social (se não mais capitalismo e socialismo, "variedades de capitalismo", do *laissez-faire* ao capitalismo de estado). Assim, não só a "democracia dos cidadãos-proprietários", o estado capitalista de bem-estar social ou o socia-

111 RAWLS, 2005 [1993], p. 281.
112 RAWLS, 1999 [1971], p. 234-42.
113 UNGER, 2001a [1987], p. 432-6, 585-6.
114 RAWLS, 2001, p. 137-8.

lismo de mercado – formas que Rawls[115] discerne – seriam alternativas ao capitalismo *laissez-faire* e ao socialismo estatista. As alternativas seriam indeterminadas.

O vício metodológico está em que os princípios de justiça hão de ser interpretados não apenas como parâmetro para julgar alocações de recursos dentro de dada estrutura social, mas como "macro princípios" a informarem a escolha de "sistemas sociais"[116]. Aqui, a ilusão sociológica da lista fechada de "sistemas", "regimes", "modos" ou "tipos" de sociedade perde o sentido da transformação política: o avanço de certos interesses e ideais institucionalizados em um momento, contra interesses e ideais contrastantes consagrados em outra ocasião. A questão nunca é "pegar ou largar" um "sistema". A institucionalidade dada é sempre um *mix* de decisões mais ou menos contingentes e incoerentes. O sincretismo das estruturas sociais abre e reabre oportunidades transformadoras. Reformas institucionais são fragmentárias: podem ser vislumbradas por meio de dispositivos mais ou menos intercambiáveis, e cada reforma pode ser mais ou menos independente de outras reformas análogas ao seu "espírito". Daí que Unger tome a via de considerar, no plano dos ideais, um repertório amplo, não limitado a certa formulação canônica de liberalismo clássico com mecanismos de regulação e distribuição "sociais"; no plano das instituições, seu detalhamento (especialmente jurídico) revela dispositivos diversos pelos quais se pode modificar as formas de organização da política e da economia sem abrir mão dos ideais de descentralização e autonomia.

Embora aparentemente anistórico, o método do contrato social e outros similares vivem de um paradoxo: quando a forma (o dispositivo imaginário do pacto entre indivíduos livres e iguais, racionais e responsáveis) é preenchida de conteúdo, tende a refletir não um consenso universal e abstrato, mas o próprio consenso político de seu momento histórico, a semântica posta pela última grande era de reconstrução institucional. No caso, em um contexto de esmaecimento da socialdemocracia, o contratualismo de fim do século vinte pode ser por vezes interpretado como racionalização e justificação do social-liberalismo. Dada a abstração e universalidade de sua construção e diante de condições "não ideais" (em que as liberdades não são equanimemente garantidas e as desigualdades moralmente arbitrárias são extremas), porém, a mesma teoria pode demandar mudanças institucionais radicais[117]. Sua concentração na geração

---

115 RAWLS, 1999 [1990], p. xiv-xv; 2001, p. 136.

116 FREEMAN, 2013, p. 9.

117 Para uma interpretação de Rawls que maximiza a radicalidade das transformações institucionais demandadas pela teoria, ver VITA, 2007 [1998], esp. cap. 6. Nessa interpretação, mesmo no que concerne à deliberação hipotética sobre os princípios de

de princípios e seu agnosticismo institucional tornam-na alvo fácil de uma contemporização excessivamente prudente com as instituições que ela não se propõe a reimaginar e reconstruir, ainda que fragmentariamente. Tudo pode acabar por se resumir a uma disputa sobre como refinar filosoficamente a justificação das instituições que já existem e que já não se pretende fundamentalmente alterar.

À luz das experiências totalitárias do século vinte, o liberalismo tardio reprisa a ideia de que, para não se tornar um estado total, que desdiferencie toda a sociedade ao submetê-la a ditames burocráticos arbitrários, o estado (como defendeu Kant e diferentemente do que propuseram certas declarações de direitos no espírito do iluminismo do século dezoito) não pode ter como fim assegurar a felicidade de seus cidadãos – apenas deve institucionalizar a moldura estrutural pressuposta para o exercício da liberdade individual na política, na economia, na religião. Não pode ser um estado ético, mas tão somente um estado garantidor da autonomia. No plano político, isso implica garantir as condições para que os cidadãos escolham as próprias leis sob as quais irão ser governados. Dessas condições é que trata a constituição.

A alternativa não é desprezar o valor, sempre relativo, dos arranjos institucionais dados. A importância de direitos civis, políticos e sociais, por exemplo, não está em questão. O problema é pressupor a razoabilidade e funcionalidade básica dessa ordem, fomentando a expectativa de que não se pode avançar mais do que pequenas atualizações ou correções no quadro liberal clássico. A quase arbitrariedade das instituições discutidas e fundamentadas (*e.g.* os arranjos constitucionais do Atlântico Norte de fim do século dezoito e início do dezenove) e o apego reverente a uma forma de raciocínio filosófico (como o contratualismo do início da modernidade) podem conduzir a uma justificação do que já é justificado e a uma imaginação do que já pode ser visto. O contratualismo original precisava identificar a sociedade a determinada forma estatal

justiça, o argumento mais importante não é o da posição original, mas sim o da "arbitrariedade moral" (RAWLS, 1999 [1971], p. 62-5, 82-8; VITA, 2008 [2006], cap. 1). Por esse argumento, as formas de desigualdade arbitrárias de um ponto de vista moral (vantagens naturais ou sociais contingentemente distribuídas, ainda que "meritocráticas" e com igualdade dos "pontos de partida") deveriam ser mitigadas pela estrutura básica da sociedade (e não apenas retrospectiva e redistributivamente). Ainda, a própria satisfação das necessidades básicas (o "mínimo social") poderia ser vista como prioritária, anterior ao princípio de garantia de liberdades iguais para todos (RAWLS, 2005 [1993], p. 7); apenas quando efetivada a fruição generalizada dessas liberdades é que se poderia começar a aceitar desigualdades que beneficiassem os menos favorecidos na distribuição (os beneficiassem em comparação a uma situação *a priori* de igualdade de condições). Daí que a igualdade equitativa de oportunidades não se resuma ao "mínimo"; ele é apenas o pressuposto.

para diferenciá-la do estado de natureza hipotético e dos povos bárbaros ou selvagens reais. A economia política clássica identificava as regularidades de determinada forma de organização econômica com as leis gerais da economia (como criticou Marx). Agora, o contratualismo contemporâneo pode levar a crer que o constitucionalismo liberal-social tal como dado nas tradições centrais é a mais perfeita "dedução" de uma visão universal e transcendental da justiça política.

O risco desse tipo de estratégia teórica é perder-se em uma posição defensiva de defesa das "conquistas" social-liberais, sem colocá-las em xeque à luz de seus defeitos e virtudes e das alternativas que possam ser avançadas. Pode-se oscilar entre a idolatria (veneração das instituições existentes como esgotamento dos ideais que elas em certa medida consagram) e a utopia – a projeção de um cenário idílico de associação de cidadãos e produtores verdadeiramente livres, que por seu irrealismo serve de álibi para um conservadorismo institucional e a defesa de interesses entrincheirados e grupos privilegiados. Não há aqui grande espaço para a consideração da reforma do direito que não se dê pela via do aperfeiçoamento incremental e jurisprudencial dos arranjos básicos da sociedade já mais ou menos consagrados no direito estabelecido.

O liberalismo econômico observa o mercado como a estrutura natural da coordenação humana – aquela selecionada historicamente e que se regenerará sempre que artificialmente destruída – e vê na proteção do livre comércio a condição institucional necessária e suficiente para assegurar eficiência e prevenir a necessidade. O liberalismo político observa a opinião pública e indaga das condições institucionais necessárias para assegurar o dissenso político e evitar a violência. Em ambos os casos – para assegurar a liberdade no mercado e na opinião pública – é preciso contar com a esfera pública do direito. Em termos constitucionais, a filosofia política parece muitas vezes idealizar a "esfera pública" – encarnada na "sociedade civil" e togada nas supremas cortes – em contraste com o pano de fundo atual dos arranjos organizacionais da democracia de massas e partidos e da economia de mercado[118]. Então "*encontramos o centro fantasma 'sociedade civil', isto é, associações livres de indivíduos que podem falar sobre reclamações e melhorias. E isso é 'práxis' como atividade autossatisfatória, enquanto a* ***poiesis*** *ou reprodução tem que ser feita pelos sistemas funcionais e suas organizações que causam todo o problema*"[119].

---

[118] Ver BELLAMY, 2007, p. 11 (e nota 28), criticando Rawls e Habermas com base em Unger.

[119] LUHMANN, 1995a, p. 183.

ILUMINANDO O ILUMINISMO

Em sua metafísica, Kant pretendeu executar para o conhecimento uma revolução análoga à observação de Copérnico, que contra a evidência do mundo e a tradição de Aristóteles e Ptolomeu provou que a terra é que girava ao redor do sol, e não o contrário. Assim, para Kant, a razão não é imanente à natureza, à ordem das coisas, à arquitetura dos seres e comunidades (como na ontologia clássica), não é mero resultado das intuições trazidas pela experiência, nem exercício de dedução a partir de premissas dogmáticas herdadas da tradição. As condições de possibilidade do conhecimento estão em estruturas ou formas racionais inatas aos sujeitos, que, submetendo os conteúdos advindos da empiria a tais formas, constroem o objeto de seu conhecimento. Analogamente a tal giro transcendental no conhecimento teórico, Kant apresentou, no campo da razão prática, o direito como um sistema de direitos subjetivos, uma concretização da integração, pela vontade, de liberdade e razão.

Essa conjugação de razão e direitos revela o espírito de seu tempo. Às vésperas da revolução francesa, Kant[120] afirmou que o iluminismo significa a capacidade de usar o próprio entendimento sem a direção alheia, a resolução e a coragem de praticá-lo. E acrescentou: com a condição de que haja liberdade, alguns pensadores independentes que façam uso público da própria razão quase inevitavelmente levarão as massas a pensarem por si mesmas. Mas as próprias massas podem ser convencidas pelos guardiões dogmáticos do saber a se revoltarem contra esse autoesclarecimento e a se vincularem a uma crença inalterável. Essa vinculação é criminosa, atenta contra o progresso natureza humana, que autoriza cada geração a rejeitar os vínculos consagrados em decisões que a antecederam.

O autoesclarecimento substitui a obediência cega à legalidade pela capacidade de cada sujeito de impor a si mesmo suas próprias normas (autonomia), de regular a própria conduta segundo preceitos eticamente generalizáveis, reconhecendo a dignidade de cada ser humano. É o

[120] KANT, 1996b [1784].

que Kant[121], em ensaio censurado, observou materializado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: a afirmação do direito natural de um povo de dar-se livremente uma constituição civil que reconhece os direitos naturais dos indivíduos. A revolução francesa era então um signo de que "o gênero humano está em constante progresso para o melhor", a revelação de uma tendência na "história profética" da humanidade, um vislumbre de seu futuro.

Na verdade, a semântica secular dos direitos naturais, como espécie de religião civil que vem à tona quando se privatizam as disputas religiosas (a diferenciação entre religião e política), atinge seu ápice e seu fim nas declarações de direitos das revoluções liberais. Não raro, mudanças estruturais radicais são descritas não como ocorreram, mas por uma visão retrospectiva alicerçada em conceitos inadequados de uma tradição decadente. "*As mudanças semânticas seguem as mudanças estruturais com considerável atraso. A condensação de sentido pela repetição e esquecimento sob novas condições toma tempo*"[122]. A revolução francesa, símbolo de grandes transformações, apenas registrou mudanças estruturais que já vinham se realizando, dando-lhes visibilidade no plano da autodescrição[123].

Afinal, a positivação dos direitos naturais produziu um novo incômodo na relação entre direito e política. Na prática, a questão gerou discussões e soluções a respeito da precedência entre poderes do estado (*e.g.* a tradição francesa da supremacia parlamentar) e do grau de vinculatoriedade jurídica dos direitos (fórmulas de conveniência política ou instrumentos aptos ao controle judicial?). Na teoria, o formalismo foi seu produto mais característico. Consiste na busca um método relativamente apolítico de tomada de decisão sobre o direito; seu pressuposto é que as formas institucionais tenham estabilidade o bastante (como se espera dos códigos e constituições) para que as regras que as regulam sejam racionalizadas ao longo do tempo como um sistema coerente e unitário de prescrições e proposições – o direito positivo vigente como exigência racional realizada.

Resistiria tudo isso à sociologia? Afinal, Kant e seus contemporâneos não contavam com um conceito estabilizado de sociedade – referiam-se antes ao mundo exterior, objetivo, como campo a ser conhecido pelo sujeito, pela mente individual. O conceito de sociedade não se de-

121 KANT, 1991a [1798]. Ver também BOBBIO, 2004 [1992], segunda parte.
122 LUHMANN, 2013 [1997], p. 344.
123 *Ibidem*, p. 81.

senvolve antes do século dezoito[124], a não ser por referência a experiências históricas regionalmente localizáveis ("civilizações"), a territórios estatalmente delimitados (estados, impérios), à relação de trocas entre privados ("mercado"), ao modo de vida citadino, ou ainda por referência aos indivíduos (a "socialidade" como uma faculdade ou paixão) e à interação, ao encontro, à copresença de pessoas e às regras da boa interação (etiqueta) e da vinculação familiar (matrimônio) entre membros de um mesmo estrato ou de estamentos diferentes (povo/ nobreza, povo/ "sociedade"). A novidade é uma ideia de sociedade como realidade diferenciável da natureza e da mente, onipresente como a natureza para os antigos e Deus para o medievo, e que inclui potencialmente a todos enquanto atores ou comunicadores; ainda, uma ideia de sociedade que não se restringe por critérios naturais, espaço-temporais, estratificatórios ou funcionais: todas essas diferenças são internas, construções de sentido da própria sociedade, não limites externos a ela. Finalmente, a sociedade não se contém na política, nem na economia, nem na religião – todos são subsistemas sociais. E indivíduos não estão adstritos a posições sociais fixas, podem desempenhar diferentes papéis em diferentes situações. Uma ordenação hierárquica unitária, assim como uma alocação fixa de posições na estrutura social passam a ser contestados e a perder funcionalidade para a reprodução social. A diferença entre sistemas funcionais, ganhando prioridade como forma de diferenciação de sistemas no interior da sociedade, reproduz diferenças individuais de inclusão e exclusão, de acesso e dependência em relação aos subsistemas: acesso ao direito, à economia, à política, à educação, à saúde... Com os papéis sociais não deixam de existir diferenças de classe, mas já não é a própria classe o critério de cisão interna da sociedade. Princípios estratificatórios como a hereditariedade passam por filtros (a isonomia institucionalizada por direitos) que os imunizam diante da verificação, por cada sistema parcial, do cumprimento de seus próprios requisitos para a inclusão ou exclusão das pessoas.

O otimismo iluminista persiste ou naufraga com o advento da teoria social[125]? O esmaecimento da crença no mundo como ordem da criação transcendente, a observação da diversidade das formas de vida e a colocação do sujeito como centro racional de conhecimento sobre o mundo e, por sua vontade, de ação moralmente defensável ou útil sobre ele conduz à desagregação da antiga identidade assumida entre o natural, o racional e o bom. Na justificação filosófica, a ação individual desordena-

[124] LUHMANN, 2012 [1997], p. 222-3.

[125] Sobre o iluminismo e a história da teoria social até a década de 1970, ver HAWTHORN, 1987 [1976].

da coloca-se, como imperativo moral, necessidade prática ou estratégia eficaz, a organização das relações de poder ao redor de um poder superior a todos – o estado. Na descrição histórica, as formas de divisão e organização de grupos sociais parecem fornecer uma anatomia das sociedades e nelas revelar a diferenciação ou indiferenciação reconhecidas a indivíduos e coletividades. Na difícil junção entre o conhecimento histórico, que coloca em perspectiva as tendências atuais e provavelmente universais (a "sociedade moderna"), e a avaliação das formas institucionais mais adequadas em vista das pretensões iluministas de igualdade e liberdade dos indivíduos, a sociologia se constitui como busca de leis da evolução social análogas às regularidades necessárias da natureza. Essa pesquisa gira ao redor seja da ação individual autoconsciente, seguindo o postulado de uma razão homogeneamente distribuída entre os indivíduos e anterior a seus condicionamentos sociais, seja de uma identificação da razão nas estruturas sociais e em sua transformação, segundo um curso teleológico da história – nova forma de naturalismo. No curso necessário da evolução, o estado aparece ora como garantia ora como negação da liberdade. O progresso moral, conduzindo a uma forma de ação autoconsciente que espontaneamente combinasse egoísmo e altruísmo, é a outra esperança. A divisão de trabalho, a especialização de funções, a diferenciação das estruturas teriam marcado a diferença entre indivíduo e sociedade e feito emergir uma moral que valoriza o individualismo, sua ação utilitária e seus direitos invioláveis. Diante dos problemas do individualismo, pergunta-se sobre as condições institucionais da solidariedade, da integração social como consenso moral, como "consciência coletiva" a emergir das consciências individuais e a moldá-las. De outro lado, constata-se que a sociologia é sempre autodescrição da própria sociedade, dependente de sua constelação de valores e interesses. O historicismo garante a objetividade da ciência ao custo de ancorá-la em uma cultura particular; ao mesmo tempo, generalizações e universalizações seriam permissíveis pela construção de tipos ideais, formas purificadas da referência a determinada experiência localizável. De todo modo, há tendência a um retraimento da ambição sociológica do século dezenove em fornecer grandes tipologias e as explicações causais exaustivas.

Como respondem a esse cenário da teoria social nossos autores-chave: Luhmann e Unger? Como isso se desdobra para a análise do direito? É o tema deste capítulo.

3.1 LUHMANN & UNGER

Mas, afinal, por que invocar precisamente Luhmann e Unger como pontos de partida para este trabalho? Graduado em direito, Niklas Luhmann (1927-1998) trabalhou na administração pública em sua cidade natal na Alemanha e em 1961 foi para Harvard estudar com Talcott Parsons. Ingressou na carreira acadêmica pelas mãos de Helmut Schelsky e em 1968 tornou-se professor de sociologia na Universidade de Bielefeld, onde permaneceu até se aposentar, em 1993. Já Roberto Mangabeira Unger (n. 1947), graduado em direito no Brasil em 1969, fez mestrado e doutorado na Harvard Law School ao mesmo tempo em que começava a lecionar (no início dos anos 70), até hoje ocupando a cátedra Roscoe Pound.

Na literatura secundária, afora menções passageiras de afinidades ou contraposições, não localizei nenhuma comparação entre os autores da extensão e com o alcance da que proponho[126]. No "debate" direto entre os autores, apenas localizei duas menções que Luhmann, na segunda edição de sua *Sociologia do direito* (1983, primeira edição em 1972), faz a *O direito na sociedade moderna* (1976), de Unger (além de uma referência semelhante em artigo de Luhmann de 1988). A evidente similaridade de escopo e método daqueles livros contemporâneos entre si apenas é confirmada quando Luhmann indica o livro de Unger para o tratamento de um tema nada periférico na própria teoria luhmanniana, isto é, "*para uma avaliação da relatividade histórica de um sistema jurídico autônomo*"[127]. Essas obras dão pistas sobre a semelhança de família na formação sociológica dos autores, assim como sobre o duradouro impulso que marca suas empreitadas teóricas como revisionárias da tradição que vai de Weber a Parsons[128].

---

[126] Até o presente trabalho, até onde pude localizar, as comparações mais aprofundadas entre Luhmann e Unger foram as elaboradas por CHRISTODOULIDIS (1996; 1998, p. 242-7) e CARASSALE (2005). O primeiro nota que Luhmann se encaixa no estilo de teoria de "estruturas profundas" criticado por Unger, o que explorarei adiante. O segundo autor, adicionando Habermas na comparação, centra-se na obra juvenil de Unger (anos 70), que sofreu importante virada na década seguinte, e não analisa seus principais livros de teoria social (a trilogia *Política*).

[127] LUHMANN, 2014 [1983], p. 382, nota 1. Para a outra referência de Luhmann a Unger, ver a discussão *infra* 5.2, sobre interpretação jurídica. O encontro entre esses personagens, segundo relato pessoal de Unger, resumiu-se a um simpático e cordial almoço, provavelmente em Frankfurt, durante uma semana em que os alunos de Habermas (e seu assistente de então, Honneth) discutiam a teoria social de Unger.

[128] Sobre o "legado" de Parsons nas teorias da sociedade desde os anos 60, ver MÜNCH (1994). Apesar do *status* canônico de Parsons na sociologia e da evidente filiação de

Ambos os autores desenvolveram uma ampla teoria da sociedade e também uma teoria do direito. Que haja divergências, tensões e complementaridades entre os autores é não só natural como produtivo: afinal, este trabalho pretende redescrever suas contribuições para construir ferramentas de observação e usá-las para tratar de temas e problemas específicos. Não é porém uma escolha injustificável, uma justaposição arbitrária e inocente. Essa desconfiança pode começar a ceder quando descemos a alguns paralelos mais concretos. Antes de tudo, poderíamos esquematizar uma dezena de pontos de fuga entre as construções teóricas de Luhmann e de Unger.

Os autores combinam formação jurídica ao estudo sociológico, apresentando uma reflexão sobre o direito em grau de detalhe que foge aos seus contemporâneos na teoria social (1). Além do que já destaquei – a afinidade weberiana em seus primeiros escritos de sociologia do direito (2) –, ambos retomam a pretensão de uma teoria de alto grau de abrangência, abstração e universalidade, como a dos autores clássicos da sociologia europeia[129](3).

É importante notar também que os grandes construtos teóricos apresentados pelos autores-guia deste estudo são uma alternativa às tendências dominantes da sociologia contemporânea: a "teoria crítica" da tradição europeia e as ciências sociais positivas da tradição americana (4). Ademais, um observador[130], constatando que a teoria dos sistemas pode ser facilmente considerada como uma "grande teoria" ou "teoria de estruturas profundas", aposta na possibilidade de utilizá-la como uma "proto-teoria", no sentido que Unger pretende emprestar a seu projeto: "*menos o esboço de um único e coerente sistema teórico do que a descrição de ideias que podem fornecer uma base para várias teorias diferentes*"[131].

Luhmann à sua vertente de teorização, há quem considere que a teoria dos sistemas avançada por Luhmann "*não tem muito a ver com teoria dos sistemas tal como entendida nas ciências sociais*"; o (des)entendimento é complementado pela observação de que é "*notoriamente obscura*" (VERMEULE, 2011, p. 181, nota 3).

129 Há quem condene então Luhmann e Unger por produzirem "teorias *muito* teóricas", "*colocadas em um nível de abstração demasiado elevado para produzir hipóteses testáveis (verificáveis ou sujeitas a falsificação)*" e que, por isso, talvez sequer mereçam a qualificação de "científicas" (TAMANAHA, 1997, p. 19). A única resposta adequada a esse tipo de crítica não deve ser uma defesa abstrata, mas o uso produtivo dessas teorias a evidenciar se elas de fato são ou não são inócuas e se agregam ou não vantagens explicativas à reflexão.

130 GUERRA FILHO, 2001, p. 212.

131 UNGER, 2001a [1987], p. 33.

Ambos os autores têm uma visão seja da "sociedade mundial" (Luhmann), seja da "história mundial" (Unger) – isto é, uma teoria que não se restringe a dado contexto nacional (5). Mas não são apenas teorias de pretensões universais em sua abstração: ambos vão além do provincianismo europeu (6). Não reduzem seu campo de observação a especificidades de alguma sociedade ou região do mundo. Luhmann contempla o ocaso da velha Europa e pretende redescrever o tipo de civilização que ela implantou em escala mundial – a sociedade moderna –, buscando uma linguagem cibernética liberta dos pressupostos e pretensões do racionalismo ocidental. Ainda que tardiamente, o contato de Luhmann com a América Latina, por exemplo, levou-o a tentar redefinir aspectos importantes de sua teoria. Descrevendo o sul global, a "modernidade periférica", os países "em desenvolvimento", ele revela as potencialidades e os limites que sua própria tradição – a sociologia europeia, com seus traços de teoria da modernização americana – tem para abordar a sociedade mundial para além de seu paradigma (o centro como regra, a periferia como exceção). De sua parte, Unger preocupa-se em discernir trajetórias alternativas na história e, sobretudo, projetos para o futuro político e econômico, distendendo o estreito repertório institucional ao qual o mundo parece haver convergido neste início de século vinte e um. Ao lado de esquadrinhar trajetórias divergentes na história do "Atlântico Norte" (em sua organização política, jurídica e econômica), Unger tem em vista, em sua reflexão assim como em sua prática política, os grandes países "emergentes", a América Latina, e sobretudo o Brasil.

Há, ainda, uma afinidade epistemológica fundamental entre os autores (7): Unger desenvolve uma teoria da sociedade e da política que pretende radicalizar o pragmatismo americano (Dewey, James), enquanto Luhmann incorpora à teoria social funcionalista e sistêmica os aportes transdisciplinares do construtivismo radical, corrente que integra biólogos, físicos, filósofos da linguagem, da matemática e da lógica, teóricos da comunicação e da cibernética (Maturana, Varela, Foester, Bateson, Günther, Spencer-Brown). A afinidade entre essas correntes é testemunhada pelo próprio Luhmann, quando se refere ao advento histórico de "*uma sociedade que não poderia mais determinar sua própria 'essência', que tratou sua história como passado e que colocou suas esperanças em um futuro autodeterminado. As consequências epistemológicas foram primeiro o pragmatismo e então o construtivismo*"[132].

No plano da reflexão sobre o direito, tanto Luhmann quanto Unger apresentam uma alternativa às correntes racionalistas de teoria do

[132] LUHMANN, 2013 [1997], p. 234.

direito, como o formalismo e idealização moralizante (8). Embora Luhmann rejeite pretensões normativas em sua teoria, abre espaço para um tratamento dos valores que se revela compatível com aquele dado pelo ideal experimentalista de Unger (9). Ainda, ambos rejeitam tomar como única opção realista ou como horizonte descritivo um modelo puramente liberal de sociedade (clássico ou social democrata), que veem como incompatível com a complexidade social e a variedade institucional existentes ou possíveis hoje (10).

A obra de Unger sofre importante mudança na virada dos anos 70 para a década de 1980. A crítica do formalismo na visão tradicional de interpretação jurídica quase dedutiva a partir de um sistema completo de regras, o método tipológico da descrição sociológica e a "crítica total" ao liberalismo são substituídos. No direito, predomina o julgamento sobre a tendência idealista da teoria do direito, sobretudo a corrente que busca a integridade interpretativa a partir de princípios e políticas, vista como retomada do formalismo no sentido de concepção baseada em formulações pretensamente impessoais e imparciais do conteúdo jurídico. A contraparte é uma proposta de raciocínio jurídico para a reforma institucional. Na teoria social, há uma crítica ao método tipológico, estrutural e funcionalista, com uma exploração histórica e programática de como as formas de organização política e econômica ampliam ou restringem sua própria corrigibilidade e reproduzem-se atenuando contrastes e divisões entre pessoas. No plano filosófico-político, um "superliberalismo" substitui a anterior resposta comunitarista. Desde os anos 90, Unger desdobra esses pilares de sua teoria social, explicitando seu projeto de pragmatismo radical, aprofundando sua visão normativa e trazendo novas ilustrações de propostas de mudança institucional. Também em Luhmann, comparativamente aos escritos iniciais influenciados pela sociologia de Parsons, há imenso ganho analítico com a mudança de paradigma que marcou seus trabalhos a partir dos anos 80, com a incorporação do repertório conceitual do construtivismo radical.

À primeira vista, as concepções desses autores parecem divergentes. Aqui argumento que elas não são tão incompatíveis e que respondem de forma comparável a um mesmo contexto, não apenas da história da sociedade (as ideias e estruturas que dominam as décadas finais do século vinte), mas também da história da sociologia. Na metade do século vinte, Parsons fez a mais influente síntese da tradição sociológica europeia, de Marx, Durkheim e Weber, propondo uma teoria abrangente da ação e das estruturas. Partindo daqueles clássicos e dessa síntese também clássica, Luhmann e Unger tomaram caminhos divergentes. Luhmann desenvolve uma sociologia modelada à luz das ciências naturais e exatas:

a lógica, a física e a biologia ("*hard sciences*")[133]. Nessa sociologia, a sociedade e seus subsistemas observam e comunicam. Os corpos e mentes humanos, assim como a natureza, estão de fora. Complexidade e contingência são os atributos do sentido e o sentido é o conceito sociológico fundamental[134]. A sociologia é a autodescrição científica da sociedade. Conforme a ordem de complexidade que sustenta, a sociedade restringe ou amplia a virtualidade, os estados de coisas possíveis. Mas tudo o que acontece ocorre simultaneamente. Com essa elaboração teórica, Luhmann pretende superar a "velha semântica europeia"[135]: a ontologia clássica, com sua ética política e sua visão finalista da natureza; o racionalismo moderno do humanismo, do iluminismo e da crítica.

Na direção oposta, Unger[136] casa a teoria da ação a um pragmatismo radical, enfatizando a orientação para o futuro, a contingência e o experimentalismo como atributos do agente, da personalidade à luz da qual a sociedade deve ser modelada. Podemos compreender a sociedade porque a fazemos e estudar como ela é é observá-la à luz do que pode vir a ser. O novo é possível, a história é aberta, o tempo é real, tudo muda mais cedo ou mais tarde e nem tudo ocorre simultaneamente. Toda ação, embora aconteça no presente, pode ter em vista o futuro. Não há um plano subjacente à história nem uma estrutura permanente por detrás das mudanças e estados de coisas transitórios no mundo. Nem a natureza, nem Deus, nem o espírito absoluto predefinem por onde vamos. Em vez de uma revolta romântica, ilusória e passageira, contra as estruturas e as rotinas, deveríamos almejar a uma sociedade em que a mudança não dependa da crise e em que a instabilidade seja estável. Em vez de construir a sociologia à luz da visão moderna, inanimada da natureza, deveríamos construir uma visão que reconheça um mesmo regime para natureza e sociedade. Tanto no universo quanto na sociedade não há uma essência governada por leis de ordem superior. Mesmo as regularidades naturais estão sujeitas à história, ao tempo e à mudança. Mas as regularidades da natureza não predefinem as formas sociais – natureza e história não estão necessariamente do lado do indivíduo e a criação da sociedade e das formas de vida humanas depende da imaginação e do teste da experiência, considerando que somos inexauríveis pelas formas sociais e culturais dentro das quais nos movemos.

---

133 LUHMANN, 2012 [1997], p. 28.

134 LUHMANN, 1990b [1971].

135 LUHMANN, 2013 [1997], cap. 5.

136 Ver sobretudo UNGER, 2007a; 2014, esp. p. 143-82; 2015c, esp. p. 67-75 e cap. 4; 2016.

Na "microssociologia", um autor analisa sistemas que comunicam e observam, enquanto o outro elabora o agente que imagina e experimenta. A recursividade – "*a capacidade, mais diretamente expressa na linguagem, para a infinita variação com base em elementos finitos*"[137] – que Unger atribui à personalidade, Luhmann imputa aos sistemas sociais. Já na "macrossociologia", na interpretação das transformações das estruturas sociais informada por uma visão histórica de longo alcance, Luhmann aperfeiçoa a explicação evolucionária e tipológica que tradicionalmente caracterizou a sociologia como ciência da "sociedade moderna". Obviamente, não subscreve a uma visão moralizante e linear do progresso de um estágio a outro de civilização. Mas ao identificar a "forma de diferenciação" como a estrutura mais importante da sociedade, tipifica quatro formas, sobretudo com base na história europeia: a diferenciação segmentária, a diferenciação pelo esquema centro-periferia, a diferenciação hierárquica e a diferenciação funcional. Cada qual sustenta uma ordem de grandeza de complexidade. A sociedade moderna é a mais complexa dessas formas e *a* sociedade funcionalmente diferenciada. Não apenas *uma* sociedade, mas a única e mundial. O direito, a economia, a política, a educação e tantos outros são todos subsistemas da sociedade, justapostos, sem nenhuma relação de hierarquia, sem qualquer coordenação central e sem capacidade de, diretamente, mudar as operações e os estados de coisas uns aos outros. A diferenciação funcional não é mais então nem a divisão técnica de tarefas e especialização (como na fábrica de alfinetes de Adam Smith) nem a divisão social do trabalho, como na teoria das formas de solidariedade de Durkheim. É a distinção-diretriz de um tipo de sociedade caracterizada pelo fechamento operacional de uma série de sistemas que, embora espraiem suas estruturas por toda a sociedade, identificam-se pela especificidade dos problemas a que respondem em relação ao sistema social mais abrangente.

3.2 ILUMINISMO SOCIOLÓGICO

Em sua profissão de fé e plano de trabalho, no texto *Iluminismo sociológico* (1967), Luhmann discerne como a sociologia respondeu e pode responder ao problema do iluminismo, "redescrevendo-o", modificando seu significado, estendendo as ferramentas conceituais para tratá-lo e fugindo à semântica racionalista daquele movimento[138]. Luhmann[139]

[137] UNGER, 2007a, p. 126.

[138] Sobre redescrição, ver HESSE, 1966, p. 176.

[139] Ver LUHMANN, 2005a [1967], p. 34-46.

apresenta o problema do iluminismo como a apreensão da complexidade, ou melhor, redução e aumento de complexidade, pois só estruturando-a (diminuindo-a, portanto) é que aumentamos as possibilidades atualizáveis e atualizadas; a questão é garantir um excedente de possibilidades não realizadas, um estoque de alternativas que possa continuamente estar disponível para novas seleções. A diferenciação da sociedade em subsistemas sociais é o veículo concreto do aumento de complexidade sustentável – de mais incongruências, oportunidades, riscos e chances.

No diagnóstico luhmanniano, o iluminismo buscava desgarrar as relações sociais dos entraves da tradição e dos preconceitos; seu apogeu no século dezoito seguiu-se a um declínio rumo ao ceticismo no século seguinte, quando se constitui a sociologia como disciplina científica. A sociologia colocou em suspeição "*a participação igual de todos os homens numa razão comum que eles possuem sem ulterior mediação institucional, e o otimismo, certo do seu triunfo, em relação ao estabelecimento de situações justas*"[140].

Enquanto a filosofia prática buscava orientar a ação pelo pressuposto da homogeneidade da razão dos sujeitos pensantes e agentes, a sociologia constrói uma "perspectiva da incongruência" (Kenneth Burke). Marx, por exemplo, vê a genealogia das ideias na base econômica. A moral, a linguagem, a religião, tudo pode ser visto como condicionado socialmente em um grau antes impensado; pode ser visto como contingente em medida que não se poderia imaginar quando se afirmava a homogeneidade da razão por referência à natureza humana.

Em segundo lugar, a distinção entre sentido manifesto e funções latentes mina a visão ingênua de uma orientação intencional da ação. Sentidos são codeterminados por dados inconscientes de contexto. A orientação e a motivação da ação demandam economia de tempo e atenção, de modo que a redução da complexidade coloca-se como condição de possibilidade da ação: diversas variantes contextuais têm que permanecer latentes e indefinidas para que se possa operar conscientemente e propositivamente sobre algumas poucas delas. A sociologia então passa a se interessar pela porção recalcada da realidade, contrapondo o manifesto ao tácito, o formal ao informal, o oficial ao real, os problemas sociais aos benefícios da sociedade. Dada a racionalidade limitada dos atores para interpretarem seu contexto, a ação intencional, propositiva é tão indeterminada diante da sociedade quanto os estados da sociedade não são diretamente resultado da conduta individual consciente[141]. Fins declarados têm que ser relativizados e analisados junto às latências.

---

[140] Ver LUHMANN, 2005a [1967], p. 21-2.

[141] Sobre a distinção latente/ manifesto e consequências não antecipadas da ação, ver MERTON, 1968 [1949], cap. 3; 1936.

Ainda, a sociologia transita das explicações fatoriais para as sistêmicas. Não podendo mais derivar a orientação das ações de algum impulso psicológico (à imitação, à competição) ou de fatores ambientais (como o clima), trabalha com a unidade dos sistemas ou instituições sociais – a economia, a igreja, a fábrica – e pressupõe que cada um deva solucionar múltiplos problemas para não perecer. Leis necessárias e causalidades lineares tornam-se simplificações abusivas para analisar como esses sistemas manipulam seus meios: o dinheiro, o poder, o saber. As autoconcepções dos agentes são postas sob suspeita e declaradas meras racionalizações, ideologias, superestruturas, crenças. Funções e estruturas latentes dos sistemas institucionalizados são exploradas, assim como isomorfismos entre sistemas diferenciados.

Finalmente, lança-se mão do método funcional. Não se trata simplesmente de discernir relações causais ou correlações estatísticas, mas de explorar como a estabilidade das instituições sociais depende de soluções, de respostas que se inserem em um horizonte de outras possibilidades. No paradoxo da função, consequências operam como causas. A autoconstrução das estruturas sociais isola sistemas com suficiente complexidade para satisfazer exigências contraditórias e elevada indeterminação para lidar com situações e estados muito diversos, com certa indiferença ao ambiente. A diferenciação dos sistemas torna-se uma "aquisição evolutiva"; como eles constroem sua própria realidade interna, não há uma correspondência ponto por ponto com o ambiente – por exemplo, na relação entre direito e (o restante da) sociedade. Ainda, a comparação funcional revela meios alternativos que podem ser equifinais, atingir resultados equivalentes.

Assim como a economia continua a se autodescrever como resultado de atores racionais em busca da maximização de sua utilidade, as disciplinas normativas ou práticas continuam a postular algo como um sujeito capaz de, refletindo autonomamente, encontrar o que tem em comum com toda a humanidade e atingir o consenso, generalizando regras práticas de reta conduta. A sociologia clarifica a ilustração, observando seus limites. Revela os condicionamentos sociais e históricos da ação, a pluralidade de orientações e as consequências não intencionais. Esses quatro movimentos básicos da análise sociológica[142] minam as bases para uma visão da ação e da razão centrada em sujeitos individualizados que podem cooperar e competir socialmente por já disporem na mesma medida de um mesmo substrato racional que lhes pode revelar leis generalizáveis para conhecer e agir sobre o mundo. Diante disso, a proposta da so-

[142] Ver LUHMANN, 2005a [1967], p. 23-34. Ver também BAECKER, 1999.

ciologia luhmanniana está em voltar-se para sistemas sociais que observam, interpretam e descrevem a si mesmos e uns aos outros. Pensamentos e vontades individuais podem apenas "irritar" a sociedade e seus subsistemas, mas não determinar univocamente suas operações. Cada "ação" não é mais que a atribuição da comunicação produzida nos sistemas sociais a determinado agente, à máscara social (pessoa) de um acoplamento entre um sistema biológico e um sistema psíquico (indivíduo). Indivíduo e sociedade permanecem largamente intransparentes um para o outro – e mesmo os subsistemas da sociedade se fecham em suas próprias operações, observando a si mesmos ou aos outros apenas por seus próprios meios e critérios.

O conceito de função em Parsons[143] orientava uma esquematização da ação social nos respectivos sistemas: a economia serve à função adaptativa, a política direciona a consecução de objetivos coletivos, a integração social é provida, por exemplo, pelo direito e a os padrões culturais latentes são transmitidos pelas instituições fundadas na confiança, como a família, a escola e a igreja. Já em Luhmann função designa a relação de cada sistema social parcial com a sociedade, o serviço específico que cada qual presta em relação ao sistema social mais abrangente. A função de cada sistema não é derivada dos requisitos funcionais da sociedade expressos em uma esquematização da ação, mas sim definida por uma codificação da comunicação: pelo que cada sistema identifica como problema, vinculando a esse problema a solução técnica que o respectivo sistema é competente para oferecer. O ganho analítico dessa teoria é a exploração das equivalências funcionais, homologias e isomorfismos estruturais entre os sistemas – o que vai além de meras analogias superficiais entre fenômenos[144].

3.3 MEDIAÇÃO INSTITUCIONAL

Kant tentou a empreitada de fundamentar as condições de possibilidade do direito como um âmbito da moralidade, da razão prática. Kant apresentou como uma ideia da razão a unidade sistemática do direito, articulada em suas doutrinas e instituições[145]. Pela razão, o homem guia sua vontade para transcender a natureza e realizar sua liberdade. O contrato social, como ideia da razão e não fato histórico, tem realidade

---

143 Ver PARSONS, 1971, cap. 1.

144 Sobre isomorfismo, ver BERTALANFFY, 1968, p. 80-6.

145 KANT, 1991b [1797]. Ver também WEINRIB, 1987, esp. p. 478-508; WALDRON, 1996.

prática ao obrigar o legislador a produzir o direito segundo uma vontade unitária da nação, como se cada cidadão houvesse consentido com essa vontade geral. Da origem na razão prática e no estado de natureza (que apresenta um sistema de coordenação privado instável), vem a se constituir um sistema de direito público. Está no âmbito da razão prática, que diz respeito não àquilo que é dado empiricamente no mundo, mas ao que fazemos existir por nossa vontade, pelo exercício da liberdade. É a realização de uma representação mental. Na razão prática, princípios são normas que podemos racionalmente impor a nós mesmos (autonomia) e seguir como universalizações puramente formais, independentemente do conteúdo (é o caso do imperativo categórico). Kant trabalha no plano das condições de possibilidade da experiência e as localiza no próprio indivíduo (sujeito transcendental), que dá a si as leis morais que deve seguir. Mas, no âmbito da razão prática, o direito diferencia-se da ética, pois diz respeito à combinação de vontades livres individuais, às "relações externas" entre pessoas (e não ao cumprimento espontâneo de um dever autoimposto tendo como motivação a pura obediência a um princípio moral). Então como "somar" escolhas individuais? Seguindo uma lei universal da liberdade e pela ação de um espectador imparcial, o juiz, que, observando as interações e expondo publicamente o direito e seus princípios práticos, possa fazer mover o aparato coercitivo do estado para a execução dos direitos e deveres (limitação da liberdade para a proteção da liberdade).

Kant apresentou a razão como capacidade inata de construção do conhecimento pelo sujeito – apreensão do mundo como reconstrução da mente; ação sobre o mundo como operação reflexiva, como vontade orientada pela razão. Hegel assumirá que a razão não é simplesmente um dado repartido e igualmente compartimentado em cada mente individual. As formas do mundo exterior, a eticidade reproduzida na vida comum – na família, na sociedade, no estado – corporificam uma razão objetiva. Não podemos simplesmente indicar o que o mundo *é* e prescrever o que *deve-ser*, como fazem os kantianos. À semelhança de Aristóteles (para quem as coisas tendem para seu bem, para seu fim – causa-final), Hegel entende que a razão está inscrita nas instituições, nas formas concretas da sociedade, movendo-as em direção à plena realização do espírito objetivo. A anatomia dessas instituições (moralidade objetiva), em relação com a subjetividade e o direito abstrato (as categorias conceituais do direito privado e penal) são o objeto de sua filosofia do direito[146].

Marx criticou tal posição por idealismo. Com apoio na economia política, identificou formas concretas de sociedade – modos de pro-

[146] HEGEL, 1991 [1820].

dução, uma lista fechada das estruturas sociais. Com a razão imanente à história, cada modo tenderia a uma tal configuração de forças e a um conflito interno incontrolável, que levaria à sucessão revolucionária a outro modo de produção da vida material. Haveria, porém, um modo final (assim como na plena identificação do espírito absoluto de Hegel com o estado) – a "sociedade civil burguesa", tomada pela maioria dominada, seria integrada no estado; depois, o próprio estado seria extinto, pondo fim às estruturas de dominação e dando início à comunidade de homens livres. A classe parece ser aí a unidade de ação e pensamento.

Aquela indagação – sobre como somar as vontades individuais – foi um problema central da discussão sociológica ao longo do século vinte. Em seu individualismo metodológico, Weber[147] abriu mão de um conceito de sociedade e definiu-se ao redor de um conceito de ação social, como agir reciprocamente referido: um agente referindo o sentido subjetivo de sua ação a outros agentes e determinando-a por uma crença no valor de seu comportamento, por costume, por um impulso emocional ou de modo racional (isto é, estratégico, instrumental, finalístico): tomando coisas e pessoas como meios para alcançar seus próprios fins.

A crescente racionalização formal do direito, que Weber[148] viu consagrada nos sistemas racionalistas de direito natural e depois na jurisprudência dos conceitos, representa uma especificação das estruturas jurídicas que as habilita a manterem segurança e previsibilidade para a ação racional. O desenvolvimento do pensamento jurídico ao longo do século vinte parece ter demonstrado uma contratendência – a racionalização material. Como nota Luhmann[149], a materialização do direito também pode ter vantagens: a elasticidade, a adaptabilidade a situações imprevisíveis.

A base concreta para essa mudança na semântica jurídica foi a construção do "direito social", que se desenvolveu, por exemplo, em serviços, assistência e previdência públicos e na forma de outros esquemas de solidariedade públicos e privados para a gestão de riscos. A semântica correspondente passou da abertura realista a parâmetros extrajurídicos (políticos, econômicos, éticos) até a tentativa de fechamento dessa heterorreferência, pela idealização das normas jurídicas por apelo a concepções abrangentes do justo e da moralidade, em nome da evasão dos riscos da avaliação ideológica das normas e das incertezas da aferição empírica dos mecanismos de realização dos direitos.

---

147 WEBER, 1978 [1922], parte 1, cap. 1.

148 *Ibidem*, p. 654-66.

149 LUHMANN, 2014 [1972], p. 15. Ver também UNGER (1976a, p. 166-223), diagnosticando um declínio da legalidade liberal no estado social (ou "sociedade pós-liberal").

Para Parsons[150], seria necessário um consenso sobre valores no sistema cultural como pressuposto para a ação social. A orientação normativa reduz a incerteza (como na tese durkheimiana), pois os atores (como na tese weberiana) orientam seu agir racional (mobilizando meios em vista de fins) antecipando e reproduzindo tal consenso. O direito serve para conter o conflito na medida em que carreiras jurídicas estabilizam o sentido de normas mediante interpretação; a política impõe as orientações normativas com o uso ou ameaça da coerção[151]. A validade jurídica, como a solvência na economia ou a vinculatoriedade coletiva das decisões políticas, é um símbolo generalizado que contribui para sustentar a integração comunitária. O problema dessa concepção[152] é tentar deduzir a diferenciação da sociedade a partir de uma decomposição do conceito de ação; ocorre que não é possível deduzir a organização social como se estivesse inscrita como um dado ontológico na consciência individual.

Habermas[153] retorna a Kant para afirmar normativamente que a validade das normas morais e jurídicas é dada pelo critério de que os possíveis atingidos hipoteticamente pudessem concordar com elas em um discurso racional. Para Luhmann[154], porém, não é claro que tal validade possa se impor mesmo para aqueles que não tomaram parte na comunicação e que tal argumentação prática voltada a um consenso valorativo seja de fato um contrapeso à altura da realidade da disputa política estratégica entre interesses e ideais. Indivíduo e sociedade reproduzem sentido, pensamento e comunicação atritam-se pela linguagem, mas não se confundem. No âmbito da sociedade, importam os sentidos comunicados e as expectativas generalizadas. Produzindo-os, os sistemas sociais constroem sua própria realidade, à parte das intencionalidades individuais. A autonomia individual constrói-se lado a lado à autonomia e autorreferencialidade dos sistemas sociais. A teoria dos sistemas, seguindo a "virada linguística", posiciona as condições de possibilidade não no sujeito transcendental, nem em qualquer outro pressuposto transcendental "intersubjetivo", mas sim na linguagem – do ponto de vista de uma sociologia, na própria sociedade[155]. Meios de comunicação simbolicamente generaliza-

---

150 Como o interpreta Luhmann, 2014 [1972], p. 15-7; 2004 [1993], p. 129.

151 Resenhando UNGER (1976a), PARSONS (1977, p. 147-9) notava uma acentuação do aspecto da política, com pouca consideração à autonomia do sistema jurídico construído ao redor das carreiras jurídicas e tribunais (evito essa subestimação ao discutir lado a lado centro e periferia do direito, *infra* parte II).

152 Ver a crítica de LUHMANN, 1995b [1984], p. 279-80.

153 Ver HABERMAS, 1996 [1992], esp. p. 118-31.

154 Ver LUHMANN, 2005b [1982]; 1996a.

155 LUHMANN, 2012 [1997], p. 131.

dos, como poder, dinheiro, verdade e direito, ajudam a marcar o sistema que deve processar a comunicação, aumentam o potencial de aceitação dessa comunicação – pelo sistema político, ou econômico, ou científico, ou jurídico. Ao processar a comunicação, cada sistema social poderá individualizá-la, imputando-a a atores. Essa construção operacional de "unidades" de ação é produto dos próprios sistemas sociais (a sociedade e seus subsistemas), uma referência comunicativa, e não um dado ontológico. Quanto ao consenso, a continuidade da sociedade não depende de concordância fática, mas da pressuposição continuada de consenso – a institucionalização (o correspondente ao conceito weberiano de dominação). O direito contribui para sustentar empiricamente essa institucionalização especialmente ao normatizar e implementar procedimentos, sistemas pelos quais o dissenso pode ser reduzido a decisões legitimadas e sempre reciclado para novas escolhas.

Para Luhmann, com a diferenciação funcional, a realidade, como construção de cada sistema baseado em sentido, precisou ser assegurada de algum modo. Autodescrições de cada sistema social forneceram "fórmulas de contingência"[156] que asseveravam o que permanecia indisputável: a justiça, para o direito; a legitimidade, para a política; a escassez, para a economia, a limitacionalidade, para a ciência. Assim, a política só não se confunde com a violência pura na medida em que precisa se estabilizar, em cada situação, por expectativas que gozam de um apoio geral e esse apoio, ainda que uma presunção, precisa ser plausível em alguma medida. O direito precisa abrir-se às demandas sociais, mas só pode dar uma solução justa se seguir seus critérios internos. A verdade científica só é válida na medida em que colocada sob uma série de limites metodológicos e epistemológicos – a ciência só produz um conhecimento construído segundo suas ferramentas e hipóteses delimitadas. Essas fórmulas dizem o que cada situação exige de cada sistema funcional, mas não fornecem um significado abrangente para toda a sociedade. No século dezenove, pensou-se nos "valores" como essa orientação unificadora. Mas os próprios valores podem ser revalorados e transformados.

É característica da modernidade a formação de uma moral fragmentada, uma moral de valores, oposta à moral cosmológica e naturalista, à ética política como espelho da ordem natural. A codificação moral da comunicação[157] (consideração/desprezo, bem/mal, respeito/desrespeito) busca orientá-la no sentido do que deve ser aceito ou rejeitado e a envol-

[156] LUHMANN, 2012 [1997], p. 282.

[157] Sobre moral e ética, ver LUHMANN, 1991 [1988]; 1993a [1992]; 2012 [1997], p. 138-49, 239-45, 393 (nota 96), 414 (nota 299).

ve no paradoxo de que o apelo à moral só emerge quando se diagnostica sua violação. Para coibir a aplicação do código ao código – a pergunta sobre por que é bom preferir o bem ou sobre por que desprezar o mal –, a moral esteve fortemente acoplada à religião, podendo assim remeter a argumentos terminativos como a vontade divina. Estando em jogo na comunicação moral a consideração ou o desprezo de *alter* por *ego*, a avaliação dos comportamentos é programada por formulações sobre vício e virtude, propósitos e regras. Mas esses padrões de avaliação podem incorporar eles mesmos regras de inclusão/exclusão conforme a "divisão de trabalho" na sociedade, isto é, conforme a forma de diferenciação social. Quando a diferença de critérios aplicáveis aos nobres ou aos comuns é posta em xeque, a moral vem a se construir como uma questão de consciência – e com a imprensa, os juízos se desprendem da vinculação necessária à religião. Com a observação de segundo grau proporcionada por essa abertura à psicologia e à esfera pública social (desenvolvida com a construção do sistema dos meios de comunicação de massa), todos os critérios (inclusive os postos pela religião) tornam-se relativos e à ética, como reflexão da moral sobre si mesma, resta a tarefa de substituir os velhos fundamentos externos dos juízos sobre pessoas. A moral não pode mais contar com uma convergência automática do direito (direito natural), da economia (preço justo), do poder (poder divino). Isso leva ao fechamento da reflexão moral pela ética e à sua consideração de temas como as esferas válidas para cada critério de diferenciação: a ética que visa ao multiculturalismo e que combate a corrupção sistêmica. Critérios "anteriores" à diferenciação funcional (sexo, idade, etnia, ascendência familiar e, menos enfaticamente, classe) são considerados ilegítimos para a distinção de pessoas nos termos de consideração ou desprezo – a semântica da igualdade. E injunções de critérios políticos na economia, econômicos na política, religiosos na política, familiares no direito são criticados como corrupção, exigindo apenas os canais legítimos da mútua interferência: a colaboração estruturada na forma de acoplamentos, de instituições de ligação. Essa proteção da competência de cada sistema funcional e o combate à sabotagem de códigos previnem a moral de desempenhar seu papel tradicional de integrar a sociedade e representar para ela um estado ótimo. O lugar que não existe justamente é aquele do qual podem ser discernidas as regras razoáveis e práticas para decidir todos os casos. A moral apenas serve hoje como alarme. Para quê?

O alarme moral soa para manifestar a incompetência dos sistemas funcionais: a tortura, a fome, os massacres como violações de direitos humanos, condições de subdesenvolvimento ou não desenvolvimento, consequências do autoritarismo político. Na medida em que se desacopla

da religião, a moral não pode ser reforçada pela diferença entre imanência e transcendência e pela fé na salvação. As soluções propostas passam das formas de "religião civil" às apostas na própria reflexividade dos sistemas funcionais: dinheiro na forma de combate à pobreza ou ajuda internacional, *rule of law* na forma de constitucionalização do direito internacional, empoderamento na forma de democratização das organizações internacionais.

Como Luhmann[158] descreve os valores? O século dezenove assiste ao aparecimento das grandes ideologias políticas modernas (valorações de valores) e à diferenciação do valor como meio de comunicação simbolicamente generalizado, isto é, à distinção entre valor e verdade e à universalização da semântica dos valores, da validade (ao lado da universalização da dignidade, agora atributo de todos os homens, não apenas dos nobres). Antes a indicação de valor já se espraiava para além da economia, cobrindo referências a honra, deveres, prazer, saúde e cultura. Mas só então a remissão a valores os torna um meio universal e diferenciado de comunicação.

Em geral se assume que valores não tem *valor* informativo; por isso, permanecem latentes, tácitos, na comunicação, em vez de serem marcados. São pressupostos comuns, não asserções testáveis. A instabilidade do sentido psicológico dos valores casa com sua estabilidade social, isto é, com a permanência de seus signos e usos na comunicação – atração de apoio social. A marcação e a contestação dos valores ocorrem nas teorias da argumentação e da nova retórica ou nas teorias contemporâneas que tentam apresentar uma reflexão valorativa sobre os valores ("ética" ou filosofia moral), em concorrência com outras valorações de valores, como as semânticas da religião ou da política.

Mas a fluidez da moral, que não chega a se fechar como um sistema funcionalmente diferenciado, contrasta com os "autovalores" e meios de comunicação simbolicamente generalizados dos sistemas funcionais e com suas "fórmulas de contingência": dinheiro e poder, eficiência e legitimidade, validade jurídica e justiça. A realidade e o que se poderia chamar de "autovalor" para cada sistema (isto é, seu código, seu meio simbólico) não são ancorados externamente; apenas aparecem como atitudes relativamente estáveis a partir da aplicação das operações do sistema aos seus próprios resultados. E essas fórmulas de contingência são semânticas, isto é, formulações sujeitas à corrosão histórica. Mesmo valores variam. A reprodução da sociedade moderna no plano da observação

[158] Sobre valor e ideologia, ver LUHMANN, 2012 [1997], p. 137, 204-6, 221-8, 242, 247, 282, 331 e 411-2 (notas 267 e 268); 2013 [1997], p. 102-5, 121-4, 154, 180, 301-3, 318-21, 331-2 e 389 (nota 378).

de segundo grau – observação de observadores – faz com que se perceba que valores não trazem regras para decisão no conflito entre valores e essa percepção da contingência é marcada com o conceito moderno de cultura, ou como pluralismo ou relativismo.

Para a sociologia, passando por Durkheim e Parsons, valores foram vistos como instituições, meios de integração, consenso, solidariedade e coesão social. Radicalizando o diagnóstico weberiano da diferenciação das esferas de valor pelo racionalismo ocidental moderno, Luhmann identifica a tensão de uma moral de valores comparativamente desestruturada diante de sistemas sociais que operam com alta indiferença à moral. Sem autoridade diretora e um mundo ontologicamente disponível a todos, valores não são ordenados hierarquicamente, mas desordenados heterarquicamente: são preferências e motivos individuais, questões de opinião e identidade. No zigue-zague entre sistema psíquico e sistema individual, cogita-se da ligação de valores a interesses e estabelece-se um jogo entre o que é manifesto e o que permanece latente. O "valor" da pessoa – a fronteira entre cada indivíduo e a sociedade – assenta justamente essa liberdade de valoração. Valores podem então ser negociados – o pressuposto fundante da democracia liberal. Essa formação flexível de consenso em relação a valores – a política – tem como negação a expansão da demanda de identidade que não aceita negociação: o radicalismo, o fundamentalismo, a xenofobia.

À possibilidade de diferentes valorações de valores, de ideias e princípios divergentes, o conceito marxista de ideologia adiciona a explicação da gênese dessas diferenças na estrutura da sociedade (de classes). A observação de outros observadores – ou a opinião sobre as opiniões alheias – constitui a opinião pública. Nela se produzem as distinções entre o passado e o futuro da sociedade vista pela política: entre o progresso natural a um estado melhor ou rumo a uma crise a ser resolvida por revolução libertadora; entre a utopia e o planejamento do futuro e a certeza de que as coisas poderão ser resolvidas com consenso (democracia). Consolida-se a forma progressista/ conservador.

O contraste entre os valores – que marcam a diferença entre os sistemas psíquicos individuais e o sistema social abrangente (a sociedade) – e os meios de comunicação simbolicamente generalizados, pelos quais se reproduz a fronteira de cada sistema social (isto é, a diferenciação da sociedade), implica a neutralização moral desses sistemas sociais. A diferenciação dos meios de comunicação iniciada na cultura urbana da Grécia clássica era contrabalançada pelos apelos à ética, ao modo de vida urbano. Mas o progresso da diferenciação funcional e a retração das estruturas de estratificação encaminham passo a passo a "amoralização" dos siste-

mas e seu fechamento reflexivo: o poder aplicado ao poder, ou as decisões sobre decisões (democracia); o dinheiro valorado pelo dinheiro (economia financeira).

No direito há as normas validadas por outras normas – e o direito processual e constitucional, assim como os princípios como normas de normas, servem para marcar a autonomia do direito em relação à moral – sua amoralidade, e não sua moralidade. A moral de valores não é uma questão de modo de vida, de uma hierarquia cujo topo é formado por valores praticamente invariantes (direito natural). A moral de valores é uma questão de apelo ao consenso e de facilitação do consenso. Virtualmente ninguém discorda dos bons valores; só há dissenso sobre as condições de aplicação e sobre as valorações de valores, que não podem mais ser integradas de antemão em hierarquias rígidas – o que coloca em xeque não apenas as éticas fundadas em visões canônicas da boa vida (o que a sociologia, até de "estruturas profundas", rejeita), mas mesmo o dogmatismo das ideologias forjadas no século dezenove ou o idealismo jurídico de fins do século vinte.

Contra a ideia kantiana de unidade do direito, os *critical legal studies* apresentaram uma tese que não se confunde com a degradação de valores qualitativamente diferentes a quantidades a serem submetidas ao escopo unitário de maximização da riqueza ou utilidade (análise econômica) nem com a resposta pluralista padrão, que vê a arbitrariedade das preferências políticas e intuições morais dos juízes (ou órgãos decisórios em geral) restringida apenas por fatores como socialização, contexto histórico, práticas interpretativas, procedimentos e organização institucional, exigências de coerência com a jurisprudência e com as convenções de sua comunidade. A posição crítica aceita o pluralismo normativo, mas dele extrai a concepção de que a racionalização do direito jamais elimina as contradições inerentes à personalidade, à sociedade e ao direito, no qual diferentes linhas de raciocínio permitem chegar a soluções opostas para o mesmo problema. Pretender buscar uma unidade racional do juízo jurídico – não contaminada pela história contingente, por conflitos (a "política" em um sentido amplo) – seria conferir ao direito uma falsa aparência de objetividade e necessidade. Daí a postura pluralista em termos de valores[159].

Já na crítica dos valores na perspectiva neokantiana de Weber[160], valores desdobram-se ao longo do desenvolvimento cultural, da história, não sendo dedutíveis de leis gerais que lhes imprimam as formas e gerem um sistema fechado. Mesmo em uma filosofia que tomasse como

[159] WEINRIB, 1987, p. 477-8.
[160] Ver SCHLUCHTER, 1981 [1979], cap. 3.

tarefa dimensionar e delimitar as esferas de validade de cada valor, a hierarquização seria injustificável. A ação social interpreta e atualiza valores institucionalizados, não segundo uma teleologia, mas conforme um juízo prático. Esse julgamento não é arbitrariamente subjetivo, mas tem validade objetiva, podendo ser observado nas modalidades tanto da explicação (cognitiva) da ação quanto da avaliação (normativa) dos valores[161].

É preciso também lembrar a relação entre valores e interesses. Em uma narrativa puramente semântica sobre o progresso autônomo de ideais (ou ideias normativas), como se este fosse se realizando sem referência a conflitos de interesses materiais localizados e contingentes, esquece-se que tais conflitos não são senão a própria disputa sobre a institucionalização desses interesses, sua organização prática e legitimação cultural[162]. Valores e interesses são consagrados em instituições e práticas. O idealismo jurídico contém o movimento de disputa entre interesses e justificação de ideais – o motor discursivo da reprodução do direito, que tem lugar variavelmente nas diferentes arenas deliberativas, mais políticas (como os parlamentos) ou mais jurídicas (como as cortes). Ainda, ao subir o degrau da disputa jurídica elementar para o caso difícil, ou para a argumentação sobre a moralidade política, esse idealismo precisa conter arbitrariamente a indefinição da relação entre os ideais e interesses mobilizados argumentativamente e as práticas e instituições que podem corporificá-los praticamente. Para haver única razão e justiça, os ideais e interesses reconhecidos no direito teriam que se vincular logicamente a uma lista fechada de arranjos sociais. Mesmo que se concorde que uma constituição consagra uma república, uma economia de mercado e um regime presidencial, há diversas formas de se organizar tal estado e tal economia. Idolatrar determinadas formas de organização social, política, econômica

---

161 Como Kelsen, Weber reafirmava ainda a neutralidade científica, pelo hiato entre descrição neutra e ação moralmente demandada, prática. Sobre Kelsen e Weber, ver KELSEN, 1949 [1945], p. 175-6; BOBBIO, 2008 [1992], cap. 8; SHIVAKUMAR, 1996. Ainda, a cisão entre descrição e prescrição marcou os grandes teóricos da linguagem (o "primeiro" Wittgenstein), do estado (Heller, Jellinek) e da economia (Schumpeter) no início do século vinte. A influência dessa visão sociológica (weberiana) e filosófica (linguística, analítica) conforma o positivismo analítico de H.L.A. Hart (1994a [1961], p. v), confirmando não por acaso sua semelhança de família com Kelsen. Como nota UNGER (1996a, p. 122-3), a pretensão de pureza (universalidade e invulnerabilidade diante de variáveis empíricas e normativas) da *Teoria pura do direito* só tem paralelo na economia pós-marginalista, isto é, na vertente principal da ciência econômica do século vinte, baseada na modelização formal (matemática) do tipo ideal de ação instrumental (maximizadora de utilidade e eficiência).

162 Ver a crítica de GARTMAN (1983) à interpretação da teoria weberiana do "racionalismo ocidental" por SCHLUCHTER (1981 [1979]).

como a única tradução possível da liberdade diz respeito ao que Unger chama de "fetichismo institucional": a presunção de que o real seja racional, isto é, de que a história proveu a seleção das melhores práticas e instituições, cabendo a todos reconhecer e subscrever às formas vencedoras dessa competição civilizatória mundial.

Ocorre que, na tradução do modelo ideal (em seus traços positivos e normativos) em arranjos sociais concretos, há espaço para uma variedade de formas de organização. É uma indeterminação *institucional*, no plano da criação do direito, e não uma indeterminação interpretativa, um problema de comunicação e texto. Não é nessa dimensão que as cortes deveriam atuar ou têm capacidade técnica e autoridade social para comunicar. Contudo, a visão da indeterminação institucional – das formas de organização da sociedade, de sua relação com ideais e interesses, do significado jurídico de tudo isso – gera sim uma contrapartida na visão da interpretação e argumentação do direito. Afinal, dimensionar as tarefas e instrumentos do direito exige vislumbrar o alcance e os meios da política. Isso inclui discernir o que é o direito posto o que é o direito desejável, alocando o primeiro no centro decisório do sistema jurídico – responsável por manter a consistência e gerenciar os riscos, produzindo alguma estabilidade e segurança jurisprudencial; encaminhando a reforma jurídica às interfaces do direito sobretudo com a política, pelos meios, órgãos e procedimentos da democracia.

3.3.1 Excurso: Construtivismo Radical e Sistemas que Observam Sistemas

Os paradigmas dominantes nas ciências sociais continuam a reproduzir explicações lastreadas na consciência, na intencionalidade, na ação e no sujeito "racionais" – que atuam instrumentalmente, mobilizando meios em vista dos fins almejados. A proposta aqui é justamente romper radicalmente essa explicação, para dar conta da realidade autônoma criada pelos sistemas sociais enquanto sistemas que se observam mutuamente e constroem um horizonte de sentido próprio, alheio à determinação direta pela mente, pelo pensamento, pela intenção[163].

"*Aquilo que não pode ser concebido por meio de outra coisa deve ser concebido por si mesmo.*" Luhmann[164] coloca na epígrafe de sua obra maior este segundo axioma da Ética de Spinoza. O primeiro afirma

[163] Ver FOESTER, 1984 [1981]; LUHMANN, 1995c.
[164] LUHMANN, 2012 [1997].

que "[t]udo o que existe existe ou em si mesmo ou em outra coisa."[165] Tentou-se muitas vezes descrever Deus e o homem, a natureza e a razão por si mesmos ou um pelo outro. Tentou-se muitas vezes descrever a ordem social a partir de um desses termos ou de pontos de vista assemelhados. De preferência, a visão de Deus: o observador onisciente, o invisível que tudo vê, o espectador pleno que, uma vez tendo tudo criado, agora pode tudo observar. (No direito, o juiz Hércules.)

O primeiro sociólogo a se indagar, em uma fórmula de estilo kantiano, "como é possível a sociedade?" foi Georg Simmel. Sua resposta, porém, concebeu a sociedade não a partir de si mesma, mas a partir do indivíduo: o sujeito como elemento que constitui a sociedade[166]. Dispondo ou não de um conceito de sociedade, outras respostas à pergunta sobre a possibilidade da "socialidade" ou de um "mundo" em comum entre diferentes indivíduos foram normativas, apelando para o direito natural, o contrato social ou a moralidade consensual como exigências da razão[167]. A possibilidade e a existência da sociedade são questões empíricas. Pressupondo-se que ela exista – o que é plausível –, precisa ser concebida por si mesma, imaginada. Como a sociedade não pode ser observada de fora, apenas pode produzir sua auto-observação e autodescrição. Como a unidade da sociedade é invisível, precisa ser construída por meio de distinções contingentes, imaginárias.

Construir o sentido de um universo, sua unidade, é desenhar distinções. Indicar é distinguir. Assim como a pele distingue o corpo de um ser vivo de seu ambiente, desenhar uma circunferência sobre um plano a distingue. A distinção marca a perfeita continência de um universo em si mesmo. Uma forma é a unidade de um conceito e de seu contraconceito, pois tudo o que é indicado pressupõe sua contraparte, seu valor de reflexão. A unidade das diferenças é um espaço não marcado, invisível – o papel em branco, o silêncio. Não podendo ser visto, esse espaço só pode ser imaginado. Ele é a fronteira que se precisa cruzar para ir de um valor a seu contravalor. A fronteira, porém, só pode ser vista de um dos lados da forma. Se um lado observar o outro observando a fronteira, a fronteira aparece dentro deste último – o re-entra. A "re-entrada" (*re-entry*) da forma na forma significa ver que uma distinção secundária ad-

165 SPINOZA, 2010 [1677], p. 15.
166 SIMMEL, 1910. Ver a crítica de LUHMANN, 2009a [1980], cap. IX; 2012 [1997], p. 7.
167 LUHMANN, 2012 [1997], p. 190.

vém de um dos lados de uma primeira diferença[168]. Ainda, reentrada significa que uma distinção ocorre duas vezes: como diferença produzida por um dos lados e como diferença observada por um dos lados[169]. (Por exemplo, como observarei adiante, a distinção entre ciência e política pode re-entrar o primeiro termo: então distingue-se uma "ciência da política do direito": a imaginação institucional.)

Chamando um universo de sistema, temos que seu oposto é o ambiente. A distinção entre sistema e ambiente é uma operação do próprio sistema; re-entra o primeiro termo da distinção. O uso das distinções mobiliza também o uso de re-entradas e assim as formulações se tornam paradoxais: x *porque* não x, sistemas abertos *porque* fechados. Um sistema só pode abrir-se para seu ambiente observando esse ambiente pelas próprias operações do sistema, em sua cadeia fechada de elementos. É cada operação que reproduz a diferença, cruzando-a de um lado a outro. O sentido é, diz Luhmann[170], unidade operacional de distinção e indicação.

Aderimos a uma teoria do conhecimento radicalmente construtivista, para a qual "*o conhecimento é possível somente* ***porque*** *não tem acesso à realidade externa*"[171]. Tal "realidade" só pode ser (e precisa ser) pressuposta, imaginada, não vista: ela é em si um contínuo de materialidade que não obedece às setorializações e sistematizações, às distinções e aos fechamentos criados pelos sistemas psíquicos e sociais em sua autorreprodução; para estes, só conta a construção dessa realidade como comunicação ou pensamento[172]. Conhecemos *porque* não temos acesso direto à realidade e às mentes alheias. *Porque*, e não *apesar de*. Afinal, a realidade que conta socialmente é a construída pela sociedade – e por seus subsistemas. Comunicação resistindo a comunicação é o teste de resistência da realidade construída.

Cada indivíduo e toda a sociedade estão imersos no meio do sentido[173]. Assim como o ar é o meio em que se produzem os sons e a luz é o meio em que discernimos as formas dos objetos, o sentido é o meio

---

168 Sobre essas noções vindas do cálculo, ver SPENCER-BROWN, 1972 [1969], p. v, 1-3, 56-7, 69-76.

169 LUHMANN, 2012 [1997], p. 19.

170 *Ibidem*, p. 26-7.

171 LUHMANN, 2006a [1988], p. 242.

172 LUHMANN, 2012 [1997], p. 54.

173 Sobre sentido, dimensões de sentido, comunicação e meios de comunicação, estruturas e memória, ver em geral LUHMANN, 2012 [1997], cap. 1 e 2; 2013 [1997], cap. 5 (esp. p. 167-183 e 335-344). Sobre expectativas, ver LUHMANN, 2014 [1972], p. 24-49; 1997a, p. 69-74.

dos sistemas psíquicos e sociais. Nesse meio produzem-se as formas, que são distinções, diferenças, indicações. A diferença *meio/ forma* indica que acoplamentos frouxos de elementos (o ar, a luz, o sentido – meios) são condições para o enlace mais rígido desses elementos (o som, a imagem, a linguagem – formas). A linguagem e os símbolos são "acoplamentos estruturais": unem e diferenciam, "interpenetram" consciência e sociedade, que permanecem mutuamente supercomplexos e opacos quando vistos de um ou outro lado da diferença. Normas jurídicas textualizadas são agentes duplos, trabalhando do lado das consciências individuais e da sociedade.

Não temos acesso imediato, palpável, à sociedade, que produz a si mesma – é um sistema autopoiético (é empiricamente, não como pensamento ou metáfora). A sociedade (e sua operação ou elemento: a comunicação) não se pode produzir na consciência, nem a consciência (e o pensamento) na sociedade. Ambos se pressupõem mutuamente, mas só podem "irritar" um ao outro. O "ruído" da mente precisa ser transformado em ordem social como comunicação e o "ruído" social só é decodificado pela consciência quando estrutura o pensamento. Linguagem e símbolos são interfaces para tal unidade (sentido) e diferença (consciência/ comunicação). Enquanto repertório de palavras e signos, a linguagem é meio para a produção de formas (frases). Além dos substratos mediais – o meio do sentido para os sistemas sociais e psíquicos, o meio da vida para os sistemas biológicos –, há meios de disseminação da comunicação (da escrita à imprensa, à microeletrônica, às telecomunicações, à internet) e meios que facilitam a comunicação em âmbitos especializados da sociedade, aumentam as chances de seleção, vinculando condições de aceitação das comunicações à motivação para aceitá-las: são os meios de comunicação simbolicamente generalizados, como verdade, valores, amor, poder, direito (validade), propriedade (dinheiro), arte. É mais fácil conseguir bens e serviços com dinheiro e tem mais poder quem concentra meios de coerção tanto quanto a aceitação generalizada de que pode usá-los (legitimidade). Esses meios substituem a necessidade de consenso e de qualquer concordância substantiva, mesmo como norma ideal ou hipotética. Quem tem direitos assegurados pelo direito válido não precisa da concordância dos outros para fazer valer suas pretensões.

No penúltimo tópico d'*A sociedade da sociedade*, Luhmann fornece uma explicação sobre a autologia de sua teoria: como é possível uma descrição sociológica da sociedade na própria sociedade. Aí retoma as três dimensões de sentido e as vincula às subteorias que compõem sua

teoria da sociedade[174]. A dimensão social da autodescrição da sociedade implica ou pressupõe a autopoiese da sociedade pela comunicação (síntese de informação/ uso/ compreensão).

A evolução diz respeito à dimensão temporal de sentido, à diferença entre antes e depois, ou entre passado e futuro. Não se trata de previsão do futuro nem descoberta dos rumos da história, mas apenas de uma explicação sobre a mudança estrutural, sobre os resultados de eventos imprevistos ou planejados (mesmo a indução não pode controlar seus resultados, daí o problema das consequências não intencionais). À variação e à seleção do esquema darwiniano, Luhmann acrescenta a *restabilização*, que vem a ser a integração do novo elemento (informação) na cadeia de reprodução de comunicação, ou seja, sua pressuposição estrutural (já como redundância) para a continuidade do sistema. Entre variação de comunicações, seleção de expectativas e restabilização do sentido na cadeia de autorreferência, o único vínculo é o tempo e o acaso[175].

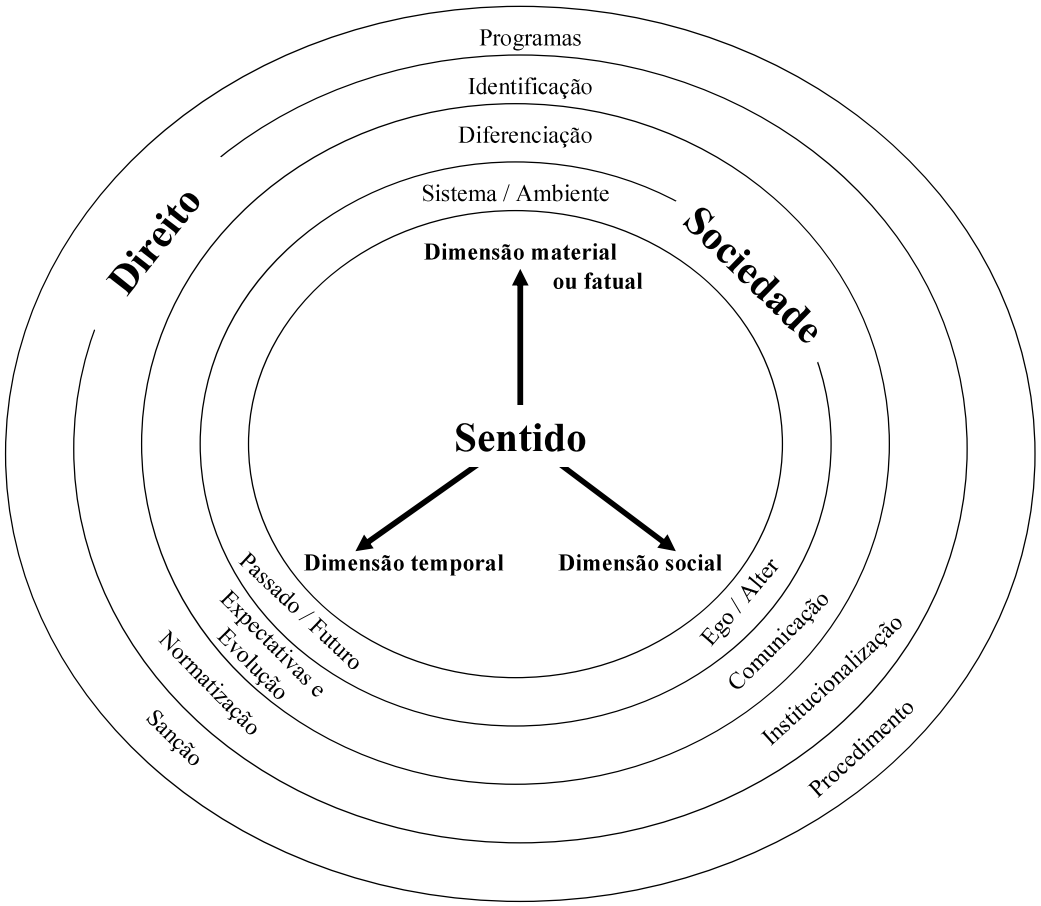
As formas de diferenciação da sociedade vinculam-se à dimensão fatual ou material, à diferença entre sistema e ambiente. Aí cabe a discussão sobre as formas de diferenciação da sociedade (diferenciação segmentária, centro-periferia, hierárquica ou funcional). Na sociedade em que é crucial a diferenciação funcional, seus subsistemas são sistemas funcionais (como direito, economia, política, arte, educação, saúde, religião), organizações, movimentos de protesto, procedimentos e interações.

A figura a seguir apresenta o desdobramento do *medium* sentido em três dimensões e as distinções sucessivas que Luhmann usa para desenvolver sua teoria da sociedade e do direito.

[174] LUHMANN, 2013 [1997], p. 335-344.

[175] Sobre evolução, ver LUHMANN, 2012 [1997], cap. 3.

Figura Dimensões de sentido na sociedade e em seu direito



Na dimensão temporal de sentido, encontramos as estruturas. Aqui, estrutura é expressão da diferença entre estrutura e evento ou entre estrutura e elemento. Estruturas são o que permite a continuidade de um sistema a despeito da variação e inconstância na produção de seus elementos. Ao restringirem o campo de operações conectáveis umas às outras, estruturas permitem a um sistema criar sua ordem interna compatível com a desordem no ambiente. São esquemas aplicáveis a uma variedade de situações, que rotinizam a lembrança e o esquecimento, fornecendo um modelo cognitivo ou normativo de reconhecimento e repetição. "Direitos" são uma estrutura do sistema jurídico – um esquema de interpretação de situações que devem ser tratadas pelo direito. A produção dos elementos de um sistema por este sistema é a própria produção do sistema – *autopoiese*; a unidade do sistema é definida não por suas estruturas, mas por suas operações em recursividade. O direito define sua unidade com operações que distinguem entre o lícito e o lícito.

Há uma interdependência das dimensões de sentido: as expectativas ("microestruturas", na dimensão temporal) generalizam-se congruentemente como instituições (dimensão social) e estas aglomeram-se em complexos institucionais mais ou menos identificáveis ("formas de diferenciação", na dimensão material). A forma de diferenciação define os limites operacionais de circulação do elemento social: a comunicação. A memória social depende de tecnologias de comunicação ("meios de difusão") e produz a distinção entre lembrança e esquecimento – consagrando, por exemplo, repertórios de formas para a produção de sentido (semântica). A partir de certa forma de diferenciação da sociedade (a diferenciação funcional na sociedade moderna), torna-se possível distinguir entre "meios de difusão" e os "meios de sucesso" da comunicação, que são "meios de comunicação simbolicamente generalizados" (poder, dinheiro, verdade), pelos quais a informação relevante é codificada por um sistema e por ele processada. As expectativas também são estruturas, pois tornam provável a continuidade da comunicação apesar dos "silêncios" e "reservas mentais", das descontinuidades dos eventos comunicativos. As expectativas viabilizam a conexão entre as operações, elementos ou eventos dos sistemas psíquicos e sociais.

As expectativas são, como o sentido, comuns à mente e à sociedade. Mas podemos discernir a dupla face desses termos. A sociedade pressupõe as mentes individuais, mas elas estão do lado de fora. Não entram na comunicação. *Ego* não pode tocar os pensamentos de *alter*; apenas pode construir *alter* como uma referência comunicativa (pessoa, *alter ego*), pressupondo a diferenciação de seu sistema psíquico acoplado a um sistema biológico (indivíduo) e cogitando das suas intenções por meio das comunicações. Aqui emergem as expectativas: em um espaço de dupla contingência, *ego* não sabe o que *alter* pensa, nem o que *alter* pensa sobre o que *ego* pensa... As expectativas precisam estruturar a comunicação, dar-lhes duração, viabilizar sua continuidade. Esta é a dimensão temporal do sentido, tradicionalmente representada pela ideia de movimento. É a diferença entre passado e futuro, ou seja, o presente. Direitos funcionam como reduções dos riscos do futuro; são garantias lastreadas por um reconhecimento de interesses no passado.

Importa à sociedade que *ego* possa compreender suas comunicações como ação, mas também considerar as comunicações de *alter* como vivência, construir o *alter ego*. Tal é a dimensão social do sentido: tradicionalmente, a ideia da socialidade, do "animal social" ao "homem lobo do homem". No interior da sociedade, *alter* e *ego* podem ser generalizados na direção da distinção entre qualquer sistema e seu ambiente. O sistema distingue seu ambiente e o constrói como referência. Assim pode

imputar comunicações a si mesmo, sistema, ou a seu ambiente. Direito e política, por exemplo, encontram-se em dupla contingência: não sabem com certeza o que esperar um do outro. A constituição, como uma instituição que os vincula, procura construir referências mútuas para reduzir essa incerteza.

Finalmente, ao lado das dimensões temporal e social, há a dimensão material ou fatual do sentido, que apenas forma formas se consegue identificar distinções, diferenciar referências, significá-las. O símbolo, que é a aplicação do signo ao signo, é altamente conectável na rede de comunicações e altamente redundante; é capaz de indicar o que está ausente, de fazer referência ao que permanece latente quanto se expressa um lado da questão. Parte do direito é simbolizada, textualizada. E assim, em grande medida o direito reproduz-se como interpretação: produção de textos a partir de textos.

Com a função de generalização congruente de expectativas normativas nas dimensões temporal, social e material de sentido[176], o sistema jurídico da sociedade em primeiro lugar dignifica simbolicamente como normas jurídicas expectativas contrafáticas, normativas, resistentes a despeito de serem contrastadas pelos fatos de tempos em tempos. A ligação da conduta a uma sanção reforça a norma pela expectativa da punição do desvio. Em segundo lugar, o direito faz com que essas expectativas gozem da presunção de estarem apoiadas em um consenso generalizado – consenso este reciclado e reafirmado por procedimentos. Finalmente, o direito identifica as normas por referências a pessoas, papéis sociais, programas e valores. Sobretudo o direito se reproduz e evolui pela interpretação apoiada em programas decisórios, as normas jurídicas formalizadas que permitem ligar condutas a sanções (programas condicionais). Na fronteira com a política, programas finalísticos definem estados de coisas a serem atingidos, deixando em aberto a escolha dos meios.

Luhmann apresenta como um continuum a diferença entre expectativas normativas e expectativas cognitivas (no plano do que chamei de "microestruturas" da sociedade). Há expectativas resistentes a desapontamentos: normas (ou, genericamente, "normas sociais"). Como o direito constitui algumas delas como jurídicas, reforçando a capacidade – dessas normas – de resistência contrafática? Como o direito atua sobre as dimensões de sentido, isto é, como o sistema jurídico constrói a sociedade? Na dimensão temporal, ele estrutura as comunicações por meio de expectativas que resistem a desilusões, expectativas normativas. Espera-se *x*, mas a contingência e complexidade dos sistemas sociais levam ao

[176] Ver LUHMANN, 2014 [1972], cap. 2, esp. p. 73-4.

resultado *y* (isso inclui o que pode ser observado como ação individual). Em vez de transformar a expectativa diante dos fatos e aprender com eles (expectativas cognitivas, típicas da ciência e da economia), o direito sustenta a expectativa inicial: a norma diante de sua violação. Quanto mais violados, mais se invocam os direitos. As normas (= expectativas normativas) têm um conteúdo próprio: discernem pessoas e papéis, identificam valores e programas decisórios (esses programas são as normas sociais propriamente formalizadas e reconhecidas como jurídicas). Mas essas normas só ganham dimensão social quando institucionalizadas, quando se tornam expectativas apoiadas sobre expectativas presumidas de terceiros. Assim, o direito atua sobre expectativas normativas – as seleciona como "normas jurídicas"; as institucionaliza, sustentando-as frente à generalidade das comunicações sociais; as identifica, dignificando-as simbolicamente como textos de normas jurídicas. Daí o serviço que o direito presta à sociedade: desempenha a função de generalizar congruentemente expectativas normativas nas dimensões social, material e temporal de sentido.

O direito desempenha sua função em relação a todas as estruturas internas da sociedade, isto é, em relação a todas as instituições dos sistemas sociais, e não apenas em referência a suas "próprias" instituições (como tribunais e ações). O mercado, o sistema financeiro, os partidos políticos, as escolas, os hospitais, tudo recebe do direito esse serviço de institucionalização de expectativas resistentes à desilusão, de apoio e generalização de orientações contrafáticas. Cada sistema diferencia-se por seus elementos (comunicações) e operações (pagamentos, sentenças, leis, aulas, filmes), trabalhando sobre estruturas espraiadas por toda a sociedade (no plano das microestruturas: expectativas). Expectativas normativas, com as quais trabalha especialmente o direito, amparam todas essas operações.

Luhmann[177] pergunta se a unidade de um elemento deve ser explicada "como emergência 'de baixo' ou como constituição 'de cima'" e opta pela segunda alternativa, entendendo que "*[e]lementos são elementos apenas para o sistema que os emprega como unidades e são assim apenas em meio a esse sistema. Isso é formulado no conceito de autopoiese*". Concede que, afinal, aquele contraste pode ser quebrado por um "conceito circular (cibernético) de hierarquia". Operações tem como pressuposto estruturas (comunicações precisam estar apoiadas por expectativas); segundo entendo, apenas no plano agregado das instituições (feixes de expectativas) é que as estruturas definem sua "marcação" sistêmico-funcional, sua filiação prioritária ao direito ou à política, à arte ou

[177] LUHMANN, 1995b [1984], p. 22 e 501 (nota 23).

à religião. Assim é que, ao confrontar-se com o estruturalismo, Luhmann[178] concluiu que a autorreferência dos sistemas, seu fechamento operacional, tem como contraparte indispensável a ideia de estruturas de cada sistema – a elas chamo de instituições.

Nessa dupla marcação, como estrutura da sociedade e como um de seus subsistemas funcionalmente diferenciados (com suas próprias estruturas internas), o direito apresenta-se como um sistema imunológico[179]. Não pode simplesmente espelhar a sociedade em toda sua complexidade; para manter um futuro aberto, mantendo um excedente de capacidade para resolver distúrbios internos que venham a se apresentar, precisa desenvolver grande complexidade interna e contar com sensores ambientais bem localizados: acoplamentos estruturais (com a política, esse acoplamento é a constituição; com as consciências individuais, é a linguagem). Conflitos são sistemas parasitários; o direito serve para que a sociedade contenha esses sistemas e gerencie riscos estruturais. Ainda, permite que os conflitos gerem aprendizado e correção para além do caso concreto, com potencial de generalização das soluções encontradas. Normas jurídicas formalizadas servem como anticorpos nessa função de defesa.

A imunização é um sinônimo da generalização de expectativas normativas produzida pelo direito nas dimensões do sentido. Outros sistemas atuam diferentemente sobre o sentido. Mobilizando as dimensões desse meio, a sociedade forma-se; pode construir a si mesma por suas operações e, utilizando essas mesmas operações reais, desenvolver a auto-observação (que também é uma operação real). Cada (sub)sistema social também pode operacionalmente fechar-se em seus elementos (comunicações codificadas por um meio simbolicamente generalizado: dinheiro, poder, verdade, validade) e desenvolver suas próprias formas de auto-observação e hetero-observação: as "teorias reflexivas". A ciência, por exemplo, especializa-se em observar a si mesma (metodologia, epistemologia), mas também em observar os outros sistemas e suas teorias reflexivas: assim produz, por exemplo, sociologia do direito. Estamos aqui no plano da observação de segunda ordem. Luhmann usa a distinção *observação de primeira ordem/ observação de segunda ordem*, a partir da formulação da cibernética de Heinz von Foester.

O que isso significa em termos sociológicos? O isolamento da comunicação como elemento da sociedade e a exclusão de corpos e mentes desse sistema (e, por consequência, de todos os subsistemas da sociedade) não exclui a influência causal entre indivíduos e sociedade, nos

[178] LUHMANN, 1995b [1984], p. 281-2.
[179] LUHMANN, 2004 [1993], p. 475-7.

dois sentidos. Mas a determinação direta de cada pensamento e comunicação é controlada apenas, respectivamente, por cada consciência e pelos sistemas sociais. Que diferenças fazem a diferença, qual é o significado indicado é a operação dos sistemas que operam no meio do sentido. Só suas próprias operações podem definir as respostas.

Esse quadro exclui qualquer voluntarismo na concepção de que a sociedade seja feita por indivíduos ou de que o direito possa ser substituído pela política ou que a política possa ser substituída pela economia. De outro lado, concebe a necessidade de cada sistema pressupor os demais em seu ambiente: não há direito sem política, nem indivíduo sem sociedade nem sociedade sem indivíduos. A ideia de reentrada explica mais uma vez o paradoxo: por exemplo, a reentrada da política no direito implica o estado de direito, o estado constitucional, enquanto a reentrada do direito na política implica a produção do direito por órgãos estatais, o direito estatal. A reentrada da sociedade nos indivíduos é o que tradicionalmente se designou como socialização; a reentrada dos indivíduos na sociedade é o que se pode chamar de pessoa. Como corpos e mentes (o que Luhmann chama de "indivíduo"), estamos fora da sociedade, mas a re-entramos como referências comunicativas, como máscara social (o que Luhmann convencionou como "pessoa")[180]. Dizer que pessoas são referências comunicativas é afirmar justamente que não podemos descrever suas ações como realização de intenções na sociedade, como expressão de estados mentais, como concretização de pensamentos. Apenas podemos imputar ações a pessoas. A ação aparece então como um artefato comunicativo: uma comunicação *x* é imputada a uma pessoa *y* e a esse vínculo se chama "ação". Mas realizar tal imputação é também uma ação, ou seja, uma construção comunicativa – não idiossincrática, mas com sentido generalizável e, nessa medida, "objetivo". Observamos uns aos outros como agentes. Imputada a comunicação a sujeitos, a "ação" de *ego* constitui a "vivência" de *alter*. E assim, na observação de primeira ordem, agimos e vivenciamos. Porém, os sistemas observam como nos observamos, produzem *observação de segunda ordem* e, assim, vislumbram a contingência da imputação da ação a um sujeito. Apreendem tal vínculo como comunicação – como uma distinção produzida na sociedade e só discernível conforme seu sentido público. Ao observar observadores, o direito produz a figura do sujeito de direito.

Como na explicação das expectativas (em que *ego*, sem acesso à consciência de *alter*, reconstrói *alter* como *alter ego*), essa distinção entre observação de primeira e segunda ordem propõe uma analogia entre

[180] Frisei aqui a concepção da forma "pessoa" em LUHMANN (1998b [1995]), cuja contraparte é o "indivíduo". Comparar UNGER, 1984b, p. 95.

interações e quaisquer outros sistemas sociais: um movimento de protesto observando o direito, uma organização observando uma comunicação entre pessoas, a política observando a arte. Cada sistema só pode operar suas próprias operações, mas estas incluem observar a si mesmo (auto-observação) e observar o ambiente, outros sistemas (hetero-observação). Observar as observações é observação de segunda ordem, é reflexividade ou reflexão[181].

Em primeiro lugar, é possível distinguir operações de reprodução basal do sistema, a autorreferência básica das comunicações, a *autopoiese*: no direito, os vínculos normas-normas-normas, com a abertura de normas a fatos; na economia, a circularidade pagamentos-pagamentos-pagamentos; em quaisquer organizações, a cadeia decisões-decisões-decisões. O que está em jogo é a dimensão social de sentido, a diferença entre elemento e relação. O plano é o da observação de primeira ordem. O fechamento operacional também produz abertura cognitiva, mas na observação de primeira ordem não se vislumbra a distinção entre sistema e ambiente, podendo-se operar com a ideia de que o sistema tem contato com o ambiente. Nesse plano, são avaliadas causas e efeitos, não a especificidade dos códigos e operações. Os sistemas entendem as comunicações como ações, as pessoas como agentes, o mundo como ontologia, não como fenomenologia.

Mas há também a reflexividade. *Reflexividade* diz respeito à autorreferência processual, à dimensão temporal, à diferença entre antes e depois. Envolve aplicação de observações a observações, de comunicações a comunicações, de formas a formas: mais precisamente, é uma diferença que é diferida, pois envolve uma operação que precisa ser realizada antes de outra operação que se refira a ela. Exemplos são: amar o amor (amor romântico), ensinar a ensinar (pedagogia), pesquisar como pesquisar (metodologia), conhecer como conhecer (epistemologia), normatizar juridicamente a normatização jurídica (direito processual), valorar valores (ideologia). Já aqui, portanto, com a observação de observadores, atingimos o plano da observação de segunda ordem, na qual os sistemas podem entender as ações como construções comunicativas imputadas a pessoas, podem discernir seu fechamento operativo em relação ao ambiente, podem apresentar o mundo não como necessidade, mas como contingência. É no plano da reflexividade que operam os mercados, a opinião pública e também a personalidade jurídica.

---

[181] Sobre a diferença entre observação de primeira e segunda ordem, ver LUHMANN, 2012 [1997], p. 49-50. Sobre a diferença entre os três níveis de autorreferência dos sistemas (autopoiese, reflexividade e reflexão), ver LUHMANN, 1995b [1984], p. 443-4; 2012 [1997], p. 223. Sobre a diferença entre função, performance (ou prestação) e reflexão, ver LUHMANN, 2013 [1997], p. 96.

Ainda na observação de segunda ordem, diferenciamos finalmente a *reflexão*, que diz respeito à dimensão fática ou material de sentido: com ela é que se reforça a distinção entre o sistema e seu ambiente e, no sistema, a diferença entre auto-observação e hetero-observação. Esse reforço ocorre pela produção de textos, interpretações, semânticas e autodescrições. A observação de um subsistema social em relação à sociedade é designada como função; a observação de um sistema em relação a outros sistemas em seu ambiente social ou em relação ao ambiente natural é designada como desempenho ou prestação (*Leistung*); a auto-observação do sistema é, em sentido estrito, reflexão. Nessa dimensão desenvolvem-se as teorias. Assim diz Luhmann[182], "*o conceito 'Estado' serve para a autodescrição interna (reflexão) do sistema político e não deve ser confundido com a função social do sistema, de tomar decisões coletivamente vinculantes. Essa confusão leva a uma consciência hipertrófica do Estado*", isto é, a tomar toda política como política estatal ou, mais precisamente, a confundir o sistema funcional da política com seu sistema organizacional central (mas não exclusivo), o estado. Do lado da economia, descrevê-la como "a extração de materiais do ambiente natural e como a satisfação das necessidades seja das pessoas seja dos outros sistemas funcionais da sociedade" é indicar a prestação do sistema econômico a seu ambiente social ou natural. Não se confunde com a função da economia, que é "*assegurar o abastecimento futuro sob condições de escassez*".

3.3.2 Da Teoria da Sociedade à Teoria do Direito: Obstáculos

A sociologia busca (auto)descrever a sociedade pela conjugação da estrutura social à sua semântica, às formas de autodescrição que a própria sociedade apresenta e que se colocam à disposição dos observadores posteriores. Em oposição à redução racionalista dos eventos a ideias (tratáveis em termos estritamente lógicos) e à redução empiricista (pela categoria da causalidade, em que a correlação e a sequência adquirem duração), a sociologia procura um modo de explicação não estritamente lógico nem causal, mas sim estrutural[183].

Quando Luhmann trata da diferença entre estrutura social e semântica[184] ou correlaciona as autodescrições da sociedade com as formas

[182] LUHMANN, 2013 [1997], p. 96.
[183] UNGER, 1984a [1975], p. 13-4.
[184] LUHMANN, 1983a [1980], esp. cap. 1. Ver também BARALDI, 1987.

de diferenciação social[185], estrutura social não diz respeito ao plano "micro", das expectativas (cognitivas e normativas – isto é, conhecimentos e normas, inclusive jurídicas) e mecanismos de memória social, mas sim ao aspecto "macro", da própria "forma de diferenciação".

Para apreendermos o sentido por meio de suas formas, precisamos ativar a memória como modalidade de conhecimento. Mas quando dispensamos a dicotomia sujeito/ objeto e vemos todo objeto como construção social, como distinção contingente de sentido, tornamos o conhecimento um exercício da imaginação. Há, porém, uma relação complexa entre semântica e estrutura social.

Toda produção de sentido reproduz a diferença entre atualidade e potencialidade e depende de que se acione o mecanismo da memória social: a distinção entre lembrar e esquecer. Essa distinção se realiza quando lançamos mão de estruturas como as semânticas, as indicações historicamente restabilizadas como formas corretas de autodescrição da sociedade. As semânticas dão-nos uma seleção de indicações com as quais podemos estruturar a complexidade do sentido e lidar com a contingência. Na diferença estrutura/ semântica, o segundo termo re-entra o primeiro: a semântica é uma estrutura. Mas a realidade da estrutura é também ela uma construção semântica – uma tautologia.

O que é semântica? "*Todas as sociedades conhecem não apenas a linguagem, mas também modos condensados de expressão na linguagem como nomes ou temos, ditos, definições situacionais e fórmulas, provérbios e contos para salvar a comunicação que valha a pena preservar para reuso*"[186]. Em outros termos, a semântica é uma conexão geral de sentido diante da qual se distinguem as explicações que se fazem verossímeis em uma dada estrutura social. É o repertório conceitual que se mobiliza para a comunicação em certo contexto. A semântica dos direitos é um desses repertórios ativados nas disputas políticas, na solução jurídica de conflitos, nas trocas e cooperações.

Variadas formas ou distinções são utilizadas na comunicação. Essa variação de informação leva a uma pressão seletiva que conduz ao sucesso de certas formas, cujo uso reiterado as torna estruturas da comunicação, padrões de tematização redundantes, condensações de sentido típicas disponíveis para reuso. Por facilitar a superação da improbabilidade e fugacidade da comunicação, a semântica é também uma estrutura social, ativando o mecanismo da memória e facilitando a complementaridade de expectativas e a identificação da informação a que cada comuni-

185 LUHMANN, 2013 [1997].

186 *Ibidem*, p. 32.

cação dá expressão. A estrutura social (*i.e.* a forma de diferenciação social prevalente), de outro lado, diferencia-se pelo nível de complexidade e contingência que permite: o excesso de possibilidades não realizáveis, a quantidade de alternativas, o grau de contradição sustentável entre as comunicações. A estrutura se torna visível por sua semântica, mas os termos não se confundem: a mudança na ordem de grandeza da complexidade estruturalmente aceitável requer mudança semântica e a plausibilidade e a evidência da nova semântica regem sua conformação à nova estrutura sob a qual a comunicação se processa. A seleção de sentido com o uso do acervo semântico dá-se sempre no presente e poderia ser diferente – é contingente e pragmática. "*Há condições estruturais para a plausibilidade das descrições; e há tendências históricas na evolução da semântica que severamente restringem o escopo para variação.*" Mas "*essas teorias são suas próprias construções e não devem ser confundidas com a descrição corrente do sistema societal*"[187].

A semântica é um tipo de estrutura, pois fornece algo que é dado como fixo a cada mutável comunicação: os pressupostos, as indicações. Mas a construção do sentido de uma estrutura social – de um tipo de sociedade – só é visível à luz de sua semântica. É produto da imaginação. Há algo de autológico ou autorreferencial nessa explicação. É preciso assumir que o sucesso de uma semântica é a medida de sua adequação à estrutura social que ela representa (em termos weberianos, há uma "afinidade eletiva" entre estrutura e semântica). Isso não impede a crítica de uma estrutura social por variações semânticas internas, por semânticas insurgentes e posteriores. Vulgarizando a dignidade e os privilégios estamentais na forma de direitos universais, o constitucionalismo liberal foi esse tipo de semântica insurgente em seus contextos originários; em outras regiões, foi retrospectivamente invocado em defesa de hierarquias e divisões de uma ordem social ainda pouco diferenciada em sistemas funcionais autônomos.

As semânticas da modernidade, que reiteram as possibilidades ilimitadas da humanidade e a colocam como unidade para além dos provincianismos locais, têm seu entusiasmo justificado por uma questão estrutural. Isso porque[188] a sociedade mundial moderna "*atingiu um mais alto grau de complexidade com maiores contingências estruturais, mais mudanças inesperadas e imprevisíveis (algumas pessoas chamam isso de 'caos') e, sobretudo, mais dependências e independências interligadas*". Nessas condições, "*construções causais (cálculos, planos) não são mais*

[187] LUHMANN, 2012 [1997], p. 47.
[188] LUHMANN, 1997a, p. 75.

possíveis de um ponto de vista central e logo 'objetivo'". Essas construções "*diferem dependendo dos sistemas observantes, que atribuem efeitos a causas e causas a efeitos, e isso destrói os pressupostos ontológicos e lógicos da direção central*". A sentença é: "*[t]emos que viver em uma sociedade policêntrica, policontextural*", não há forma de diferenciação visível para além da diferenciação funcional e toda crítica feita até agora negligenciou essa forma de diferenciação, superestimando estratificações de classe e centro-periferia, que são mero subproduto da anarquia dos sistemas funcionais.

Assim, Luhmann[189] pergunta como pode a sociedade sobreviver a mudanças em sua forma de estabilidade "*em direção a formas de diferenciação que envolvem maior complexidade, mais oportunidades, mais contingências estruturais, períodos de tempo mais curtos (aceleração) e mais riscos de colapsos imprevisíveis?*". A resposta é de que a sociedade tem que desenhar mais fronteiras, produzindo mais diferenças entre sistemas e seus ambientes, diferenças estas que podem re-entrar o sistema, permitindo-lhe oscilar entre auto e hetero-observação. Mas então, *"[e]m contradição com todas as tradições que ensinam que alguém pode apenas entender o que fez por si mesmo (Bacon, Hobbes, Vico etc.), uma reentrada leva a uma indeterminação insolúvel*". Não podendo assegurar a correspondência entre sua observação (nem por um observador externo) e sua realidade interna, o sistema precisa de uma função de memória (cultura), que apresente o presente como resultado do passado. A distinção entre passado e futuro torna-se um "universal evolucionário" e o tempo aparece como dimensão do "mundo". Desde o século dezoito se reconhece então que toda origem é inventada: a sociedade, a cultura, o direito positivo (criado politicamente, artificialmente, contraposto ao costume como direito natural, lei da terra imemorial).

Se a vantagem comparativa que advém de Luhmann é justamente a visão das equivalências entre os sistemas funcionais (a *diferenciação operacional* e os *isomorfismos* entre direito, política, economia), a vantagem da teoria de Unger está justamente em apresentar a contingência dessas formas de organização (jurídicas, políticas, econômicas) pela visão da subdeterminação funcional na evolução histórica: diferentes formas de organização podem dar respostas evolutivamente equivalentes aos mesmos problemas (*subdeterminação funcional* e *indeterminação institucional*).

---

189 LUHMANN, 1997a, p. 71.

À similitude da tradição referida por Luhmann e invocando Vico e Hobbes, Unger[190] parte justamente da ideia de "sociedade como artefato", "como feita e imaginada", para radicalizar a proposta de uma teoria social antinaturalista, para a qual a mudança social não obedece a uma ordem natural de corrupção e regeneração (como na ontologia clássica) nem a leis naturais da evolução (como pensaram os progressistas, liberais e socialistas no século dezenove). A sociedade circunscreve-se diante da natureza. Esses limites são reais, mas as respostas diante de tais constrangimentos – as formas de organização da sociedade – são variáveis, definidas pelo conflito prático e pela imaginação das alternativas. As instituições aparecem, então, como "política congelada"[191].

Seja nos impérios agrários burocráticos pré-modernos[192], seja nas reformas do comunismo e da socialdemocracia no século vinte[193], é possível avaliar a mudança social em relação ao grau em que as estruturas sociais são rígidas a ponto de se estilhaçarem sob pressões e traumas, crises e guerras, ou plásticas a ponto de se adiantarem e se moldarem para fazer frente à reorganização pressionada pelas mudanças que se acumulam historicamente (evitando, portanto, as crises). Essas mudanças envolvem o grau de dependência das pessoas em relação à natureza e em relação umas às outras. Em termos oitocentistas, diríamos: progresso tecnológico ou prático e progresso moral ou cultural. Em termos luhmannianos, são mudanças no grau de complexidade interna da sociedade, o aumento do excedente de possibilidades que afrouxa a integração da sociedade com seu ambiente – a natureza e os indivíduos.

Luhmann[194] apresenta, porém, uma lista fechada de "macroestruturas" sociais – em sua teoria, ele lista quatro "formas de diferenciação": a diferenciação segmentária (*e.g.* tribos, famílias), a diferenciação centro-periferia (*e.g.* distinção entre campo e cidade na antiguidade grega ou romana), a diferenciação estratificada (*e.g.* Europa pré-revolucionária) e, finalmente, a diferenciação funcional. A última é a que distingue a "sociedade moderna" (que é uma só sociedade mundial) e aquela forma pela qual a principal diferença a marcar as "fronteiras" de sentido é a distinção operacional entre sistemas parciais como direito, política, economia, arte, religião, família, saúde, educação. É a inclusão/ exclusão

---

190 UNGER, 1987a, p. 1-87, 224-5. Para sua visão da sociologia clássica, ver UNGER, 1976b.

191 *Ibidem*, p. 11, 145; 2001a [1987], p. 42, 103, 112, 252; 2001c, p. xxviii; 2007a, p. 33, 49.

192 Ver UNGER, 1987b, cap. 1.

193 Ver UNGER, 2001a [1987], p. 44-51, 115-24.

194 Ver LUHMANN, 2013 [1997], cap. 4, esp. p. 10-16.

nesses sistemas o que conta para as trajetórias individuais e essa diferenciação funcional esquematiza as formas anteriores, como a distinção de classes sociais.

Cada forma distingue-se pelo grau de complexidade (de contradição, de divergência de expectativas sustentável, de excedente de possibilidades não realizadas) e a mudança de uma forma a outra ocorre quando a complexidade social colide com "barreiras orgânicas". Então há uma transição "catastrófica" a uma ordem superior de complexidade, a uma nova forma de diferenciação.

É certo que toda sociologia rejeita uma forma canônica de organização da sociedade, a integração dos homens em uma ordem social que não é senão a continuação da natureza, submetida a suas leis. A variabilidade histórica das formas de organização social observadas pela sociologia elide o pensamento político antigo, lastreado no pressuposto de uma moralidade comunitária densa na qual as instituições e costumes estão imersos e que poderia se degenerar e regenerar (como na teoria aristotélica das formas de governo). Porém, o estilo mais influente de teoria da sociedade é aquele de "estruturas profundas"[195]. Ele distingue as rotinas cotidianas das trocas, argumentações e acordos de um pano de fundo que permanece largamente constante e as molda. É a distinção entre "contexto formador" e "rotinas formadas", ou entre estruturas e práticas. Em Marx, são os conflitos de classe produzidos e reproduzidos dentro de determinada estrutura social.

As "estruturas profundas" começam a ser postuladas quando as experiências históricas espacial e temporalmente delimitáveis e discerníveis passam a ser tidas como explicações de tipos gerais (como os "modos de produção": feudalismo, capitalismo, socialismo; ou, como atenuou o século vinte, as "variedades de capitalismo": livre mercado, economia mista, economia de mercado regulada, economia de controle). Esses tipos são dispostos em uma lista fechada (1). Podem se reproduzir em regiões diferentes em épocas diferentes, não sendo meramente a descrição de uma específica trajetória concreta (2). Finalmente, esses tipos obedecem a uma sequência e mudam quando têm que mudar: segundo leis históricas, segundo as restrições econômicas, psicológicas, naturais que são a lógica oculta da evolução social. (3) Em Marx, essas forças determinam o grau de desenvolvimento das "forças de produção"; as "relações materiais de produção" progridem na direção do desenvolvimento dessas forças e a

[195] Ver UNGER, 1987a, p. 87-130, 228-35; 2015c, p. 67-75. O tema tem origem na primeira publicação de UNGER (1968): uma crítica ao estruturalismo.

classe que representa tal progresso (o melhor uso dessas forças, que está sendo restringido pelas relações sociais então vigentes) vence, estabelecendo novo modo de produção.

A caracterização de Unger a respeito das teorias de "estruturas profundas" ajusta-se como luva à teoria de Luhmann[196]. Unger usa a referência a "estruturas profundas" em analogia a esse conceito desenvolvido na linguística de Chomsky[197]. Como explica Luhmann[198], estruturas linguísticas dizem respeito a restrições ao uso de palavras, à gramática e à sintaxe. "Estruturas profundas" respondem à urgência da aquisição da linguagem por gerações consecutivas. Chomsky defende a competência inata da aquisição da linguagem, enquanto Luhmann defende o oposto: que a necessidade de aprender rapidamente a usá-la deve ter sido um constrangimento que atuou evolutivamente, selecionando as estruturas (neurofisiológicas, por exemplo) que tornam tal aprendizagem possível. São restabilizadas apenas linguagens auto-organizadas com alto grau de redundância para permitir rápida comunicação. Na teoria social, Unger aponta o marxismo e o estruturalismo como expoentes de uma teoria de "estruturas profundas". Tais estruturas seriam o resquício naturalista da explicação da evolução social, vendo-a como sobredeterminada por restrições psicológicas e tecnológicas e não como evolução autocontrolada apenas pela indeterminação interna das instituições e ideias (em termos sistêmicos, pensemos na diferenciação entre sistemas sociais, que produzem comunicação; sistemas psíquicos, que produzem pensamento; e sistemas orgânicos, que produzem vida).

Se o exemplo mais claro de teoria de "estruturas profundas" é a teoria de Marx, há em Weber um parcial desligamento dos determinismos, mas ainda uma acentuação unilateral de tendências da Europa de sua época que aparecem como irreversíveis e universais: a burocratização, a racionalização e o desencantamento[199]. A tese de Unger é de que abandonar os determinismos da base social, da estrutura econômica, e colocar no centro da explicação a política não leva necessariamente ao bloqueio da teoria social de largo alcance; antes, esclarece a mutabilidade e novidade dos complexos institucionais, as insuficiências, incoerências e dissensos internos a despeito das condições de sustentação de estruturas renitentes.

---

196 Como nota CHRISTODOULIDIS, 1996.

197 UNGER, 1984a [1975], p. 8-9, 114, 125-6 e 296 (nota 2). Ver CHOMSKY, 1965, cap. 3.

198 LUHMANN, 2012 [1997], p. 132 e 389 (nota 48).

199 UNGER, 2012 [2001], p. 113.

Na interpretação e crítica de Unger, a teoria de Marx desenvolve dois princípios explicativos: o método funcional e os pressupostos de "estruturas profundas". Pelo primeiro princípio, um modo de produção é substituído historicamente por outro por causa de suas vantagens práticas: ele coloca as forças de produção em um novo nível de desenvolvimento. Essa consequência opera como uma causa. Assim, as forças de produção dentro de um modo reproduzem um tipo de conflito de classes, de relações de produção. A classe vencedora, que sobrevive no modo de produção sucessivo, é aquela que encarna o interesse universal no avanço das forças de produção – o progresso material e moral como necessidade histórica. A luta de classes é o mecanismo fundamental de variação e as forças de produção são o constrangimento natural que seleciona a nova forma de vida mais apta.

Para Unger, a "seleção natural" que opera sobre os materiais providos pela história é uma grande explicação sobre como se faz a sociedade[200]. É também o esquema neodarwiniano de variação e seleção que Luhmann refina em sua teoria da evolução[201]. Mas Unger[202] rejeita a explicação funcional vinculada a leis (quase) naturais que guiem uma convergência histórica. O teste de eficiência na solução prática de problemas (a seleção) atua sobre um material (variação) providenciado pela contingência histórica, na qual se incluem os esforços deliberados de reforma. Como há uma subdeterminação funcional das formas de organização social (pode haver formas tão eficientes quanto outras para produzir e mobilizar o poder, o direito, o dinheiro, o conhecimento), não é plausível esperar uma convergência natural a apenas um subconjunto de formas políticas, jurídicas, econômicas que sejam as mais evoluídas e perfeitas para a cópia (por contraste ao "fetichismo estrutural" da explicação marxiana, Unger chama a esta tendência de convergência presente nas teorias liberais da modernização de "fetichismo institucional"[203]).

Há sequências frouxamente ligadas de conflito ideológico e fricções institucionais que produzem uma trajetória de descontinuidades na sucessão de formas institucionais. Elas não são infinitamente maleáveis, transformáveis por um ato de vontade ou suscetíveis à substituição por ruptura violenta. Essas formas se estabilizam pela consolidação de rotinas organizacionais, pelo suporte de interesses de grupo e pela justifi-

200 UNGER, 2001c, p. xxxvii; 2001a [1987], p. 294-5, 336-7.

201 Ver LUHMANN, 2012 [1997], cap. 3.

202 Ver UNGER, 2001a [1987], p. 246-340, 631-3; 1998, p. 10-6, 20-7.

203 Sobre "fetichismo institucional" e "fetichismo estrutural", ver UNGER, 1987a, p. 200-2; 1998, p. 25-7; 2001c, p. cxxii-cxxiii; 2007a, p. 112-8.

cação discursiva. Mas esse "contexto formador" transforma-se, essa estrutura social desestabiliza-se: 1) pela indefinição e redefinição que os interesses e alianças de grupos podem ganhar à luz de trajetórias alternativas de mudança; 2) pelo sucesso prático que formas organizacionais e tecnológicas copiadas, desmontadas e recombinadas podem apresentar diante daquelas práticas rotinizadas; 3) pelas redefinições de ideais e interesses e pela indeterminação na tradução de ideais em instituições (por exemplo, diferentes arranjos de democracia ou mercado).

Há ainda uma relação causal de reforço entre o grau de abertura à revisão que determinada estrutura social sustenta ("entrincheiramento"/ "desentrincheiramento") e os instrumentos de negação e reforma que ela promove ("capacidade negativa"). Na organização da sociedade, suas formas institucionais dizem respeito ao acesso aos meios com que a sociedade constrói hoje seu futuro, como poder, dinheiro e conhecimento. Conforme sua configuração, as instituições (os direitos, por exemplo) podem funcionar mais como enrijecedoras dessa ordem (entrincheirando-a, fazendo mudanças dependerem de crises) ou como cunhas para a correção dela (desentrincheirando-a, tornando-a mais plástica e revisável no curso de sua reprodução); podem ampliar a autonomia individual compatível com a reprodução social (dando instrumentos para a capacidade negativa) ou associá-la à dependência e à despersonalização (reduzindo essa capacidade).

O problema da explicação funcional é que, embora forneça um esquema racional para a causalidade histórica, é incapaz de dar uma resposta àquilo que parece querer responder: por que a história só poderia ser da maneira como foi. Em outros termos, a explicação funcional precisa assumir a hipótese de *equivalentes funcionais*. Pode ser que mais de um tipo de organização social, mais de um conjunto de instituições fosse capaz de dar uma resposta igualmente eficiente aos desafios postos pela história e pela natureza – mas sobretudo pelo próprio "tipo" de sociedade que antecedeu a este seu substituto. Na verdade, há uma dependência da trajetória na mudança social, na sucessão entre complexos de ideias e instituições. Mas não há um evento instantâneo que substitua um "tipo" por outro. As formas institucionais dependem da "correlação de forças" que as estabelecem e do repertório de ideias que as inspiram[204].

O primeiro par de implicações dessa discussão sociológica para a análise jurídica inicia com a aceitação da referência à "diferenciação funcional" como uma forma relevante para a operacionalização dos sistemas sociais, para a reprodução da sociedade. Nesse sentido, nem "tudo

[204] Ver UNGER, 2001a [1987], p. 95-115.

é política". Por mixar sociedade e política, carecendo de uma visão da diferenciação funcional, Unger[205] usa um conceito intencionalmente ambivalente de "política". Mais estreitamente, refere-se ao conflito pelo domínio do poder governamental (o que em Luhmann corresponde ao sistema político). Mais amplamente, política é "o conflito sobre os termos de nossas relações práticas e passionais" e sobre "todos os recursos e pressupostos que podem influenciar esses termos". Trata-se de práticas que são institucionalizadas, rotinizadas: controvérsias normativas, trocas econômicas, disputas pelo poder. Dentre os pressupostos dessas práticas, estão "os arranjos institucionais e pré-concepções imaginativas que compõem uma moldura, contexto ou estrutura social" (em Luhmann, em lugar de "práticas", há a autopoiese, como produção dos sistemas sociais pela própria produção de seus elementos, as comunicações). Os conflitos dão-se pelo controle dos "meios de construção da sociedade"[206]: basicamente, poder, dinheiro e autoridade cultural; isto é, são disputas pelo "domínio do capital e do trabalho produtivo, acesso ao poder governamental e familiaridade com os discursos pelos quais reimaginamos a sociedade e governamos a natureza" (em Luhmann trata-se dos "meios de comunicação simbolicamente generalizados": poder, dinheiro, verdade, valores, dinheiro, amor). Ainda, para Unger[207], ao contrário da tese marxista, quando se acirra o conflito, em vista de suas posições futuras na ordem social transformada, as classes deixam de ter interesses bem definidos e as alianças políticas podem se apresentar como aparentemente incongruentes com as posições ancoradas na ordem social anterior.

Em segundo lugar, porém, havemos de rejeitar o caráter necessitário da teoria da diferenciação funcional – sua explicação por estruturas profundas. Aqui, de fato "tudo é 'política'", no sentido de "construção social": quaisquer determinantes naturais não se transmudam em determinantes sociais. Em toda passagem de um ambiente a um sistema (seja da natureza à sociedade, seja dos sistemas sociais entre si) não há determinação direta: com as ideias de fechamento operacional e irritação, Luhmann mostra que um sistema só pode processar sua própria comunicação, rotulando um problema e a ele ligando possíveis soluções – nesse caminho, há abertura à contingência e à complexidade do sentido. Há indeterminação autoproduzida. De forma semelhante, Unger critica a falsa necessidade, um resquício de naturalismo na teoria social moderna, que paradoxalmente foi inovadora ao apresentar a artificialidade e mutabilidade dos modos de organização social, contra uma determinação permanente das formas de vida.

---

205 UNGER, 1987a, p. 10, 88.

206 UNGER, 2001a [1987], p. 33.

207 UNGER, 1987a, p. 153; 2001a [1987], p. 420-4

Ainda, é importante frisar a distinção entre estrutura (ou contexto) e rotina (Unger) ou entre forma de diferenciação e as operações pelas quais a sociedade se reproduz (Luhmann). Mas a teoria luhmanniana é explicitamente informada em suas generalizações históricas (as formas de diferenciação) pela experiência ocidental, especialmente do Atlântico Norte e, sobretudo, europeia. Afinal, comentando sobre o direito, Luhmann admitiu que a própria diferenciação funcional talvez fosse "uma anomalia europeia"[208]. Contudo, o complexo de instituições e ideias dito "modernidade", embora tenha origem nos desenvolvimentos históricos específicos da Europa, mundializou-se[209]. Luhmann o apreende ao identificar hoje uma única sociedade: a sociedade moderna como sociedade mundial. Não é aceitável negar tais fenômenos e suas dimensões – a diferenciação entre direito, economia, política, ciência etc. e o âmbito mundial de reprodução desses sistemas. Essa dinâmica reproduz-se, porém, assimetricamente, ao se acoplar às trajetórias históricas regionais e a seus específicos critérios biológicos, geográficos e hierárquicos – pensemos nas diferenças modernas segmentárias (nacionais, raciais, sexuais), geográficas (dependência regional e pessoal) e hierárquicas (classes sociais).

O que importa, então, não é subsumir certa experiência espaço-temporalmente delimitável a um "tipo" de sociedade – mas investigar, em dado "contexto formador" mais ou menos delimitável, como opera o sincretismo ou fusão entre os critérios "funcionais" (a especialização de papéis – consumidor/ produtor, aluno/ professor etc.) e os outros critérios de distinção social. Portanto, uso a menção à diferenciação funcional nesse sentido heurístico da emergência de uma nova forma de inclusão/ exclusão que se apresenta mundialmente, em combinação com outros critérios (etnia, gênero, nacionalidade, classe), conforme as dinâmicas regionais de modernização e mundialização. Esse aumento da escala na observação combinada do regional com o mundial é um passo sociologicamente indispensável.

A tese da diferenciação funcional precisa ainda ser redimensionada na direção de um paradigma do sincretismo ou fusão das formas de diferenciação: segmentárias, centro-periféricas, hierárquicas e funcionais. Elas constituem oportunidades e restrições para a inclusão/ exclusão social assim como os demais sistemas que se desenvolvem no interior da sociedade: sistemas de interação, organizações, movimentos de protesto, procedimentos e conflitos. Diferentes padrões de diferenciação cortam-se

---

208 LUHMANN, 2004 [1993], p. 490.

209 Comparar EISENSTADT, 2000 ("múltiplas modernidades"); LUHMANN, 2013 [1997], p. 305-9 ("modernização"); UNGER, 1976a, p. 223-37 ("variedades de modernidade").

transversalmente, amplificando, restringindo, modelando inclusões e exclusões. Se isto é uma recusa à teoria – pois Luhmann só admite que ou há ou não há (prevalência da) diferenciação funcional, que ou há ou não há exclusão ou inclusão, no sentido de "tudo ou nada"[210] –, teremos que seguir por um outro caminho teórico. Pode haver uma forma de diferenciação sistêmica predominante em cada contexto histórico, mas as demais diferenças continuam se reproduzindo no presente, não apenas como memória ou atavismo.

Há, portanto, um segundo par a considerarmos na análise do direito: a primeira ideia diz respeito a essa precisão sociológica (o sincretismo contextual, regional das formas de diferenciação, combinado às dinâmicas mundiais); a segunda ideia diz respeito – *e aqui está o foco da teoria do direito* – à localização de um nível crítico entre as "microestruturas" (expectativas, normas) e as "macroestruturas" (contextos), isto é, o discernimento do plano das *instituições*.

Sistemas funcionais tanto são operacionalmente fechados e se guiam por seus próprios critérios e elementos quanto se vinculam a outros sistemas funcionais por meio de organizações, procedimentos, interações. "Acoplamentos estruturais" são vínculos bivalentes, que valem de modo específico para cada sistema acoplado e evitam que os ruídos e irritações entre os sistemas escalem em conflitos abrangentes entre esses sistemas (como veremos, é o caso da ligação constitucional entre política e direito ou da ligação entre direito e economia pela propriedade e pelo contrato). Para apreender essa combinação de independência (fechamento operacional) e dependência (acoplamento estrutural) que caracteriza os sistemas funcionais – o direito, inclusive – como interdependentes, precisamos aumentar a escala de observação[211] ainda noutro sentido: observando as estruturas internas, as instituições de cada sistema.

O foco da teoria do direito está na relação entre normas (expectativas normativas) e sua "agregação" em instituições – modelagens de propriedade, formas de estado, federalismo, constituição, direitos fundamentais, etc. Particularmente, a interpretação do direito trabalha no primeiro plano, interpretando normas por referências a doutrina, jurisprudência e propósitos atribuídos. A criação do direito trata de formatar regimes institucionais, detalhando-os em regras.

O vínculo entre essas instituições e o contexto formador é tarefa prioritária para a sociologia. Pode informar o reformador do direito, mas não serve diretamente para a justificação decisória na arena judicial ou equivalente. Mas, afinal, qual o sentido dessas reformas?

---

[210] Ver LUHMANN, 1998c [1994], p. 170-6.

[211] Ver a proposta de VILLAS BÔAS FILHO, 2009.

As "macroestruturas" sociais – formas de diferenciação (Luhmann) ou contextos formadores (Unger) – não são unidades indivisíveis, que só se pode manter ou substituir em bloco. A respeito, ao comentar sobre a polêmica da política nos últimos dois séculos sobre reforma *versus* revolução, Luhmann[212] disse que "alteração total das estruturas a partir de um movimento monolítico e capaz de gerar a mudança radical de um golpe jamais existiu"; a crença nesse pretenso "corte" na história "*[g]erava incompreensões típicas do período pós-revolução bolchevique, com a descontinuidade entre mudança infraestrutural e superestrutural*". Diante disso, a sociologia se retraiu da pretensão marxista de fazer "previsões ao procurar estabelecer leis históricas".

A ideia de revolução como necessidade histórica imanente, natural, foi o símbolo maior do marxismo. Um autor citado em fases diversas do pensamento luhmanniano é Darcy Ribeiro, que, seguindo Marx, utiliza o critério tecnológico (ação humana sobre a natureza) para a demarcação das formações socioculturais. Ao citá-lo ao lado da análise de Schluchter sobre a teoria da história (e o método tipológico) em Weber, Luhmann comenta: "*Apesar de todas as críticas dos historiadores, divisões de época ainda não morreram na sociologia. E como alguém poderia de outro modo demonstrar tendências empiricamente?*"[213]

Não deixa de ser surpreendente que um historiador marxista tenha saudado a possibilidade de outro modo – precisamente, o modo concebido por Unger. Assim, Perry Anderson identifica no conceito ungeriano de "contexto formador"[214] uma alternativa à tipologia antiga dos regimes políticos e àquela moderna dos modos de produção. Um contexto formador é uma aglomeração mais ou menos frouxa e acidental de práticas institucionais e concepções ideológicas. Um contexto é a estrutura social mais abrangente e forma rotinas – práticas de trocas, discursos, disputas, produção. Contextos formadores variam na medida em que fornecem os próprios instrumentos para seu desafio e transformação. A revolução, a substituição mais ou menos instantânea e violenta de um contexto formador por outro, é mais um símbolo, uma romantização. Na história, diz Unger[215], há reformas que não mudam as estruturas e a revo-

---

212 LUHMANN, 1993b [1990], p. 217-8.

213 LUHMANN, 2013 [1997], p. 429, nota 340, citando Darcy RIBEIRO (1997 [1968]) e Wolfgang SCHLUCHTER (1981 [1979]). Ver também LUHMANN, 1983a [1980], p. 14, nota 10.

214 ANDERSON, 1992 [1989]. Ver UNGER, 2001a [1987], p. 58-66.

215 Sobre reforma revolucionária, ver UNGER, 1987a, p. 163-4; 2001a [1987], p. 64-5, 79-80, 86, 104, 121, 253-4, 259, 324, 428, 550, 557, 570; 1998, p. 18-20; 2001b, p. xxi-xxvi, ci, cxx; 2007a, p. 114.

lução não é mais que um "caso-limite". Transformações estruturais ocorrem primacialmente na forma de "reformas revolucionárias": alterações de peças do contexto formador, mudanças institucionais apoiadas por pressões vindas "de baixo" (da sociedade) e movimentos "de cima" (do estado). Se quisermos descrevê-las para além da política, diríamos que essas reformas ocorrem em cada sistema social (o direito, por exemplo) como uma determinação interna que obedece a pressões ambientais (da natureza, das mentes ou de outros sistemas sociais) e precisa ser apoiada tanto pela periferia do sistema (o legislativo, os negócios privados) quanto por seu centro (os tribunais), distinções que apresentarei na parte II *infra*.

Essas reformas são possíveis porque as "macroestruturas" sociais não são um bloco indiviso; são decompostas em instituições. Mudam então fragmentariamente, embora com resultados cumulativos que potencialmente poderão vir a ser julgados como "revolucionários". Ainda, essas instituições devem ser discernidas como estruturas internas dos sistemas sociais. São então aglomerados de "microestruturas": na conceituação de Luhmann, de expectativas. Instituições, como veremos, são complexos de expectativas socialmente generalizadas. É por meio dos sistemas sociais que as expectativas tornam-se generalizadas como pressupostos para a ação e a comunicação. Dessa decomponibilidade das estruturas sociais surge o conceito paradoxal da "reforma revolucionária" como via da mudança social: mudanças institucionais não totalmente controláveis cujos resultados dependem sempre da imponderabilidade da evolução. Essa visão realista da mudança social, liberta dos pressupostos necessitários de conservadores e progressistas e das principais teorias sociais do século dezenove, deveria evitar a queda no agnosticismo normativo de Luhmann. Afinal, as mudanças sociais não podem ser somente objeto de descrição retrospectiva; elas dependem das ideias e alternativas que os sistemas sociais apresentarem, selecionarem e integrarem estruturalmente. Afinal, a pureza descritiva do registrador de observações de observadores também tem seu risco: comprar muito facilmente as autodescrições e enviesar-se por seu caráter apologético.

3.4 PROGRESSO

Há que se reconhecer a realidade das limitações operacionais não só do sistema social mais abrangente (a sociedade) como também de seus subsistemas – especialmente os sistemas funcionais. Tal pressuposto elide qualquer resposta abrangente – como uma aposta no estado dirigente da sociedade ou no mercado maximizador de toda utilidade – que transpasse as fronteiras de organizações, procedimentos, protestos, confli-

tos e sistemas funcionais. O reconhecimento da contingência da sociedade e da incontrolabilidade da evolução não precisa levar, porém, ao extremo agnosticismo luhmanniano, que se recusa a propor qualquer medida prática em nome da preservação de sua pureza descritiva. Quando abandonamos a visão necessitária do progresso, a remissão mítica a origens e o discurso te(le)ológico da modernidade, podemos abordar e avaliar de outro modo as condições, os contextos e os processos de modernização.

A generalização de orientações puramente subjetivas como expectativas mutuamente referidas que se institucionalizam na forma de estruturas internas da sociedade, pressupondo consenso de terceiros indefinidos, constitui as instituições. Instituições conformam práticas. Por sua vez, essas práticas – a micropolítica e a macropolítica em Unger, as comunicações autorreferenciais em Luhmann – evolucionariamente restabilizam seu próprio enquadramento institucional. Se a sociedade é um "artefato", as instituições surgem então como "política congelada", provisoriamente, ou como generalização de orientações de sentido tomadas como pressupostos da comunicação, dos eventos ou operações de autoprodução da sociedade. O direito regula as instituições e as estabiliza (ou imuniza); a argumentação jurídica as representa, esmiúça seu regime regulatório e produz justificativas para decisões a respeito.

A política reativa conflitos entre interesses e ideais, recicla consensos e serve ao autoaprendizado da sociedade, à inovação de suas estruturas. O direito é um freio que estabiliza tais conflitos, tratando-os no "varejo" como acomodações àquela estrutura que a política predefiniu (no "atacado"). Mas entre política e direito há interpenetração. Seria mais preciso descrever então o contraste como aquele entre os poderes políticos e o judiciário – na formulação constitucional clássica, "separação de poderes". Em um estado constitucional com separação de poderes, o conflito ou o consenso sobre interesses e ideais têm vias institucionais e formas discursivas variadas, paralelas à diferente capacidade técnica e legitimação dos órgãos ou organizações. As grandes disputas sobre valores e os conflitos de interesse têm, em uma democracia, uma arena institucional própria. É a arena da criação política do direito (das "decisões programantes"). Informá-la é também tarefa do jurista, propõe Unger. Trata-se de mobilizar a análise jurídica a serviço da "imaginação institucional". Mas nesse nível de estudo, aquilo que é próprio da dogmática ou doutrina (a análise em detalhe das regras e precedentes combinada à justificação lógica e moral das soluções interpretativas) precisa ser combinado com um plano mais geral da descrição e justificação das formas de organização da sociedade (o campo da sociologia e da filosofia política). De baixo, da concretude jurídica, e de cima, da discussão da teoria social e

política, encontra-se a meio caminho o plano de análise institucional: da exploração empírica e crítica normativa, do detalhamento das formas alternativas de organização da sociedade, em seus diferentes setores, conforme as diferentes circunstâncias. Tal estilo de análise serve à inovação jurídica, à criação e reforma do direito, não à sua aplicação. Embora criação e interpretação/ aplicação seja uma diferença de grau, praticado em diferentes arenas um mesmo estilo de argumentação produz resultados díspares. Assim também, na reflexão jurídica, há aquelas mais voltadas para um ou outro lado da reprodução do direito. Essa diferenciação no plano da teoria do direito é consequência de afirmá-la como continuação (com diferenças apenas de abstração e universalidade) da doutrina. Como semântica, os discursos de justificação mimetizam ou reconstroem as diferenças estruturais internas ao sistema sobre o qual refletem; por isso, pode haver variedades mais políticas, mais jurídicas, mais econômicas de argumentação sobre o próprio direito e dentro do próprio sistema jurídico.

Mas, afinal, tal intento de refundar algo como uma "ciência da legislação", a crítica do direito posto, como a praticaram reformadores iluministas como Bentham e Beccaria, não seria um voluntarismo desautorizado pela lógica própria da evolução social? Essa pergunta tem como fundamento uma determinada visão de história e sociedade. A matriz das teorias sociais clássicas, pensadas na Europa ocidental entre as últimas décadas do século dezenove e o início do século vinte, apresenta os arranjos de produção e poder, as formas de hierarquia e o conjunto de crenças então emergentes como "a modernidade": a forma de vida a ser subscrita por todo o mundo. É o que Unger[216] chamou de um "romance da razão prática". Essa convergência prática, a ser concretizada por conflito social, guerras, choque de nações e visões de mundo, era vista também em maior ou menor grau como uma força irrefreável da história, que prenderia a todos na "jaula de ferro" da modernidade.

> *Hoje o espírito do ascetismo religioso – se em definitivo quem sabe? – escapou da gaiola. Mas o capitalismo vitorioso, já que repousa sobre fundamentos mecânicos, não precisa mais de seu suporte. Os tons róseos de seu sorridente herdeiro, o Iluminismo, parecem também estar irremediavelmente desaparecendo [...]. [...] Ninguém sabe quem viverá nessa jaula no futuro, ou se ao final desse tremendo desenvolvimento profetas totalmente novos surgirão, ou se haverá um grande renascimento de velhas ideias e ideais, ou mesmo a petrificação mecanizada embelezada com uma espécie de presunção convulsiva. Sobre o último estágio desse desenvolvimento cultural, pode-se muito*

[216] UNGER, 1987a, p. 112-3.

> *bem dizer: "Especialistas sem espírito, sensualistas sem coração; essa nulidade imagina ter atingido um nível de civilização jamais alcançado"*[217].

Não é difícil perceber em Luhmann a culminação e exasperação dessa visão abismal. Por isso, quando o interesse analítico vai além de racionalizar retrospectivamente a evolução das ideias e estruturas da velha Europa, as ferramentas conceituais de sua teoria precisam ser articuladas a descrições mais contextualizadas, à percepção das variações institucionais e à exploração dessas variações com um interesse no presente e no futuro. Em um estudo sociojurídico também é importante considerar essas evidências.

É preciso, em primeiro lugar, reconhecer o caráter de profecias autorrealizáveis de nossas crenças sobre a sociedade e a história – elas em grande medida se realizam ao motivarem certo curso de ação pela própria expectativa cognitiva de que é assim que as coisas funcionam[218]. Em segundo lugar, ao se desembaraçar do esteio das visões modernizantes simplificadas, a observação da sociedade mundial no século vinte registrou as vantagens práticas que muitas regiões do mundo expõem ao dissociarem, fragmentarem, copiarem e recombinarem o moderno-ocidental-mundial com tradições idiossincráticas locais tidas como arcaicas, excedendo qualquer lista fechada de configurações institucionais[219].

Assim é que, confrontando a inevitabilidade de uma dinâmica de racionalização e desencantamento, Unger[220] propõe um exercício profético para a análise do direito: não uma previsão do futuro, que extrapola os meios e o papel do cientista social, mas uma exploração prospectiva sobre o repertório de formas de organização política, jurídica, econômica, a partir das variações presentes no direito e de seu possível futuro adjacente e por meio de uma expansão da argumentação doutrinária que aprofunde questões empíricas e juízos avaliativos sobre tais arranjos sociais. Se o direito precisa ser interpretado por meio da atribuição de propósitos, é preciso evitar um "dogmatismo causal" e realmente pesquisar os meios de implementação e seus resultados. Se há uma visão normativa detalhada em normas jurídicas e promulgada como direito, é preciso explorar suas ambiguidades e indeterminações. Nesse exercício, o que se rejeita é justamente derivar do direito, como fazem os formalistas e idealistas, um único plano inteligível e defensável para cada setor da vida social.

---

217 WEBER, 2005 [1905], p. 124 (citando Goethe).

218 UNGER, 2001a [1987], p. 251, 323-4; 2001b, p. xlix, l.

219 UNGER, 1987b, p. 206-12.

220 UNGER, 1996a, p. 182-90; 2015a, p. 73-5. Ver também UNGER, 1984b, parte 4. Sobre futuro, comparar LUHMANN, 1976; 1997b.

Após a crítica à primeira premissa problemática do iluminismo (seu agnosticismo institucional derivado da ideia da razão compartilhada), o que dizer, em suma, da segunda crença que o iluminismo sociológico colocou em xeque – o otimismo sobre o progresso rumo à justiça? Embora correlatas, essas premissas apresentam um problema predominantemente cognitivo e outro especialmente prático. Dessa questão prática ou normativa a sociologia que refletiu sobre a experiência do século vinte tendeu a abrir mão, opondo a contingência à necessidade histórica. Assim, para Luhmann, os limitados poderes analíticos da ciência da sociedade recomendam apenas cautela.

> *Não será buscar com um olhar para trás e querer carregar-se de esperança – pois de outro modo não a haveria – com conceitos que a história já desmentiu? [...] No seguinte não se trata de chegar por outro caminho a um quadro mais favorável da sociedade moderna; sobretudo renunciamos a trocar conceitos como planificação, direção ou ética por projetos que – por sua proximidade com a prática – se lhes parecem. Sabemos demasiado pouco mesmo para decidir sobre a forma de conduzir as ações. Isso só pode suceder nos sistemas funcionais, para seu âmbito respectivo. Naturalmente isso não significa abster-se dos assuntos práticos, embora seja bom permanecer diante desses intentos na posição de observador dos observadores e assim perceber que é que sucede quando alguém reclama planificação ou ética para si, com o propósito de introduzir novas diferenças na sociedade*[221].

A unidade da diferença entre passado e futuro, entre o antigo e o novo, é marcada imaginariamente pelo iluminismo, no século dezoito. Inaugurado o novo tempo, o otimismo romântico transforma-se em ceticismo e desespero: no século dezenove, a sociologia revela que as ideias precisam enfrentar a fricção das estruturas sociais, que diminuem a velocidade das transformações apenas imaginadas. É o atraso das semânticas em relação às estruturas, que reclamam atualização das semânticas. A proposta do paradoxal "iluminismo sociológico" de Luhmann é romper de vez com a filosofia do sujeito, com o imperativo hegeliano de transfigurar plenamente a realidade segundo a razão, superando a diferença entre o possível e o real[222]. Essa superação – a realização do espírito na história – oscila entre utopia e distopia, entre a mais plena libertação e o mais apocalíptico totalitarismo. Para Luhmann, a realidade não é a verdade ontológica escondida por trás das aparências; a realidade só é apreensível como redução de complexidade – de possibilidades de sentido –,

[221] LUHMANN, 2013 [1997], p. 109.
[222] Ver BACHUR, 2010, p. 30-8.

como manutenção de complexidade e contingência. Assim é que a sociedade se resolve e torna o sentido disponível para os indivíduos. Não há perspectivas de reconciliar sistema e ambiente: o ambiente permanece sempre mais complexo que os sistemas. A sociedade só se torna apreensível aos homens porque reduz complexidade; não é o sujeito que imporá à sociedade as suas vontades. Cada sistema mantém fora de si – no ambiente – um estoque de possibilidades sempre atualizáveis, que podem algum dia vir a gerar mudanças no sistema. Esse isolamento operacional entre mente individual e sistemas sociais reproduz-se em na diferença entre os sistemas sociais. Não há observador externo que possa apreender a totalidade e transformá-la: toda comunicação ocorre dentro da sociedade, pela sociedade. E não há instância interna – o estado, a esfera pública, a sociedade civil, a economia – que forneça a única observação competente sobre o sistema abrangente. A teoria, como observação de segundo grau, não deixa de ser comunicação sobre comunicações, auto-observação do sistema e, portanto, sua reprodução. A sociologia jurídica de Luhmann é uma teoria do direito e teorias do direito não o observam simplesmente de fora; acoplam sistema jurídico e sistema científico.

Afinal, assim como afirmou que semânticas costumam atrasar-se em relação às estruturas que pretendem representar, Luhmann[223] também reconheceu que, desde a invenção da escrita, não se pode assumir uma sincronia entre estrutura social e semântica, de modo que – sobretudo "*quando estimulada por problemas internos e inconsistências*" – a semântica "pode mudar mais rapidamente e possivelmente antecipar ou mesmo iniciar potenciais para o desenvolvimento da sociedade". Da mesma forma, pode "*conservar tradições obsoletas e então prevenir a produção de descrições histórica e faticamente apropriadas*".

A diferenciação de sistemas é a produção da diferença sistema/ ambiente, de modo que "*cada subsistema reconstrói o sistema compreensivo ao qual pertence e para cuja formação contribui pela sua* ***própria*** *(específica do subsistema)* ***diferença entre sistema e ambiente***"[224]. Não se trata de um esquema parte/ todo. Pela diferenciação, o sistema geral acaba se multiplicando em subsistemas (e não se dividindo). Mudando um subsistema, muda o ambiente para os outros sistemas (*e.g.* uma mudança na economia é uma mudança no ambiente do direito) e "[o] que quer que ocorra, ocorre em multiplicidade – dependendo da referência sistêmica". Em termos evolucionários, novas aplicações da forma sistema/ ambiente são desvios que, acumulados, geram pressão seletiva e

[223] LUHMANN, 2012 [1997], p. 172.
[224] LUHMANN, 2013 [1997], p. 3-4 (grifos no original).

acabam sendo selecionados e restabilizados, de modo a reiterar a diferenciação (feedback positivo). A evolução gera oportunidades para mudanças estruturais, mas é espontânea, quase cega e implanejável[225]. Mas evolução da sociedade não é totalmente cega e indiferente às pressões e contribuições individuais. Há de fato desvios e variações produzidos intencionalmente para serem selecionados. Ocorre que resultados planejados podem diferir imensamente de resultados produzidos, assim como as variações intencionais são uma parte bem pequena do conjunto de desvios produzidos na sociedade, cuja seleção no plano das estruturas é uma questão de acaso, não de controle. Dado o excedente de alternativas disponíveis, não é possível que um sistema geral controle seus sistemas parciais nem que se distinga qual variação será selecionada e restabilizada com sucesso. Há influências causais entre sistemas sociais[226] e entre eles e os sistemas psíquicos, mas o fechamento operacional implica que um sistema só pode ser "irritado" pelos demais, sem fluxo comunicativo entre eles. O que conta como operação do sistema é definido pelo próprio sistema.

É certo que "*[a] sociologia deve entender sua relação com a sociedade como uma relação de aprendizado, não de instrução*"[227]. Assim, Luhmann[228] critica a posição da sociologia do século vinte (citando como exemplos Schumpeter e Geiger) de, seguindo o iluminismo do século dezoito, ver os intelectuais como críticos, como fatores disruptivos, a serviço da variação. A produção de variação não pode ser restringida a um papel social. Além disso, intelectuais podem agir também como amplificadores, mas estão muito condicionados por modas intelectuais e requisitos de consistência semântica para serem capazes de gerar a quantidade de variação necessária. Diante dessa posição luhmanniana, o problema afinal não parece ser que a reflexão produza variação, mas apenas que se desconsidere a variação produzida em todos os níveis de comunicação. De qualquer modo, Luhmann[229] ressalta que a valorização da crítica, do desvio e das alternativas leva a sociedade a incrementar suas esperanças – e, portanto, seus desapontamentos.

A réplica do pragmatismo ungeriano é que, de um lado, a teoria da sociedade não pode mais contar com as premissas necessitárias do progresso histórico como força natural externa à sociedade como com-

225 LUHMANN, 2012 [1997], p. 278-9.
226 *Ibidem*, p. 371 (nota 123).
227 *Ibidem*, p. 5.
228 *Ibidem*, p. 275-6.
229 *Ibidem*, p. 284.

plexo institucional e ideológico. Na transformação desse complexo, a correlação de forças seleciona dentro do repertório de alternativas cultivadas pela imaginação. A exploração programática, no pensamento e na prática, assume pois seu lugar, embora não determine por si só o curso futuro da sociedade. Essa exploração, de formas de organização amparadas por justificações empíricas e normativas, ganha especificidade em disciplinas como o direito, que, além de fornecer uma variedade de materiais que representam tais alternativas, trabalha discursivamente combinando o detalhamento de formas institucionais em regras e o apelo justificador sobre as possíveis soluções – aqui não para um caso concreto, um litígio individual, mas para o pano de fundo desses litígios, a estrutura da sociedade. Essa estrutura pode ser decomposta em instituições (institucionalizações de interesses e ideais que conformam práticas) e as instituições decompostas em regras. Dominando esses níveis de análise, é possível interpenetrar o estudo do direito com outras ciências sociais (sociologia, política, economia).

De outro lado, a visão das alternativas institucionais – a complexidade e a contingência ampliadas, indisponíveis ao papel da dogmática voltada à solução judicial de conflitos localizados – é um pressuposto do próprio entendimento do direito existente. Para conhecê-lo, submetê-lo ao tribunal da razão (no sentido kantiano da "crítica"), é preciso colocá-lo sob a luz da exploração construtiva das formas que ele pode vir a tomar. A indeterminação institucional é o pano de fundo sob o qual os arranjos atuais (de contrato, de propriedade, de tributação, de constituição) podem ser julgados, não só em contraponto a um passado interpretado como também a um futuro imaginado. Esse pragmatismo, argumento, casa-se aos pressupostos epistemológicos do construtivismo radical que Luhmann abraça. Ambos dão sequência à constatação da crítica weberiana dos valores (ou do que Luhmann chamou de "perspectivas incongruentes"): o mundo não tem um sentido intrínseco, um sistema de valores dado, independente da disputa por estabelecê-lo. Como concebeu a jurisprudência dos interesses, a luta pelo direito é o conflito pela institucionalização de interesses iluminada pela referência a ideais. Em termos sistêmicos, interesses são variações que buscam ser selecionadas e restabilizadas como direitos – expectativas normativas generalizadas, imunizadas contra o risco pelas estruturas e semânticas do direito. Mas, afinal, para compreender a especificidade do direito, precisamos dar o salto de indivíduos empíricos e sujeitos transcendentais para a observação de sistemas que se observam mutuamente.

3.4.1 Excurso: Pragmatismo Radical e Experimentalismo Democrático

Importa considerar o papel crucial da imaginação das possibilidades transformadoras para o próprio entendimento da realidade de um fenômeno tal como ele hoje se apresenta. Em continuidade ao que já se disse (3.3.1. *supra*), vale lembrar que o meio do sentido, próprio à mente e à sociedade, traz em si uma distinção: a diferença entre atualidade e potencialidade (ou entre realidade e possibilidade). A forma selecionada no meio do sentido poderia ter sido outra e pode ser modificada no futuro. É contingente. As relações de sentido que uma comunicação atualiza deixam de lado algumas possibilidades de seleção de indicações, mas abrem caminho a outras distinções que se pode usar. Há sempre um ponto cego, um espaço imaginário que as distinções usadas deixam de iluminar. A complexidade é o excesso de possibilidades não atualizáveis. O meio do sentido é complexo e contingente – logo o somos cada um de nós, assim como a sociedade. O mundo emerge, então, como horizonte de sentido, nunca se mostrando em sua evidência e transparência. Afinal, nunca atingimos todo o meio do sentido, mas apenas as formas, as distinções com seus respectivos pontos cegos e espaços não marcados. Não basta ver para crer. Em vez da ontologia, da materialidade e evidência do mundo, só podemos nos certificar da realidade pela própria consistência interna das autodescrições que a sociedade nos fornece, das semânticas, das formas que fazem sentido em nossa comunicação. "*Tratar as construções imaginárias como autodescrição nos dá uma posição à qual podemos nos deslocar se renunciamos ao esquema de cognição sujeito/ objeto*"[230]. É a própria sociedade que se observa, interpreta-se e produz suas autodescrições – a comunicação sobre a sociedade ocorre na sociedade.

> *Temos, assim, a especificidade de um mundo no qual toda observação pode se realizar de maneira contingente, dependendo das distinções que possam ser empregadas. Tudo o que se pode observar é artificial, ou relativo, ou histórico, ou plural. O mundo pode ser reconstruído, então, sob a modalidade da contingência e de outras possibilidades de ser observado. O conceito de contingência do mundo designa, portanto, o que é dado (experimentado, esperado, pensado, imaginado) à luz de um possível estado diferente; designa os objetos em um horizonte de mudanças possíveis. Não é a projeção pura (no sentido negativo), mas pressupõe o mundo dado; isto é, não designa o possível em si, mas aquilo que, visto a partir da realidade, pode ser de outra forma*[231].

---

[230] LUHMANN, 2013 [1997], p. 168.

[231] LUHMANN, 2010a [1996], p. 169.

Entretanto, a contingência e a complexidade são apresentadas pelos sistemas de forma reduzida em seu nível básico de operações. Um juiz não se vê confrontado com todas as possíveis soluções para o seu caso – está circunscrito pelas normas que deve interpretar e aplicar, pelas convenções que segue, pelas rotinas de seu trabalho. Para realizar uma compra, o consumidor decide sob condições de grande limitação de informações e segundo o que lhe for ofertado. Organizações decidem com base em decisões anteriores e em referência à prospecção de decisões posteriores. Essa autorreferência básica limita o campo de possibilidades que as organizações podem observar.

Assim como em Luhmann a contingência é um atributo do sentido, da distinção entre atualidade e potencialidade, Unger[232] nota que "*[a] subsunção dos fenômenos reais em um campo maior de possibilidades não realizadas não é, para a ciência, uma conjectura metafísica; é um pressuposto operativo indispensável*". Contra o pano de fundo da experiência imediata, pode-se tratá-la como um caso especial de um domínio contrafático de variações de sua possível transformação; as estruturas sociais não são nem rigidamente perenes e irreformáveis nem aleatoriamente mutáveis[233]. É nesse aspecto cognitivo que se apresenta o conceito de imaginação. Na história das ideias, foi ele foi uma alternativa apresentada pelos pensadores do iluminismo e do romantismo ao contraste entre razão e desejo; concebida como uma faculdade de união entre pensamento e sentimento, tornou-se ao mesmo tempo uma crítica ao pensamento liberal, ao focar a totalidade em que situava o indivíduo[234]. Posteriormente, Unger[235] redefiniu a imaginação como "*a faculdade pela qual colocamos o real sob a luz do possível*". De um ponto de vista pragmático, o aspecto cognitivo está internamente engatado ao aspecto normativo. A crítica articula-se lado a lado à construção.

É principalmente o pragmatismo radical de Unger que norteará a busca de uma visão alternativa àquelas dominantes quando se trata de enraizar o pensamento jurídico em uma visão normativa sobre a sociedade. Nessa alternativa, o otimismo iluminista sobre a realização da justiça, transformado pelas teorias sociais do século dezenove em apologia ou crítica do progresso, como evolução moral e necessidade histórica, assume a forma de busca de possíveis zonas de interseção entre os requisitos institucionais da maior independência diante da necessidade natural e os

---

232 UNGER, 1996a, p. 3. Comparar UNGER, 2014, p. 161;

233 UNGER, 1984b, p. 149 e 263; 1984c [1980], p. 285-9.

234 Ver UNGER, 1984a [1975], p. 124.

235 UNGER, 2001b, p. lii.

pressupostos estruturais para a menor reprodução de desvantagens e exclusões no curso da autoprodução da sociedade. O que importa é explorar formas de assegurar tal composição, garantindo ao menos elevada complexidade – a questão do iluminismo – e amplas possibilidades de escolha – o sentido e a razão da democracia.

Para a reflexão, é importante ressaltar o valor cognitivo de aliar a crítica à construção nas ciências sociais. A contingência, como possibilidade da inovação, precisa ser mantida não apenas em termos de excedentes de possibilidades estruturalmente disponíveis (complexidade), mas também refletida teoricamente, uma vez que a teoria fornece variações interpretativas, seleções de estruturas e restabilizações de sentido – isto é, atua na evolução do direito. A função da teoria do direito é fornecer a autoimagem do sistema jurídico; para tanto, cabe projetar essa autoimagem contra o pano de fundo das mudanças e variações vislumbráveis nas estruturas jurídicas. Assim, é preciso levar o entendimento da contingência no plano dos sistemas sociais para além da racionalização retrospectiva da história, abrindo espaço para a imaginação exploratória de possibilidades futuras de estruturação jurídica dos diversos sistemas sociais. Vislumbrando a argumentação jurídica como modo de autorreferência do direito (seja ela na problemática dos casos concretos, ou com pretensões sistemáticas de doutrina e teoria), é necessário reconhecer que a produção de variação também ocorre no plano da reflexão do sistema.

O ceticismo de Luhmann ao pretender esclarecer os limites do iluminismo o leva, no campo do direito, a uma teoria que se distancia da dogmática e "lava as mãos" quanto a qualquer recomendação prática de mudança estrutural. Decerto, a imaginação institucional pretende utilizar o conhecimento sociológico não para desconstruir o iluminismo, mas para continuá-lo por outras vias. Como observação de segunda ordem sobre o direito e o discurso jurídico, tem potencial para aumentar sua complexidade, abrindo um horizonte de sentido que não se vislumbra na autorreprodução basal do direito e na argumentação problemática de casos, acordos, juízes e advogados.

Toda essa construção luhmanniana – especialmente assentada nos conceitos de sentido, contingência, complexidade e observação de primeira e de segunda ordem – apresenta um paralelo importante com a concepção de Unger da sociedade como "coisa feita e imaginada". O conceito de imaginação em Unger corresponde à noção de observação de segundo grau em Luhmann e diz respeito à apreensão da contingência, vista como atributo do sentido, isto é, da mente e da sociedade. Mais precisamente, a imaginação articula a possibilidade da observação de segunda ordem na direção de um pragmatismo radical. Assim, transitando

de Luhmann a Unger, esta abordagem construtivista do direito não busca um equivalente à "consciência coletiva" de Durkheim, submetendo o "sujeito" a algum ente conceitual exterior, imanente e objetivo, como "discurso"[236].

Entendo ser coerente com o reconhecimento da diferença (da dupla contingência) entre indivíduo (especialmente sistemas psíquicos, que produzem consciência) e sociedade (sistemas que reproduzem comunicação e marcam os corpos e mentes individuais pela máscara social da "pessoa") tratar tanto da autodescrição dos sistemas sociais quanto da reflexão normativa associada a esses sistemas. Essa reflexão normativa não é senão a observação da zona de "irritação" entre esses dois tipos de sistemas operacionalmente fechados, isto é, das expectativas contrafáticas que asseguram os indivíduos e a sociedade, de lado a lado, contra os riscos de seu mútuo desconhecimento – expectativas que emergem devido à autorreferência entre pensamento e comunicação, e não apesar dela. Como registra um observador[237], o sentido da imaginação em Unger está justamente em reconhecer a opacidade epistêmica que leva a cognição individual a jamais contar com garantias definitivas de fundamentação e orientação da ação. Apreender o sentido da possibilidade social ampliada para além da realidade concretizada por dados arranjos institucionais exige explorar a complexidade e a indeterminação tanto dos construtos mentais quanto das estruturas sociais. Pragmaticamente, em referência ao direito (dada sua condição prevalente de direito estatal), o acesso ao sentido de sua transformabilidade exige principalmente a exploração de alternativas políticas.

É nesse sentido que Unger introduz, por exemplo, o tema do "superliberalismo", já no "manifesto" dos estudos críticos do direito, originalmente uma palestra proferida em 1982. Unger[238] aponta tal conceito ao criticar a falência prática e teórica que ocorre quando, como solução aos problemas das democracias contemporâneas, a filosofia política sugere o seu oposto utópico: a república mítica, o governo direto da *polis*, a comunidade unida por consciência compartilhada e participação no bem

---

[236] Combinando Luhmann com a teoria do discurso de Habermas e tendências pós-estruturalistas e desconstrutivistas (que tanto influenciaram a visão da indeterminação interpretativa radical nos *critical legal studies*), Teubner também propõe uma versão de construtivismo jurídico (ver TEUBNER, 1989). Ele aproxima-se da abordagem aqui esposada por, ao contrário de Luhmann, trabalhar em um plano que transita da teoria do direito à dogmática de ramos específicos. Mas não sigo as variantes que ele aplica ao horizonte teórico luhmanniano.

[237] DUNN, 1990 [1987].

[238] UNGER, 2015b [1982], p. 124-5. Ver também UNGER, 2007a, p. 184.

comum (como no contraste de Constant[239]). O programa de Unger não é nem liberal nem antiliberal, mas "superliberal", porque alarga as pretensões liberais de desfazimento de relações de dependência e construção de relações voluntárias, colocando-as como parte da ambição de construir instituições mais abertas à vontade e à imaginação. A imagem de sociedade aí proposta quer vê-la refletir o próprio arquétipo da política liberal, fazendo as estruturas sociais basearem-se menos em divisões e clivagens pré-estabelecidas do que em grupos de opinião fragmentários e transitórios, que se articulam em série de conflitos e acordos.

Para ampliar o estreito repertório dentro do qual se move a filosofia política do liberalismo tardio, seria preciso adotar outro horizonte substantivo (por assim dizer, "pós-liberal" e "pós-social democrata") e outra estratégica metodológica – uma que trabalhasse lado a lado o mapeamento de alternativas institucionais e a crítica imanente das instituições dadas (segundo os ideais que as justificam e interesses que as apoiam). Esse discurso abertamente político é inspirado em determinadas tradições que não podem clamar neutralidade e universalidade excepcionais – seu valor depende do endosso de uma concepção de personalidade e de sociedade que, ainda que não seja sistematicamente articulada, fornece uma "prototeoria" da qual se pode partir para avaliar propostas institucionais variadas.

Abrindo mão da pretensão de neutralidade, pela qual se distingue o justo político a ser providenciado pelas instituições básicas das concepções pessoais de bem de cada agente, Unger oferece um valor capaz de guiar "externamente" o juízo sobre os arranjos sociais, uma visão do caráter desses arranjos e da forma de sua mudança e uma proposta do lugar da teoria como informante dessa transformação. O valor é a autonomia individual ("capacidade negativa") reforçada por estruturas que fornecem as próprias ferramentas para sua correção ou substituição e potencializada por estruturas mais "desentrincheiradas", que se reproduzem sem marcar hierarquias e divisões acentuadas entre pessoas (compare-se, por exemplo, a sociedade de castas com a sociedade de classes, e esta com os grupos políticos de uma democracia liberal). Mas o "desentrincheiramento" não é simplesmente um valor moral; a hipótese subjacente é que essa capacidade de transformação e plasticidade dos arranjos de cooperação e estruturas sociais é a chave do sucesso prático, da eficiência e do desenvolvimento dos poderes produtivos.

---

239 CONSTANT, 1988 [1819].

Essa definição do ideário, no entanto, o expõe a certa comunicação com várias vertentes de teoria normativa[240], uma vez que submete a pressão as formas prevalentes de organização da democracia e da economia, colocando no horizonte sua remodelagem. Assim, por exemplo, a radicalização do liberalismo clássico no libertarianismo contemporâneo busca ampliar a autonomia individual reduzindo ao mínimo as funções estatais. O ponto em comum com o ideário superliberal está em resgatar o valor da personalidade individual de circunscrições rígidas, de identidades cristalizadas de classe, comunidade ou gênero. A controvérsia inicia-se no entendimento das instituições: garantir um estado mínimo para alavancar a máxima autonomia individual deixa de ser estratégia verossímil quando se mina a crença na existência de uma ordem jurídica natural, pré-política, uma conformação do direito imanente ao mercado e apenas distorcida pela ação estatal[241]; e quando se constata que a ação governamental é necessária para desbaratar concentrações de poder econômico e para promover a descentralização da iniciativa.

Também a presença empírica de relações clientelistas e a defesa normativa dos vínculos comunitários é considerada pelo ideário superliberal, mas aqui se defende que os riscos e proteções que as relações comunitárias podem oferecer hão de ser ampliados para a toda a ordem política e econômica, com formas de imunidade pessoal que diminuam a suscetibilidade à dependência e empoderem o indivíduo a subverter as identidades coletivas e sua posição natural nelas. Finalmente, estendendo as expectativas social democratas para além da redistribuição em uma estrutura de mercado dada e da participação local, procura dar nova forma ao radicalismo pequeno-burguês, buscando escala, por novos arranjos entre estado, mercado e organizações sociais, às pretensões de autonomia econômica e política.

Em termos de estratégia teórica, vale notar que, em suas propostas programáticas, Unger[242] projeta um cenário relativamente distante da

---

240 Para tal discussão, ver UNGER, 2001a [1987], p. 19-31.

241 Sobre essa crença, ver UNGER, 1996a, p. 45-6, 131. Unger a trata sob o rótulo de "lochnerismo", em referência ao caso Lochner *v.* New York (1905), no qual a Suprema Corte americana considerou inconstitucional (diante da liberdade de contrato implícita na cláusula constitucional do devido processo) uma lei que limitava a jornada de trabalho diária e semanal. Trata-se certamente de uma expressão coerente com a semântica jurídica liberal (ver a discussão *supra* 1.2, sobre a jurisprudência dos conceitos), mas esse "formalismo" não pode ser simplesmente reduzido a uma questão interpretativa/ textual. Compare com a discussão de SCHAUER, 1988.

242 Comparar UNGER, 2001a [1987], cap. 5, e Unger, 1998. O trabalho posterior busca elucidar os diferentes momentos da trajetória de transformação imaginada, ou seja,

situação histórica em que foram desenhados, justamente na tentativa de não se constranger pelas opções institucionais já realizadas. Esse distanciamento, que visa a ampliar os limites da imaginação das instituições atenuando os preconceitos de quem está projetando o futuro hoje, não é um prognóstico de probabilidade, mas uma extrapolação especulativa de possibilidades já atualmente emergentes, embora apenas realizadas de modo marginal e embrionário[243]. Para ganharem escala, essas soluções institucionais desviantes precisam mudar o contexto mais amplo da política e da economia; ao se transformarem em soluções dominantes, terão mudado seu figurino original.

Essa estratégia programática, ao mesmo tempo, dificulta a crítica das propostas e reforça as desconfianças sobre o grau de flexibilidade e autotranscendência que os contextos formadores ou complexos institucionais imaginados por Unger poderiam sustentar. Houve quem apontasse dúvidas sobre uma falta de admissão da importância da estabilização ("criação do contexto") como contraponto a um programa tão focado na desestabilização ("transcendência do contexto")[244]. Essa é a crítica-padrão e a dúvida generalizada lançada à teoria de Unger: até onde levar o imperativo (prático e moral) da plasticidade social?[245] A dúvida e a crítica não são surpreendentes se partirmos do diagnóstico de Walzer[246]: o superliberalismo é uma oposição interna aos esforços do pensamento político liberal, de Locke a Rawls, de "fixar e estabilizar a doutrina para por fim à perpetuidade da liberação liberal".

De fato, um problema que envolve o modelo experimentalista-democrático ou superliberal é o paradoxo da estabilização da instabilida-

---

aproximar a visão de práticas exemplares atualmente existentes que podem servir como rudimentos de novas formas de organização.

243 UNGER, 2015a, p. 75.

244 É o caso de SUNSTEIN (1990) e ACKERMAN (1992, p. 125-6, nota 3). LESSIG (1989), porém, mostrou a proximidade entre Unger e Ackerman em termos do ideal de "plasticidade". Quanto ao método, vale lembrar que, em seu já clássico artigo sobre "A nova separação de poderes", ACKERMAN (2000, p. 638, nota 12) registrou que "*[d]ois escritores latino-americanos de primeira linha [Unger e Santiago Nino], com conexões íntimas com a academia jurídica americana, participaram ativamente do dinâmico debate de sua região sobre o futuro da separação dos poderes, e contribuíram mais para a literatura crítica recente do que o resto do professorado jurídico americano somado*".

245 Ver *e.g.* KYMLICKA, 1994, p. 279; GALSTON, 1991, p. 63-5; HOLMES, 1987; 1993, p. 174. Muitas dessas críticas parecem superestimar a continuidade entre o comunitarismo anterior e o posterior superliberalismo de Unger. Sobre essa descontinuidade, ver UNGER, 1984d [1983]; WEST, 1988.

246 WALZER, 1990, p. 14.

de. A estabilidade é um critério fundamental a suplementar a transcendência de contextos[247]. A imaginação serve para antecipar visionariamente a remoção de limitações que estreitem as rotinas e experiências de modo injustificado em termos práticos e morais (essas limitações são removidas ou reforçadas na prática por conflitos). Uma configuração institucional imaginada precisa considerar as predisposições comportamentais e as restrições materiais que pressionam em direção a sua disrupção. As instituições projetadas não devem subestimar aspectos recorrentes de nossa experiência nem pressupor uma alteração drástica de traços da personalidade elementares, associáveis à "natureza humana", ainda que se reconheça ceticamente que não há um núcleo imutável nessa "natureza" nem uma ordem supra-histórica e sobre-humana como fonte de sentido e valor (a busca pelo contexto natural, supracontextual).

Nos termos experimentalistas-democráticos em que se qualifica o projeto "superliberal" de Unger, a mudança institucional é concebida como fragmentária e contingente (é também o que atestaria uma visão da evolução social normativamente cética, como a de Luhmann). Diante desse entendimento, a vulnerabilidade da visão ungeriana pode estar em superestimar o quanto um contexto institucional é transparente a seus agentes de reforma, subestimando o quanto mudanças fragmentárias dependem de uma variação, seleção e restabilização de estruturas que tais agentes em grande medida não podem controlar e o quanto o caráter fragmentário das reformas as torna facilmente reversíveis, bem como improváveis de serem perseguidas cumulativamente, no decorrer do tempo histórico, segundo uma direção de mudança normativamente pré-determinada.

A contingência das trajetórias de transformação estrutural opõe resistência a programas e projetos definidos de antemão. Nessa ótica, a institucionalidade liberal e social democrata é no máximo ponto de partida, mas não de chegada. Ela mesma, é certo (pela exclusão social, pela apatia e pelos impasses da política, pela concentração econômica, pelas divisões marcadas de classes e barreiras étnicas, nacionais e sexuais), coloca obstáculos (ou não os remove suficientemente) para a execução da "tarefa". Dessa distância, porém, não sucede uma retirada da visão normativa, mas sua afirmação perante a realidade renitente.

De qualquer modo, como já ressaltado, há um claro problema de sustentação, de apoio político, uma vez que o programa que Unger chamou nos anos de 1980 de "superliberal" tende a, de modo iconoclasta, solapar as próprias bases (os interesses privilegiados, os ideais consagrados, as rotinas de trocas e argumentação, as identidades grupais) das

[247] Sobre estabilidade e ceticismo, ver UNGER, 1984b, p. 22-3, 48-9, 78, 86-9.

quais depende sua institucionalização. É importante a qualificação (que Unger adotou a partir dos anos 90) de "experimentalismo democrático", pois, em termos de estratégia política, o caráter gradual e progressivo das reformas – que pode se apoiar em certa base social para uma reforma, em outros grupos para outras mudanças – é capaz de diminuir essa tensão entre proposta imaginada e apoio prático. De outro lado, a sustentação de uma trajetória de mudanças que apenas ganham sentido a partir de seu efeito combinado é sempre arriscada, já que não pode ser pré-programada e orientar o futuro desde o presente. Mas então, das dificuldades da teoria, chega-se aos obstáculos da política prática[248] – com o paradoxo de que as próprias mudanças propugnadas pela teoria é que abririam melhor caminho à concretização de suas propostas. Mais uma vez, o experimentalismo da reforma institucional e o estilo fragmentário da mudança dos quadros institucionais dados é o risco e é a oportunidade.

É preciso notar que também a teoria normativa de Unger apresenta propostas institucionais ligadas de modo mais ou menos frouxo à parte descritiva da teoria e concebe que se pode realizá-las apenas pelos resultados cumulativos da experimentação democrática na vida social[249]. Ainda, outra resposta possível a tal crítica sobre a ilimitação da plasticidade como ideal social é reafirmar a precedência da desestabilização. Mas também se pode afirmar a parcialidade do programa: ele só foca o que é preciso mudar, pressupondo alguma permanência das instituições atualmente dominantes na organização da política, da economia e da sociedade civil, instituições estas que já são demasiado estabilizadoras, justificando o contraponto da desestabilização, que não é suficientemente suprido por elas. A imaginação de cenários institucionais alternativos – "*levada adiante muitas etapas no futuro, faltando todos os passos intermediários da transição*"[250] – parece ser uma terceira opção e pode ser interpretada como a resposta de Unger àquele tipo de crítica. Afinal, o direito cristaliza as formas institucionais da sociedade analogamente a como a arquitetura estrutura os espaços de interação (como sugeriu Unger, em um debate com Derrida) – ambos o fazem em direções variáveis, conforme a visão de indivíduo e sociedade que os informa e as respectivas expectativas que sugerem, direcionam e moldam[251].

---

248 Sobre a prática política, ver UNGER, 2001a [1987], p. 395-441; 1987a, cap. 5; 2001a, parte 1.

249 Sobre a relação entre temas explicativos e programáticos, ver UNGER, 2001a [1987], cap. 1.

250 UNGER, 1996a, p. 125.

251 Os mesmos cenários que UNGER (1991) havia apresentado ao discutir arquitetura são discernidos e esquadrinhados quando discute o direito. Tais cenários – "socialdemocracia ampliada", "poliarquia radical" e "democracia mobilizadora" (UNGER, 1996a,

Analisarei aqui o cenário preferido por Unger: aquele da democracia empoderada, de alta energia, mobilizacional ou experimentalista. É o cenário que leva mais longe a pretensão superliberal de estender o repertório liberal a partir de suas formas dadas, segundo uma estratégia gradualista e fragmentária de reforma radical e explorando as próprias tensões entre ideais e instituições associados ao repertório do liberalismo. Nessa visão, uma vez que nenhuma estrutura institucional é neutra com relação a concepções de bem, o bem está justamente na transcendência: no grau, variável e relativo, em que certas instituições se reproduzem demandando menos hierarquias rígidas, dependências opressivas e distinções debilitantes (classistas, étnicas, sexuais, nacionais) entre pessoas. De certo modo, é possível dizer que, para Unger, é na transformação institucional ao longo da história que as instituições se aproximam àquela "neutralidade" que Rawls e Habermas prometem existir estaticamente, em dado momento, na garantia de um procedimento deliberativo não enviesado, circunscrito por uma moralidade de princípios.

Decerto, a exigência ungeriana de experimentação e diversidade na vida pública e privada, que visa a solapar tendências de enrijecimento das divisões sociais, está potencialmente em tensão com o postulado consensualista da democracia deliberativa de Habermas[252]. Mas a pretensão iconoclasta e desestabilizadora da transcendência contextual pregada por Unger também pode sofrer de um problema semelhante ao apontado quanto à sustentação do modelo de Rawls por um "consenso sobreposto" entre concepções "razoáveis"[253]. Esse consenso diz respeito não à justificação do modelo rawlsiano, mas a sua sustentação prática, às expectativas engendradas pela estrutura básica da sociedade que permitem sua institucionalização estável. Porém, na teoria de Unger, é difícil separar os dois momentos, pois a imaginação das instituições contempla formas e possibilidades de mobilização política que as conformem e sustentem na prática. Uma das questões aqui[254] é a plausibilidade de que as pessoas adiram a uma estrutura autorrevisável em detrimento de uma que forneça a segurança de seus papéis e posições sociais entrincheirados. Há dificuldades até mesmo na conformação de tal estrutura, já que a formação de contextos requer a consolidação de certos hábitos e rotinas. Unger[255], em todo caso, aposta que, uma vez tendo vivenciado desentrincheiramentos

p. 135-70) – parecem, entretanto, variações sobre um mesmo tema: o ideário do experimentalismo democrático (UNGER, 1998, p. 235-51).

252 Para tal comparação, ver SIMON, W., 2014, p. 20.

253 Ver BARRY, 1995.

254 Como aponta GALSTON, 1991, p. 60-5.

255 UNGER, 2001a [1987], p. 317.

parciais, as pessoas quererão mais e mais; fundado nessa esperança no experimentalismo democrático, mantém como horizonte a possibilidade de estruturas que diminuam a distância entre os conflitos rotineiros dentro do contexto e os conflitos revolucionários sobre o contexto. É o que faz a democracia em relação às outras formas conhecidas de governo, ou o mercado em relação a uma organização econômica centralizada. Providenciam meios à própria correção da ordem política e econômica, diminuem a dependência em relação a tradições e diferenças herdadas, são uma moldura institucional para a imaginação e a inovação. Mas em que medida essas próprias formas institucionais não excluem ideais a que elas próprias dão sobrevida ou não deixam de realizar expectativas que elas mesmas reproduzem? Em que medida elas desperdiçam poderes e capacidades de criação, restringindo desnecessariamente o raio de autonomia individual e coletiva?

A questão não é postular a chegada a um estado de repouso em que já se tenha atingido a plena identificação entre o racional e o real. É dar vazão produtiva à insatisfação, ao excedente não aproveitado pela estrutura institucional, para fragmentária e progressivamente dar à luz formas institucionais mais capazes de habilitar a inovação e a cooperação, com maior abertura ao futuro e corrigibilidade à luz da experiência.

Afirmado o postulado da *parcialidade* e insuficiência de todas as ordens sociais diante das aspirações, capacidades e possibilidades individuais, também se rejeita a armadilha historicista, que pode capitular às expectativas e horizontes de sentido engendrados pelo próprio contexto específico em que se está inserido como uma realidade inescapável. "Reconstruir" essas práticas de "reconhecimento", como observador de observadores, pode fazer o teórico cair em relativismo perigoso e cerceamento da lucidez sobre as alternativas institucionais.

O que está em jogo nesse ideário superliberal pode ser esclarecido pelo contraponto entre o clássico tema kantiano ou mais amplamente liberal de liberdade negativa e liberdade positiva (autonomia privada e autonomia pública, liberdade individual e autolegislação republicana ou democrática) e o tratamento ungeriano de liberdade rasa e liberdade profunda[256]. Toda ação e todo pensamento são contextuais. Coisas são passivas diante de contextos e determinadas totalmente por eles; pessoas, não, já que são dotadas de autoconsciência. Essa é a base de sua dignidade: a

[256] Para a comparação seguinte entre Kant e Unger, ver WEINRIB, 1985, p. 1831-40; YACK, 1988, p. 1971-4. Para as concepções de liberdade e igualdade "rasas" e "profundas", ver UNGER, 2014, p. 296-7, 314-23. Ver também UNGER, 2007a, p. 174-81; 2015b [1982], p. 104-6.

capacidade de diferenciar-se de seu contexto, de ser consciente dele e agir intencionalmente em relação a ele, constituindo a esfera da liberdade. Ela independe do conteúdo. Ação e pensamento unem-se pela vontade livre, que cria o mundo, diferenciando meios e fins. Esse é o âmbito da razão prática. O direito explicita a racionalidade da interação entre vontades livres. Nos quadrantes da filosofia da consciência, de Kant a Hegel, entende-se que o que o sujeito pode representar (as estruturas sociais das quais ele pode tomar consciência), ele pode também abstrair, colocando o contexto como contingente e o remodelando. Kant distingue o justo como antecedente lógico do bem: é o justo que permite a persecução do bem e, portanto, é o justo a condição a ser cumprida pela estrutura básica da sociedade, pelas instituições.

Em contraste com Kant, Unger coloca a transcendência da estrutura como um valor, negando a distinção entre bem e justo. E pretende ancorar a autonomia individual, como poder de resistência e transcendência das estruturas sociais, no próprio caráter revisável e autossubversivo das instituições. A negação do contexto é superior mesmo à solidariedade dentro do contexto, ao contrário da visão da ontologia clássica. Logo, a liberdade não é predicado intrínseco ao conceito de ação e, portanto, igualmente distribuída; depende do conteúdo da ação, da negação do contexto. Se o direito, para Kant, atualiza a igual liberdade abstrata entre os sujeitos, para Unger cobre o âmbito das relações pessoais e essas relações nunca deixam de ter elementos não instrumentais (os outros não são tratados como meros meios para meus fins). A visão da autonomia em Unger parte dos fatos do condicionamento social da experiência individual e da ineuxaribilidade do indivíduo (de sua capacidade de entendimento, de sua vontade) pelo contexto. Afirma então: 1) o valor do afrouxamento das restrições colocadas por divisões e hierarquias sociais; 2) o valor irredutível da singularidade individual diante de categorias abstratas de classe, sexo, nação, etnia; 3) o valor da transcendência das estruturas sociais, isto é, a superioridade de formas de organização social que incorporem mais e excluam menos (pessoas, ideias, meios) por sua própria capacidade de correção e transformação no curso da reprodução social.

Dessa visão normativa da identidade humana, chegamos a uma concepção da justiça política. Nesse ideário, entende-se que a plasticidade social (a capacidade de inovar) e o desentrincheiramento de hierarquias (a capacidade de cooperar para além de divisões de papéis, classes e posições rigidamente diferenciadas) são reduzidos pela transmissão hereditária de vantagens educacionais e econômicas pela família – o motor da distinção de classes. Em termos de ideais, igualdade de respeito e oportunidade é imperativo incondicional, enquanto que desigualdades de cir-

cunstâncias ou resultados são criticáveis somente (e não é pouco) na medida em que minem a igualdade de respeito e oportunidade. A exclusão persistente de pessoas em situação de pobreza e privação absolutas destrói as possibilidades de autorrespeito e as capacitações para a inclusão. O reverso é a recompensa meritocrática superdimensionada a talentos extraordinários e dotações inatas que já encontrariam incentivos suficientes. Mas uma rígida igualdade de circunstâncias é improdutiva. A questão não é tolerar tanta desigualdade quanto possa beneficiar os que estão em maior desvantagem (a regra "maximin" de Rawls), mas difundir uma vida maior para todos, de modo a tornar a autoconstrução da sociedade mais inclusiva em pessoas e mais acelerada pela expansão dos recursos e meios.

Nesse sentido, a distinção mais iluminante de Unger é aquela entre liberdade e igualdade "rasas" e "profundas". Ela evoca a forma recorrente no pensamento ungeriano – liberdade para recombinar fatores dentro de um contexto institucional dado *versus* liberdade para alterar peças desse contexto – e parte do entendimento de que os liberais e socialistas do século dezenove viam a igualdade como um aspecto da liberdade e a liberdade como empoderamento, como uma vida maior para indivíduos e para a humanidade. Já no século vinte se firmou uma oposição entre liberdade e igualdade, cravada nos termos do antagonismo político. Em termos "rasos", tomado dado contexto formador, com sua estrutura mais ou menos estável de distribuição de vantagens e oportunidades, os defensores da prioridade da liberdade e da eficiência pretendem que a autolimitação do estado abra espaço à criação individual da riqueza; a insegurança radical e a desigualdade contraproducente podem ser corrigidas por um toque "social", com uma rede mínima de previdência, assistência e serviços públicos, no espectro focalizado do combate à pobreza extrema. Já os defensores da igualdade são aqueles que pretendem moderar a reprodução das desigualdades sobretudo pela tributação progressiva e por transferências compensatórias redistributivas, ou mesmo por políticas públicas mais universais, mas sempre com pouca reorganização da distribuição primária de vantagens e oportunidades pela reconfiguração da economia e da educação.

Por seu turno, a "profundidade" está associada à reforma institucional radical, ao incremento extraordinário de liberdade ou igualdade, no limite pela mudança de contexto formador. É a pretensão do socialismo revolucionário, com a instauração de uma espartana igualdade "material". O poder e a propriedade totalmente revistos seriam capazes de produzi-la. Na experiência real, do lado da cooperação, distinções rígidas entre incluídos e excluídos continuaram a ser reproduzidas de outras maneiras (na forma de privilégios da burocracia estatal ou direitos adquiri-

dos dos pioneiros em esquemas de autogestão) e, do lado da inovação, a rigidez e o dogmatismo político impuseram à economia uma capacidade decrescente de crescimento. Em contraste, a liberdade profunda também procura a mudança das estruturas de poder, propriedade e conhecimento, mas não pode confiar em alguma contraposição simples como a das ideologias oitocentistas, como estado *versus* mercado. Diferentes formas de organização do mercado, da democracia, da educação e da saúde podem revelar, experimentalmente, maior capacidade inclusiva e dinamismo. O foco é alterar a distribuição primária de vantagens e oportunidades, intensificando a capacitação individual, e não apenas amenizar por redistribuição os diferenciais drásticos de barreiras à entrada e à ascensão econômica e educacional. A transmissão de vantagens herdadas deve ser reduzida ao mínimo, de modo que as particularidades do passado e da família contem menos que as potencialidades de inovação e universalização de saberes, práticas e tecnologias avançadas. Embora não evoque expressamente o rótulo, esse entendimento parece se afinar com o tema anterior do pensamento ungeriano, o "superliberalismo".

O superliberalismo pode ser descrito, por um lado, como um desenvolvimento do "projeto" comum dos liberais e socialistas do século dezenove e, mais amplamente, do ideário democrático. É uma espécie de solução homeopática ao liberalismo: mais liberalismo aplicado ao liberalismo, expansão das instituições liberais à luz do potencial não exaurido dos ideais liberais[257]. Por outro, é uma continuidade da valorização do indivíduo buscada pelo liberalismo, mas magnificada pelas semânticas do cristianismo, do romantismo, do modernismo e outras[258].

Do cristianismo, Unger toma, sobretudo, a noção de transcendência, traduzindo a concepção da alma infinita presa em um corpo finito como o extravasamento da personalidade em relação aos contextos insti-

[257] As principais referências explícitas de UNGER (2001a [1987], p. 635) no espectro liberal são os arquitetos da constituição americana, Constant, Tocqueville, Wilhelm von Humboldt, Herzen e Mill. Mas seu programa também se inspira em outras referências, como o radicalismo pequeno-burguês e o ideal de auto-organização coletiva. Ademais, suas concepções de "democracia radical" e de "sociedade livre" partem das possíveis intersecções entre as grandes ideologias do século XIX, o liberalismo clássico e o socialismo (UNGER, 2001a [1987], p. 595; 2014, p. 294).

[258] Para a definição dessas influências, ver Unger, 1984b, p. 23-8 (sobre cristianismo), 28-33 (sobre romantismo) e 33-9 (sobre modernismo). Sobre romantismo, comparar Luhmann, 1986 [1982]. Sobre as demais concepções, ver *e.g.* UNGER, 2007a, p. 28, 47; 2014, p. 160, 163-4, 165-7, 207, 210, 219, 233, 277, 304, 433, 447. Para a crítica dessas visões e o que delas resulta afirmativamente para sua própria concepção, ver em geral UNGER, 1984b; 1984c [1980], p. 296-9; 2014, esp. cap. 4 e 5; 2007a, cap. 3 e 4; 2001a [1987], p. 12, 556-70 e 637-9; 2015b [1982], p. 192-5.

tucionais e imaginativos limitados que construímos e habitamos. As pessoas não se resumem às posições que ocupam na estrutura social. A personalidade, à semelhança da divindade (ou as conexões pessoais, analogamente ao vínculo religioso), é que deve ser o alvo da lealdade, acima das instituições e hierarquias concretas dadas em certo momento. Nossas conexões práticas e de paixão jamais são esgotadas por qualquer estrutura social ou mental. Tomá-las como expressão de todas as possibilidades realizadas é idolatrá-las. O valor está na divinização da humanidade, em sua atuação na transcendência das instituições e de sua moralidade imanente.

O romantismo (a tradição literária que vem desde o medievo, o movimento do século dezenove e a cultura popular mundial de hoje) inspira-lhe a representação do mundo como obra que criamos e inovamos, assim como a ideia de conexão pessoal do amor romântico, protótipo da comunidade. Entretanto, contra os milenarismos utópicos, o antimodernismo comunitário ou as fantasias de militância cívica permanente, Unger redefine o ideal de comunidade não como consenso denso de valores ou ausência de conflito, mas como zona de vulnerabilidade mútua ampliada, em que o vínculo com os outros como condição da autoafirmação individual seja imunizado contra os riscos da dependência, da subjugação e da despersonalização que esse engajamento pode provocar. Esse ideal deve ser aplicado a todas as áreas da sociedade, e não circunscrito a determinados âmbitos, como a família.

Do modernismo, expresso principalmente na literatura do final do século dezenove e início do século vinte e que constituiu a revolução cultural dessa época, Unger toma a reflexão sobre a relação entre espírito e estrutura, ou liberdade e contexto. Agimos dentro de contextos e nossa liberdade só pode ser construída pelo encontro pessoal, não por uma realidade ou bem impessoal. A liberdade consiste em romper os contextos de ação e vivência, pois cada contexto incrusta hierarquias morais, e toda hierarquia convencional é parcial e limitante. Jamais se atinge o incondicional e supracontextual. Mas o problema do modernismo está em ou cingir-se a expressões estéticas e privadas do sublime ou buscar na política o rompimento de todo contexto, sem reconhecer que os contextos são inescapáveis e que variam em sua própria transformabilidade. Todos os contextos são contingentes, mas alguns são mais autotranscendentes.

Ainda, saindo dos racionalismos, antigos e modernos, chegamos a compreender a história sem roteiro, o tempo como transformação da transformação e a abertura do futuro à novidade. Unger radicaliza esse impulso encontrado em autores tão diversos como Hegel, Bergson e Whitehead e o combina com o influxo negativo da metafísica de Schopenhauer.

Essa conjunção de influências em uma imagem normativa da personalidade e da sociedade o faz negar enfaticamente seu comunitarismo anterior e defender a ampla reorganização institucional da sociedade, em vez do confinamento em identidades coletivas autoisoladas. Um quadro de preocupações e entendimentos dentro do qual essas variadas influências ganham especial relevância é o marco conceitual do pragmatismo filosófico. Afinal, Unger é um exemplo destacado de teoria social pós-liberal que coordena o pragmatismo americano (Dewey, James) a uma "filosofia da práxis" (à teoria social pós-marxista, com influências de Gramsci)[259].

Sua proposta ignora expressamente a cisão típica de Hume e Kant entre o descritivo e o prescritivo[260], no plano não de enunciados linguísticos isolados, mas de uma compreensão da história e da sociedade (em que o "ser" ancora-se em uma visão do "dever-ser"). Positivamente, defende que certo tipo de exploração sobre o futuro é tão indispensável para o diagnóstico do presente quanto o discernimento das trajetórias históricas. É sob a pressão de trajetórias de transformação alternativas, à luz do que pode vir a ser, que se vislumbra a "natureza" do que é. Fugir dessa prática implica reduzir a ética ao juízo reflexivo sobre as crenças de determinada comunidade em que contingentemente se desenvolve a ação (posição historicista) ou definir contrafaticamente uma imagem homogênea de agentes como pessoas igualmente livres e responsáveis que agem em dados contextos históricos e culturais, mas cuja moralidade da ação pode ser julgada por máximas impessoais de aplicação universal; paradoxalmente, as vontades e intuições a serem consideradas e a serem desprezadas, os argumentos válidos e os inválidos, tudo isso complementa (e enviesa) essa neutralidade abstrata (posição racionalista).

Para além da teleologia racionalista (segundo a qual o dever-ser é o estado ao qual tende o ser, por sua natureza intrínseca), do convencional historicismo das críticas sociológicas e do universalismo abstrato das formulações liberais do agente que informam as ciências sociais positivas, poderíamos buscar outro tipo de discurso. Nesse caso, poderia ser uma forma de exploração contrafática não apartada do próprio interesse descritivo e explanatório. Em termos pragmáticos, o pensamento sobre alternativas sociais abre-se pela própria indeterminação e contingência

---

259 Ver os comentários de JOAS (1993, p. 13, nota 21) e WEST (1990 [1987]; 1989, cap. 6) em seus balanços do pragmatismo.

260 Sobre a justificação do argumento normativo, ver UNGER, 2001a [1987], p. 341-68. Ver também UNGER, 1984b, introdução, esp. p. vii, 3, 39-53, 76-89; 1987a, p. 15-6; 2014, p. 290, 298-9; 2007a, p. 76-80.

constitutivas de seu referente, a sociedade[261]. O que distingue a realidade social da observação da natureza é que a própria observação constitui a primeira (em termos fenomenológicos, a sociedade não é uma coisa, mas um horizonte de sentido). Na medida em que as estruturas sociais são as crenças generalizadas, apenas como atividade reflexiva, de crenças aplicadas a crenças (observação de segundo grau, nos termos do construtivismo radical), é que é possível qualquer descrição da sociedade. Nessa medida, pela mistura indivisa de vontade e razão, de interesse, memória e imaginação que constitui o objeto observado, construído pelo observador (na mútua irritação entre sistema psíquico e sistema social), descrição e normatividade não podem ser apartadas na explicação das estruturas sociais. As ambiguidades, inconsistências e indeterminações compõem os testes internos de consistência do conhecimento construído e a resistência renitente que a sociedade impõe à transformação pela ação dos indivíduos informada pela vontade e imaginação das consciências. São esses os limites de um discurso racional, com valor de verdade, nas ciências sociais. O que a sociedade é só pode ser marcado à luz do que ela foi e, com interesse prático em seu futuro, à luz do que pode vir a ser. Se as instituições são contingentes, "política congelada", elas ganham uma naturalidade pelos discursos que as representam segundo imagens de associação humana inteligível e desejável. A tarefa da imaginação institucional é como que desestabilizar essa associação entre as instituições e suas representações e justificações, reproduzindo como que em um "laboratório mental" as crises que ainda não se manifestaram – e sob a pressão das quais a mudança institucional haverá de ocorrer, se não se antecipar a elas. Não se pode pressupor que, mudada uma fatia da ordem institucional, tudo o mais permanecerá constante; direções de transformação e reformas associadas é que surgem desse exercício. Dada a improbabilidade das inovações selecionadas e restabilizadas, sua possibilidade só pode ser captada retrospectivamente. Desse modo, a exploração imaginária de cursos de ação, embora informada empírica e normativamente, não se confunde com fazer previsões; procura surpreender, captar o improvável, em vez de diagnosticar tendências. O futuro é aberto e indeterminado, perigoso.

As sociedades diferenciam-se na medida em que atenuam sua dependência de contrastes rígidos entre pessoas e de recursos naturais escassos. A maior complexidade interna gera maior contingência: são possíveis mais formas de organização funcionalmente equivalentes. Na medida em que essas possibilidades são apresentadas na prática, é possí-

[261] Para a seguinte interpretação do pragmatismo, ver UNGER, 2007a, esp. p. 33-5, 61-2, 68, 71, 96, 112, 117-8, 150-5, 216, 220, 233, 242, 250.

vel construí-las como observação, pela atividade crítica e construtiva. As formas institucionais são então variáveis que definem elas mesmas o quando a sociedade se enrijece e se torna dependente de uma evolução pressionada por fatores ambientais e o quanto ela constrói formas de autorrevisão que se antecipam a crises e habilitam a atividade criativa e inovadora, com suas vantagens práticas, intelectuais e morais.

Nessa contraposição de evolução natural e agência humana, Unger retoma um tema de Dewey[262]: a dupla face de uma teoria da agência e da experiência segundo a qual a inovação pela ação humana é possível, mas também uma visão do indivíduo como produto de forças evolutivas que moldam seu contexto de experiência, em relação às quais ele é impotente. A tarefa que daí decorre, para Unger, seria imaginar contextos que potencializem a primeira parte desse diagnóstico e atenuem a segunda. (É verdade que a autoconstrução da sociedade de fato prova como o aumento da complexidade interna promove um desligamento parcial das dependências ambientais.)

Pode-se dizer que, em face da pretensão superliberal de Unger, a reformulação do tema deweyniano do "experimentalismo democrático" amplia o círculo de referência do ideal de liberdade, para além da visão aristocrática de independência do liberalismo clássico, e o conjuga a uma pretensão experimental, falsificável, corrigível quanto às instituições, em lugar de dogmas quanto a estado e mercado. Ademais, Unger ocupa o espaço que o próprio Dewey deixou indefinido: como são as instituições experimentais, ou pragmáticas, aquelas que habilitam o desenvolvimento individual tanto quanto, em sua engenharia interna, integram a capacidade de solução de problemas?[263]

Dessa redefinição do tema, surge a pergunta: como podemos então reinterpretar a fé iluminista no progresso? Uma vez que se tornou incrível a evolução teleológica rumo a uma harmonia natural entre os poderes práticos da modernidade e a realização ampla da liberdade, como esperavam liberais e socialistas e como Weber já não pôde mais esperar, seria igualmente dogmático pressupor a inviabilidade de intersecções entre progresso material e progresso moral. Na formulação de Unger[264], o

---

262 Ver UNGER, 2007, p. 34-6.

263 Sobre a concepção de "experimentalismo democrático" em Dewey, ver SABEL, 2012. Para os exemplos institucionais, ver sobretudo UNGER, 1998; 2001a [1987], cap. 5; 2007b.

264 Sobre experimentalismo democrático e progresso, ver UNGER, 1998, p. 5-11, 24-7, 275-7; 1996a, p. 181, 184-5; 2007a, p. 41-4, 138-44, 158-64; 2007b, p. 104-5, 155; 2014, p. 168-70, 309. Ver também, sobre cooperação, comunidade, solidariedade e li-

ideário do experimentalismo democrático congrega duas esperanças. A primeira é encontrar um subconjunto de arranjos sociais praticamente eficiente e moralmente valioso, isto é, uma zona de convergência potencial entre requisitos práticos de sucesso (poderíamos dizer: de crescimento econômico, capacidade decisória política e segurança jurídica) e condições institucionais de maior liberdade pessoal (posições sociais mais acessíveis, papéis intercambiáveis, estruturas sociais mais abertas ao desafio individual). Em termos sistêmicos, poderíamos redescrever tal direção como a busca de que formas de inclusão/ exclusão que reproduzam maior desintegração, maior grau de liberdade e indeterminação (entre sociedade e natureza, entre sociedade e indivíduos, entre sistemas funcionais).

A segunda esperança de um democrata experimentalista deve ser encontrar convergências entre duas tensões em jogo na construção da sociedade: as dissonâncias entre inovação e cooperação e os contrapontos entre dependência e liberdade. Se deixamos de tratar as paixões como o oposto da razão ou da convenção social e as estabelecemos como os elementos da solidariedade, vemos que as condições de autoafirmação pessoal colocam a liberdade como função da aceitação e do apoio de outros (o problema da comunidade), mas o próprio engajamento traz o perigo da subjugação, da submissão, da despersonalização (o problema liberal do medo, da dominação e da dependência). Diferentes formas de vínculo pessoal (as ligações de paixão), de solidariedade e cooperação, as rotinas institucionalizadas, os esquemas de hierarquia e divisão de papéis podem tanto restringir indevidamente a capacidade de solução prática de problemas (a inovação) quanto habilitá-la. A inovação, por sua vez, subverte as configurações de cooperação postas, desestabilizando as comunidades. Como zonas de vulnerabilidades e riscos ampliados, as comunidades dependem da confiança. Esquemas de cooperação constituem-se incrustando expectativas estabelecidas e direitos adquiridos. Quanto mais plásticos esses esquemas, quando menos dependerem de posições fixas e divisões rígidas, mais abertos estão à inovação. A liberdade para recombinar pessoas, práticas e recursos é valorizada como critério de flexibilidade administrativa e encontra restrição em papéis rígidos, esquemas estanques de subordinação e divisão de trabalho. Hierarquias e divisões são tanto melhores quando mais vulneráveis e suscetíveis à recombinação de pessoas em novos esquemas de cooperação, mais abertos à revisão. Aquilo que é verdade no plano dos sistemas organizacionais também o é na dimensão mais ampla da sociedade e dos sistemas funcionais.

---

gações de paixão, UNGER, 1984b, esp. p. 20-2, 80-1, 96, 115-6, 134, 192; 2001a [1987], p. 560-3.

O século dezoito apresentou a autoimagem de um mundo social criado e governado pela vontade humana, pela razão concretizadora da liberdade, e explicado por seus próprios princípios. Projetando essa imagem nos diferentes contextos regionais, a teoria social iluminou os obstáculos à transformação dessas realidades segundo o ideal universalizado. Refletindo essa imagem, as ideologias e movimentos políticos incitaram grandes transformações na sociedade mundial desde então. Nos anos 70 e 80 do século vinte, porém, a vertente mais em evidência da teoria social e política recuou. Desengatou a explicação das estruturas sociais reais da imaginação de condições normativas que representam aquela autoimagem da autonomia. Seguindo a premissa iluminista da razão homogênea e compartilhada, Rawls e Habermas partem de uma concepção sobre as pessoas e perguntam como poderia ser uma sociedade que as incluísse, de modo que elas hipoteticamente concordassem em viver juntas e então subscrevessem uma forma institucional com princípios explícitos e publicamente deliberados. As principais linhas da estrutura básica da sociedade, definidoras por exemplo das desigualdades de poder e riqueza, seriam definidas no interesse comum por procedimentos em que se expressa a razão pública, sem enviesamentos de interesses particularistas e vontades irrefletidas. Como agentes racionais, os cidadãos podem concordar na esfera pública com um mínimo denominador comum – instituições neutras, justas, capazes de sustentar e conviver com desacordos; na esfera privada é que estarão livres para expressar suas paixões, realizar seus projetos de vida e seguir sua própria concepção de bem. Essas formulações fogem à teoria social no sentido de que dependem o mínimo possível de fatos sobre sociedades reais e giram em torno de um conceito de pessoa antecedente a qualquer estrutura social. É esse vazio que Unger preenche com uma visão normativa sobre a personalidade e sobre as estruturas sociais[265].

Analogamente ao movimento kantiano da razão prática como uso racional da liberdade ativado pela vontade, fundando a moralidade como reino da virtude (ética) e do direito, Unger liga a "macropolítica" institucional – dirigida ao uso do poder estatal para a formatação das estruturas sociais – a uma "micropolítica" de paixões, de relações pessoais[266]. Kant definia a imaginação como o poder de representar o que está ausente. Para distanciar-se da tirania da experiência imediata, os particulares devem ser abstraídos como manifestações de categorias mais gerais.

---

[265] Para essa avaliação e comparação, ver HAWTHORN, 1990, p. 91-6.

[266] Para essa comparação, ver WARD, 1997, p. 2; ver também p. 99-112. Comparar com a crítica de UNGER (1984a [1975], cap. 1 a 3) ao liberalismo (influenciada sobretudo pela consideração do pensamento de Tomás de Aquino, Kant e Hegel).

Para Unger[267], porém, é preciso completar esse distanciamento pela imaginação da transformação dos fenômenos, não apenas por sua subsunção a um quadro categorial fechado ou a princípios invariantes.

Por um lado, em referência à filosofia clássica, Unger afirma não haver uma realidade perene de tipos naturais, uma unidade de valor e uma hierarquia da ordem social latentes para além da observação humana (mas manifestas em hierarquias e distinções sociais); também jamais se chega à encarnação final do "espírito absoluto", acima de toda divisão e conflito, em uma estrutura de referência absoluta[268]. As ordens sociais e culturais particulares diferem na extensão em que permitem a construção de relações menos marcadas por divisões de classe, sexo, etnia ou identidade cultural. Ademais, as formas de organização da sociedade podem variar na medida em que incluem ou excluem diferentes crenças e práticas.

Por outro lado, em contraponto à "psicologia liberal"[269], Unger busca a imagem contrafática da personalidade na visão das circunstâncias, crenças e desejos ancorados na tradição moral cristã-romântica, modificada pelo modernismo. Seu centro é a o "excesso" ou "excedente" que as pessoas apresentam em relação aos modelos conceituais e aos contextos sociais dentro dos quais se movem. Toda personalidade é moldada por um contexto e toda ação e entendimento são condicionais. Mas também a personalidade transborda o contexto em poderes de entendimento, de solução de problemas e de conexão pessoal. Esse "transbordamento" informa o movimento de revisão de contextos e o ideal de construir contextos mais revisáveis de pensamento e ação. Afinal, ideias e instituições são corporificações mais ou menos imperfeitas da personalidade. (Em termos sistêmicos, seguindo o postulado de que o ambiente é sempre mais complexo que o sistema, a referência seria à supercomplexidade que os indivíduos apresentam em relação à sociedade, mas também que a sociedade apresenta aos indivíduos. O transbordamento das ideias e desejos em relação às estruturas sociais as "irrita", pressionando sua reforma. As estruturas sociais "irritam" o indivíduo, moldando-lhe as expectativas.)

Poderíamos descrever essa visão da relação entre indivíduo e sociedade como um entendimento pragmático da contingência, realizada pela dialética entre imanência e transcendência propelida pelo conflito e, na sua falta ou em sua preparação, pela imaginação[270]. Tudo poderia e

---

267 Ver UNGER, 2007a, p. 106-8.

268 Ver a crítica à metafísica ou ontologia clássica em UNGER, 2007a, cap. 2 e p. 243-56.

269 Para a crítica dessa "psicologia", ver UNGER, 1984a [1975], cap. 1.

270 Ver especialmente UNGER, 1984b, parte II e p. 86; 2014, p. 290-3.

poderá ser de outra maneira: a forma contingente das instituições e crenças é uma coagulação provisória dada pela interrupção de conflitos, pela institucionalização de certos pressupostos postos como consensuais. Sob a pressão de crises (tipicamente desencadeadas por guerras ou ruína econômica), os termos desse consenso pressuposto são reabertos. É um momento de desinstitucionalização. Afinal, crises são a culminância e a manifestação de uma série de problemas que a estrutura posta não é capaz de resolver. Antecipando imaginariamente tais crises, conflitos e os cursos de transformação que podem vir a gerar, desvelam-se formas alternativas de reforma institucional. A imaginação consiste em avaliar o que é à luz do que pode vir a ser. A estrutura social estabelecida nos forma: institucionaliza certas expectativas, sustenta certas crenças, dá espaço a certos projetos de vida, disponibiliza determinadas posições. Embora finita, limitada, contingente, é real e eficaz em nos moldar. Mas também fornece instrumentos pelos quais pode ser subvertida. Os ideais que ela marginaliza podem orientar uma remodelagem das instituições; as expectativas não apoiadas, que excedem o contexto, podem ser mobilizadas contra ele; o fosso entre os ideais professados e as instituições que pretendem realizá-los permite uma revisão das crenças e abre espaço ao conflito para a transformação estrutural.

Mas como conceber a realidade das estruturas sociais? Afastadas a pretensão platônica de acessar um nível superior da realidade, um plano ideal descolado das opiniões morais convencionais, para o juízo sobre as estruturas, bem como a teleologia aristotélica (as coisas tendem a seu bem, a um fim a elas imanente desde o princípio) e, finalmente, a crença hegeliana na realização da razão na história como uma necessidade que levaria à superação de todas as contradições, restam à filosofia moral contemporânea basicamente duas posições também problemáticas[271].

A primeira tem algumas expressões. Uma delas é a já referida visão aristotélica de luta contra os constrangimentos arbitrários para a realização de um ideal objetivo que permanece latente na estrutura social-

[271] Para a crítica dessas posições, a defesa da transcendência (da personalidade em relação a estruturas) e a proposta do critério normativo e funcional do grau de "desentrincheiramento"/ "capacidade negativa", ver especialmente UNGER, 2014, p. 143-82, 290-3, 304-5; 2007a, cap. 1 e p. 44-6, 54-60, 69-71, 124-44, 208-11; 1996a, p. 170-82; 2001a [1987], p. 277-312 e 632; 1987a, cap. 3 a 5 e p. 7-8 e 154-9; 1984b, p. 11-12, 20-1, 79-80, 185-6; 2015b [1982], p. 179-86 e 192-5. Para um exemplo da posição historicista, ver RORTY, 1989; para a posição kantiana, ver RAWLS, 1999 [1971]; para uma tentativa de "meio-termo", ver RAWLS, 2005 [1993]. Sobre neutralidade, comparar RAWLS, 2005 [1993], p. 190-5; UNGER, 2007a, p. 192-5; 2015b [1982], p. 130-4.

natural. Mas essa visão possui uma contraparte moderna: é o entendimento existencialista de que a liberdade só se realiza nos atos de confrontação às estruturas estabelecidas, que são sempre parciais e enviesadas diante do potencial humano inesgotável. Finalmente, o historicismo (aqui poderíamos localizar Luhmann, apesar de sua intencional omissão normativa) coloca como únicos critérios legítimos para o julgamento de uma estrutura social as expectativas normativas sustentadas por esse mesmo contexto. O problema geral dessa vertente é conferir autoridade universal a uma visão particular de sociedade, a uma comunidade contingente de práticas. O critério de correção sobre seguir uma regra é dado convencionalmente. A posição hermenêutica é conservadora, na medida em que pressupõe de que comunidades de sentido e valor não variam em seu caráter, em sua abertura à correção e à autossubversão. Um resultado comum desse ceticismo hermenêutico ou pragmático é a evasão da reconstrução das estruturas políticas e econômicas de toda a sociedade em favor do fechamento em comunidades que pretendem ser concretizações de um ideal de vida mais elevado.

A saída é conferir autoridade última apenas à personalidade, não aos contextos sociais e culturais específicos em que ela se manifesta historicamente. Em vez da apologia ou crítica, da idolatria ou utopia diante das estruturas sociais, têm-se como diretriz a concepção da personalidade como infinita com relação às estruturas. As estruturas variam na medida em que reconhecem o atributo da "capacidade negativa" – fornecendo instrumentos para sua própria transcendência. Esse atributo é o lado pessoal do "desentrincheiramento" das estruturas sociais. São melhores as estruturas mais desintrincheiradas: aquelas que para se reproduzirem dependem de diferenças menos marcadas e rígidas entre as pessoas, que têm maior capacidade de autocorreção e plasticidade que permita antecipar respostas às pressões ambientais (evitando crises). Devem ser buscadas instituições que permitam revisar as estruturas no próprio curso das rotinas práticas de reprodução social. Só assim, no tempo histórico, diminui-se o peso da submissão a uma única visão do bem estabelecida e legitimada pelas instituições. A tese é que, ademais do bem moral que o desentrincheiramento e a capacidade negativa implicam (ligações pessoais menos acoimadas por dependência e subjugação, autonomia pessoal como poder de revisar e transformar o contexto), há um ganho prático associado: o aumento dos poderes e recursos sociais e da capacidade de inovação pela diminuição da restrição de vantagens herdadas e esquemas rígidos de cooperação.

A segunda posição normativa principal é de inspiração kantiana: não busca uma realidade mais profunda, latente sob aquela revelada

pela experiência, mas infere dessa experiência pressupostos pelos quais podemos racionalmente julgá-la e corrigi-la. O problema é que essas pressuposições sistematizadas formam um quadro invariante, pretensamente neutro, pelo qual julgar as instituições, práticas e crenças atuais. Há então uma oscilação entre a dependência do material histórico (as formas sociais concretas) e os pressupostos invariantes que guiam sua avaliação. Se esses pressupostos são muito definidos, seu conteúdo torna-se variável; se são muito vagos, não servem para guiar a ação. Ademais, os princípios atingidos pela abstração da experiência devem ter consequências para o desenho institucional, mas não há espaço para que a própria experiência moral e política "retorne" sobre os princípios e os revise.

A saída não é buscar a fixação de uma estrutura normativa pretensamente neutra para julgar as experiências históricas, mas incluir esses pretensos parâmetros pressupostos pela experiência dentre as variáveis contextuais que podem ser alteradas. A queda em um pluralismo agnóstico é evitada pelo critério do desentrincheiramento da estrutura social; nessa medida, são criticáveis as diferentes visões do bem expressas em instituições. Deve haver grande latitude para formas institucionais alternativas, um experimentalismo que crie novas diferenças culturais e modos de organização divergentes da política, do mercado etc.; mas esse pluralismo não implica admitir estruturas sociais e regimes políticos que neguem a prerrogativa individual e coletiva de julgá-los e corrigi-los[272].

Em suma, ao se admitir que cada estrutura social privilegia certas concepções do bem e marginaliza outras – é parcial, por mais inclusiva que seja –, constata-se que a verdadeira "neutralidade" apenas pode ser abordada no tempo histórico; isto é, consiste na corrigibilidade da estrutura. Arranjos contingentes devem trazer meios para sua própria transcendência, à luz do fato de que as capacidades de descoberta, vínculo e criação das pessoas superam os métodos, convenções e instituições disponíveis em certa circunstância. Como já enfatizado, melhores são as estruturas sociais: (1) mais revisáveis, com maior capacidade de autocorreção e plasticidade, que lhes permita antecipar respostas às pressões ambientais (evitando crises, porque alterando-se antes delas); (2) mais "desintrincheiradas", aquelas que, ao se reproduzirem, reproduzem divisões menos marcadas e rígidas entre pessoas (*e.g.* casta *versus* estamento *versus* classe *versus* papéis sociais *versus* grupos de opinião); (3) que mais fortaleçam a "capacidade negativa", o correspondente individual ao "desentrincheiramento" (a autonomia individual cresce ou diminui à proporção dos instrumentos que a própria ordem social fornece para sua

[272] Sobre esse pluralismo qualificado, ver UNGER, 2014, p. 308-14; 2007a, p. 179.

transcendência). O problema do experimentalismo democrático é como estender o ideal aristocrático de independência individual em relação às estruturas, de espelhamento na sociedade da vontade e da imaginação individual e coletiva, em direção à abertura e inclusividade na autoconstrução das instituições.

Kant apresentou uma concepção universalista e procedimental da moral, campo da razão prática abrangente tanto do direito quanto da ética. A sua máxima de universalização da ação moral (o imperativo categórico: "*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*"[273]) seria a forma racional para determinar a integração das liberdades individuais, a preservação da autonomia, fundamento da dignidade. A dignidade consistiria em tratar os outros indivíduos jamais como meios para uma ação instrumental, mas simplesmente como "fins em si mesmos"[274]. Fora do paradigma da consciência de um sujeito transcendental, como poderíamos traduzir o problema da dignidade e da autonomia? Talvez o identificando com a "capacidade negativa", com os instrumentos dados pela ordem social para negá-la e reconstruí-la, ampliando a liberdade.

Dignidade, desentricheiramento, desintegração – há aqui um paralelo relevante entre a conceitualidade ungeriana e a posição luhmanniana. É possível redescrever o conceito de dignidade ou de autonomia: se fora da religião não se pode assegurar que a pessoa é semelhante a Deus, pode-se asseverar ao menos que o indivíduo é diferente da sociedade. Em termos sistêmicos, pode-se ainda conjecturar que o grau de autonomia dos corpos e mentes individuais diante dos sistemas sociais (da sociedade, onde o indivíduo se apresenta como pessoa, em seus diversos papéis) é proporcional ao grau de desintegração dos próprios sistemas sociais. Luhmann[275] inverte assim os apelos usuais a favor de mais integração social – entendida como solidariedade, ordem, conformidade a valores – ao frisar que o problema da sociedade moderna (embora Luhmann negue seu apelo normativo...) é "assegurar suficiente desintegração", definida a

---

273 KANT, 1998b [1785], p. 31 [Ak. 4:421].

274 *Ibidem*, p. 41 [Ak. 4:433]. Vale mencionar que o conceito de "direitos humanos" foi forjado na metade do século vinte ao lado dos conceitos circundantes de "pessoa humana" e "dignidade humana" (o último debutando na constituição da Irlanda de 1937, reaparecendo na Declaração Universal de 1948 e na Lei Fundamental alemã de 1949 – sem qualquer inspiração kantiana registrada ou memorável, vale frisar). Na verdade, essas inovações vieram em larga medida de um constitucionalismo religioso ou teocrático. Ver MOYN, 2015.

275 LUHMANN, 2013 [1997], p. 25. Ver também LUHMANN (1995d [1975], p. 141-5), sobre conversibilidade dos meios simbólicos.

integração como "*restrição nos graus de liberdade dos subsistemas devido às fronteiras externas do sistema societal e ao ambiente interno deste sistema que elas definem*". Integração significa redução da liberdade de escolha do sistema – menos indeterminação interna. Mais integração entre os sistemas sociais pode ser obtida por cooperação, mas mais ainda por conflito. Mais integração significa maior conversibilidade de "valores" ou códigos – um efeito dominó na reprodução de inclusões e (principalmente, segundo a hipótese luhmanniana) de exclusões. Sem diploma, sem emprego, sem saúde, sem...

Obviamente, a continuidade da reprodução do sistema social mais abrangente – a sociedade – depende de alguma integração entre seus subsistemas: acoplamentos estruturais, que definem um regime de cooperação, assim como acoplamentos operativos episódicos, que ligam eventos temporalmente dispersos: a aprovação de uma lei no parlamento (política) pode ser reportada (meios de comunicação de massa) e gerar uma queda na bolsa de valores (economia). Mas certamente a diferenciação funcional proporciona um grau de integração menor que outras formas sociais – daí a imagem de uma sociedade "sem centro nem ápice".

Como traduzir essas diretrizes em termos do direito? Por exemplo: sem uma infraestrutura institucional formada pelos direitos fundamentais (inclusive seus modos de concretização), o estado torna-se uma máquina eficiente mas desdiferenciante, degradando uma série as diferenças entre indivíduo e sociedade e entre a política e os demais sistemas funcionais. Ao final, a própria forma de diferenciação da sociedade seria forçada a conter-se dentro da diferenciação interna de uma organização. Isso implicaria enorme perda de complexidade estruturável na sociedade, uma restrição à manutenção do excesso de possibilidades. A semântica da liberdade é usada para indicar o que essa restrição representa em termos das expectativas, da fronteira entre o indivíduo (corpo e mente) e a sociedade na qual se realiza a pessoa (com seus papéis). Por outro lado, pode ser necessário instrumentalizar o próprio poder estatal para quebrar arranjos de poder econômico consolidados na esfera privada (pensemos, por exemplo, no direito antitruste), os quais também promovem uma integração dos sistemas e meios de comunicação, elevando as barreiras à inclusão.

Paradoxalmente, a diferenciação funcional torna todos incluídos na sociedade (como pessoas) e leva a inclusão/ exclusão a ser regulada pelos subsistemas sociais (e definida com referência a papéis sociais); mas a exclusão de um sistema tende a provocar um efeito dominó muito maior que a inclusão em um sistema. Daí surge a hipótese luhmanniana de que a exclusão integra mais fortemente que a inclusão: a restrição dos graus de liberdade dos sistemas para selecionarem comunicação é maior

quando pessoas são excluídas do que quando são incluídas. A sociedade moderna é mais integrada nas camadas baixas do que nas altas. Quem tem acesso à educação pode não entrar no mercado de trabalho. Quem é rico pode não ter sucesso na escola. A conversão de um meio em outro – poder em dinheiro, dinheiro em verdade etc. – não é automática, embora exista. Mais forte, porém, é a conversão negativa: exclusão que gera exclusão. Sem educação, sem emprego, sem saúde. Quem é excluído de um sistema muito provavelmente será excluído dos outros – até a exclusão universal, situação na qual, não representando mais nenhum papel social, o indivíduo deixa de ser considerado pessoa – exceto na afirmação contrafática dos direitos humanos – e passa a valer apenas como corpo.

Uma postura meramente defensiva[276], que busca no direito uma contenção normativa da expansividade dos sistemas sociais e uma mediação dos conflitos intersistêmicos, parece recair na velha ilusão integracionista e em um protesto contra a diferenciação funcional e a desintegração sistêmica. Crê na força e na razão das normas, reforçando o direito como escudo. Mas o direito pode também atacar, contribuindo no limite de sua competência com a definição e a operacionalização do que é necessário é uma reconstrução das estruturas internas da política, da economia, da ciência, da educação etc. – reformas institucionais. Não basta simplesmente uma textualização jurídica de valores e obrigações capazes de sustentar um discurso de bloqueio da reprodução do poder, do dinheiro, da verdade. Em termos afirmativos, cabe perguntar: como a fatia da ordem institucional que estamos a observar – esquadrinhada em suas regras, ordenamentos e justificações – atua na afirmação ou reforço da desintegração e do desentrincheiramento? Em que medida podemos reconfigurá-la para habilitar a autonomia, a capacidade negativa, a corrigibilidade dessa própria estrutura à luz da experiência futura? Ela subverte ou enrijece a ordem social, imunizando-a contra revisão? Quais seriam os passos próximos e distantes do desdobramento dessa ideia de reforma?

Estivemos em busca de uma visão contrafática que reconhecesse a política ao lado dos outros sistemas sociais, de uma orientação normativa que guiasse a indagação a respeito da direção possível e desejável da transformação dessa sociedade complexa. Embora essa transformação em última instância não possa ser dirigida, senão pela evolução *quase* cega, a reprodução social também é reflexiva a respeito de seu curso e critérios normativos servem para fundamentar propostas de correção de rota – do contrário, estaríamos tratando de seleção natural, não de autopoiese social. A definição de uma direção normativa esboça um pano de

[276] Ver *e.g.* TEUBNER, 2012; GRABER; TEUBNER, 1998.

fundo contrafático à luz do qual os instrumentos e iniciativas podem ser julgados. Mas a contingência social não recomenda a circunscrição a um quadro normativo fixo como referência para julgar os distanciamentos ou aproximações da realidade em direção ao ideal. Paradoxalmente, a diretriz normativa delineada deve ser tão flexível e indeterminada a ponto de permitir a determinação dos melhores meios a cada situação concreta. A imaginação da direção, do horizonte, serve para guiar aqui e agora as escolhas a respeito do futuro mais ou menos imediato, explorando "*o vínculo crucial entre discernimento do existente e imaginação do possível adjacente: a penumbra dos '**alis**' a que podemos chegar partindo do **aqui***"[277].

3.5 ANÁLISE JURÍDICA COMO ANTIDOGMÁTICA? IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL

Os elementos de um contexto formador – suas instituições – constroem os caminhos permitidos sobre os quais se desenrolam as estratégias e usos de poder, dinheiro, autoridade, direitos. A substituição de um desses elementos altera a forma e o resultado dos usos, consensos e conflitos. Hoje, o complexo institucional dominante (nos países do Atlântico Norte e, em grande medida e sob sua influência e efeito demonstração, no mundo) inclui[278]: na organização do estado, esquemas de descentralização do poder consolidados sob o liberalismo protodemocrático do século dezoito combinados com procedimentos eleitorais que sustentam uma rivalidade partidária incongruentemente relacionada com diferenciações sociais (de classe, profissão, localidade etc.); na economia, a descentralização da oferta por direitos de propriedade quase absolutos no escopo e hereditários na duração, por formas de hierarquia técnica e relações contratuais, com um contrapeso à mercantilização do trabalho pela organização sindical livre e setorialmente diferenciada; no direito, controle burocrático e judicial do exercício dos direitos privados, defesa das garantias processuais e mecanismos de exigibilidade dos direitos públicos.

Todos esses componentes são decomponíveis e transformáveis, à luz mesmo de suas funções e justificações. Um exemplo[279]: o grande direito subjetivo emergente do constitucionalismo liberal – a garantia da propriedade privada unificada – reproduz autonomia e dependência. Per-

---

277 UNGER, 2015a, p. 61.

278 UNGER, 1987a, p. 152.

279 Ver UNGER, 2001a [1987], p. 511-23; 2015b [1982], p. 187-8; 1998, p. 16-7, 273-5; 2007a, p. 122.

mite uma economia relativamente descentralizada e dinâmica, porém com grandes barreiras de acesso a recursos, oportunidades e vantagens. Essas barreiras representam não apenas exclusão social como também autorrestrição dos ritmos e formas da inovação e, portanto, do crescimento econômico. É como se, contra o estado absoluto e cedendo suas prerrogativas naturais (como a autodefesa) ao soberano, os signatários do contrato social houvessem recebido de troco uma espécie de poder absoluto na esfera privada: para os proprietários, garante segurança contra os riscos e oscilações da economia; os não proprietários protegem-se ao ligar-se aos primeiros por relações de dependência, que podem ser tão arbitrárias quanto voláteis. O constitucionalismo social buscou formas para ampliar a autonomia e atenuar a dependência entre os privados. Porém, em grau variável, gerou novas dependências, agora entre cidadão e estado. A economia de mercado concretiza um ideal de descentralização do poder decisório na economia. Essa descentralização, porém, sofre de uma instabilidade: quanto mais absoluto, incondicional e hereditário o direito conferido aos proprietários, maior a tendência à concentração e à exclusão, à perpetuação de não proprietários. O número de agentes capazes de decidir no mercado – de proprietários – pode, porém, ser expandido por formas condicionais e temporárias de propriedade. Ainda: essas formas podem combinar a cotitularidade de diversos agentes (indivíduos, comunidades, estado), viabilizando economias de escala e ampliando a descentralização econômica.

Do lado normativo, o critério do grau de desentrincheiramento/ capacidade negativa permite um julgamento das formas históricas de sociedade sem que lhes superestimemos a uniformidade e repetibilidade, dirigindo-nos a analisar as novidades e continuidades em contextos com delimitação mais ou menos contingente, e sem que fiquemos reféns apenas dos próprios critérios fornecidos pela conjunção de valores que cada contexto cultiva e autoriza. Assim, o grau de capacidade negativa e de desentrincheiramento das estruturas é a diferença fundamental entre uma sociedade de castas, uma sociedade estamental e uma sociedade de classes[280]. Mas, além disso: em quaisquer desses "tipos", há variadas formas de aumentar a plasticidade das instituições ou seu enrijecimento. Apenas analisando contextos históricos mais ou menos definidos, estruturas sociais concretas, podemos julgá-las e revisá-las à luz de seus ideais proclamados. O exercício analítico não para então na simples subsunção de dada realidade regional a um tipo (como "sociedade moderna"): o modo como as estruturas sociais organizam-se em um contexto específico e sua

[280] Ver UNGER, 2001a [1987], p. 514-5, 526;

relação com a semântica aí proclamada é que serve à análise social[281]. Teorias gerais sobre "modernidade" e "diferenciação funcional" só podem ser levadas a descrever experiências históricas específicas com essa mediação, essa indagação sobre a morfologia, a morfogênese e a metamorfose das estruturas e semânticas e o sincretismo entre as tendências mundiais e os traços locais.

Ainda, em oposição ao formalismo da filosofia política contemporânea (ver 2.4., *supra*), o caminho da imaginação institucional seria, ao não dividir a definição racional de princípios da análise empírica de desenho institucional, explorar as ambiguidades e indefinições na relação entre ideias e instituições que os representam, discernindo direções de reforma institucional contra o pano de fundo de aspirações não realizadas. Essa objeção metodológica à filosofia política prevalente vincula-se a uma crítica substantiva (a limitação a uma versão canônica de liberalismo atualizada apenas pelas ondas democráticas e sociais do século vinte).

Ao lado de sua prática explicativa de crítica e construção que pretende ser uma "alternativa radical ao marxismo", Unger coloca uma ambição programática: ir além do complexo institucional e ideológico dominante, fruto do ideário social democrata[282]. Nesse projeto, um aliado vital é a pesquisa das configurações alternativas das instituições sociais, cujas variações são esquadrinhadas, explicitadas e justificadas nos materiais do direito e no discurso doutrinário. Também no direito encontramos soluções dominantes e uma margem de variações que podem ganhar escala e se apresentarem como novas formas cruciais para a organização da democracia, do mercado e da "sociedade civil". Surge então a proposta de mobilizar a análise jurídica a serviço da "imaginação institucional". Afinal, no limiar do século vinte e um torna-se forçoso reconhecer que os direitos não dependem simplesmente de amparo normativo – de sustentação por regras válidas, impositíveis coercitivamente. O gozo efetivo de todo direito depende de condições práticas que colocam o sistema jurídico em contato com outros sistemas sociais. A forma burocrática e centralizada de coordená-los é uma das vias, mas há tantas outras. Como analisar as estratégias alternativas de desenho e implementação dos direitos[283]? Não é um simples problema de interpretação textual e argumentação judicial. É esse o desafio de uma visão construtivista do direito.

---

281 Ver UNGER, 2015b [1982], p. 133.

282 UNGER, 2001a [1987], p. 1.

283 Ver UNGER, 1996a, p. 28-30.

Unger[284] define o direito como "*a forma institucional da vida de um povo vista em relação aos interesses e ideais que dão sentido a tal regime. Nossos interesses e ideais sempre permanecem pregados na cruz das instituições e práticas que os representam de fato. O direito é o ponto dessa crucificação*." Essa forma institucional não pode ser restringida a uma pretensa comunidade nacional e vista como bloco coerente de sentido, determinação intrínseca de um tipo de sociedade livre (como para o formalismo doutrinário ou jurisprudência dos conceitos). Seria melhor dizer, portanto, "forma institucional da sociedade". A relação com interesses e ideais é aberta e indeterminada, como vislumbraram a jurisprudência dos interesses e o realismo; por isso, em juízo apenas pode ser abordada cirurgicamente, de forma "local" e "concreta", por meio da interpretação finalística de peças do corpo de direito. Pretender referi-lo a uma visão moral abrangente é conter arbitrária e artificialmente essa indeterminação, como faz o racionalismo idealista. É fora das cortes, porém, que tal complexidade e contingência, que a indeterminação dos ideais, interesses, instituições e práticas deve ser analisada e deliberada – como pré-requisito para o direito posto e interpretado.

É à arena institucional própria para a criação e reforma, e não ao centro de interpretação e controle de consistência do direito (as cortes), que se dirige a proposta de análise jurídica de Unger, uma espécie de doutrina ou "dogmática periférica"[285], na interface do direito com a política (sobre a distinção entre centro e periferia, ver parte II *infra*). O discernimento sobre o público a quem se dirige esse estilo de reflexão sobre o direito que nubla as fronteiras entre argumentação jurídica e controvérsia política – transformando ambos os polos – está presente desde o manifesto dos estudos críticos do direito: nele Unger[286] reconhece que os juízes e profissionais do direito voltados à solução de disputas continuarão e devem continuar a trabalhar interpretando textos; quando o significado for controverso, devem procurar estabelecê-lo pela atribuição de propósitos no contexto; se ainda não houver suficiente determinação do significado, eles teriam porém que reconhecer que estão adentrando as vizinhanças da argumentação moral e política, que prossegue no direito sob limites distintos. Não poderiam apelar à abstração de que o direito culmina em uma visão moral abrangente e unitária que apenas eles têm meios e

284 UNGER, 2015a, p. 47.

285 A expressão "dogmática periférica" é de RAMOS, 2017. Daí que, ao tentarem aplicar a "doutrina desviacionista" de Unger à decisão judicial, HUTCHINSON e MONAHAN (1984, p. 1513-8) falham e não chegam à resolução da disputa entre os interesses e ideais em oposição.

286 Ver UNGER, 2015b [1982], p. 98, 101-2, 142.

legitimidade para acessar e revelar. Há razões de prudência para que um juiz não desempenhe o papel de um reformador institucional; ademais, a argumentação prática e doutrinária no direito não pode substituir outros discursos e disputas. Não cabe a essa teoria do direito fornecer uma fundamentação da divisão do trabalho jurídico, uma definição dos papéis dos atores do direito; afinal, isso faz parte da institucionalidade que pode ser reimaginada e reformada. Na prática pode haver juízes e advogados que façam um "uso incongruente dos papéis institucionais".

Naquele manifesto, Unger propôs uma prática de "doutrina desviacionista" ou "expandida"[287] como método para esse esquadrinhamento das formas de organização da sociedade no corpo do direito. O direito não é idealizado como um sistema coerente e completo, mas como um conjunto de soluções dominantes e desviantes para a organização da sociedade – soluções desviantes que podem ser pontos de partida para uma reconstrução de todo um campo do direito e da sociedade. A doutrina expandida pode seguir um raciocínio de "desenvolvimento interno": toma alguns ideais da vida social, os compara com suas realizações na ordem jurídica e observa os conflitos entre os ideais proclamados e as regras que deveriam promovê-los; então imagina como esses ideais poderiam se concretizar de maneira diferente – mais abrangente, por exemplo – no direito. Procede assim revisando os ideais à luz de suas possibilidades práticas de realização (formas institucionais). A vantagem desse método é partir da autoridade de uma tradição já impressa nos materiais de certa ordem jurídica; seus riscos advêm da dependência dessa tradição em particular. Outra forma de raciocínio na doutrina expandida é o "discernimento visionário", a imaginação ampla de uma nova forma de vida social (mais aberta à inovação e à autocorreção, por exemplo) e a busca, no corpo do direito e na experiência jurídica, de materiais com que se poderia definir progressivamente as formas institucionais que se encaminham nessa direção intuída.

Mais tarde, Unger redescreveu sua proposta como um método de exercício de "imaginação institucional" por meio de mapeamento e

---

[287] Sobre "doutrina desviacionista", ver UNGER, 2015b [1982], p. 95-103. Para exemplos dessa prática de "doutrina desviacionista" a partir do "desenvolvimento interno", ver UNGER, 2015b [1982], p. 143-78 (direito contratual); KOSKENNIEMI, 2006 [1989] (direito internacional). Note-se que o jogo entre princípio e contraprincípio explora a indeterminação do direito; a questão é se essa exploração é necessária e adequada à arena judicial (como propôs a corrente mais popular dos CLS) ou não (como enfatizou Unger). Para exemplo de doutrina desviacionista a partir de uma visão de transformação, ver UNGER, 2015b [1982], p. 127-43; 1996a, p. 30-3 (discussão sobre ação afirmativa e injunções estruturais).

crítica[288]. Esse método visa a evitar os descaminhos das discussões usuais na política e no direito. De um lado, uma discussão puramente ideológica, que toma dogmaticamente esta ou aquela forma de organização da política ou da economia. A imaginação institucional precisa empírica e normativamente como diferentes soluções institucionais podem ou não servir e de que modo podem ser combinadas. De outro, foge à argumentação jurídica centrada de um modo ou de outro no momento fatal da decisão judicial. Ao argumentar sobre esta ou aquela interpretação de normas e fatos, a doutrina e os advogados precisam fazer movimentos táticos para superestimar a coerência do direito em seu favor e aumentar a elasticidade dos significados, hipóteses e consequências, quando conveniente. Os direitos são tratados dessa forma e os juízes, ao idealizá-los por referência aos valores constitucionais, podem buscar até a interpretação que melhor cumpra uma boa "função social"; esse reformismo nos limites da interpretação não pode, porém, chegar a atacar frontalmente qualquer porção do direito estabelecido, que faz parte do quadro institucional que o julgador precisa tomar dogmaticamente para exercer sua atividade.

A imaginação institucional se faz no direito primeiramente por meio de um mapeamento da "microestrutura" institucional definida em regras expressas e tácitas interpretadas à luz de valores ou ideais. A análise das instituições é justamente sua quebra em expectativas normativas amparadas e generalizadas pelo direito. O mapeamento deve ser feito no interesse e à luz de um segundo passo: a crítica dessas formas institucionais, o discernimento sobre a medida em que elas apenas imperfeitamente realizam os próprios ideais que se considera que as justificam.

De fato, a proposta ungeriana de uma (anti)dogmática pode ser vista como uma resposta à *Teoria pura do direito* de Kelsen, cuja tentativa de tornar a teoria do direito uma ciência neutra culmina na tensão weberiana entre ciência e política[289]. Essa tensão atinge seu clímax quando Kelsen aborda o tema da interpretação e atribui à ciência do direito a tarefa de mapear as várias interpretações possíveis que circunscrevem a decisão autoritativa. Sua negação da possibilidade de apenas uma interpretação correta diante da textura de contradições e indeterminações inerente à ordem jurídica segue lado a lado sua negação do poder da teoria do direito de criar o direito e preencher suas lacunas – em forte oposição à concepção oitocentista de "ciência do direito" providenciada pela jurisprudência dos conceitos. A asserção de Kelsen sobre o divórcio entre teoria do direito e doutrina é então uma instância da distinção entre co-

[288] Sobre mapeamento e crítica no direito, ver UNGER, 1996a, p. 129-34.

[289] Ver WEBER, 1946 [1918].

nhecimento e vontade ou entre ciência do direito e política do direito. Unger propõe uma espécie de reentrada da política do direito na ciência do direito – paradoxalmente, uma ciência da política do direito. Ao contrário de Kelsen, propõe um continuum em vez de uma descontinuidade entre teoria do direito e doutrina. Mas, como Kelsen, vê como tarefa da ciência do direito o mapeamento das várias interpretações possíveis, o desvelamento em vez do encobrimento das lacunas, indeterminações e contradições. A ciência do direito torna-se política do direito na crítica reflexiva dos valores que se considera que as formas jurídicas promovem e das formas de enraizar esses ou aqueles ideais e interesses no direito. O pluralismo de valores, também caro a Kelsen mas por ele mantido à parte da ciência, invade a arena da teoria e da interpretação jurídica, como proposto pelos realistas. Mas a tarefa profética do pensamento jurídico não é a previsão do tipo que Holmes sugeriu para o direito e Weber vedou à sociologia. É a elaboração de alternativas para a sociedade, desviantes mas promissoras, encontradas no direito, partindo do status peculiar da doutrina jurídica como explanação que mixa ambições descritivas e prescritivas e trabalha no nível de formas detalhadas combinadas a conteúdos ideais.

A tarefa de desembaraçar esse casamento, peça por peça, de revisar formas (instituições e práticas) à luz da substância (interesses e ideais) e vice-versa está fora do ambiente judicial. Em vez de política judicial (juízes como imperadores morais ou ativistas políticos), tem-se em vista a política política – a imaginação institucional é dirigida às "decisões programantes", não às programadas. Mas, afinal, Montesquieu ou os Federalistas são menos jurídicos e doutrinários do que a atividade de juízes que interpretam o esquema de separação de poderes segundo determinada constituição? É precisamente esse paradoxo – a política como direito, o direito como política – que a constituição regula e que está implícito na ideia de direito moderno como direito largamente estatal (como na imagem do próximo capítulo, esse paradoxo pode ser descrito pelo fato de poderes políticos estarem a um só tempo no centro do sistema político e na periferia do sistema jurídico, não havendo hierarquia entre centro e periferia). Claramente, a proposta de Unger volta-se a uma espécie de "estadismo". Mas ela pode ser aplicada por analogia aos outros sistemas (como a economia), que coproduzem o direito privado ou "social" (contratos, acordos privados ou mesmo ordens privadas também ocupam a periferia do sistema jurídico). Assim, a imaginação institucional também está em ação na modelagem de arquiteturas organizacionais e relacionais.

Não se trata de um discurso puramente político, pois trabalha com os materiais e doutrinas jurídicos, que têm a vantagem de descreve-

rem em minúcia fatias da estrutura da sociedade, não apenas "textualizando" uma autoimagem da sociedade sobre si mesma, mas também justificando esses arranjos. Não opera no plano das abstrações da comunicação política, mas lida com uma visão muito mais polimórfica das peças das configurações estruturais das sociedades existentes – peças que são expressas, explicadas e justificadas no direito e no discurso jurídico. A imaginação institucional tampouco se reduz ao desenho de programas governamentais – envolve, por exemplo, tocar estruturas nucleares do estado, eventualmente propondo novas formas de organização e procedimento (incluindo mudanças nos poderes de estado existentes ou a criação de novos poderes). Isso dificilmente se adequaria a qualquer conceito de "política pública" – como rótulo genérico para a discussão de "problemas sociais", como qualquer orientação do estado (incluindo regular ou não determinada área, prescrever esta ou aquela sanção a um ilícito, fornecer certos bens e serviços dessa ou daquela forma) ou como programas voltados a implementar administrativamente objetivos determinados pela legislação.

Por sua relativa abertura e concretude na modalidade de proposição de reformas do direito, a discussão jurídica oferece mais espaço para a exploração detalhada da ligação entre interesses, ideais, instituições e práticas; essa ligação é mais contingente e não se contém a uma única visão abrangente social, política ou econômica. Não obstante o mapeamento e a crítica possam ser praticados com relação a problemas jurídicos mais circunscritos e delimitados, que não demandam ancoragem em nenhuma "grande teoria", entendo que, quando se trata de redescrever amplamente um ramo ou setor do direito, a argumentação, por sua dimensão e universalidade, pode acabar por envolver a discussão de teorias abrangentes.

O que defendo aqui é que a solução luhmanniana para a reflexão jurídica e sociológica é complementar à solução ungeriana. Unger notou a reflexão jurídica como campo de trânsito entre um discurso jurídico (judicial), *do direito*, e um discurso *sobre o direito*, observando como unidade dessas diferenças a argumentação sobre formas de organização social. Propôs então que as soluções jurídicas para cada setor da vida social sejam mapeadas e criticadas, tomando as soluções desviantes e excepcionais como ponto de partida para uma reforma de todo um campo do direito e da sociedade. Em sua sociologia, analisou os complexos institucionais e ideológicos políticos, econômicos, sociais como formações históricas mais ou menos contingentes. São "contextos formadores" que geram "rotinas formadas", instituições que regram práticas. O detalhamento jurídico desses complexos e suas alternativas leva a discussão empírica e normativa a um grau de maior concretude que a teoria da sociedade geral. Daí a vantagem comparativa da reflexão jurídica.

Luhmann, por sua vez, construiu sua sociologia como uma teoria dos sistemas sociais[290]; sua sociologia do direito é uma teoria do sistema jurídico da sociedade. O direito é observado como sistema social, empírico, e não meramente no sentido ideal conhecido da reflexão jurídica tradicional. É um sistema funcionalmente diferenciado, por suas operações (comunicações), e não por suas estruturas (normas). Não é sistema como um conjunto autointegrado, completo e coerente de proposições e prescrições, como o racionalismo naturalista ou positivista imaginaram. Reproduz risco e segurança, certeza e incerteza, conflito e consenso.

Nesse paradigma sistêmico, a sociologia do direito apresenta-se como teoria do direito, uma redescrição de semânticas e estruturas jurídicas, e não uma exploração da linguagem ou uma interpretação sobre atores e ações, de um lado, instituições e teorias, de outro. Da parte de Luhmann, é justamente em *Os direitos fundamentais como instituição* (1965), livro contemporâneo a *Iluminismo sociológico* (1967), que encontramos a posição mais próxima de sintetizar essa ambição de colaboração entre saber sociológico e argumentação doutrinária.

> *As instituições são expectativas de comportamento temporal, objetual e socialmente generalizadas e como tais formam a estrutura dos sistemas sociais. Nessa medida – e só nessa medida – são possível objeto de positivação jurídica. Ao mesmo tempo estão colocadas na ordem social como componentes estruturais da pergunta por sua função, o que por sua vez possibilita um controle intelectual do processo de positivação jurídica. Sobre esse contexto se baseia nossa hipótese de que uma análise dos direitos fundamentais com os meios da teoria funcional-estruturalista dos sistemas possa fecundar a dogmática dos direitos fundamentais*[291].

É certo que em sua produção teórica posterior, Luhmann tanto marginalizou o conceito de instituição quanto diferenciou enfaticamente os campos da sociologia do direito e da dogmática jurídica. Sobre tal conceito, Luhmann notou que a teoria jurídica "institucional" de Romano "*identifica o direito com a estrutura de qualquer sistema social*", mas, à sua época "*ainda não tivera possibilidade alguma de se modelar por uma teoria sociológica do sistema social [...]*"[292]. Depois, em um de seus últimos livros (*A política da sociedade*), lembrou a obsessão da ciência política com o conceito de instituições, que se poderia entender, com a

---

290 Ver LUHMANN, 2005c [1967].

291 LUHMANN, 2010b [1965], p. 86.

292 LUHMANN, 2005a [1967], p. 54 (nota 37). Ver Romano, 1917.

ajuda do direito, como "complexos de normas"[293]. Finalmente, ao contrário de certa sugestão em sua teoria dos meios de comunicação simbolicamente generalizados (poder, dinheiro, direito, verdade, valores), não considerarei tais meios como instituições[294] – e sim entenderei que as instituições são definições sobre a forma de acesso a esses meios de reprodução social.

Já para Unger, um contexto formador é formado por estruturas imaginativas e institucionais. Assim, ele definiu primeiramente as instituições como "*os específicos grupos organizados aos quais indivíduos pertencem. Elas são a face imediatamente visível da vida social.*" Acrescentava que "*[a]prendemos sobre a ordem social estudando a vida institucional, mas apenas podemos compreender totalmente o caráter da última depois de ter entendido a primeira*"[295]. Nesse entendimento, Unger revela expressa influência de Weber, que diagnosticara o conceito de instituição (*Anstalt*) como um artefato jurídico da modernidade: a partir da secularização do conceito de corporação, a forma "instituição" surge com a criação de empreendimentos públicos de massa – como escolas, asilos e bancos estatais –, aos quais não poderia ser atribuído o regime jurídico de corporações, por não terem sócios[296]. Posteriormente, Unger passou a entender que uma instituição é "*[u]m conjunto de regras e cren-*

---

293 LUHMANN, 2009b [1998], p. 88.

294 LUHMANN (2012 [1997], p. 191) chega a admitir que os meios simbolicamente generalizados são instituições na medida em que fornecem um quadro de referência que reduz a complexidade e contingência e absorve a incerteza. Vale mencionar que, para Luhmann, os meios de comunicação simbolicamente generalizados são equivalentes ao conceito de "regra" (regularidade, então, "instituição") em WITTGENSTEIN (1999 [1953], §§ 184-242). Tais *media* podem ser vistos como instituições, na medida em que simbolizam a provável compreensão de terceiros, isto é, o apoio na dimensão social (seja pela aceitação, seja pela negação da comunicação): a comunicação tende a ser tomada como pressuposto no prosseguimento da comunicação – se se trata de uma comunicação identificada primariamente como um problema de poder, provavelmente será relevante para o sistema político e nele tratada; se for uma comunicação sobre direito (e isso só o sistema jurídico poderá definir), terá chances de ser tratada juridicamente. A constituição existe para arbitrar o conflito de competência entre política e direito. Assim, codificando as comunicações com o uso de meios de comunicação simbolicamente generalizados, o sistema seleciona a "irritação" que sente de seu ambiente, digitalizando-a como informação relevante, como problema processável segundo as técnicas do sistema, que também definirão as soluções apresentadas. Semânticas como a dogmática jurídica fornecem um acesso a tal acervo de técnicas especializadas. Ainda, diz LUHMANN (2012 [1997], p. 248) que se poderia aplicar o conceito de "cultura" para designar o "*efeito combinado de todos os meios de comunicação – linguagem, meios de disseminação e meios simbolicamente generalizados*".

295 UNGER, 1984a [1975], p. 170.

296 Ver WEBER, 1978 [1922], p. 714-5.

ças que formata um aglomerado de práticas informado pela concepção de como as pessoas, em certo domínio da vida social, podem e devem lidar umas com as outras"[297].

Diante dessa heterogeneidade, para manter o entendimento das instituições dentro de uma teoria da comunicação (e não na usual dicotomia entre estrutura e ação), sigo neste trabalho a proposta conceitual de *Os direitos fundamentais como instituição*, adotando a definição de instituição como *complexo de expectativas congruentemente generalizadas que constitui a estrutura interna dos sistemas sociais*. Instituições orientam, regram, motivam práticas e ações – ou comunicações e observações que são imputadas como ações. Esse conceito exige a superação de pelo menos quatro usos: "instituição" como sinônimo de organização (como no institucionalismo jurídico); "instituições" como eufemismo para estado (como na ciência política); "instituições" como forma de apoio político-jurídica às operações econômicas, como suporte ambiental ao sistema econômico (como no entendimento da nova economia institucional). Finalmente, e com certa influência sobre todos esses conceitos, não cabe subscrever o conceito sociológico tradicional de "instituição" como conjunto estável de papéis, apoiados em uma generalização de expectativas complementares sobre padrões de conduta e sanções – isto é, um esquema de interação dotado de autoridade, por um lado pelo compartilhamento de valores, por outro por mecanismos de controle social[298].

Tal conceituação implica uma explícita dificuldade para explicar o comportamento desviante e a mudança institucional[299]. De um lado, confunde os aspectos simbólicos das instituições, suas justificações normativas e apelos morais, com a análise estrutural. De outro, pretender que as instituições repousem na identidade, na integração, na solidariedade ou no consenso entre os indivíduos é desconhecer as assimetrias no domínio dos meios de comunicação simbolicamente generalizados (poder, dinheiro, verdade, direito), o grau de dissenso sustentável em uma sociedade complexa e relativamente livre e, ainda, o caráter autorreferencial das instituições, sua possibilidade operacional continuada por presunção de consenso e de confiança, com alto grau de indiferença do sistema ao ambiente.

Note-se que trabalhar o conceito de estrutura na teoria cibernética da diferenciação de sistemas só é possível quando se define a atribuição sistêmica de dada estrutura – a que sistema ela pertence. Como todo sistema funcionalmente diferenciado, o direito define seu âmbito de atua-

297 UNGER, 2013, p. 14.

298 PARSONS, 1991 [1951], esp. p. 36-45.

299 Ver a crítica de MILLS (2000 [1959], cap. 2) a Parsons.

ção por suas próprias operações. Não se trata de diferenciação estrutural. Expectativas normativas (resistentes à desilusão, contrafáticas) e expectativas cognitivas (que aprendem com os fatos, remodelam-se quando contrariadas) espraiam-se por toda a sociedade. O que diferencia os sistemas é o "serviço" que eles prestam no tratamento da comunicação, o resultado que produzem em termos dessas expectativas. Assim, o direito desempenha certa função com respeito a todas as instituições: às estruturas internas do direito (as instituições jurídicas propriamente ditas) e dos outros sistemas (instituições políticas, econômicas etc.).

É necessário precisar duas ideias que decorrem dessa conclusão: uma ideia sobre a relação entre estruturas (especificamente) jurídicas e estruturas sociais (em geral); uma ideia sobre a diferenciação ou indiferenciação entre planos de reflexão sobre o direito. Primeiro: trata-se do tradicional problema descrito como relação entre direito e sociedade. A sociologia jurídica de tendência empírica, como ciência social positiva, tendeu a conceber direito e sociedade como esferas mutuamente apartadas, prescrevendo ao direito uma função de correção ou reforma da sociedade, de engenharia social, de reparos efetuados desde fora. Mas se o próprio direito é uma das instâncias da sociedade (tendo em seu ambiente os outros sistemas sociais funcionalmente diferenciados), há uma coevolução. Não cabe ver o direito como fachada que transcreve literalmente a estrutura interna do edifício social, como em sociedades aristocráticas e corporativas. O direito não reproduz a topografia social ponto por ponto, porque se diferencia como um sistema social com suas próprias diferenças. Na sociedade moderna, o direito constrói-se por universalidade, generalidade e abstração das diferenças de classe, por exemplo. Mas marca as fronteiras funcionais, diferenciando política, direito, economia, ciência. A observação reformista desse direito quer desenhar mecanismos jurídicos como subversão das diferenças às quais o direito liberal permanece indiferente (e por isso as reproduz)[300]. Isso implica vinculações complexas entre sistema jurídico e ambiente social do direito.

Segundo: o direito não observa a sociedade de fora. Mas pode ser observado desde fora, pela ciência? Aqui atingimos uma dissonância sensível entre as teorias do direito de Unger e de Luhmann: o primeiro teoriza em um plano que vê como qualitativamente indistinto do raciocínio jurídico prático e doutrinário; o último pretende fornecer uma sociologia "externa" do direito, como um observador passivo. Enquanto para Unger o observador de observadores, aquele que pode discernir a contingência das estruturas, está no mesmo campo de batalha que as doutrinas e

[300] UNGER, 2015b [1982], p. 106.

interpretações práticas que observa – como um cavalo de Tróia –, Luhmann concebe a observação de segunda ordem como ciência pura e descritiva, como abordagem sociológica que vê o direito à distância, da outra margem do rio. Nas palavras de seu principal oponente, Habermas, em um discurso em honra a Ronald Dworkin quando este recebeu o prêmio Niklas Luhmann (!), o que Luhmann faz é descrever "*o sistema jurídico da distância de um observador sociológico*" e, ecumenicamente, incluir "*a autodescrição do jurista prático e do teórico do direito em sua própria descrição*"[301]. Não tem o ponto de vista de um participante do sistema jurídico, mas de um cientista.

Ao longo das décadas, Luhmann moveu-se de sua pretensão inicial de "fecundar" a dogmática para uma distinção entre a autodescrição operacional do direito, que a doutrina ou dogmática fornece, e o plano da reflexão sobre o sentido e a unidade do sistema jurídico – tarefa da teoria do direito. A teoria do direito emerge então enquanto "acoplamento estrutural" entre a reflexão do próprio sistema jurídico e o sistema da ciência. Desse modo, sua sociologia do direito é uma teoria do direito, mas autoconcebida como apartada dos problemas circunscritos de interpretação e argumentação dos quais cuida a doutrina[302]. Nesse aspecto, minha proposta neste trabalho é resgatar justamente o "jovem Luhmann" em sua pretensão de colaboração entre sociologia, teoria e dogmática jurídica e no uso do conceito de instituição; e assim conjugá-lo à proposta ungeriana de análise jurídica como imaginação institucional. Proponho entendê-la como um regime de colaboração entre argumentação jurídica, sociologia do direito e teoria política, transfigurando todos esses componentes.

A mediação institucional da razão a que se referiu Luhmann foi um problema que Kant e o neokantismo buscaram contornar por sua pureza analítica como indiferença aos conflitos de valor e variedades empíricas, as duas margens unidas pela imaginação institucional. Foi também o problema que levou às aporias do idealismo alemão, que sucedeu a Kant e informou as teorias sociais necessitárias, para as quais a mudança social segue a razão imanente à história. No direito, o historicismo, que redunda no formalismo do século dezenove, responde por essa tendência, representando a contenção da contingência do direito positivo pela ordem conceitual que a doutrina deveria buscar no caos da produção jurídica – o costume transitando à legislação pela mediação pelo estado. Esse mesmo racionalismo expressa-se nas teorias de direitos como princípios, para as

[301] HABERMAS, 2009 [2006], p. 38-9.
[302] Comparar LUHMANN, 1983b [1974]; 2014 [1993], cap. 11.

quais há, para além das contingências da evolução jurídica, uma lógica de valores subjacente e coerente a ser pressuposta e, no limite, conhecida pelo juiz. Que as relações entre regras tenham agora que ser referidas a valores e interesses foi o resultado da crítica realista e da jurisprudência dos interesses. Mas essa relação indeterminada entre forma (regras) e matéria (ideais) é contida pela pressuposição de uma moralidade comunitária que enraíza uma teia coerente de valores: sua posição fixa.

O reconhecimento da mediação institucional da razão evita definir o direito como a realização da razão. Definir o juiz como um quase teórico, capaz de discernir a unidade de sentido e valor do direito, é colocar o direito como obstrução da política. Contra esse erro, a imaginação institucional, a visão ampliada do juízo normativo e da exploração empírica de alternativas institucionais, não cabe nas cortes – volta-se à periferia do direito, isto é, à reforma política e à inovação pelos ordenadores privados. Isso porque a contingência não está totalmente disponível ao juiz. Por um lado, a distinção entre criação e interpretação do direito é relativa e a luta pelo reconhecimento, como direito, dos interesses e ideais ocorre tanto nos parlamentos quanto nas cortes. Por outro, há razões de legitimidade e capacidade institucional que promovem, em um estado democrático de direito, diferenças entre o procedimento legislativo e o judicial (que selecionam os interesses) e entre a decisão política e a jurídica (que restabilizam os interesses como direitos reconhecidos, estruturas). É apenas pela interpretação finalística das regras, sem pretensões de referência ao nível de abstração de uma superestrutura moral completa e coerente, que caso a caso o judiciário tem conhecimento e legitimidade para decidir. Suas decisões, embora com constrangimentos que levam à busca por coerência (como a conformidade com precedentes e a justificação da superação de entendimentos herdados), são também contingentes, embora não arbitrárias. Essa é a estrutura "analógica" da argumentação jurídica/ judicial, por oposição às grandes decisões sobre mudanças disruptivas nas instituições, decisões para as quais os poderes políticos é que estão capacitados e legitimados.

No plano da sociedade em geral, o reconhecimento dessa mediação institucional da razão elide o naturalismo: a confusão entre indivíduo e sociedade (pensamento e comunicação) ou a visão da sociedade como subconjunto da natureza. Aquela confusão e fusão é tentada pelas teorias orgânicas. Ela é um erro teórico, mas também prático – o liberalismo é a principal semântica que a representa como uma crença que restringe a liberdade individual, e assim os liberais se contrapõem à ordem social corporativista. A subsunção da sociedade à natureza, por outro

lado, leva ao naturalismo que, em diferentes graus, perpassa a antiga visão ontológica da sociedade e atinge mesmo as teorias sociais modernas (com sua remissão a "estruturas profundas" – não sociais – da sociedade)[303].

Rejeitar esse naturalismo leva, por um lado, à distinção luhmanniana entre indivíduo (sistema biológico e psíquico, que, como toda a natureza, está fora da sociedade, em seu ambiente) e sistema social (a sociedade e seus subsistemas). Cada sistema é fechado, autorreferencial, autônomo: determina a si mesmo, reduz e aumenta sua complexidade, produzindo internamente indeterminação e determinação. Essa cisão clara vincula-se à crítica luhmanniana da imagem da sociedade como consenso (seja como a ordem comunitária da antiguidade, seja como o pacto de sujeição entre indivíduos – o contrato social moderno). Justamente porque há instituições, há dissenso. Elas não são convenções deliberadas, mas produto da autorreprodução dos sistemas sociais, que definem significados e constroem estruturas pressupondo o lastro do consenso, mas sem ter que testá-lo a todo tempo e sem poder expor seu núcleo duro.

A mediação institucional da razão conduz também à indeterminação institucional notada por Unger: não apenas há diferentes modos (funcionalmente equivalentes) de organização da política, da economia etc., como também fórmulas ideais como economia de mercado e democracia podem ter diferentes concretizações práticas, reguladas juridicamente em detalhe. Não é possível deduzir do ideal abstrato a única versão concreta justificável (como pressupõem o formalismo do século dezenove e o idealismo do século vinte). De outro lado, as instituições sob as quais vivemos influem em nosso juízo sobre o possível e o desejável. Por isso, a proposta de Unger de mobilizar a análise jurídica para o mapeamento e a crítica de alternativas institucionais inicia no seguinte passo: "*A ideia fora de moda do iluminismo seria hoje mais bem aplicada aos esforços para dissipar o fetichismo institucional que vicia as doutrinas ortodoxas em cada uma das disciplinas sociais. Dissipá-lo seria o trabalho em tempo integral de uma geração de críticos sociais e cientistas sociais*"[304]. Ao repelir o "fetichismo institucional" das ciências sociais contemporâneas, cabe também afastar o fetichismo estrutural das teorias da sociedade clássicas, lastreadas na concepção necessitária do progresso, da razão imanente à história.

A sociologia iluminou o iluminismo. Quem iluminará a sociologia? O direito, talvez. O que é particular do direito e do discurso jurídico é combinar visão de detalhe das estruturas sociais com pretensão ava-

303 Ver UNGER, 2007a, p. 19-22.

304 UNGER, 1996a, p. 7.

liativa sobre as diferentes soluções regradas. Ampliar a visão da contingência do direito é função da imaginação institucional. Essa prática de pesquisa e avaliação serve para exorcizar tanto o otimismo iluminista quanto o desespero sociológico. O direito imuniza as estruturas de todos os sistemas sociais e a semântica jurídica as representa em textos e argumentos que giram ao redor de normas formalizadas, programas decisórios. O corpo de direito – os textos normativos, a doutrina, a argumentação prática – exibe a variedade das estruturas sociais. Analisando-as e trazendo-as à luz, podemos discutir a variedade de regimes jurídicos, que não são senão formas alternativas de organização do próprio direito, mas também da política, da economia, da saúde, da educação, da ciência; do estado, do sistema financeiro, da tributação, da herança, da universidade. Essa variedade ilumina a sociologia, pois não se conforma aos tipos de sociedade identificados pelas grandes teorias da sociedade e ideologias políticas do século dezenove. Ao se esquadrinhar o direito, constata-se que as macroestruturas sociais são decomponíveis e que as instituições que as constituem podem ser organizadas de formas diferentes. Não se trata de discussão puramente de teoria normativa, como fixação de bases de julgamento sobre os arranjos sociais sem a análise empírica da diversidade das formas de organização da sociedade a serem avaliadas. Não se reduz à fixação de uma imagem da política, do direito ou da economia (extraída de idealizações constitucionais ou modelos institucionais das tradições tidas como de autoridade mundial) como ambientes institucionais da disputa entre agentes sociais que agem para maximizar seus interesses ou defender seus valores, validando-os como política pública. Também não é puramente sociologia do direito, nem como análise das profissões jurídicas, de suas práticas e representações[305], nem como estudo apenas das estruturas do sistema jurídico – política, economia e todos os demais sistemas sociais também são objeto de discussão, na medida em que suas estruturas são imunizadas e representadas pelo direito. Ainda, como reflexão sobre o direito da sociedade, não basta discutir se há ou não diferenciação funcional – observando as estruturas de cada sistema é que se pode constatar *qual* diferenciação funcional existe e *como* ela existe. Ademais, para avaliar empiricamente essa questão, seria preciso discutir um contexto regional específico ou, ainda, comparar diferentes contextos.

A perspectiva do construtivismo jurídico que proponho forma-se pela conjunção da visão dos isomorfismos entre sistemas funcionalmente diferenciados (vantagem comparativa da teoria de Luhmann) e do

[305] Ver a crítica dessa redução, comum na sociologia empírica, em LUHMANN, 2014 [1972], p. 1-8.

vislumbre da indeterminação institucional que marca a organização da sociedade em cada área (vantagem comparativa da teoria de Unger). O resultado é abrir caminho à exploração da estrutura interna dos sistemas sociais e de sua variedade. Essa estrutura constitui-se de feixes de expectativas generalizadas, institucionalizadas, que são as instituições. Essas instituições aglomeram-se dando forma ao contexto, à (macro)estrutura social sob a qual vivemos.

Sugiro a hipótese de que há uma mimetização entre a morfologia estrutural – a organização interna – dos sistemas funcionais e suas semânticas. No direito: o centro do sistema, os tribunais, são a referência e a arena principal de constituição de um tipo de interpretação e argumentação jurídica. É aquele discurso que toma os textos de normas jurídicas como dados dogmáticos e observa as múltiplas possibilidades de atribuição de sentido, justificando certa seleção de significado por referência a textos e expectativas compartilhadas sobre valores e interesses. É também o discurso da dogmática ou doutrina jurídica (tradicional). Ele trabalha "localmente", no plano das microestruturas (as expectativas normativas, isto é, normas), referindo-as a valores e interpretando-as por finalidades atribuídas.

Há, porém, uma produção discursiva que se orienta à criação do direito, à inovação disruptiva – não à busca de coerência e às inovações incrementais características da jurisprudência. A zona de inovação do direito é sua interface com os poderes políticos e os privados. A análise jurídica como imaginação institucional é o tipo de discurso voltado a essa periferia do sistema jurídico: conecta o plano elementar das regras e valores ao plano "agregado" das instituições e ideologias (valorações de valores). Assim, volta-se à reconstrução de campos mais ou menos amplos do direito – isto é, a partes significativas da (macro)estrutura social. Mas, afinal, como diferenciar o "centro" e a "periferia" do sistema jurídico? É do que se ocupa o capítulo seguinte. Mas antes...

3.6 ALTERNATIVAS REJEITADAS

Para pensar no direito, apresentei o método de imaginação institucional proposto por Unger para a análise voltada à criação e reforma jurídica, como contraparte ao método argumentativo voltado para a solução de controvérsias sob dada moldura institucional pressuposta. Quero aqui defender que as ferramentas conceituais dirigidas ao primeiro âmbito distinguem-se por uma vantagem comparativa da discussão jurídica em relação a outros discursos na filosofia ou nas ciências sociais. Na verda-

de, nem a teoria política nem a sociologia, em suas formas prevalentes, são aptas a executar diretamente tal tarefa de discernimento sobre formas alternativas de estruturação dos diversos sistemas sociais.

A teoria política tende a reproduzir a fórmula institucional dogmática das ideologias do século dezenove – certa interpretação e hierarquização de valores diretamente culminante em determinada solução institucional: livre mercado, economia regulada, socialização dos meios de produção, extinção do estado. Quando muito, para fugir aos dogmas, a filosofia política cobra o preço da indefinição: torna-se discurso abstrato sem referência significativa, ainda que indicativa, às formas possíveis de reorganização social.

A sociologia, por sua vez, desenvolveu-se na forma das ciências sociais positivas[306], da investigação de "médio alcance", que analisa as regularidades sociais dentro de uma estrutura institucional tomada como ponto de partida dogmático – e não estudada em sua gama de variações existentes e possíveis, em sua coevolução com as práticas que ela regula.

Como visto, Unger, partindo de uma crítica à explicação funcional e de estruturas profundas, propõe uma visão organizada pelo conceito de "contexto formador", capaz de discernir complexos de formas institucionais e ideológicas contingentes e localizáveis. Incursionando nesses complexos seria possível desvendar as soluções dominantes e desvios exemplares, rudimentos de trajetórias alternativas reprimidas. Esse projeto explicativo é construído como alternativa tanto ao marxismo quanto às explicações de médio alcance das ciências sociais positivas. Fundada em métodos empíricos e na modelização de fenômenos restritos, essa prática de ciência fornece sobretudo explicações internas às estruturas, sem enfatizar a diferença entre ações e conflitos rotineiros e o enquadramento estrutural desses eventos. Entende-se que a ordem institucional emerge espontaneamente das práticas; não se distinguem, porém, os movimentos de mudança de contexto daqueles de mera reprodução da estrutura e, assim, não se apreende como as estruturas formatam as práticas e de que modo a mudança das instituições é historicamente descontínua e contingente. Ainda que sem confiar em leis históricas providenciais ou catastróficas dirigindo a evolução ("fetichismo estrutural"), ciências positivas como a economia pressupõem também uma visão de convergência institucional, por "tentativa e erro" e "seleção natural", àquelas tidas como as "melhores práticas" e mais perfeitos modos de organização social, como nas teorias da modernização ("fetichismo institucional").

---

306 Ver as críticas de UNGER (1987a, p. 120-35; 1998, p. 16-20) e LUHMANN (1994b [1993]).

É o que vemos na economia, na ciência política e nas discussões sobre políticas públicas. Toda a conceitualidade e o raciocínio ancoram-se na visão da democracia ou do mercado como esquemas de otimização das decisões de agentes políticos e econômicos. Analisa-se a solução de problemas e o conflito de interesses dentro de dadas "instituições" (como o mercado e o parlamento), segundo um modelo de maximização de interesses e escolha racional, e assim também as diversas estruturas são compreendidas como resultado da interação de agentes racionais e submetidas a um teste funcional de otimização das soluções políticas e econômicas, que revela uma convergência a certas configurações de política e economia.

A definição dos detalhes práticos de desenho institucional utiliza essas ferramentas uma vez dada a imagem elaborada pela filosofia normativa, que busca definir *a priori* princípios de justiça e um padrão de distribuição de recursos e direitos. Os interesses e ideais concretos em jogo na política e nos outros sistemas sociais são purificados por uma atividade reflexiva que os corrige em suas parcialidades ou inconsistências. Mas tal purificação pode incidir no risco da inofensividade.

O que ocorre na história é ampla gama de descontinuidades, equifinalidades e equifuncionalidades. Por isso, trajetórias alternativas de transformação institucional – em vez de modelos estáticos e reprodutíveis – podem ser imaginadas, ainda que não se trate de projetos totalmente controláveis e ainda que todo esforço intencional esteja submetido ao imponderável de cada sistema e contexto social.

O método da imaginação institucional não divide a definição dos ideais da análise do detalhamento institucional; não é a justaposição de uma engenharia institucional anexada à definição anterior de princípios de justiça[307]. Como estilo de análise do direito, toma os interesses e os ideais consagrados decisoriamente no material jurídico e reabre na argumentação a controvérsia política. Foge à conjunção da definição institucionalmente agnóstica de princípios de justiça na filosofia política com a discussão empírica de ciência política ou políticas públicas. Reintroduz no direito a contingência real do dissenso enfrentado nas decisões programantes e filtrado por procedimentos. Informado empírica e normativamente, não pretende constituir uma metalinguagem à parte dos discursos jurídicos e políticos, substituindo suas fundações cambiantes pela certeza de uma verdadeira "ciência" do comportamento humano e da correta tomada de decisões.

Por exemplo: pela conjugação de uma discussão normativa ancorada na busca de um "consenso sobreposto" sobre os "valores univer-

[307] UNGER, 2014, p. 297-8, 308-9; 2007a, p. 121, 194.

sais da democracia liberal" ("neutralidade política") com evidências da economia, da psicologia e da economia comportamental ("certeza técnica"), pode-se chegar a propostas minimalistas de "desenho institucional" que tratem de incentivos, constrangimentos e sanções a guiar e ajustar marginalmente o curso dos processos decisórios – eleitorais, burocráticos, parlamentares[308]. Problemas: 1) usa-se uma teoria da escolha racional incompatível com a abordagem da autorreferência dos sistemas psíquicos e sociais (aqui trato das instituições como estruturas internas dos sistemas sociais); 2) adotando-se uma visão instrumental do direito, perde-se o caráter dinâmico do juízo sobre instituições (esquadrinhadas em regras) à luz de propósitos atribuídos e do refinamento normativo dos ideais à luz das variáveis modelagens institucionais, dos diferentes regimes jurídicos que podem atualizá-los. Busca-se uma ancoragem externa, "científica", para além da controvérsia e do dissenso que caracterizam a produção e a aplicação do direito na democracia; na prática, todas as decisões movem-se para a zona de competência da tecnocracia regulatória, e de incompetência da política e do direito. Então os "especialistas sem espírito" podem adquirir autoridade para prescrever universalmente as regras constitutivas do seu "nível de civilização jamais alcançado". É o utilitarismo dos tecnocratas como alternativa à abstração formal da deontologia kantiana.

Ao lado das ciências sociais de estilo americano, outra parte da teoria social (da sociologia do direito, inclusive) seguiu a linha de "teoria crítica", exorcizando o progresso da "razão instrumental" e do iluminismo, potencializando a sugestão weberiana acerca da "jaula de ferro" da "modernidade". O propósito do iluminismo, de "desencantar o mundo" e "substituir a imaginação pelo saber" teria levado à "total mistificação das massas", à dominação da natureza e dos homens, à "integração total" no "mundo administrado"[309]. Pela fixação nessas tendências quase inexoráveis do progresso social e apenas no plano das macroestruturas e suas representações (o capitalismo, o iluminismo), há certa indisposição da teoria crítica à análise institucional detalhada e empiricamente informada; por isso, quando ela se aproxima da reflexão jurídica, oscila entre o ceticismo e o idealismo já referidos. Outra característica[310] é a condenação antecipada da sociedade existente por sua "falsidade" diante das relações sociais "autênticas" de uma comunidade livre.

---

308 Ver *e.g.* VERMEULE, 2007. Ver também a crítica de UNGER (2015a, p. 41-2) ao "benthamismo encolhido".

309 HORKHEIMER; ADORNO, 2002 [1944]; POLLOCK, 1990 [1941].

310 Ver as críticas de LUHMANN (2002a [1990]; 1994b [1993]; 2012 [1997], p. 13; 2013 [1997], p. 223-6; 2006b [1999]) à teoria crítica/ escola de Frankfurt.

Uma parte da teoria crítica[311] rejeita a "superteoria" – a fixação de um quadro analítico abrangente sobre a sociedade, combinada com a explicação de longo alcance da história – em favor da "ultrateoria", a recusa em apresentar um sistema teórico coerente. Sua prática consiste na crítica continuada das instituições e ideias prevalentes, negatividade que é combinada com uma defesa dos desvios, anomalias, possibilidades reprimidas e um julgamento lastreado em certa utopia de comunidade livre. Essa imagem e essa crítica arriscam cair no negativismo puro do existencialismo e do modernismo: resistindo a toda e qualquer instituição e estrutura, esperam que a política das ideias abra espaço para a imaginação. Mas não uma imaginação institucional; como nota Rorty[312], diferenciando essa tendência do pragmatismo ungeriano, a empreitada teórica da Unger é o preciso oposto do "resentimento crítico" com todas as "estruturas e discursos de poder", que leva pensadores pretensamente radicais a lavarem suas mãos sobre a tarefa de estudar, imaginar e apontar qualquer proposta de mudança institucional.

Uma tendência "crítica" do final do século vinte consegue ainda combinar dois atributos[313]: assume a explicação necessitária da "grande teoria" de estruturas profundas (fala então de "crises" do "capitalismo tardio" ou algo do tipo) e, esvaindo-se do estudo de formas alternativas de organização política e econômica, enfatiza a prioridade da "cultura", a "política das identidades", criticando preconceitos ao mesmo tempo em que os estereotipiza como critérios normativos para a crítica social e o conflito (tipicamente, para além da luta de classes, a luta pelo reconhecimento de etnias e gêneros). O problema é que, desengatada da mudança nas estruturas dos sistemas funcionais, essa prática arrisca tornar-se apenas um policiamento semântico. Não refere as crenças e a crítica dessas crenças à reformatação das instituições.

Diante dessas alternativas rejeitadas, qual o ponto de partida aqui defendido? Uma análise sistêmico-institucional que apreenda a especificidade do sistema jurídico como contrapartida da estruturação jurídica dos diversos âmbitos sociais. Um estudo que parta da visão da institucionalidade interna dos sistemas sociais para esquadrinhar as instituições em regimes jurídicos, em regras, doutrinas, formas argumentativas. Podemos então trabalhar no plano da representação e reprodução jurídica das estruturas sociais.

---

311 Ver os comentários de UNGER (1987a, p. 135-99; 2015a, p. 28-9), sobre "superteoria", "ultrateoria" e o marxismo que enfatiza a "autonomia relativa" da cultura ou da política diante da determinação da base econômica.

312 RORTY, 1990 [1987], p. 31-2.

313 Ver *e.g.* FRASER; HONNETH, 2003. Sobre a passagem de "economia" para "cultura" na teoria social, ver também a crítica de FRIESE; WAGNER, 1999.

Na filosofia moderna, o sujeito, podendo certificar-se de sua existência pelo seu pensamento (Descartes), torna-se o produtor do sentido, da realidade, construindo-a como objeto (Kant). Em Luhmann, os sistemas psíquicos e sociais é que produzem sentido e a observação é também uma operação dos sistemas sociais: é a operação que apresenta uma distinção, uma forma. Luhmann busca fugir tanto à ontologia quanto à filosofia do sujeito que marcam a velha semântica europeia. A construção da realidade dada por sistemas que observam (sistemas) permite que Luhmann[314] redescreva sua concepção de "mundo como horizonte de sentido", derivada de Husserl. Enquanto nossa crença cotidiana na realidade permanece intacta, suas condições de possibilidade não são postas em discussão. Mas essas condições são constituídas dentro de uma subjetividade transcendental. Luhmann[315] critica a incapacidade dessa teoria de conciliar auto e heterorreferência, caindo no paradoxo da "intersubjetividade", que nada explica. Embora seu oponente, Habermas[316], que adota esse conceito, acredite que Luhmann é que não foge da filosofia da consciência, na verdade a operação de observação de segundo grau permite que se observe o observador como um sujeito, não como um objeto, quebrando então a viabilidade dessa distinção kantiana (sujeito/ objeto), pois paradoxalmente o objeto é um sujeito, mas não apenas o próprio sujeito solipsista em auto-observação. Sistemas psíquicos (indivíduos) observam sistemas sociais e são por eles observados (como pessoas). Sistemas sociais observam-se uns aos outros. No lugar de uma realidade externa inacessível, a ordem da criação, aparece o mundo como horizonte de sentido, limite último das formas contingentes que são indicadas pela comunicação (e, nos sistemas psíquicos, pelo pensamento), sem nunca esgotarem o potencial de novas indicações, deixando sempre espaços não marcados. A cadeia de observações (de observações de observações...) jamais atinge uma totalidade ou se esgota em uma realidade última apreensível, batendo em algo de concreto.

A fenomenologia concebia o mundo como campo de manifestação dos fenômenos, à parte da realidade dos entes. Mas toda realidade apenas pode ser revelada dentro do mundo interpretativo, ainda que isso signifique pressupor uma realidade fora do alcance dessas empreitadas interpretativas. Esse entendimento[317], que segue Heidegger, também o segue na negação de que seja possível uma "visão de lugar nenhum",

314 LUHMANN, 2012 [1997], p. 26. Ver também LUHMANN, 2013 [1997], p. 263-77.
315 LUHMANN, 2013 [1997], p. 422 (nota 270).
316 Ver HABERMAS, 1987b [1985], cap. 12.
317 Ver GORDON, 2006.

ancorada em uma realidade imóvel e última (como Deus, a natureza ou a razão), fora do alcance do tempo, como se houvesse um eterno agora. Radicalizando essa visão, Unger[318] concebe o tempo como "a transformação da transformação", de modo que mesmo as dinâmicas de mudança que provisoriamente se estabilizam são alteradas mais cedo ou mais tarde. Há uma coevolução entre as regularidades e os fenômenos por elas regulados, de modo que conexões causais na história são tão indeterminadas a ponto de não poderem ser descritas por leis gerais, não sujeitas elas mesmas ao tempo.

Para a observação do direito[319], isso significa rejeitar qualquer essencialismo historicista e culturalista que exagere a unidade nacional de cada sistema jurídico e subestime sua capacidade de ser retalhado e recombinado com soluções institucionais das mais diversas experimentadas no palco da história mundial. Significa também rejeitar o funcionalismo sociológico ortodoxo, o apontamento de determinadas formas de organização políticas e econômicas como resultantes inevitáveis dos constrangimentos naturais a que a sociedade respondeu em sua história. Como a sociedade reproduz sua complexidade internamente, há diversas soluções funcionalmente equivalentes para a organização dos diferentes sistemas sociais e de seus acoplamentos.

No plano da teoria da sociedade, Luhmann visa a superar alguns "obstáculos epistemológicos", especialmente quatro "pressupostos interconectados e mutuamente reforçantes"[320] que dizem respeito à obsolescência conceitual na sociologia. Primeiro, a ideia de que a sociedade consiste em pessoas e suas relações, sendo distinguida então pelos atributos que diferenciam as pessoas dos animais: moralidade, imaginação, razão, vontade, inteligência. Segundo, a crença em que a sociedade se mantém por consenso, complementaridade de propósitos, integração, solidariedade. Terceiro, a concepção regional ou nacionalista de sociedade, que a circunscreve a territórios estatais ou a uma nostalgia cultural – a sociedade brasileira, a sociedade americana. Finalmente, a suposição de que a sociedade pode ser descrita (e julgada) de fora, observada como uma realidade externa. Qual a solução de Luhmann? Uma teoria radicalmente anti-humanista, antirregional e construtivista.

---

318 UNGER, 2007a, cap. 6.

319 Para a crítica do culturalismo historicista e do funcionalismo sociológico no direito, ver UNGER, 1996a, p. 123-8.

320 LUHMANN, 2012 [1997], p. 6-13. Sobre "obstáculos epistemológicos", ver BACHELARD, 2002 [1938], esp. cap. 1.

Cabe perguntar em que medida a teoria de Unger responde a esses obstáculos. Parece-me que seu grau de abstração permite tratá-la não como a teoria de uma sociedade nacional, embora utilize o clássico conceito nacional-estatal de sociedade. A questão do consenso (como a ideia do contrato social) pode ser substituída pela ideia de que a sociedade é um complexo institucional e imaginativo, de forma que as instituições e semânticas permitem a estruturação de rotinas sociais mesmo em contextos de profundo dissenso – há instituições *porque* há conflito, parte do conflito é "congelado" como regra do jogo para que a disputa prossiga em campo. Como "coisa feita e imaginada", a sociedade vem definida em Unger como uma criação humana – como na narrativa hobbesiana, um esforço de esperança e medo, de imaginação e luta. Mas sua perspectiva pragmática oferece um encaminhamento à rejeição da diferença sujeito/objeto alternativo em relação ao construtivismo luhmanniano. É uma solução que coloca a crítica e a descrição como funções da explicação e da construção social. É admitido, enfim, que a sociedade só pode ser criada e reproduzida (e descrita) a partir de si mesma, internamente. Mas formas históricas diferentes apresentam um grau variável de suscetibilidade à autorrevisão e sustentação da autonomia individual – essa variável permite um juízo normativo que não fique refém dos próprios dogmas de cada cultura.

No plano da reflexão jurídica, em contraponto às tendências racionalizadoras do direito (formais ou materiais, teóricas ou práticas), aqui foram esboçados rudimentos de uma visão cognitiva lastreada sobretudo no construtivismo epistemológico, no pragmatismo filosófico e na apresentação de um quadro conceitual sistêmico-institucionalista. Trata-se de um caminho alternativo tanto ao construtivismo transcendental kantiano quanto ao individualismo metodológico weberiano.

É, portanto, uma perspectiva sistêmico-institucional esta que direciona a proposta do construtivismo jurídico. Como instituições, direitos são expectativas generalizadas que constituem a estrutura interna do sistema jurídico. Diferenciá-los em relação a outras estruturas, esclarecer sua relação com a semântica do direito (plano das normas jurídicas formuladas como programas decisórios, da interpretação, argumentação e justificação) e iluminar exemplificativamente os vínculos entre direito, política e economia é do que trata o capítulo seguinte.

Reitero aqui o significado dos conceitos de instituições e direito que resultou da discussão deste capítulo e que valerá para os usos a seguir. Instituições são complexos de expectativas congruentemente generalizadas que constituem as estruturas internas dos sistemas sociais. A sociedade se reproduz por diversos tipos de sistemas – especialmente

interações, organizações e sistemas funcionalmente diferenciados. Cada sistema tem sua estrutura interna, sua forma institucional. Interações, comunicações face a face, são sistemas mais fugazes e amorfos, de menor complexidade. Não há comunicação entre mentes; por isso, mesmo esses encontros ocorrem na sociedade e modelam-se à luz das expectativas congruentemente generalizadas, não meramente idiossincráticas. Organizações têm uma estrutura interna – um conjunto de expectativas socialmente compartilhadas e pressupostas – mais hierárquica, voltada à circulação de informações e à tomada de decisões. Sistemas funcionais (como veremos no próximo capítulo) têm uma estrutura interna caracterizada pelo contraponto entre organizações e uma esfera não organizada que reflete o ambiente no sistema.

O direito tem suas estruturas internas, mas todos os sistemas as têm. O direito, como defini na introdução, é a imunização normativa das instituições, das estruturas internas da sociedade, das estruturas de todos os sistemas sociais. As microestruturas – essa rede de expectativas sobre o que é e o que deve ser – estão espraiadas pela sociedade e por todos os seus subsistemas. Pela linguagem, acoplam-se às nossas mentes. O serviço que o direito apresenta com relação a elas é basicamente uma função de identificação, prolongamento e sustentação das espectativas contrafáticas – aquelas que, quando desiludidas, merecem preservação até que a realidade se conforme a elas (e não o contrário). Decompondo regimes institucionais, formas de organização – do próprio direito, mas também da política, da economia, da educação, da família –, o sistema jurídico as regra em detalhe, identificando-as simbolicamente e apoiando-as contra a desilusão dos fatos; representa uma aceitação presumida, por parte de terceiros, desses regimes institucionais, da forma de tais estruturas. Essa aceitação *erga omnes* presumida é dada pela generalização da crença de que os outros crêem que terceiros crêem – isto é, pela aceitação universalizada das normas e instituições dada com base nessa observação de observadores. A âncora dessa instável confiança é o consenso institucionalizado e reciclado por meio de procedimentos decisórios. Neles, o produto final – sancionado como direito – é justificado argumentativamente por referência às regras, valores e interesses legitimados por procedimentos e simbolizados como direito. O direito define a si mesmo e assim especializa seu trabalho na sustentação e organização dos sistemas sociais.

Parte II

MORFOLOGIA

ESTRUTURAS JURÍDICAS

O fato mais importante sobre a relação entre estruturas jurídicas e estruturas sociais é representado pela diferença que o direito liberal apresenta em relação ao direito pré-revolucionário, e pela diferença que um direito pós-liberal pode apresentar em relação ao modelo jurídico dos últimos séculos[321]. Isto é: o direito das sociedades estratificadas e corporativas simbolizava, normatizava e institucionalizava a diferenciação hierárquica, tanto na organização do poder (governo misto, câmara dos lordes, senado) quanto na atribuição de direitos (pense-se nos privilégios dos barões feudais na Magna Carta inglesa de 1215); os códigos e constituições liberais produzem uma simbolização, uma institucionalização e uma normatização generalizantes, abstraindo as diferenças segmentárias (sexo, idade), centro-periféricas (rural-urbano, dependência pessoal) e hierárquicas (classe, status), mas marcando a diferenciação funcional: a especificidade dos meios "poder" e "direito", a autocontenção do governo dos homens pelo governo das leis (estado de direito), a universalização dos direitos básicos (que liberam da política a religião, a economia, a ciência), a garantia da esfera dos direitos privados (para os sistemas econômico e familiar, sobretudo). A sociedade constrói um foco próprio de autorreflexão normativa, com um distanciamento das diferenças sociais, e esse distanciamento é a marca de sua normatividade – do idealismo abstrato que identifica o direito liberal.

A constituição moderna, por exemplo, não se confunde mais com a antiga *politeia*, uma miscelânea de expectativas (sem a diferenciação clara entre expectativas cognitivas e expectativas normativas, que só a vem a ser marcada pelo positivismo jurídico) que sancionava socialmente a organização e composição do poder público segundo a estrutura básica da sociedade: a influência social difusa, amalgamada pelas relações de dependência econômica, não é diferenciada do poder especificamente empregado na tomada de decisões coletivamente vinculantes. O

[321] Ver UNGER, 2015b [1982], p. 106.

retorno a essa normatividade imanente, emergente da "ordem natural" das coisas e pessoas, marcou no século vinte várias aspirações autoritárias pelas quais o estado – com sua instituição diferenciada e organizada do poder e da força – pretendia impor à sociedade sua ordenação jurídica "concreta". A esse tempo, a diferenciação do poder político e a complexidade da ordem social já fizeram com que só muito violentamente a sociedade pudesse ser desdiferenciada e retrotraída à hierarquia estatalmente comandada. Por outro lado, permanece o problema da medida em que a constituição e o direito liberais deixam de produzir diferenças que fazem a diferença. Por sua própria indiferença às diferenças "não funcionais", os direitos liberais não deixam de as reproduzir e de estarem disponíveis diferencialmente para as pessoas, conforme suas posições nas outras formas de diferenciação social, que são esquematizadas pela diferenciação funcional, mas continuam a se reproduzir (diferenças de classe, nacionalidade, gênero etc.).

O direito diferencia-se como sistema funcionalmente específico em relação à estrutura social recalcitrante que ele em grande medida não domina nem reconstrói. Diante dessa indiferença com relação aos aspectos não funcionais da estrutura social (abstraídos do direito e da interpretação jurídica), o diagnóstico pode ser de que o direito se resume a linguagem ou a folhas de papel. Mas precisaríamos abordá-lo de outro ângulo, em sua imersão social, para de fato delimitar o alcance de suas ferramentas no arranjo das formas de vida.

Sistemas diferenciam-se e constroem sua unidade ao vincular suas comunicações a comunicações anteriores e posteriores, encadeando-as temporalmente, socialmente e tematicamente: isto é, com pretensões de continuidade da autorreferência, de suporte da comunicação de um sistema por outro (ou de *ego* por *alter*) e de identificação e compreensão da informação e de seu uso. O fechamento operacional dos sistemas é condição para sua abertura cognitiva e ambos os lados da forma (abertura + fechamento = autopoiese) são reforçados pelo desenvolvimento de mecanismos, instituições ou estruturas que permitem a um sistema o contato permanente com outro sistema, não pela comunicação entre sistemas, mas pela potencialização seletiva das "irritações" de um sistema a outro. Essa sensibilidade aguçada e localizada permite um uso ortogonal dos "códigos" sistêmicos (em sentido cibernético). São os acoplamentos estruturais. Pela constituição, a diferença lícito/ ilícito apresenta-se como relevante para a política (estado de direito), assim como a diferença poder/ não poder (poder como meio) aparece como condição do direito (direito político, isto é, estatal). Pela propriedade e pelo contrato, a diferença líci-

to/ ilícito apoia a diferença ter/ não ter (o dinheiro como meio), segundo a qual se reproduz a economia (assim se tem a economia de mercado). Há outros exemplos de acoplamentos estruturais, além da propriedade, do contrato (ambos acoplamentos entre direito e economia) e da constituição (entre direito e política). Eleições são acoplamentos estruturais entre política e economia na medida em que fazem resultados políticos (eleitorais) dependerem de condições econômicas, da intervenção econômica do governo e do financiamento das campanhas. São também acoplamentos estruturais: entre educação e economia, o diploma; entre educação e ciência, a universidade; entre política e ciência, a tecnocracia e a assessoria de especialistas. Além da diferença entre autopoiese e acoplamento estrutural, outras duas diferenças precisam a observação dos sistemas funcionais: as distinções entre centro e periferia e entre esfera pública e esfera organizada.

Sistemas funcionais desenvolvem organizações centrais – como os bancos, para a economia; o estado, para a política; os tribunais, para o direito – e contam também com outras organizações que atuam na implementação da função sistêmica; é o caso dos partidos políticos, das assessorias jurídicas, das empresas. Sistemas funcionais reproduzem comunicação segundo critérios que eles mesmos desenvolvem: o direito, o poder, o dinheiro serão alocados conforme os "programas" (também em termos cibernéticos) de cada sistema. Os programas – programas de investimento, leis, sentenças – programam os códigos: ter/ não ter (economia), poder/ não poder (política), lícito/ ilícito (direito).

Mas além das organizações, sistemas estruturam uma reentrada do ambiente no sistema: são as esferas públicas ou ambientes internos. Ilustrativamente: a economia mensura todo seu ambiente (o direito, a natureza, a política, a educação, a religião) por meio do mercado; a política mede suas demandas conforme a sensibilidade da opinião pública. E o direito? Luhmann não explicita qual seria o equivalente funcional, no sistema jurídico, ao mercado e à opinião pública.

Minha proposta neste capítulo é entender a personalidade jurídica como o ambiente interno do sistema jurídico, cujo centro são os tribunais. Na constituição, a ligação entre opinião pública e personalidade jurídica responde pelo conceito sociológico de "cidadania" e pelo conceito jurídico de "direitos fundamentais" – e a ligação entre os centros organizados (judiciário e governo) consiste na institucionalização dos poderes do estado, com seus mecanismos de interdependência. Nas formas dos direitos reais e obrigacionais, a personalidade jurídica vincula-se ao mercado e tal vínculo é o eixo da conceitualidade dos direitos privados. A

base para a inovação e criação experimental desses direitos é o campo da autonomia privada; seu centro garantidor, em última instância, são as cortes.

A personalidade jurídica (ou, como na ciência do direito do século dezenove, as relações jurídicas) é uma fórmula que congrega complexos de direitos e deveres, responsabilidades e poderes. Pode-se fazer referência a essas instituições, em metonímia, como simplesmente a esfera dos *direitos*.

Explorar a morfologia dos sistemas sociais é observar suas formas semânticas e estruturais. As formas semânticas são as distinções, conceitos, indicações: as formas ou diferenças que fazem a diferença na comunicação identificada e processada por aquele sistema. Assim é que a semântica conforma autoimagens nos sistemas sociais. Estruturas são mecanismos seletivos eles mesmos selecionados e restabilizados de comunicações anteriores; são coagulações ou cristalizações que formam o leito pelo qual correm os fluxos comunicativos. Estruturas viabilizam a coevolução entre sistemas psíquicos e sociais e permitem a seleção de expectativas. Podem ser conformadas de modo diverso; discernir a variabilidade de formas estruturais e sua decomposição detalhada em instituições permite vislumbrar isomorfismos e equifinalidades. Se há uma subdeterminação funcional das instituições pela (macro)estrutura social ("contexto formador"), estruturas diferentes podem cumprir funções semelhantes e atingir resultados equivalentes[322].

Se instituições são feixes de expectativas generalizadas ou complexos de regras, elas ganham do sistema jurídico a conformação contrafática voltada à congruência nas três dimensões de sentido: essas expectativas ou regras devem ser estruturadas de modo a dispor de um suporte social, de uma identidade de significado e de uma estabilidade

[322] A teoria dos sistemas, em seu alto grau de abstração, pode reconhecer isomorfismos, não simples analogias, embora não possa, como no antigo pensamento europeu, pressupor uma unidade subjacente do mundo (dada pela natureza ou pela criação) e uma racionalidade imanente a essas equivalências. O conceito de isomorfismo é elaborado tanto pela clássica teoria geral dos sistemas (abertos) – estando presente em BERTALANFFY (1968, p. 80-6; 1950: p. 136-9) – quanto pela teoria dos sistemas sociais autopoiéticos (*e.g.* LUHMANN, 2002 [1995], p. 49). Por isomorfismo designo a semelhança de forma e função das estruturas internas dos sistemas em comparação. Luhmann chega a adotar também, em sua sociologia do direito, o conceito de "equifinalidade" de Bertalanffy, esclarecendo que por equifinalidade designa-se "o fato de que o mesmo estado de um sistema (aqui: o direito) pode ser atingindo a partir de diferentes constelações originais e por diferentes caminhos" (LUHMANN, 2014 [1972], p. 325, nota 16).

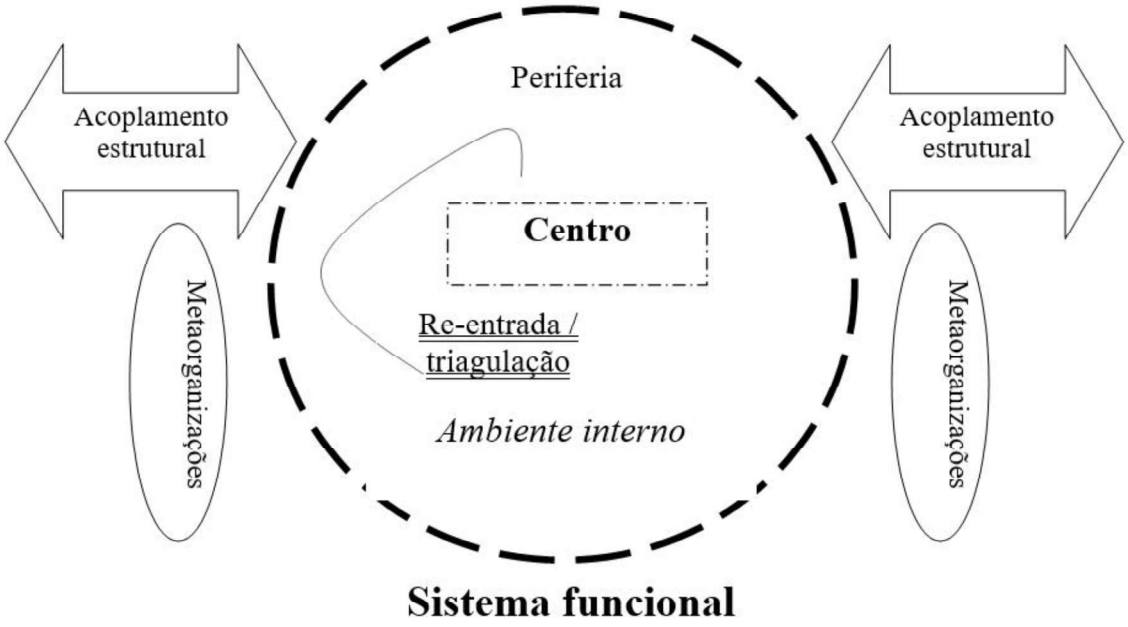
que potencializem sua redundância, as imunizem contra contestação e conformem conflitos sobre essas instituições a padrões também institucionais – regras institucionalizadas, identificadas e resistentes a violações.

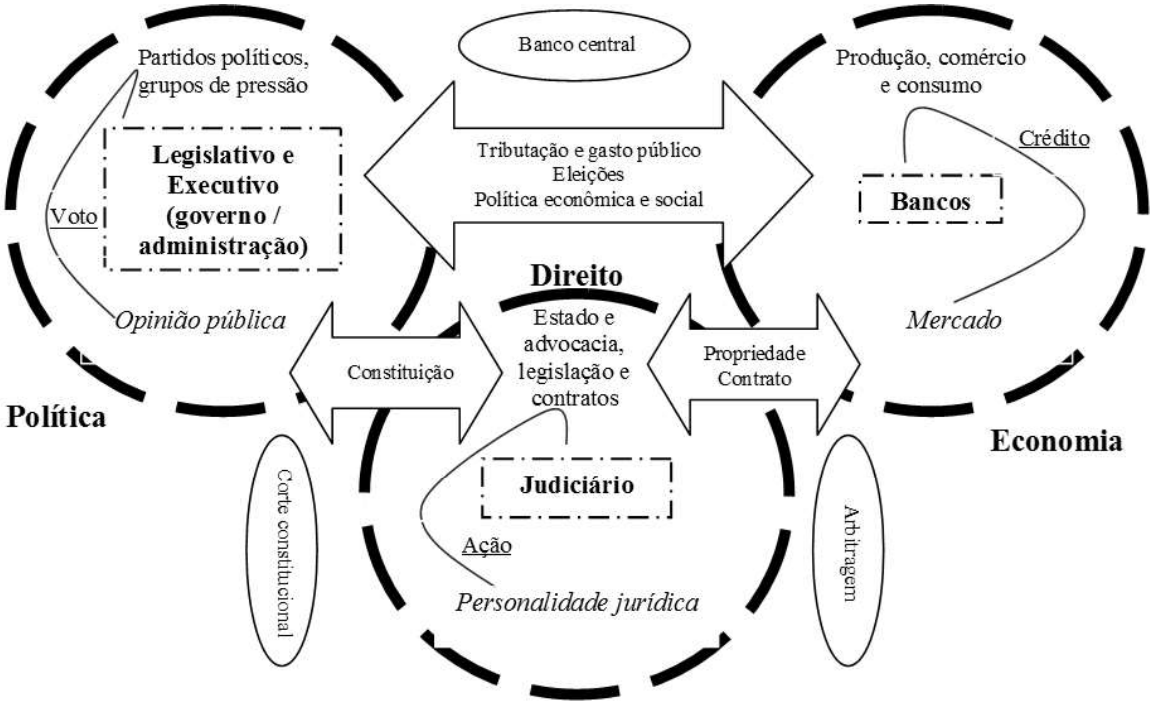
As instituições jurídicas são aquelas que usam ou implementam a função do direito: a propriedade, o direito subjetivo, o contrato, o presidencialismo, o controle de constitucionalidade, o federalismo, a separação de poderes, as liberdades públicas, a autonomia privada, a constituição, o direito à saúde, a ação judicial, o voto etc. Um ponto de vista privilegiado para observá-las está na conformação de regimes institucionais para acoplamentos estruturais e para organizações. Trata-se de duas formas de vincular sistemas funcionais.

4.1 UM MAPA INSTITUCIONAL

Uma imagem pode valer para apresentar essa série de distinções traçadas por Luhmann para mapear a institucionalidade interna do direito, da política e da economia e os isomorfismos e equivalências funcionais entre esses sistemas.

Figura Direito, política e economia: centro e periferia, esfera pública e acoplamentos estruturais dos sistemas





O esquema corresponde ao que o próprio Luhmann[323] identifica como centro e periferia, esfera pública e acoplamentos estruturais dos sistemas jurídico, político e econômico, com três inclusões principais e outras três alterações menores. O que não faz parte da teoria luhmanniana são justamente três eixos principais deste capítulo. Em primeiro lugar, a personalidade jurídica como a esfera pública do direito. Assim também, inclui o que denomino de mecanismos de reentrada procedimental, que reapresentam a esfera pública do sistema na tomada de decisões por sua organização central e que constituem um vínculo de confiança entre esfe-

323 Sobre o centro e a periferia dos sistemas político, jurídico e econômico, ver LUHMANN, 2004 [1993], cap. 7; 1993c [1991], p. 180-4; 2009b [1998], p. 272-9. Sobre os acoplamentos estruturais entre política, economia, direito, ciência e educação, ver LUHMANN, 2013 [1997], p. 108-15; 2009b [1998], cap. 10; 2004 [1993], cap. 10. Especificamente sobre a constituição e em perspectiva histórica, ver LUHMANN, 1996b [1990]. Sobre as esferas públicas dos sistemas econômico, político e científico, ver LUHMANN, 1988a, cap. 3; 2009b [1998], cap. 8; 2013 [1997], p. 102. O conceito de esfera pública como ambiente interno do sistema é devido a uma sugestão de Dirk Baecker, como reconhece LUHMANN, 2000 [1996], p. 104. A diferença entre esfera pública e esfera organizada (que inclui as organizações centrais e periféricas) dos sistemas funcionais é enfatizada por TEUBNER (2012, p. 88-96). Teubner também se refere às esferas públicas como "esferas espontâneas". Essa nomenclatura, porém, parece remeter a uma ideia naturalista *a la* Hayek. Entretanto, como enfatizo aqui, as esferas públicas têm também uma conformação institucional contingente e são perpassadas pelas demais diferenças da estrutura social.

ra pública e centro organizado, mediado pelas organizações periféricas do sistema (são portanto mecanismos de triangulação: esfera pública – organização periférica – centro organizado). Assim, na política tem-se o voto (como metonímia de "participação") mediado por partidos ou o vínculo entre opinião pública e governo por meio de grupos de pressão. Similarmente, na economia é o crédito para as empresas e consumidores (ou os binômios crédito/ dívida e poupança/ investimento) que vincula o mercado aos bancos. No direito, a ação, o procedimento judicial (ou procedimentos isomórficos – administrativos, arbitrais, mediadores) é que vincula os direitos e deveres, poderes e responsabilidades à decisão dos tribunais. Em terceiro lugar, Luhmann coloca o banco central como acoplamento entre política e economia; preferi colocá-lo como organização isomórfica às cortes constitucionais e à arbitragem (adicionei ambos ao esquema), para fins de comparação. É preciso frisar que organizações, procedimentos e interações são sistemas que ultrapassam os limites dos sistemas funcionais; portanto, o direito (estatal) pressupõe em seu ambiente (ou mesmo na periferia do sistema) os poderes políticos e a economia (de mercado) pressupõe o estado. O caso dos bancos centrais e das cortes constitucionais – e, no plano mundial, do sistema financeiro internacional (FMI, Banco Mundial) e das cortes e órgãos dos sistemas universal (ONU) e regionais de direitos humanos (Corte Interamericana, Corte Europeia) – é ainda mais paradoxal, pois nesse caso o centro organizado de um sistema é duplicado por uma espécie de órgão regulador que é também duplicação do centro de outro sistema. Assim, a corte constitucional é cúpula do judiciário ("corte das cortes") e também um tribunal mais político que os demais, (quase) uma parte do governo; o banco central e os "bancos centrais mundiais" são órgãos estatais ou interestatais e "bancos dos bancos". Há um apoio político de fundo a sustentar essas organizações que gerenciam a reflexividade constitucional do direito e a reflexividade financeira da economia.

Quanto às demais modificações: em primeiro lugar, Luhmann refere-se ao centro do sistema político como o estado; preferi definir esse centro enfatizando a composição dual de poderes políticos ("governo") e a administração pública[324]. Além da diferença entre organização burocrática e tomada de decisão política (representativa), essa modificação no esquema está ligada à ideia de que os poderes políticos (executivo e legislativo) muitas vezes atuam conjuntamente em diferentes arranjos de parlamentarismo e presidencialismo, daí justificando a referência unitária a "governo" ou "poderes políticos" (em contraponto ao judiciário, visto

[324] Sobre a diferença governo/ administração, ver LUHMANN, 2009b [1998], p. 279-89.

também como um poder, embora relativamente apolítico, na doutrina tradicional da tripartição dos poderes). Em segundo lugar, embora Luhmann coloque apenas o parlamento na periferia do direito, posicionei o estado de modo geral, seja pela importância do executivo no processo legislativo, seja pela atividade regulatória dos órgãos administrativos (obviamente que, no direito estatal, o centro do sistema jurídico é também um poder do estado). Essas alterações no desenho justificam-se como atualizações diante das tendências de transformação institucional verificadas ao longo do século vinte, como o crescimento do executivo diante do legislativo e a difusão do controle judicial de constitucionalidade, para além das estruturas do judiciário tradicional. A terceira mudança é a inclusão da política social ao lado da política econômica, no acoplamento estrutural entre política e economia (segundo o sentido corrente do "social" como compensação ao econômico). (Pode se tratar de um acoplamento "trifuncional", entre política, direito e economia, para além da forma bivalente teorizada por Luhmann.) Na verdade, a política genericamente dita "social" abrange também outros sistemas funcionais além de política e economia: saúde, educação, arte, esporte, família, religião.

4.2 ESFERA ORGANIZADA: CENTRO E PERIFERIA, OU A DIVISÃO DO TRABALHO JURÍDICO

Os sistemas funcionais não se confundem com sistemas organizacionais, mas há uma organização ou tipo de organização que distingue o centro da periferia do sistema funcional[325]. Não há hierarquia entre centro e periferia do sistema – há diferentes ângulos de abertura ao ambiente e fechamento operacional, de tradução da irritação ambiental em comunicação sistêmica ou de autorreferência da decisão sistêmica. Uma hierarquia unidirecional tornaria o sistema excessivamente rígido e o implodiria. Centro e periferia, ao contrário, envolvem a permanente revisão das decisões dentro do sistema. Enquanto o centro tem o imperativo de tomar decisões que gerenciam o paradoxo ineludível do sistema funcional, a periferia programa os usos que o código do sistema pode ter em referência aos temas que provêm de outros sistemas. Não há centro sem periferia, nem periferia sem centro.

Em termos de organização, decisões tomadas pelos poderes políticos e pelos privados (periferia do direito) diferenciam-se da decisão judicial porque os tribunais têm obrigação de decidir. Em termos de programas produzidos pelas organizações, leis e contratos, autorregulações,

[325] Para o que segue sobre centro e periferia, ver LUHMANN, 2004 [1993], p. 291-304.

códigos organizacionais podem ser produzidos ou não, mas só a sentença é resultado de uma decisão compulsória.

Segundo a conjuntura política ou econômica, há razões ou não para se votar uma lei ou fechar um contrato. Por isso, os poderes políticos e os negócios jurídicos estão na periferia do sistema jurídico. Mas é lícito decidir sobre o lícito e o ilícito? O sistema jurídico só não é devorado por esse enigma por que os tribunais têm a competência não para decifrá-lo, mas para contorná-lo. Em termos hartianos, poderíamos dizer que as regras secundárias, normas de organização, voltadas para a esfera organizada do direito, "externalizam" para um metanível – dentro do próprio direito – o paradoxo gerado pela necessidade de decisão sobre as regras primárias, normas de conduta, voltadas à esfera pública ou ambiente interno.

Só as cortes precisam decidir sobre o direito por critérios estritamente jurídicos, com maior autoisolamento cognitivo do que parlamentos ou partes privadas. Para tanto, transformam a obrigação de decidir (proibição da denegação de justiça, do *non liquet*) em liberdade para decidir: podem transformar o indeterminado em determinado, construir ficções interpretativas, "criar" princípios implícitos. Essa atividade do centro organizado do direito permite-lhe dar vazão à função de generalizar congruentemente expectativas normativas, mas essas expectativas não podem depender apenas dos tribunais. Comparado em termos quantitativos com o direito que chega aos tribunais, o direito da periferia é a produção em massa daquela generalização congruente. O ajuste fino dessa congruência, porém, depende das formas deliberativas e argumentativas desenvolvidas nas cortes – ou por referência a elas.

A organização central do sistema toma decisões dramáticas e precisa contar com consenso para isso. Mas não pode depender do consenso, senão ficaria paralisada. Lança mão de um equivalente funcional: a ficção do consenso, o consenso presumido – na política, a vontade do povo; no direito, a razoabilidade, o homem prudente. Exceto quando opera segundo a equidade, uma corte não pode criar o direito a não ser segundo motivos jurídicos – precisa interpretar o direito, remetendo-se à legitimidade das leis aprovadas pelo parlamento, da história jurisprudencial ou dos acordos no âmbito autonomia privada (contratos e leis são programas programantes para o direito e sentenças judiciais são programas programados). O centro do sistema depende de um alto grau de institucionalização. Precisando decidir, precisa poder decidir inclusive contra as maiorias. Angaria legitimidade para tanto tomando decisões de acordo com decisões anteriores – sobretudo, seguindo procedimentos, que precisam estar abertos à possibilidade de inovação e não podem ter seus resultados postos desde o início. Além dos procedimentos, a própria organiza-

ção burocrática, as garantias profissionais e a competência funcional dos juízes os imunizam para que tomem decisões apenas levando em conta o direito, sem mais considerações consequencialistas (tão usuais quanto prudentes na política ou na economia). Essa imunização burocrática contra a determinação extrajurídica do direito ajuda, no plano organizacional, a reforçar o fechamento operacional do sistema jurídico.

Mas além da dimensão social de sentido, há diferenças nas dimensões temporal e material. Temas e problemas são muito mais abertos e indeterminados nos programas da periferia. Só as cortes, porém, têm necessariamente o dever de dar coerência, por meio de interpretação, argumentação e justificação, ao amálgama de programas jurídicos tomados como fundamento para a solução da disputa. Um legislador ou contratante privado também interpretam o direito. Mas um juiz não apenas o interpreta, como argumenta sobre as interpretações daqueles intérpretes anteriores (observação de segundo grau) e justifica a escolha entre alternativas, a fim de construir uma visão de consistência das normas que regulam o caso. Quanto ao tempo: as constrições temporais da decisão são muito mais severas no centro e seu serviço é confirmar ou desconfirmar expectativas normativas, prolongando-lhes a duração ou estancando-as desde já. Além disso, leis e contratos buscam planejar o futuro em alguma medida. Sentenças pressupõem uma reconstrução seletiva do passado, nos termos das provas produzidas, do direito válido, dos argumentos apresentados no processo. Essa reconstrução, por sua vez, está ligada a uma decisão necessária sobre o futuro – em regra, sobre o futuro imediato do caso concreto[326] e sobre o futuro mais durável das próprias cortes, na formação da jurisprudência, com seus requisitos de coerência e continuidade.

Mas a diferença entre centro e periferia não é exclusiva do direito. Bancos gerenciam o paradoxo envolvido na função do sistema econômico de assegurar que demandas futuras sejam satisfeitas, considerada uma ligação estável com cada distribuição atual. Bancos são o centro do sistema, pois gerenciam essa função operacionalizando o paradoxo de vender seus próprias dívidas com lucro, de incitar a economia a poupar e gastar dinheiro ao mesmo tempo. Cobrando tanto de quem toma emprestado quanto de quem investe, bancos lidam com o fato econômico fundamental de que pagamentos ligam-se a pagamentos e cada pagamento

[326] Que o futuro do caso concreto possa não ser tão imediato – simplesmente a condenação ao pagamento de uma indenização ou à prisão – é um problema em jogo na implementação de medidas que requerem monitoramento e revisão continuados (muitas vezes em áreas estranhas – saúde, educação, economia – ao campo com o qual os juízes estão acostumados a lidar na execução penal, civil ou tributária).

produz capacidade de pagar e inabilidade de pagar. Bancos desdobram esse dilema no tempo, oferecendo oportunidades de investimento e de crédito. O mercado financeiro consolida o fechamento da economia em si mesma: pelo mercado, a economia observa o seu ambiente (os demais sistemas sociais e o ambiente natural dos corpos, mentes e recursos naturais); pelo mercado financeiro, a própria economia observa suas próprias observações. Na economia financeirizada, investimento e especulação não dependem só de capital próprio, mas também em grande medida de crédito.

Na política, o estado é o centro, já que aí a função de tomada de decisões coletivamente vinculantes é combinada ao paradoxo da soberania – de que tais decisões vinculam a seus tomadores também. Mas, assim como cortes transformam a compulsão decisória em liberdade de decidir, o estado (os poderes políticos e a administração pública) precisa se libertar de certas decisões já tomadas para tomar novas decisões. A autovinculação é então desdobrada no tempo, na matéria e na forma de institucionalização. Hoje pode se alterar o que foi decidido ontem. Decisões tem um conteúdo específico – pode-se decidir sobre isto ou aquilo. Procedimentos definem as condições de consenso para a mudança. Por isso, estado não se confunde com a própria sociedade (como na "sociedade civil" dos contratualistas) nem com o próprio sistema político liberal mas não democrático do século dezenove. Partidos políticos e grupos de interesse, manifestos, programas eleitorais, protestos – a periferia da política, com suas organizações e programas – é tão necessária quanto o estado, única organização que pode decidir e impor suas decisões a todos (soberania territorial).

Sistemas funcionais reproduzem comunicação segundo critérios que eles mesmos desenvolvem: o direito, o poder, o dinheiro – ou os códigos direito/ não direito, poder/ não poder, ter /não ter – serão alocados conforme os programas de cada sistema. Programas[327] são uma semântica de critérios que determinam as condições de atribuição dos valores positivos ou negativos do código. O código define a simplicidade e invariância do sistema e a operação do sistema faz uso de técnicas para passar de um lado a outro do código. Os programas definem a complexidade e mutabilidade do sistema, bem como suas interdependências (pesquisa científica depende de dinheiro, bem como um contrato; o direito depende de decisões políticas via legislativo e executivo). Teorias e métodos são programas para a ciência, assim como para o poder juridificado o são as leis, sentenças e contratos; para a economia, há os programas de investi-

[327] Sobre programas, ver LUHMANN, 2012 [1997], p. 217-27.

mento e de consumo, monitorados por balanços e orçamentos; para a família e o meio do amor, há as memórias de uma história em comum. Os programas restringem as possibilidades de acoplamento – ainda que operacional, episódico – entre os sistemas. A informação de um sistema é ruído para o outro. Programas são regras para a seleção dos ruídos relevantes e "decodificação" desses ruídos (externos) em informação (interna) para o sistema.

No início do século vinte, teorias jurídicas do pluralismo institucionalista e a sociologia jurídica (Romano, Hauriou, Ehrlich) chegaram a vislumbrar a própria estrutura organizacional como elemento definidor da juridicidade. Essas teorias contribuíram para revelar que a produção de sentido jurídico transcende em muito as cortes e os governos – revelaram o direito na periferia do sistema jurídico, suas formas heterodoxas de autorreferência, por vezes com eficácia para além dos limites aceitos pela "delegação" estatal de poderes na forma de autonomia privada. Todavia, é preciso considerar o momento "fatal" para o "direito vivo": a centralidade da sentença, dos poderes políticos e dos mecanismos de decisão e implementação que aproximam da realidade o ideal do estado centralizado e monopolizador da força e do direito. O estado moderno – instituído como "instituição das instituições" e, segundo a visão liberal, com vistas a combater os corporativismos e particularismos – tem um aparato com legitimidade e eficácia para modelar as formas jurídicas de modo a mantê-las em grande medida na sua órbita.

A definição do direito pelos programas é ainda mais célebre que a visão institucionalista. O tema das "fontes do direito" ocupou o positivismo jurídico e foi construído como forma, como distinção entre "fontes formais" e "fontes materiais", entre o que empiricamente dá causa à construção da normatividade jurídica e o que esta normatividade reconhece como (auto)gerador de normas. Assim, definições do direito como ordem ou ordenamento jurídico, ou como sistema de regras modificável segundo regras autoinstituídas, substituíram versões mais simples de redução do direito à lei ou à sentença judicial. Em regra, essas definições do direito por seus programas levaram a uma concepção monista e a uma redução estatalista (direito = ordem jurídica estatal) – o oposto da definição orgânica do direito, que conduziu ao pluralismo jurídico.

Ambas as definições – pela organização ou pelo programa – são superadas na medida em que, como conceberam as abordagens sociológicas clássicas, o próprio direito é visto como estrutura da sociedade[328]. Mas e a estrutura interna do direito? Para a teoria luhmanniana, a estrutu-

[328] Ver LUHMANN, 2014 [1972], cap. 1.

ra do direito não é vista em si como definidora da juridicidade, mas como aparato institucional apto a processar a comunicação para a qual é relevante a distinção entre lícito e ilícito. A definição do que é jurídico ou não se dá pelo evento comunicativo, e não pelas estruturas. E esses eventos ou operações de comunicação que usam o código do direito definem as fronteiras do sistema jurídico. Essas fronteiras não se confundem com critérios de uso do código (com as "fontes do direito") nem com as organizações ("instituições") que atuam no interior do sistema jurídico ou que fazem uso de seus serviços.

A diferença conformada na forma "direito positivo" é não só a contraposição deste ao direito natural, mas sobretudo, quando se opera dentro do direito positivo, a diferença entre direito atual e direito possível. É como se o direito possível – as expectativas normativas marginais ao sistema jurídico – re-entrasse o direito positivo como potencialidade de revisão e reforma das estruturas do sistema jurídico atualmente operantes. Mas não se trata mais de um direito imanente à ordem das coisas; é apenas um direito possível, diferente do atual, que pode ser justificado como melhor, mas sem uma base moral tão densa ou ampla como a da semântica racionalista ou teológica. Direito positivo é aquele contingente, que autocontrola sua evolução por acoplamentos seletivos com outros sistemas (como política e economia) e reduz, no sistema jurídico, o espaço para considerações normativas (valorativas) que não sejam as já consagradas em alguma instância do próprio direito. Essas definições substanciais idealmente precisam ser canalizadas pela tomada política de decisões (legislação) ou por decisões econômicas, artísticas, educacionais, religiosas limitadas pelo direito estatal (autonomia privada). No sistema jurídico – especialmente em seu centro –, vale a autorreferência ao direito posto e atualmente vigente e este direito posto é que já deve ter incorporado, substancialmente, a heterorreferência necessária. É o sentido da ideia clássica do positivismo de que a aplicação do direito não se confunde com sua criação. O direito possível – contraposto ao direito real, atual – pode ser clamado da periferia do sistema jurídico, mas não é padrão institucionalizado para a tomada de decisão jurídica, para a sentença. Esse direito possível ocupa o espaço dos juízos de direito natural, mas em vez de fundado em uma ordem de valores evidente, abrangente, compartilhada e imediatamente válida, o direito possível não tem fundamentos últimos; é simplesmente aquele que pode passar a direito válido na medida em que obedeça aos procedimentos do direito atual.

Em termos típicos, o centro do sistema funcional é um centro de controle de consistência, enquanto a periferia é uma interface de inovação. No direito, o centro (as cortes) precisam garantir a integridade da ordem jurídica, consolidando jurisprudência por referência ao passo e

com valor indicativo para o futuro. Juízes gerenciam riscos, não apenas cauterizando fendas abertas em uma controvérsia concreta sobre o direito, mas também zelando pela combinação de redundância e variação na cadeia autorreferencial das normas – podem inovar, mas apenas nos limites estritos da distinção de precedentes, da interpretação evolutiva ou da recepção normativa. Para de fato mudar disruptivamente o direito, precisam contar com o apoio da periferia do sistema – sobretudo a política. Caso contrário, os poderes políticos contra-atacam, em bloqueio ao protagonismo judicial. Ou os criadores privados do direito veem-se em indefinição, em situação de incongruência de expectativas, perdendo o eixo de orientação dado pela observação de como os tribunais observam o direito.

Fica claro, portanto, que a inovação disruptiva, revolucionária do direito cabe principalmente à periferia do sistema – à criação política (legislativa ou administrativa), à autonomia privada (que pode extrapolar para a criação de uma própria ordem jurídica autônoma), ao direito coproduzido pelo estado e pelos privados.

4.3 ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS

Além das organizações centrais e periféricas, sistemas funcionais desenvolvem outra forma de vínculo com o ambiente. Os acoplamentos estruturais são vínculos institucionais que dosam, modulam, calibram a coevolução entre sistemas funcionais: intensificando e canalizando irritações dos dois lados (ao lado de um e de outro sistema), restringem as opções disponíveis a um sistema na medida de sua compossibilidade diante de requisitos apresentados pelo outro sistema acoplado. Ao mesmo tempo, há amplificação da capacidade de cooperação dos sistemas, aumento de prestações recíprocas envolvidas. Há covariação e cosseleção que precedem a restabilização dos elementos selecionados na cadeia autorreferencial de cada sistema. Acoplamentos estruturais são estruturas internas de dois sistemas ao mesmo tempo. Mas, como formas de integração entre sistemas (reduzindo o grau de liberdade dos sistemas acoplados no processamento de comunicações), no que acoplamentos estruturais diferem de outros modos de integração?

Organizações são sistemas autopoiéticos que transpassam sistemas funcionais, reproduzindo comunicação além das fronteiras destes sistemas (funcionais), mas dentro de seus próprios limites (organizacionais). Acoplamentos estruturais são mecanismos de integração entre sistemas funcionais – esses sistemas não passam a se comunicar entre si, fora de suas fronteiras; apenas a irritação de um sistema por outro é refor-

çada. Acoplamentos estruturais são instituições de ligação, operacionalizando organizações, procedimentos e complexos de regras[329].

O fechamento operacional dos sistemas lhes permite manter alto grau de complexidade interna, pois se desligam de uma reprodução que atenda imediatamente às mudanças no ambiente. Com isso, o sistema cria sua própria realidade, a única a ele acessível. Nessa autoprodução comunicativa, o sistema distribui conhecimento e ignorância, surpresa e confirmação de expectativas, variedade e redundância. Estruturado por expectativas, o sistema é capaz de realizar antecipações. Nos meios de comunicação simbolicamente generalizados, o sistema encontra formas aptas ao reuso, que condensam e confirmam expectativas e se aplicam a uma grande variedade de situações – a circulação da moeda, da validade e do poder dão concretude à autonomia operacional dos sistemas econômico, jurídico e político. Com seu meio prioritário, o sistema pode desenhar internamente suas próprias fronteiras: a cada comunicação, distinguindo a fronteira entre o que interessa e o que não interessa ao sistema e permanece no seu ambiente. Ainda, por re-entrada, o sistema, na comunicação que lhe interessa como informação, oscila entre o lícito e o ilícito, o ter e o não ter (dinheiro, propriedade), o governo e a oposição.

A definição luhmanniana de sociedade – como sistema social que abrange todos os outros, como conjunto de todas as comunicações – lembra, como ele próprio reconhece[330], a definição aristotélica da "comunidade política" como aquela que inclui todas as outras comunidades e grupos. Entretanto, cada subsistema social não é apenas parte da sociedade, mas desenha uma fronteira entre sistema e ambiente, observando-se a si mesmo (autorreferência) e à sociedade como um todo (heterorreferência).

Para promover a circulação de seus meios de comunicação (isto é, a reprodução do código e o "cumprimento" da função), o sistema não pode deixar de assegurar permanentemente a heterorreferência em condições de autonomia operacional. Para tanto, os sistemas precisam dispor da estruturação de um ambiente interno. Precisam criar sua ordem inter-

---

329 Não adoto a diferenciação de TEUBNER (1991) entre "acoplamentos estruturais" e "instituições de ligação"; ela diz respeito a uma conceituação da semântica jurídica (a contestabilidade de conceitos transformada em processos de irritação e "diálogo" entre sistemas) tributária das ideias de vinculação "intersistêmica" e de diferenciação simples entre direito e "sociedade (civil)", o que não cabe na teoria da diferenciação funcional. É certo, porém, que em nenhum dos casos se trata de um significado "interdiscursivo" que transcenda as fronteiras operacionais dos sistemas envolvidos por meio de uma "racionalidade" comum.

330 LUHMANN, 2012 [1997], p. 40 e 83-4.

na, controlando a produção de determinação e indeterminação, pois não podem alcançar o controle operacional de outros sistemas (em seu ambiente).

A diferenciação de sistemas em relação a seus respectivos ambientes também produz ambientes intrassistêmicos. A institucionalização de um ambiente interno depende de acoplamentos estruturais[331], dispositivos que restrinjem o escopo de estruturas que um sistema pode usar na sua autopoiese, integrações localizadas que diminuem o grau de liberdade dos sistemas acoplados. O sistema precisa gerar complexidade interna e interromper a coincidência ponto por ponto com seu ambiente, mas não pode abrir mão de "sensores ecológicos". Afinal, a constituição impõe limites ao que a política e o direito podem fazer; a propriedade e os contratos limitam a circulação de dinheiro e da validade dos acordos. Mas essa restrição de liberdade dos sistemas acoplados só é viabilizada na medida em que o sistema atinge alta complexidade, excedentes de sentido, de poder, validade, dinheiro. Estruturas de memória e de acoplamento estrutural ajudam os sistemas a lidarem com esse excesso de indeterminação e a fazerem frente a um ambiente para eles desconhecido e incontrolável. São os olhos e ouvidos do sistema, mas também seus filtros e canalizadores: a influência que provém do ambiente só merece ser decodificada pelo sistema e valer como se fosse sua operação ou na forma episódica do acoplamento operativo (caso do pagamento que simboliza o fechamento do contrato) ou na forma perene do acoplamento estrutural (a política conta para as operações jurídicas nas formas e limites da constituição). O que está incluído pelo acoplamento reforça o vínculo e a autonomia dos sistemas acoplados; o que está excluído pode ser reproduzido, mas apenas destrutivamente. Na medida em que o acoplamento estrutural viabiliza a coevolução dos sistemas – e já não é realista conceber economia nem direito sem contrato ou propriedade, nem direito ou política sem constituição – podemos tratá-lo como "interpenetração". Mas porque os acoplamentos estruturais constituem-se como instituições? Na medida em que a "irritação" do ambiente é percebida pelo sistema acoplado, quando ele a compara com seus estados internos ou eventos, com suas estruturas, expectativas – e dentre as expectativas há determinado feixe que lhe permite reconhecer aquele ruído do ambiente como informação que lhe interessa: de fato, o valor de um negócio interessa ao direito na medida em que é conteúdo de um contrato.

Todo acoplamento estrutural funciona como mecanismo de seleção e intensificação permanente de irritações entre os sistemas, potencializando que cada sistema acoplado transforme o ruído do outro em in-

[331] Para o que segue sobre acoplamentos estruturais, ver LUHMANN, 2012 [1997], p. 54-68 e 74.

formação ordenada em suas cadeias de autorreferência, digitalizando a comunicação. O que Luhmann não indica é que, em cada acoplamento estrutural, também podemos discernir a institucionalização de um centro organizado e de uma esfera pública – mais precisamente, de vínculos entre os centros organizados e as esferas públicas *dos sistemas acoplados* (o que se pode chamar, ainda que com certa imprecisão, de centro organizado e ambiente interno *do acoplamento*, embora não precisemos considerá-lo um sistema em si mesmo).

A constatação de que a constituição define a matéria, o ritmo e a legitimidade da mudança política do direito não deve ofuscar que nem só de política e direito trata a constituição. A constituição atua na institucionalização de padrões definidores da comunicação entre a esfera pública e a esfera organizada dos sistemas político e jurídico. Para tanto, a própria constituição estrutura um centro organizado e um ambiente interno. Em "seu" centro organizado – a estruturação orgânica e procedimental dos poderes –, a constituição trata do centro organizado da política (o governo e a administração) e do direito (o judiciário). Mas também a constituição "tem" uma esfera pública – os direitos fundamentais – e nela estrutura as formas de atuação daqueles centros organizados em relação às esferas públicas do direito e da política, mas também as formas de atuação daqueles centros organizados e esferas públicas (políticos e jurídicos) em relação a outros sistemas funcionais – aqueles que estão fora do acoplamento. Fórmulas usuais para expressar essa hetero-referrência são "políticas públicas", "direitos civis" e "direitos sociais".

De um lado, a constituição institucionaliza ligações entre o ambiente interno e o centro organizado da política e do direito. De outro, trata das relações entre política e direito e outros sistemas funcionais. Há ainda as formas de programação típicas de cada esfera: na esfera organizada (estatal), a hierarquia das "fontes de direito"; na esfera pública, a ideia de que a cidadania (direitos públicos subjetivos) inclui a autonomia privada como poder. Ainda, na esfera da autonomia privada (dos direitos subjetivos privados), há uma distinção substancial similar àquela da matéria constitucional.

No acoplamento estrutural entre direito e economia, a propriedade corresponde à esfera organizada; é o equivalente funcional, no sistema econômico, ao poder estatal. É a base, no âmbito da personalidade jurídica, do direito de criar direito: poder. Já os contratos estruturam o ambiente de circulação dos direitos privados – equivalem à esfera pública do vínculo entre os sistemas econômico e jurídico.

Por que a constituição acopla direito e política e a propriedade e o contrato acoplam direito e economia? Estas instituições não são também políticas? Na medida em que são constitucionalizados, propriedade e

contrato estão sob um duplo regime: o da esfera pública constitucional (cidadania, autonomia privada como direito público subjetivo); o da esfera organizada (propriedade) ou da esfera pública (contrato) no que diz respeito à institucionalidade jurídico-econômica.

Propriedade e contrato, portanto, integram tanto direito e economia quanto direito e política, pois restringem a evolução (variação, seleção, restabilização) dos três sistemas, exigindo um teste de tripla compossibilidade: qualquer assunto que tome forma de contrato ou propriedade, de direitos subjetivos referidos ao sistema econômico, depende não apenas da viabilidade (econômica) da provisão futura de coisas e dinheiro como também da generalização congruente de expectativas normativas (jurídicas), por sua vez sustentadas pela tomada (política) de decisões coletivamente vinculantes.

Mas a mera exigência da obediência dos negócios privados à legislação estatal acopla apenas direito e economia: a criação privada do direito e seu controle pela aplicação jurídica de normas jurídicas (não importa se politicamente criadas). Pressupõe-se que haja política, mas a mutabilidade da política não é restringida. A forma jurídica das operações econômicas só passa a restringir a tomada de decisões políticas na medida em que aquela forma é vinculada à matéria constitucional: entra em jogo a liberdade econômica e o plano então não é mais da conformidade dos atos privados à legislação ou à normatividade estatal infralegal. Adentrando a matéria constitucional, está envolvido o acoplamento estrutural entre política e direito, pois entram em questão as limitações jurídicas da criação política do direito.

Da mesma forma, a política econômica (em uma economia de mercado) reduz a liberdade das operações econômicas e das decisões políticas – a economia depende então dos usos do poder e a política restringe suas opções conforme o sucesso ou fracasso econômico provocado. O direito só entra em acoplamento estrutural quando estão envolvidas formas de contrato ou propriedade (do lado da economia) ou questões de organização do estado ou de direitos constitucionais (do lado da política). A esfera organizada da política econômica diz respeito às decisões estatais, enquanto sua esfera pública diz respeito às decisões dos agentes privados que o estado pretende influenciar (decisões estas que estão no ambiente da política).

Os acoplamentos estruturais têm três atributos funcionais. Em primeiro lugar, restringem a evolução da comunicação dos sistemas vinculados. Essa função de integração é aquela reconhecida por Luhmann quanto trata do tema. Mas, além dela, há outras duas funções. Em segundo lugar, acoplamentos estruturais criam “sua própria” esfera organizada

e "sua própria" esfera pública; ou melhor, o vínculo com as esferas dos sistemas acoplados. Assim, a propriedade é esfera pública em relação à política (direito subjetivo constitucional) e esfera organizada em relação à economia ("poder" de mercado).

O terceiro atributo é que acoplamentos estruturais são mecanismos reflexivos. Política econômica só funciona quando decisões políticas são controladas por decisões políticas e a demanda por coisas é medida pela demanda por dinheiro. Contrato e propriedade dependem da simbolização de trocas por dinheiro (sejam trocas de coisas, na "economia real", sejam trocas de dinheiro, na "economia financeira") e da normatização estatal da autonomia privada. E a constituição?

A constituição é um mecanismo reflexivo tanto em termos formais quanto materiais.

4.4 AMBIENTE INTERNO

A sustentabilidade sistêmica depende de um gradiente de complexidade: enquanto a esfera organizada tem capacidade decisória reduzida, a esfera pública ou ambiente interno funciona mantendo um excedente de possibilidades – das quais só uma porção será selecionada e estruturada. Esse desequilíbrio movimenta a reprodução dos sistemas funcionais.

Organizações existem dentro e fora de sistemas funcionais. Quando dentro destes, isto é, associadas à sua função, operando com base no código e nos programas funcionais específicos, organizações ainda assim ultrapassam a fronteira do sistema funcional e se comunicam com o ambiente desse sistema. Organizações são também sistemas autopoiéticos e produzem suas próprias fronteiras operacionais com base em decisões autorreferidas a decisões. São sistemas de decisão[332].

Mas um sistema funcional, além de se vincular ao ambiente por organizações ou de se vincular a outro sistema por acoplamento estrutural, também conta com um espelho interno de seu ambiente. Nos termos da forma sistema/ ambiente, esse reflexo é, em termos paradoxais, o ambiente interno do sistema.

Nos sistemas funcionais há comunicação nas organizações centrais e nas outras organizações. Há comunicação em organizações fora de sistemas funcionais. Há comunicação em interações presenciais, sistemas fugazes e instáveis que se formam dentro ou fora de organizações e sistemas funcionais. Dentro dos sistemas funcionais, ainda é possível distin-

[332] Ver LUHMANN, 2005d [1978].

guir entre uma "esfera organizada" e uma "esfera pública". Para além das organizações, há nos sistemas uma construção institucional que lhes permite refletir internamente o ambiente externo. São os "ambientes internos" ou "esferas públicas". Não devemos confundir o conceito luhmanniano de "esfera pública" com seus usos mais recorrentes, vinculados apenas à política (ou a uma visão de sociedade centrada na política e na economia e que busca na "sociedade civil" ou "esfera pública" o contraponto ao estado e ao mercado). Não se trata de um *lócus* moralmente superior, onde se depositem as esperanças da transformação social. O ambiente interno é uma institucionalidade complexa que permite ao sistema observar observadores personificados e atribuições de sentido individualizadas – sujeitos de direito, agentes econômicos, cidadãos.

Ambientes internos ou esferas públicas ajudam a explicar porque sistemas funcionais não se resumem a organizações: política não se resume a estado, religião não se resume às igrejas, há educação para além das escolas, ciência para além das universidades e centros de pesquisa, economia para além dos bancos, direito fora dos tribunais. Isso porque há outras organizações para além daquelas centrais ao sistema: o governo é também relevante para o direito, as empresas para economia, partidos e grupos de pressão para a política. Mas, além das organizações centrais e periféricas há uma "zona" não organizacional nos sistemas: a esfera pública ou ambiente interno. Diz Luhmann que a esfera pública da política é a opinião pública, a esfera pública da economia é o mercado e as publicações são a esfera pública da ciência. Não encontrei menção em sua obra sobre qual seria a esfera pública ou o ambiente interno do direito[333]. O mote deste capítulo é defender que se trata justamente da personalidade jurídica – desde que entendida essa fórmula sem antropomorfismo.

Entender os direitos ou a personalidade jurídica como uma instância institucionalizada de um sistema social leva esses conceitos para além da visão subjetivista (direitos como faculdades da pessoa – algo inerente como a vontade, a cognição ou qualquer função neurológica), assim como da visão objetivista (direitos como norma). Embora não possam abrir mão de uma base pessoal (um indivíduo, uma organização) assim como de uma base normativa ou "programática" (isto é, da inclusão em programas decisórios jurídicos), os direitos não se resumem a esses pressupostos. São instituições na medida em que se estruturam co-

[333] Campilongo (2012 [2011], p. 115-6) atesta essa lacuna e sugere que o ambiente interno do direito seja o "*o espaço por onde circula o direito válido, afirmam-se direitos subjetivos, são reconhecidos direitos da cidadania, humanos ou fundamentais e assegurado o acesso à justiça*".

mo expectativas congruentemente generalizadas – um patrimônio de sentido comum e mais ou menos delimitado. Ainda, são instituições normativizadas, na medida em que se apresentam como um escudo contrafático, uma resistência à desilusão: seja quando permanecem latentes, com a expectativa de que os direitos de todos devem ser respeitados, seja quando se tornam manifestos e são invocados justamente quando violados. Os direitos são instituições e são normativos, ainda, porque representam substancialmente regras para a comunicação – esquemas imaginativos, padrões de latência e manifestação sobre o atual e o possível.

Mas, para caracterizar a radicalidade das possibilidades abertas quando a sociedade passa a poder operar com observações de segunda ordem, é necessário precisar "onde" os mecanismos reflexivos atuam e "onde" os sistemas podem realizar esse tipo de observação, observando como sistemas observam pessoas, inclusive a observação de pessoas que observam umas às outras. Pela esfera pública, o ambiente re-entra o sistema e o sistema observa as observações dos outros sistemas sobre ele mesmo. Em uma visão antropocêntrica, o ambiente interno é o local onde compradores observam vendedores (mercado), onde progressistas observam conservadores (opinião pública), onde titulares de direitos observam titulares de deveres (personalidade jurídica).

Porém, pessoas, assim como objetos, são tratáveis pelos sistemas sociais apenas como tópicos de comunicação[334] e é isso precisamente uma possibilidade aberta pela obsolescência do velho conceito de mundo como unidade de coisas e seres e pela emergência do mundo como pressuposto de cada operação no meio do sentido. Assim como mercados não se definem apenas como locais para a troca de coisas – mas como o ambiente institucional da própria operação de pagamento –, direitos subjetivos não se definem como partes da coisa devida (como em seus "avanços pré-adaptativos" na filosofia grega ou na jurisprudência romana), mas como o ambiente institucional da operação de reprodução do direito, circulação da validade, criação e aplicação de normas jurídicas.

Como ambiente interno, a esfera pública permite que um sistema observe os demais sistemas (que também o observam). Ela viabiliza a observação de segunda ordem. Na observação de primeira ordem, o sistema faz seu trabalho, com seus elementos, sem saber sobre suas condições operativas, produzindo autorreferência, mas sem consciência do fechamento operacional. Opera com a ilusão do contato com o ambiente. Nunca pode abandonar esse plano completamente. Ao permitir a duplicação do mundo, Deus apareceu em muitas sociedades como o equivalente

334 Ver LUHMANN, 2012 [1997], p. 54, 59 e 372 (nota 129).

funcional da observação de segunda ordem, o reverso da cognição e ação finitas. O mundo deixa de ser a ordem das coisas, realidade, e passa a ser a observação de Deus como observador da criação, a contemplação falha e restrita da possibilidade ilimitada, da unidade de todas as diferenças. Essa observação constrói-se paradoxalmente como aprendizado da ignorância, escapando-lhe sempre a apreensão total de sentido – como filosofou Nicolau de Cusa[335]. A observação de segunda ordem não multiplica os objetos observados, mas amplia o horizonte de sentido a partir de uma diferenciação interna da própria observação. A escrita permite esse salto e o exercício da crítica, como observação de outros observadores, o realiza. O amigo de Cusa, Gutemberg, potencializou esse potencial da escrita. Inovações tecnológicas nos meios de difusão coevoluem com inovações institucionais, com o progresso da imprensa e a formação do sistema dos meios de comunicação de massa. As declarações de direitos textualizam um sentido universalizável de reconhecimento e assim as pessoas passam a se observar como titulares de direitos e a produzirem textos a partir dos textos das declarações e constituições. Assim se poderia redescrever a noção cristã de dignidade como uma divinização da pessoa ou da humanidade. O sistema jurídico constrói-se como grande teia de interpretações por toda a sociedade, mas mantém sua unidade ao produzir observação de segunda ordem das interpretações: as interpretações são interpretadas com os recursos da argumentação jurídica e os juízes desempenham o papel de argumentar sobre as argumentações, decidindo justificadamente. A filtragem procedimental e o controle de consistência das expectativas normativas, centrados nos tribunais, reduzem a complexidade da reserva de sentido ancorada no potencial da esfera pública: o campo aberto dos direitos. O excedente de possibilidades da esfera pública é constantemente reduzido pela esfera organizada, mas a contingência é mantida na medida em que a abertura das interpretações dos direitos mantém-se em circulação, viabilizando novas decisões que "fechem a questão" a respeito de uma dada atribuição de direitos, reiterando ou modificando a jurisprudência.

Na descrição de Unger[336], o que as teorias sociológicas (mesmo as de estruturas profundas) rejeitam é a visão canônica de sociedade, a ordem social (política) fundada na razão imanente da natureza, a ontologia clássica. Essa rejeição corresponde, na visão de Luhmann[337], à distinção entre expectativas normativas e cognitivas (normalidade e normativi-

335 Ver LUHMANN, 2012 [1997], p. 49-50, 85, 167 e 378 (nota 198); UNGER, 2007a, cap. 3, esp. p. 28.

336 UNGER, 1987a, p. 80-9.

337 LUHMANN, 2013 [1997], p. 102 e 105.

dade), ao fato de a sociedade passar a operar em um plano de observação de segundo grau: se Aristóteles ou são Tomás viam um mundo em comum dado e ordenado pela natureza ou pela criação, essa visão cosmológica e ontológica é desintegrada quando a sociedade perde qualquer centro ordenador e passa a ver todo sentido como construção contingente do observador. Não há valor que não seja definido pelas trocas; o valor é definido quando observadores observam outros observadores no mercado. A "verdade" na política é o que é construído quando eleitores observam outros eleitores, candidatos e eleitos – opinião pública. Cientistas observam uns aos outros por meio das publicações – e aí está o "mercado" de ideias.

Essa observação de observadores corresponde ao "espaço" institucional dos ambientes internos ou esferas públicas dos sistemas. Para o direito isso significa a mútua observação dos direitos e deveres, poderes e responsabilidades pelos sujeitos de direito; não há determinação transcendente do valor do direito subjetivo como elemento que precisa estar em harmonia com a ordem das coisas. Isso pressuporia entender a sociedade como continuação da natureza, como sendo capaz de sofrer corrupção e regeneração. Ao contrário, como horizonte de sentido das pessoas, a sociedade reproduz contingência. É feita e imaginada, como representou a semântica do contrato social. Nessa sociedade, o direito subjetivo é produto do que o sistema jurídico avaliar, da forma como ele processa internamente as irritações provenientes do restante da sociedade: da economia, da política, da ciência, da educação. Há, porém, variáveis configurações que esse campo dos direitos pode ter como parte da estrutura do direito – e, portanto, da sociedade.

Tal visão dos direitos como estruturas do direito, como instituições, nos é obstaculizada pelo repertório herdado de conceitos de direito subjetivo. A trajetória truncada desse conceito na passagem do direito natural clássico aos direitos naturais do racionalismo moderno basicamente reduziu os direitos a faculdades da pessoa – um dado inato, como a razão ou a vontade. A superação dessa semântica na teoria do direito dos últimos dois séculos apresentou basicamente quatro compreensões sobre os direitos: reduziu-os a relações jurídicas, a interesses, a normas formalizadas ou a valores moralmente justificados. Buscar um sexto conceito de direitos – como instituições – é um ponto de apoio deste capítulo.

O realismo jurídico empreendeu análises visando a desmistificar o conceitualismo doutrinário – caricaturizado como pretensão de buscar formas puras e abstratas, desentranhadas das dificuldades concretas e mecanicamente aplicadas na solução lógica de problemas jurídicos. Nesse espírito, criticou o direito subjetivo e, usando a mesma lógica, provou ser

ele uma categoria vazia, uma simples ferramenta retórica para a ligação de causas a resultados jurídicos. O positivismo analítico chegou a resultado semelhante: também reduziu o direito subjetivo a reflexo da norma – esta sim a estrutura elementar do direito, a ligação de hipóteses de fato a consequências prescritas.

Já a crítica sociológica (neo)marxista entendeu que conceitos como o de direito subjetivo nada mais seriam do que falsas expressões de um universalismo abstrato, voltado a legitimar a base concreta das relações sociais injustas ou a hegemonia das instituições coercitivas e a capturar os conflitos, amenizando-os e disciplinando-os, ao trazê-los para o âmbito do estado e de seu aparato ideológico, o direito. Diferenças de classe – ou, depois, de gênero ou raça – seriam apagadas sob a ilusão de neutralidade das formas jurídicas, prevenindo o encontro com a realidade concreta de uma vida comunitária tanto sem autonomias individuais estanques quanto sem a divisão de trabalho que concede autoridade a alguns papéis especializados para resolverem disputas em nome do estado. Essa crítica – mais materialista ou mais culturalista – apenas reproduziu assim o velho entendimento da escola histórica, que via no direito a tensão entre história e razão e a formulação abstrata da consciência de um tipo específico de sociedade. Assim, um dos expoentes daquela escola pôde expor a conclusão de que "*o direito é aquela igualdade à qual a desigualdade é imanente*"[338].

O ponto de vista aqui avançado é que, de um lado, o direito efetivamente colabora na institucionalização das estruturas internas dos sistemas sociais ao apoiá-las por expectativas normativas congruentemente generalizadas. Assim também, como sistema social, o direito colabora na institucionalização de suas próprias estruturas internas. As instituições atuam sobre as práticas pessoais – encorajando-as ou desencorajando-as – e as comunicações sistêmicas – facilitando o entendimento e mesmo motivando a aceitação. O direito não se resume portanto à tópica ou à hermenêutica – embora, como todo sistema social, tenha estruturas associadas a semânticas que as representam. Na reprodução do direito, expectativas normativas – isto é, normas – são moldadas e justificadas. Mas essas expectativas e sua agregação em instituições não deixam de ser estruturas. As diversas distinções – personalidade/ capacidade, direito em abstrato/ exercício do direito, direito/ dever, obrigação/ responsabilidade, poder/ direito, competência/ capacidade – existem como semântica que representa estruturas e como estruturas que "fazem sentido" uma vez apresentadas por semânticas. O direito não é, portanto, apenas ferramenta de legitimação (discursiva) do estado ou das estruturas sociais em geral,

[338] Sobre essa formulação de Puchta, ver DE GIORGI, 1998 [1979], p. 47-60.

mas modela essas próprias estruturas – em cooperação com os demais sistemas sociais, cada qual com suas competências e limites operacionais. O direito existente pode ser não apenas criticado "externamente", politicamente; a eficiência, legitimidade ou justiça das instituições ganha o próprio discurso "interno", dogmático ou doutrinário, de justificação do direito. Ainda, as formas institucionais não são uma determinação da lógica inerente a cada tipo de sociedade, aprisionada em regimes, modos, módulos ou sistemas indivisíveis e coerentes. Sua vinculação a um contexto social-histórico específico – heuristicamente descrito segundo rótulos mais ou menos abstratos – inclui um grau de indeterminação aberto tanto pela equivalência funcional de diferentes arranjos institucionais (ou mesmo pela falha em diagnosticar e desenvolver arranjos mais eficientes) quanto pelas contingências do fechamento operacional de cada sistema, das incongruências e desalinhamentos que ela gera e da volatilidade dos acordos políticos que criam o direito estatal.

De outro lado, a limpeza de qualquer conteúdo inerente do direito subjetivo realizada pelas teorias realistas ou analíticas contribui para o próprio reconhecimento da indeterminação e complexidade da personalidade jurídica. Do ponto de vista sistêmico – do ambiente interno do sistema jurídico – o sujeito de direito é uma construção da personalidade jurídica, assim como a pessoa é uma construção da sociedade. São centros de imputação de expectativas. Um sujeito de direito é um centro de imputação de normas. Como o reconhecimento de personalidade jurídica a organizações demonstra, não há qualquer pressuposto ontológico, biológico ou psicológico que se exija para que um "ente" seja observado como sujeito de direito. Ainda, como a litigância de interesse público ou de interesses difusos demonstra, a duplicação do sujeito de direito em papéis procedimentais permite que autores ou réus apresentem e representem direitos e deveres que não podem ser imputados a um sujeito de direito específico ou a um grupo determinado. A esfera pública da personalidade jurídica, ao atingir procedimentalmente o centro do sistema por meio da ação, duplica-se no centro organizado que a representa (titulares da ação, ocupantes das posições processuais) e na esfera pública que é representada (interessados na ação, potenciais atingidos pelas medidas decretadas). Assim também a opinião pública, por meio do voto, transforma-se em um centro organizado (eleitos e seus partidos) que representa o povo. Quanto maior a abrangência e profundidade das decisões, mais os interessados em uma ação judicial parecem coincidir com o povo – o que traz à tona a judicialização da política potencializada e contida por essa ponte entre os sistemas jurídico e político que é a constituição.

4.4.1 Configuração

Proponho uma distinção analítica entre configuração e programação do direito, embora funcionem circularmente: o modo como o direito é programado retroalimenta o modo como ele é usado; como as autoridades decidiram e devem decidir (provavelmente), qual o sentido que determinam a certa situação jurídica define em parte o que as pessoas fazem e acham que devem (por princípio ou por estratégia) fazer. Os usuários do direito observam seus guardiões. Mas também como as pessoas agem, as expectativas moldadas pela experiência ("fato consumado", "normas sociais", "desuso") definem em parte o que o direito é: as autoridades observam os usos e os usuários. Pode-se dizer que é dessa mútua observação de parte a parte que emerge um sistema social independente dos sistemas psíquicos individuais: o sentido generalizável, a comunicação, distinta da mente e do pensamento.

Configuração é a modelagem das instituições, vista da perspectiva da criação do direito. É fato que instituições evoluem e são apenas em parte moldáveis por um desenho consciente. Envolvem uma série de fatores heterogêneos, que o direito apenas parcialmente representa e justifica. No plano da configuração é possível avaliar funcionalmente os desenhos institucionais, as variadas modelagens dos direitos, deveres, responsabilidades e poderes, e seus usos.

Programação é a definição das formas de justificação de decisões jurídicas. Diz respeito à mobilização da semântica jurídica (regras, propósitos, doutrinas) para a solução de disputas. Interessa no momento de interpretação e aplicação do direito – e, indiretamente, quando se cria o direito e se precisa antecipar como os tribunais o entenderão. A programação diz respeito à tomada de decisão – ao vínculo procedimental entre a esfera pública e as organizações. Há uma óbvia relação entre configuração e programação, na medida em que as expectativas que guiam o uso "espontâneo" do direito, a observância rotineira, considerem as decisões a serem tomadas pelas organizações competentes quando o cumprimento das regras venha a ser posto em xeque. Mas se trata de uma medida variável esta em que a periferia do direito (a ordem das relações privadas, da aplicação burocrática do direito estatal) é de fato delimitada pelo que se espera que os centros decisórios apoiem ou desconfirmem.

A configuração diz respeito às expectativas normativas (quanto a direitos, deveres, poderes, responsabilidades) em uso espontâneo, ao funcionamento empírico rotineiro das instituições sociais que são modeladas em algum grau pelo direito. A programação diz respeito ao momento em que essas expectativas são problematizadas como uma questão

jurídica, e sua confirmação diante da possível contrariedade dos fatos torna-se atribuição de uma organização que deve decidir observando certo parâmetro – as normas jurídicas formuladas.

Assim, podemos tratar a configuração como mais diretamente relacionada à esfera pública do direito; a programação diz respeito à definição do direito por sua esfera organizada. Mas se note o seguinte: uma organização (tribunais, órgãos regulatórios e fiscalizatórios, o estado de modo geral) é configurada, tanto quanto qualquer outro sujeito de direito (pessoas jurídicas ou naturais). Todos são moldados como instituições, em parte juridicamente, em parte pelos outros sistemas parciais da sociedade. Quando essa organização trata de tomar decisões, o faz dados os constrangimentos de sua arquitetura institucional (isto é, considerando sua configuração), os meios procedimentais postos em ação e os programas decisórios (as normas jurídicas) aplicáveis à situação em julgamento. A própria organização pode julgar a si mesma em procedimentos internos, situação em que terá que considerar os programas decisórios que a têm como objeto (seus regimentos, estatutos etc.). Nesse caso, estará atuando tanto como sujeito de direito quanto como impositora do direito.

A indeterminação no desenho da personalidade jurídica – isto é, do ambiente interno do direito – é representada por uma série de formas; por exemplo:

- direitos individuais/ direitos coletivos;
- responsabilidade civil/ responsabilidade penal;
- responsabilidade subjetiva / responsabilidade objetiva;
- dever de respeito/ dever de proteção (contra terceiros);
- deveres de bloqueio (respeito e proteção)/ deveres de promoção e realização;
- sanções negativas/ sanções positivas (promocionais);
- poder autônomo (autorregulação)/ poder heterônomo;
- eficácia privada direta dos direitos fundamentais / eficácia privada indireta;
- poder-dever (função)/ direito-dever (*e.g.* voto obrigatório).

Os direitos constitucionais, especialmente, costumam ser descritos pela referência a "status" pessoais ou por oposições entre "direitos civis" e "direitos sociais", "liberdades positivas" e "negativas". Conceitos jurídicos formais, como a distinção entre personalidade jurídica (univer-

sal) e capacidade jurídica (diferenciada) são pressupostos. Nada disso, no entanto, parece esclarecer totalmente a morfologia dos direitos – isto é, a modelagem da esfera pública do direito.

A configuração da esfera pública do direito diz respeito à modelagem das expectativas normativas sustentadas em uma rede de direitos e deveres, poderes (de criação de direito) e responsabilidades (imposição de sanção por descumprimento). Pode-se abordar a configuração de forma tipológica em três dimensões de sentido interconectadas.

Por exemplo: um direito

- estritamente definido *ex ante*, e não ao longo de uma relação jurídica ou apenas *ex post*, em juízo (dimensão temporal),
- com um agregado complexo de pretensões ou "faculdades" bem delimitadas (dimensão material)
- e com titularidade individual, com a exclusão absoluta de outros usuários de sua esfera de proteção
- caracteriza o direito de propriedade "unitário", aquele direito real (sobre coisas, *res*) mais abrangente.

A forma principal dos direitos reais, modelada à luz da propriedade unificada, constitui a base jurídica mais sólida para a imunidade pessoal, definindo expectativas *erga omnes* que circunscrevem um espaço de arbítrio individual ao redor de cada sujeito de direito. A segurança contra a exclusão já não depende do pertencimento a uma casta ou estamento, mas ainda assim circunscreve o âmbito dos que dispõem da imunidade garantida pela propriedade (diante daqueles que recaem sob a dependência econômica dos proprietários). A vinculação com a esfera pública era clara na justificação do voto censitário: a propriedade é a base concreta da autonomia e a autonomia individual a base indispensável da autonomia pública, ambas em uma relação interna e indissociável.

Uma via de contrabalançar esse efeito, na esteira do direito social e da preocupação com a fruição efetiva de direitos que acompanha o declínio do formalismo conceitual, foi o reforço do direito público por meio de poderes regulatórios e direitos sociais. Assim, a personalidade jurídica já viria "de fábrica" com dotações básicas a protegerem os sujeitos do risco de não formarem um patrimônio jurídico suficiente para a inclusão e a imunidade pessoal. Minimiza-se assim a titularidade diferenciada de direitos que preenche a forma da pessoa jurídica por posições

obtidas nas relações privadas e garantidas pelo direito estatal. O sufrágio universal, ao mesmo tempo em que desvincula o direito de voto da titularidade de direitos privados, amplia o círculo de referência da opinião pública (aquela que conta para a política), que alimenta a expansão da personalidade jurídica pelas dotações sociais universais.

No plano constitucional, as liberdades e os direitos civis são mais ou menos formatados à luz do modelo da propriedade unificada – posições exclusivas entre autonomias autossuficientes. O voto, a "liberdade positiva", gera também uma expectativa já individualizada. Os direitos sociais, entretanto, parecem conformar expectativas de perfil diverso. Todos os direitos, de qualquer tipo ou "geração", impõem custos ao estado e exigem uma organização burocrática, a começar pelo judiciário. Direitos sociais enquanto benefícios sociais (assistenciais ou previdenciários) contam com a organização de um esquema de solidariedade universal que permite expectativas individuais cobráveis desde já. E por que não os demais serviços públicos? O direito, por si só, é que define essa diferença? Ou é tudo uma questão política e econômica?

Por exemplo: para além da experiência histórica do estatismo, tomando-se os materiais ideológicos do comunismo teórico, do anarquismo e outras correntes libertárias de esquerda, seria possível conjecturar sobre a morfologia dos direitos em um regime socialista.

> *Os direitos socialistas são mais positivos, menos dependentes da ativação pelo titular, mais dirigidos à proteção e ao apoio àquelas preocupações que expressam as necessidades de seres sociais ativos e criativamente produtivos do que é o caso dos direitos capitalistas. Os direitos socialistas são mais organizacionais que políticos de modo que informam o esforço social cooperativo em vez de representarem demandas a serem disputadas e transacionadas por uns contra os outros. São mecanismos para assegurar os benefícios que podem ser derivados da vivência comunal harmoniosa, não proteções para o indivíduo contra a predação de outros. Os direitos socialistas são altamente dependentes de que os outros cumpram suas obrigações correlativas, mas não são condicionados ao titular cumprir suas próprias obrigações, embora na prática direitos socialistas e deveres socialistas tendam a se aglutinar, como no caso do direito e dever de trabalhar. São fenômenos sociais tangíveis que de fato descrevem os relacionamentos comuns em uma sociedade socialista. Direitos socialistas relacionam-se a regras mandatórias, mas não a um conjunto de apoio de sanções coercitivas. Podem envolver maquinaria institucional para monitorar e corrigir desvios não intencionais das regras que conferem direitos e para decidir questões em que os fatos ou situações particulares ou as regras que se aplicam a essas situações não sejam cla-*

> *ras, mas essa maquinaria não teria nada da aura ou das técnicas de um sistema penal*[339].

Por outro lado, como pensar a provisão de bens essenciais garantida por direitos sociais em uma "economia de mercado"? A organização dos serviços públicos – ou mesmo políticas públicas de regulação dos serviços privados, ou de provisão por meio desses serviços privados ou de organizações não lucrativas – é um meio pouco definido quando se afirmam direitos à saúde, à educação, à moradia, ao transporte. A princípio, qualquer bem ou serviço – hospitalar, escolar, judicial, por que não? – pode ser privatizado. Mas a princípio, também, a declaração de direitos sociais implica o dever do estado de garantir o acesso aos bens e serviços essenciais – seja por que meios for. (Por exemplo, já se chegou a defender que a garantia pública da educação seria mais bem satisfeita se o estado fornecesse tíquetes, *vouchers*, para que os pais escolherem a escola privada em que seus filhos estudarão[340].)

Em que medida as expectativas associadas aos direitos sociais são formuladas como esperança coletiva indivisível na progressiva implementação dos respectivos serviços sob responsabilidade do estado? E, se são expectativas coletivas, valem apenas como compromisso dilatório, "norma programática", diretriz não exigível desde já? Em que medida os direitos sociais, como os direitos civis, podem ser individualizados e judicialmente cobrados como pretensões individuais à "parte que me cabe" desses bens e serviços? Interesses e procedimentos coletivos, controle das políticas públicas, direitos difusos, defesa da cidadania são todas fórmulas e formas que visam a encaminhar o problema da modelagem diferenciada desses direitos cuja fruição efetiva não depende apenas de uma ordem judicial para sanção de um privado, invalidação de uma norma ou imposição de uma obrigação simples de dar, fazer ou não fazer a alguma instância do estado.

Mas, além de garantida pela viabilização do acesso aos bens e serviços essenciais para a autoconstrução individual e social (educação, saúde etc.), a imunidade pessoal também depende da vinculação liberal tradicional entre direito privado e direito público como garantia de direitos privados. Assim, também o direito privado haveria de ser transformado a fim de aumentar o campo da inclusão econômica associada à fruição efetiva dos direitos. Uma alternativa seria construir, ao lado das formas

---

339 CAMPBELL, 2010 [1983], p. 213. Mais tarde, inspirado por Unger (CAMPBELL, 2006, p. xvi), o autor voltou-se a uma concepção de direitos centrada no "positivismo democrático".

340 FRIEDMAN, 2002.

dos direitos reais e da propriedade clássica, tal como formulada pelos doutrinadores do século dezenove, uma "propriedade desagregada", ou um arranjo de direitos reais que permitisse múltiplas titularidades e pretensões sobrepostas sobre um mesmo ativo ou bem. Formas fragmentárias, condicionais e temporárias de direitos de propriedade dariam nova modelagem a tais expectativas, podendo facilitar a expansão da iniciativa, os empreendimentos em diversas modalidades cooperativas e ganhos de escala.

Quanto aos direitos obrigacionais, o modelo do contrato bilateral, instantâneo e executório, contraposto aos limites determinados pela legislação e pela regulamentação estatal, deixa de considerar as expectativas associadas a papéis, relações continuadas e de confiança diferenciada (qualificação fiduciária). Essa rede de solidariedade que cobre relações de família e de cooperação econômica poderia ser abordada como uma dinâmica das expectativas em dois momentos[341]: durante o relacionamento negocial, uma definição incompleta e revisável dos termos negociais, imersa em expectativas soldadas por confiança aumentada e regida por padrões de boa-fé; na necessidade de judicialização da relação contratual, a delimitação retrospectiva e mais estrita das obrigações, segundo os efeitos concretos do relacionamento e o exercício contextual dos direitos e obrigações.

Como evidente, esse redesenho dos direitos privados acaba por ressoldar a forma de seus elos com os direitos públicos. A relação entre direito privado e direito público é transformada. De um lado, pela modificação das formas dos direitos privados: a construção e reconstrução do mercado por direitos reais fragmentários, novos recortes e recombinações da propriedade unificada, absorve parte das tarefas compensatórias atribuídas ao direito público regulatório da ordem econômica[342]. E ainda pela reconceituação das formas contratuais, pelo reconhecimento das expectativas parcialmente articuladas e normas sociais pouco formalizadas como amplo espectro entre os extremos da vontade estatal posta por lei e do acordo privado com transações, obrigações e pretensões totalmente textualizadas e previamente definidas[343].

De outro lado, os direitos públicos podem abrir espaços para a ordenação jurídica privada (autorregulação) para além dos limites da autonomia privada circunscrita por lei; podem generalizar formas de acesso a bens e serviços que diminuam a dependência da autonomia individual em relação às diferenças de patrimônio jurídico e titularidade de

341 UNGER, 2015b [1982], p. 123-4.
342 UNGER, 2001a [1987], p. 520-3.
343 UNGER, 2015b [1982], p. 168-70.

direitos privados; podem amparar interesses de voz e saída na relação entre indivíduos e organizações públicas ou privadas.

Todos esses exemplos servem apenas para introduzir o tema da formatação do ambiente interno do direito, da modelagem da personalidade jurídica, e para evidenciar o tipo de discussão que uma teoria construtivista haveria de ter em vista. Essa discussão deve ser uma teoria *no* direito, contaminando os diversos ramos, assim como deve se realizar no teste de formas e reformas jurídicas experimentadas pelos privados ou capitaneadas pelo estado.

4.5 MECANISMOS DE TRIANGULAÇÃO OU REENTRADA PROCEDIMENTAL

A meio caminho entre interação e organização, há três tipos de sistemas sociais autopoiéticos: conflitos, procedimentos e movimentos de protesto. Conflitos formam-se parasitariamente em outros sistemas. O direito, ao mesmo tempo em que os permite, os submete a procedimentos que envolvem terceiros na solução de disputas. Assim, diz Luhmann[344]: "*O homem rico pode rejeitar uma comunicação de qualquer modo; mas o pobre agora também pode fazê-lo, se estiver no seu direito*". E acrescenta, criticando o "funcionalismo moral" de Durkheim e os filósofos do direito, que "a primeira função do direito não é a integração moral da sociedade, mas a intensificação das possibilidades de conflito em formas que não coloquem em perigo as estruturas sociais".

Para solucionar conflitos, há uma forma de manifestação da esfera pública mais ou menos isolada em relação às organizações: é o protesto. Outra forma de solução de conflitos são os procedimentos, sistemas sociais que se desenvolvem no interior de sistemas organizacionais e que vinculam organizações à esfera pública ou ambiente interno do sistema funcional. Seja conformando acoplamentos estruturais, seja estruturando organizações, o direito tem na criação de procedimentos a principal ferramenta de operacionalização de instituições, de rotinização da autorreferência de instituições a decisões.

Voto e participação na política equivalem a ação e acesso à justiça no direito. Se o principal mecanismo de reentrada da personalidade jurídica no centro do direito é o procedimento judicial, a ação, vale referir aos modos pelos quais a variabilidade do ambiente interno do direito

344 LUHMANN, 2012 [1997], p. 281 (grifo no original).

chega aos tribunais. Especificamente é relevante aqui a discussão sobre direitos individuais e coletivos e sobre procedimentos individuais e coletivos.

A ligação institucional entre o ambiente interno do direito (a personalidade jurídica) e seu centro organizado (os tribunais) ocorre pela ação. Ressaltam-se, dentre as características do direito moderno, a personalização (a diferença direito objetivo/ direito subjetivo), a procedimentalização (a diferença direito material/ direito processual) e a positivação (direito atual/ direito possível). É preciso reforçar a ideia de que há disjunção, bem como complementaridade necessária, entre direito subjetivo e procedimentos. Essa disjunção é representada pela diferença entre o direito subjetivo e o direito de ação. Ela permite a exigência de um direito por diversas vias procedimentais, judiciais ou não. A complementaridade – o fato de que procedimentos são necessários para dar concretude a direitos – é expressa na tradição constitucional do devido processo legal. Direitos (ou garantias) processuais são propriamente "direitos jurídicos" e, como ferramenta de efetivação de direitos materiais (políticos, econômicos, sanitários), permitem que a comunicação de diversos sistemas (econômico, educacional, religioso, político) re-entre o direito, em seu centro organizado (o tribunal), para uma decisão sobre o lícito e o ilícito. No procedimento judicial (ou administrativo), há uma reentrada da esfera pública na esfera organizada: a personalidade jurídica, seja um indivíduo seja um representante de organização, é o público que se apresenta dentro do tribunal. Esse mecanismo de reentrada da esfera pública no centro organizado, que consiste na criação do público, como posição processual subjetiva, é um artifício notável para a potencialização da legitimação pelo procedimento. Um caso especial de dupla reentrada é o tribunal do júri, em que o ambiente interno não apenas re-entra o centro organizado na posição processual de parte, mas também o re-entra na posição de juiz. Mecanismos processuais como o *amicus curiae* e audiências públicas são outras vias de reentrada do público no centro organizado.

Se a ligação procedimental entre ambiente interno e centro organizado do direito se dá pela ação e pelo processo judicial, a ligação entre a opinião pública e os poderes políticos ocorre sobretudo pelo voto. O direito de votar e ser votado tem uma configuração contingente: voto universal e igualitário ou censitário; voto facultativo ou obrigatório (direito-dever)? De outro lado, mandato imperativo ou representativo?

Já vimos a variabilidade institucional em termos do centro dos sistemas político e jurídico e do ambiente interno do direito. A variabilidade das periferias organizacionais desses sistemas funcionais levaria à discussão, por exemplo, das diferentes formas de partidos políticos (par-

tidos de quadros/ partidos de massa), grupos de interesse (movimentos sociais/ *lobbies*) e advocacia (pública e privada).

O sistema econômico também pode ser ilustrativo para discernir as equivalências funcionais entre as instituições dos sistemas comparados. Na periferia da economia estão não só os consumidores, como também todas as empresas; no centro, estão os bancos. Na economia, aquela triangulação é basicamente a ligação entre o mercado, as empresas e consumidores e os bancos, por meio do crédito, da dívida, da poupança e do investimento. Por meio desses mecanismos, equivalentes aos procedimentos políticos e judiciais, a esfera pública (o mercado) re-entra o centro organizado do sistema (os bancos), vinculando a variação de preços a decisões sobre poupança e investimento e à regulação, pelos bancos, da oferta de crédito.

Re-entradas procedimentais vinculam o ambiente interno do sistema funcional, suas organizações periféricas e seu centro organizado, fazendo com que aquela esfera pública "reapareça" em termos das decisões tomadas pelas organizações centrais do sistema. São re-entradas na medida em que, partindo da diferença entre esfera organizada e esfera pública do sistema funcional, fazem a esfera pública reapresentar-se na esfera organizada, no primeiro termo da distinção.

Se, em termos econômicos, essa "reaparição" significa acesso a crédito, na política é representada pela participação, especialmente pelo voto. O voto vincula a esfera pública política – a opinião pública – ao estado, pela mediação de partidos políticos. Dentro ou fora das eleições, grupos de pressão (associações, sindicatos, movimentos sociais, ONGs) vinculam de modo semelhante opinião pública e poderes políticos. No direito, o sujeito de direito aparece nos tribunais pelo acesso à justiça, ao procedimento judicial, isto é, pelo exercício da ação judicial (ou pelo uso de procedimentos alternativos de mediação, conciliação e arbitragem). Devedores diante dos bancos representam papel semelhante àquele dos eleitores diante do estado e dos litigantes diante dos tribunais. "O povo", "o mercado" e "o cidadão" ou "a pessoa" são os símbolos usuais a que os políticos, o sistema financeiro e os juízes apelam para argumentar sobre a confiança que dá suporte à institucionalização da autoridade desses centros dos sistemas funcionais.

4.5.1 Confiança, Segurança/Risco, Estabilidade/ Instabilidade, Inflação/Deflação

A segurança é o contravalor de reflexão ao risco; risco diz respeito ao que um sistema reconhece como incerteza autoproduzida, controlável por suas decisões (a incerteza não processável pelo sistema, ele atribui ao ambiente como fator de insegurança)[345]. A "*confiança é uma solução para problemas específicos de risco*"[346]. A confiança é uma redução da complexidade e da contingência social: é uma expectativa sobre a convergência entre as expectativas de *alter* e as expectativas de *ego*[347]. Afinal, o mundo é o horizonte da experiência comum. O apoio social, a institucionalização de decisões apesar dos riscos, da mútua intransparência e da ignorância, depende de confiança, pois ela (ao lado dos meios de comunicação simbolicamente generalizados: dinheiro, poder, verdade) generaliza uma predisposição à aceitação da comunicação, reduzindo a complexidade, o medo, o sentido do inesperado, pela antecipação imaginária do sucesso na comunicação – o que permite ampliar na verdade a complexidade, a improbabilidade e os riscos sociais. É o tradicional problema da lei e da ordem, da dominação, da redução da complexidade e da organização do caos. Como na hipótese do contrato social ou da norma fundamental – a imaginação no lugar da arbitrariedade –, buscam-se fundamentos racionais para a confiança, embora seu único fundamento de fato seja a confiança de que os outros confiam naquilo em que se confia. Alguém para e olha para cima; outra pessoa faz o mesmo, e assim por diante. No final, muitos estarão convergindo suas perspectivas, embora possa não haver nada em especial para se observar, nenhum "fundamento" que "justifique" essa congruência.

Como o futuro contém mais possibilidades do que aquelas que poderão ser e serão realizadas, a incerteza radical precisa ser gerenciada e contida pela antecipação imaginária da congruência entre as expectativas. Essa é a função do que tradicionalmente se chamou de instituições sociais e o que garante que cada um que nasce não criará um mundo novo, mas seguirá mais ou menos no mesmo horizonte de sentido e experiência.

Assim como confiança e risco são amplamente tratados pela economia, são indiretamente temas presentes na discussão política e jurídica (aqui, em rótulos como certeza e segurança jurídica). Assim como o mercado é representado, pelas expectativas que moldam a poupança e o

345 LUHMANN, 1993c [1991], p. 14-28.
346 LUHMANN, 1988b, p. 95.
347 LUHMANN, 2005e [1968].

investimento, nas decisões sobre crédito e débito tomadas no centro financeiro e bancário da economia, a opinião pública é representada pelos eleitores que escolhem seus representantes dentre aqueles indicados na periferia política – a opinião pública é representada pelos eleitores e estes são representados pelos eleitos na tomada de decisões coletivamente vinculantes no estado. Por meio da ação judicial, a esfera dos direitos reaparece na corte. Tudo o que possa ser julgado – o ambiente do direito – precisa ser espelhado, decodificado, traduzido no sistema e pelo sistema. Direitos subjetivos e suas distinções correlatas são essa tradução. Desse modo, os litigantes e afetados pela decisão judicial representam (individual e concretamente) aquela esfera dos direitos sustentada (geral e abstratamente) pela periferia, por normas previamente impostas ou negociadas. Embora agreguem apoio (dimensão social), imponham pautas, elaborem programas (dimensão fática) e aportem conhecimento e demandas (dimensão temporal) para o centro político, partidos, movimentos sociais e grupos de pressão não dão a última palavra sobre normas que vinculam a todos os membros do estado. Embora pré-programada por decisões que formatam programas jurídicos na política e na economia, a decisão judicial também tem uma autoridade universalista – uma amplitude de institucionalização – superior à periferia jurídica no que diz respeito à "última palavra" sobre o direito posto. É claro que o legislador pode mudar o direito posto e, então, a decisão que poderá novamente chegar às cortes, em um círculo potencialmente ininterrupto de controle entre os poderes. Mas esse círculo, também é verdade, é descontinuado caso a caso, embora no tempo longo possa sempre haver reversão.

Se segmentarmos os sistemas político, econômico e jurídico tal como figurados no início deste capítulo, poderemos perceber tendências de distensão ou relativo isolamento "para cima" ou "para baixo": respectivamente, quando o centro organizado do sistema vincula-se estreitamente à periferia organizada, desligando-se da referência "universalista" à esfera pública "anônima", ou quando o centro organizado "ouve" o ambiente interno do sistema mas processa seus apelos sem "consultar" os programas e organizações da periferia do sistema. Há excessos de estabilidade ou de instabilidade, o imobilismo que obstrui mudanças estruturais, protelando-as até gerar crise, ou o voluntarismo de mudanças insustentáveis, cujo legado desfaz-se rapidamente e cuja reversão é fácil.

Os mecanismos de reentrada institucional – exigindo a triangulação de ambiente interno, periferia e centro organizado – previnem essas tendências. Na política, trata-se de um fechamento do circuito das decisões coletivamente vinculantes entre o estado, os partidos e os movimentos e grupos organizados de interesse – uma tendência de "oligarquiza-

ção" e "corporativismo". O contrário – o contato direto entre o líder e as massas, ou entre o chefe de estado e a opinião pública – resulta em práticas "populistas" ou "plebiscitárias". Ambas as tendências resultam ainda em enfraquecimento nas distinções internas ao centro: o legislativo subordinado ao executivo, a administração instrumentalizada pelos políticos (governo). Na economia, uma ligação direta entre o sistema financeiro e a economia real com pouca mediação do mercado constitui políticas econômicas que privilegiam certas organizações e promovem um aumento de gastos públicos insustentável e contraproducente em médio ou longo prazo. Na direção oposta, um vínculo estreito entre mercado e finanças sem grande referência à produção, ao comércio e ao consumo resulta em "bolhas" especulativas que quebram a reflexividade da economia real pela economia financeira, o que exige mecanismos de poupança e investimento para o financiamento da produção e do consumo. No direito, um paralelo seria o ativismo do judiciário lastreado na invocação de direitos e princípios constitucionais[348], sem muita atenção à mediação por programas legislativos, políticas públicas ou acordos privados; de outro lado, uma atitude de omissão, "legalismo" ou autocontenção excessiva, pela qual o judiciário não "irrita" a produção política ou privada do direito e não corrige suas omissões ou excessos. Fecha-se surdo ao barulho das demandas ressoadas na esfera dos direitos (na ciência, a discussão autorreferente sobre autores e teorias pode perder de vista a heterorreferência: o vínculo entre teoria e fenômenos ou problemas reais de que ela, por meio de modelizações, tipificações, observações experimentais ou hipóteses imaginadas, pretende tratar).

Ambientes internos contrabandeiam para dentro do sistema funcional o desnível de complexidade que caracteriza a diferença entre sistema e ambiente. Não só o ambiente é mais complexo – tem um excedente de possibilidades não realizáveis maior – que o sistema. Dentro do sistema, o ambiente interno é mais complexo que a esfera organizada. Essa característica estrutural manifesta-se em ciclos de confiança e desconfiança na conformação das expectativas que sustentam os sistemas. Na economia tais ciclos são medidos como inflação ou deflação. As expectativas do mercado desajustam-se em relação ao que as empresas e os bancos podem oferecer. Na política há reiteradas esperanças e decepções: da confiança inocente ao descrédito absoluto nas promessas dos governos, partidos e movimentos sociais. E no direito? O campo da personali-

348 Para esse paralelo entre reflexividade econômica e reflexividade jurídica, considerando a constituição como "instância reflexiva mais abrangente do sistema jurídico" e tratando da relação complementar entre regras e princípios, ver NEVES, 2013 [2011], p. 120-60.

dade jurídica, as diversas modelações e atribuições de direitos e deveres, poderes e responsabilidades, permanece sempre maior que os meios de acesso aos tribunais (ou mecanismos públicos ou privados equivalentes) e a capacidade institucional de processamento do centro decisório do direito. Assim, as expectativas podem oscilar entre reclamações sobre o "legalismo" e o inconformismo com a "impunidade" – o direito está funcionando "demais" ou "de menos".

O condicionamento do indivíduo pelos meios sociais – poder, direito, verdade, dinheiro – torna os meios dependentes da formação de sistemas organizacionais, de organizações que decidam sobre seu uso e da generalização da confiança no uso dos meios simbólicos. A circulação dos meios precisa estar apoiada em expectativas sobre seus usos futuros. Instituições – como conjuntos de expectativas generalizadas que estruturam internamente os sistemas sociais – substituem o consenso fático e episódico por uma sustentação mais ou menos instável da confiança. Essa instabilidade diz respeito à inflação e deflação dos meios simbólicos, isto é, ao apoio de operações econômicas, jurídicas, políticas, científicas em confiança generalizada. A inflação dos meios ocorre quando a comunicação presume estar sustentada por mais confiança do que realmente pode gerar. Os símbolos são desvalorizados – na economia, os preços sobem e, no limite, a moeda não é mais aceita, perde valor; na política, são as promessas acima das possibilidades que depreciam o próprio poder. A deflação diz respeito à subutilização da confiança disponível para a consecução das operações comunicativas – a circulação do meio é então reduzida, e no limite a comunicação pode parar. A deflação pode ser uma estratégia de correção da inflação: quando se observa que a verdade científica não pode tudo, as ciências sociais recusam a "grande teoria" em nome do empirismo.

No direito, a inflação está ligada à expansão das expectativas constitucionalizadas como direitos não apenas para além da capacidade operativa dos centros jurídico e político, mas em uma distensão que extrapola em muito tal aparato. A deflação está vinculada ao "dia seguinte" da grande fé nos direitos, nas sanções, na ordem jurídica: a descoberta do abismo entre os fins proclamados e os meios simbolizados. A descrença generalizada acaba se antepondo como obstáculo à própria operacionalização dos meios burocráticos e judiciais, do estado de direito, como instrumentos aptos a encaminhar em alguma medida a realização das expectativas. A desconfiança, por outro lado, fortalece mecanismos de autoobservação e autocorreção.

4.6 Descentralização e Reflexividade

O desenvolvimento dos meios de comunicação simbolicamente generalizados (poder, dinheiro, direito, verdade), tanto quanto dos acoplamentos estruturais, institucionaliza a reflexão do ambiente dentro do sistema, a reentrada institucional do ambiente no sistema, fazendo com que a sociedade funcionalmente diferenciada possa operar no nível de observação de segunda ordem[349], o que rompe com a certeza do mundo garantida pelas estruturas sociais que se fundamentavam em ontologias, isto é, pelas formas de diferenciação anteriormente prevalentes. Essa é mais uma novidade moderna. No mercado, "*[p]reços oferecem a possibilidade de observar como outros observam o mercado e se eles compram ou não a um certo preço*"; igualmente, a opinião pública reflete para a política a observação de segunda ordem do poder: "*relações de poder são totalmente dependentes da mútua observação de observações; de outro modo, ter-se-ia que ameaçar ou provocar ameaça para se encontrar quais comunicações são cobertas pelo poder*"[350].

Assim, por exemplo, no sistema da ciência, a reflexividade do meio verdade (que reforça o uso do código verdade/ falsidade) permite que se considere como verdadeiro o conhecimento falsificável e que tal controle seja reforçado por teorias e métodos[351]. E na economia? Na dimensão fática, a especificação do código econômico *ter/ não ter* é sustentada pelo desenvolvimento de um meio próprio (o dinheiro), dando à luz a economia monetária; mas aquele código é também suplementado pelo código jurídico lícito/ ilícito, especialmente pela institucionalização da propriedade e do contrato. Na dimensão social, então, observadores observam observações de outros observadores pelo mecanismo da precificação (assim como a religião observa Deus como observador dos homens[352]). Na dimensão temporal, dinheiro é aplicado a dinheiro, dinheiro passa a ser precificado: cria-se então um mercado financeiro, capaz de suplementar a oferta e procura de coisas (heterorreferência) com a oferta e procura de dinheiro (autorreferência). Crédito e investimento são mecanismos que processam no tempo a procura e oferta de dinheiro. Daí que bancos apareçam como as organizações centrais do sistema econômico.

Vale frisar que os ambientes internos dos sistemas não fogem à reprovação pelos juízos morais. O mercado uniformiza o que é excelente

---

349 LUHMANN, 2012 [1997], p. 188.
350 *Ibidem*, p. 225.
351 *Ibidem*, p. 203.
352 *Ibidem*, p. 291.

e o que é de mau gosto, em regra potencializando o pior lado; a mercadoria coisifica o trabalho humano. A opinião pública é desinformada, volátil e passional; não entende a complexidade que enfrenta o tomador de decisão em seu posto especializado. Os direitos subjetivos consolidam privilégios e desigualdades em vez de promoverem a "justiça distributiva"; são a fachada formal de igualdade que impede a igualdade material, "real".

Essas semânticas são formas de reflexão, de autoformulação, pelo sistema, de uma visão de sua própria unidade. A observação de segundo grau pode ocorrer não apenas pela *reflexão* teórica, mas também pela institucionalização de mecanismos de *reflexividade*. Eis o ponto cego da diferença entre autorreferência basal dos sistemas (operando no plano da observação de primeiro grau, vendo o mundo como necessidade e buscando certeza) e o tipo de operação que concebe o mundo como contingente e reproduz incerteza quanto mais incrementa sua produção de informações. Há modalidades (não apenas teóricas, mas práticas) de autorreferência sistêmica que ampliam a contingência e a complexidade processável pelos sistemas e que reforçam a abertura cognitiva do sistema ao ambiente. Replicam, internamente ao sistema, seu ambiente externo, incluindo o excluído. Estamos falando precisamente dos mecanismos de *reflexividade*.

O direito processual constrói normas sobre a aplicação do direito substantivo. Princípios são normas que guiam a interpretação de outras normas. A constituição abrange esses mecanismos reflexivos, construindo-se assim ela mesma como um dispositivo desse tipo. Além disso, coloca-se como decisão coletivamente vinculante da qual dependerão as demais decisões políticas – e dessas demais decisões, paradoxalmente, depende a própria determinação do sentido constitucional. A reflexividade dos sistemas permite-lhes expandir sua indeterminação, sua variedade de formas, assim como as esferas públicas incrementam-lhes a complexidade.

As esferas públicas parecem operar com a ficção de que todas as possibilidades serão realizadas e com a ficção da inclusão universal: todos têm direitos e deveres, compram e vendem, podem votar e ser votados, criticar e ser criticados. Elas permitem aos sistemas funcionais tratar o pressuposto de que todos estão incluídos na sociedade e a consequência de que só cada subsistema social é competente para definir as regras de inclusão/ exclusão em seu âmbito. Situações de exclusão total são marginalizadas. O ambiente interno dos sistemas reflete a igualdade potencial de todos, dando condições para a desigualdade atual. Porque não deixam de ser configuradas institucionalmente, esferas públicas reproduzem também inclusão e exclusão.

Os direitos humanos, os direitos fundamentais ou estruturas normativas congêneres são funcionais à diferenciação funcional, favorecem seus critérios de inclusão/ exclusão (regulados por cada sistema parcial da sociedade) e opõem resistência a critérios típicos de outras formas de diferenciação. A inclusão universal da pessoa – todos têm igual dignidade e liberdade – e a diferenciação de seus papéis sociais, pela qual cada pessoa desfrutará de inclusões parciais conforme posições em cada sistema social, é a chave do paradoxo da esfera pública do direito: o sujeito de direitos, a pessoa jurídica. É a ideia de que todos têm personalidade jurídica, são igualmente sujeitos de direito, mas empiricamente acumulam um diferente "capital" ou patrimônio jurídico – diferentes posições concretas de direitos e deveres, poderes e responsabilidades, além de diferentes meios e chances de exercer tais posições. Sob o modo de inclusão/ exclusão da personalidade jurídica, a igualdade é condição de possibilidade da desigualdade.

Essa desigualdade está associada à reflexividade dos sistemas sociais, que produz um incremento da liberdade dos sistemas, uma desintegração em relação às demandas individuais ("distributivas") e uma maior capacidade de expansão dos seus meios. O fechamento operacional reforçado pela referência de direito a direito (procedimentos e constituição), de dinheiro a dinheiro (economia financeira) e de poder a poder (política estatal) – e não apenas pela referência de normas jurídicas a valores morais, de dinheiro a bens e de poder a influências sociais difusas (família, amizade, "capital social") – não produz "justiça distributiva", mas sim desdobra e expande os usos dos meios. Mercado, personalidade jurídica e opinião pública interrompem a reciprocidade, permitindo maior liberdade nas transações e vínculos.

Assim como o dinheiro permite um funcionamento da economia largamente indiferente à estratificação social, o meio "direito subjetivo" cria um público abstrato para o direito e confere ao estado maior margem de manobra para tomar decisões de política pública sem ter que negociar concretamente com cada um dos afetados, distribuindo-lhes privilégios ou liberdades diferenciadas[353]. A liberdade dos direitos subjetivos é a liberdade de mudança do direito objetivo. Categorias mais abstratas abrem maiores possibilidades de combinação e, no fundo, a modificação das posições jurídicas subjetivas por meio de medidas tomadas por toda organização (estado, escolas, empresas) passa a ser uma questão de negociação política. O direito, sobretudo pelos direitos fundamentais e pela proteção do "direito adquirido", fornece ao mesmo tempo freios de bloqueio à variabilidade ilimitada da ordem jurídica politicamente conduzida.

[353] LUHMANN, 2001b [1981]; 2009c [1984]; 2009d [1970].

Pode-se captar essa descontinuação entre autorreferência sistêmica e sincronia com o ambiente pelo exemplo da política. O meio "poder" responde à situação-problema em que a ação de *alter* é precisamente a decisão sobre a obediência de *ego*[354]. A improbabilidade de aceitação dessa decisão demanda seu suporte por estruturas normativas e formas de institucionalização – sanção e consenso. A democratização do poder está ligada, de um lado, a sua normatização: a previsão, pelo direito positivo, das formas de sanção e de suas hipóteses. De outro, a decisão concreta sobre a imposição da sanção desdobra-se na própria decisão em abstrato sobre a programação jurídica da violência – essas decisões sucessivas dependem de um consentimento que não pode ser assegurado de forma individualizada (sendo improvável a submissão, seria improvável o poder). É um consentimento presumido, institucionalizado – aferido diretamente apenas em certos pontos da rede complexa de decisões do estado. Essa aferição é a ligação do centro do poder político à opinião pública. É preciso reforçar que as formas de estruturação do estado democrático de direito são, porém, aquisições evolutivas não simultâneas: o devido processo legal, a liberdade de imprensa, o governo representativo, o sufrágio universal, o controle de constitucionalidade, os direitos sociais (de inclusão).

A política se constitui como sistema, diferenciando um ambiente, justamente quando "recolhe" as lutas de poder dispersas na sociedade, regrando-as, e faz o código poder/ não poder re-entrar o primeiro lado: o não poder é institucionalizado como possibilidade de poder, como oposição, ao lado do governo (atual). A diferença governo/ oposição "confisca" o conflito político disperso na sociedade, remetendo-o ao âmbito de uma organização: o estado. Assim, tão artificial e amoral quanto o dinheiro e a validade jurídica, o poder político institui medidas que o desvinculam de um recurso direto ao ambiente natural (violência) tanto quanto de uma sincronia perfeita com o ambiente social – poder político não se confunde com outros meios de comunicação (direito, ter, verdade, validade ou propriedade), nem com o poder interno das organizações não políticas (como empresas, escolas, hospitais). A constituição marca justamente a alta amoralidade do direito, ao interromper uma correspondência direta entre direito e razão ou direito e natureza: formalmente, a constituição fecha a autorreferência procedimental das normas; substancialmente, fornece os valores últimos que valem no direito.

Política, economia e direito desenvolvem não um princípio de distribuição centralizada dos meios, mas uma formatação institucional que os leva a expandirem-se e dispersarem-se. A forma típica da demo-

[354] Sobre o meio poder, ver LUHMANN, 2012 [1997], p. 212-4; 1995d [1975].

cracia política moderna – o governo representativo – constitui-se basicamente de vários elementos institucionais e imaginativos, adicionados cada qual a um tempo diferente e em uma relação que inclui inconsistências semânticas e fricções com as diferentes estruturas sociais[355]: o produto geral, entretanto é um *desdobramento das decisões sobre decisões coletivamente vinculantes*, um alongamento das cadeias decisórias, seja dentro dos poderes políticos (separação de poderes), seja na administração pública, seja nos vínculos entre eleitores e eleitos e entre administração pública e cidadãos. São diversas teias procedimentais que diferem a tomada de decisão e a decompõem.

Da ideia de que só o poder contém o poder (Montesquieu) – só o poder vale como meio de comunicação política e só um poder restringe o outro – vem a forma institucional da separação de poderes do estado na forma de órgãos funcionalmente diferenciados, com vínculos procedimentais de interdependência: autonomia decisória e poderes de veto ("freios e contrapesos", segundo Madison). É o arranjo de eficiência e autocontenção do centro organizado do sistema político.

Democratização é também burocratização e cisão: o estado é apenas uma organização, mas precisa tomar decisões sobre todos os sistemas que permanecem em seu ambiente. Isso depende uma estrutura administrativa crescente – pois só mais organizações permitem a um sistema funcional comunicar-se com seu ambiente[356] –, de um desdobramento de decisões em cadeias e mais cadeias decisórias. A legitimação dessas cadeias decisórias depende de procedimentos e de focos de participação e representação política que cruzem a prática tecnocrática: a diferença política/administração também precisa buscar sua unidade. Do lado da política, além de procedimentos e organizações, é crucial que a centralização decisória (o governo como unidade entre executivo e legislativo) seja cindida na cúpula pela diferença entre governo e oposição. Com a

---

355 Luhmann, em diferentes ocasiões, aponta ora um ora outro atributo como sendo *o* definidor da democracia. Assim, refere-se ora ao paradoxo de que "*todo poder se realiza por submissão ao poder, e o poder supremo existe pela submissão do poder mais baixo*" (*e.g.* LUHMANN, 2012 [1997], p. 224), ora à cisão da cúpula decisória (*e.g.* LUHMANN, 1990c [1986], p. 232), ora à "*decomposição social do decidir em subdecisões sobre a aprovação ou declinação direta ou indireta (representativa) de decisões*" (*e.g.* LUHMANN, 2005d [1978], p. 28). Às vezes, uma definição anula a outra: por exemplo, quando Luhmann (1990c [1986], p. 232) nega que a democracia seja o "domínio do povo sobre o povo" ou um princípio de tomada de decisões de modo "participativo" (o que levaria a uma sobrecarga decisória). Uma visão de conjunto me parece necessária. É a tensão entre esses diversos elementos que torna dinâmicas e autocontraditórias as configurações institucionais.

356 LUHMANN, 2013 [1997], p. 9.

distinção válido/ inválido o direito é operacionalizado, assim como a política e o código "poder" são tecnificados com a diferença governo/ oposição.

O equivalente desdobramento das decisões no mercado e no direito ocorre pela autorreferência do dinheiro e pelo reconhecimento da personalidade jurídica e dos direitos subjetivos. Pela reflexividade de direitos e deveres a direitos e deveres, constituem-se as relações jurídicas e sua justiça formal a ser defendida no tratamento igual de casos iguais pelas cortes. A propriedade é também condição para a financeirização, como reflexividade de dinheiro a dinheiro que viabiliza as diferenças mercadológicas entre ter dinheiro excedente sem necessidade de convertê-lo em bens (investimento financeiro) e não ter o dinheiro necessário para adquirir bens (empréstimo financeiro). Regulando as diferenças entre oferta e demanda (de dinheiro) presente e futura, os bancos aparecem como centro da economia moderna.

Pelo mercado, a economia observa seu ambiente; pelo mercado financeiro, observa a si mesma, observa suas observações. Pela personalidade jurídica, o direito observa seu ambiente: atribui poderes ao estado, responsabilidades ao poluidor, direitos e deveres aos contratantes. Pela "cidadania constitucional", pelos direitos fundamentais, o direito observa a si mesmo, observa os direitos e deveres que sustenta como válidos. Assim como a economia financeira observa a economia real, produzindo informação e alocando riscos, a constituição é um mecanismo de autoobservação do direito: mais que o topo de uma hierarquia imaginária de normas, é uma central de informação para o direito e sobre o direito. Nela está concentrado o sentido básico da forma e do conteúdo de uma ordem jurídica, sua ordem geradora de procedimentos e valores. A legitimidade e a justiça em cuja crença a política e o direito têm seu pressuposto estão fundidos na institucionalização da constituição. Os riscos da política para o direito são imunizados: a política normal é uma política dentro da ordem constitucional. Os riscos do direito e sua identidade básica são dados a conhecer à política: para vincular a coletividade, a política precisa ater-se às formas e fórmulas constitucionais.

4.7 METAORGANIZAÇÕES

O controle último da reflexividade dos sistemas está alocado em organizações que funcionam como o topo do centro de cada sistema (a corte superior, o banco central) e como zonas de interpenetração intensificada entre sistemas (a política e o direito nas cortes superiores e consti-

tucionais, a política e a economia nos bancos públicos e nos bancos centrais, o direito e a economia nas cortes arbitrais). Poderíamos chamá-las de "metaorganizações".

Assim, uma corte constitucional é o mais político dos órgãos jurídicos e o mais jurídico dos órgãos políticos[357]. Uma suprema corte é ao mesmo tempo topo do centro do direito (na hierarquia judicial) e árbitro dos poderes políticos (que estão na periferia do direito)[358]. Um banco central é o mais político dos órgãos econômicos e o mais econômico dentre os políticos. E as cortes arbitrais processam o paradoxo central do direito – a sentença –, mas atuam em maior coordenação com as exigências econômicas. Um paralelo entre os tribunais constitucionais e os bancos centrais ajuda a compreender como essas organizações servem para o controle da circulação dos meios, submetendo-os a cadeias decisórias e prevenindo sua inflação ou deflação. O dinheiro serve para observar a escassez e transformá-la em operações do sistema econômico, o que requer dinheiro não escasso[359]. A oferta de dinheiro então precisa ser controlada, ou por lastro em uma *commodity* escassa, como o ouro, como era no passado, ou pelo sistema atual de regulação da oferta de dinheiro em circulação por meio da expansão ou retração da oferta de crédito pelo banco central. Essa organização, ao mesmo tempo em que vincula a economia à política e é um instrumento de política econômica, reforça a reflexividade interna de uma economia financeira.

A especificidade do banco central está em que não apenas, como qualquer organização, permite que a comunicação transcenda as fronteiras de sistemas funcionais. O que o distingue é o fato de vincular dois centros organizados de sistemas funcionais diferentes – o centro econômico (bancos) e o centro político (estado). Poderíamos vislumbrar aqui

---

357 Afora distorções, tal caráter político decorre de uma série de fatores institucionais, tais como: 1) o método de seleção dos juízes de supremas cortes ou tribunais constitucionais; 2) a autoridade e hierarquia desses órgãos em relação ao judiciário e sua posição crítica com relação aos poderes políticos; 3) a entrada da jurisdição constitucional no campo da institucionalidade política (pela repercussão na opinião pública, pela atuação de partidos e movimentos sociais que buscam um prolongamento da disputa política em ações constitucionais); 4) a abrangência das decisões tomadas nessa sede (que tendem a entrar no campo das decisões coletivamente vinculantes – função da política), sobretudo a partir de instrumentos como, no caso brasileiro, a repercussão geral, sentenças aditivas, interpretação conforme a constituição, modulação de efeitos, declaração de inconstitucionalidade com supressão de texto etc. Assim, os juízes constitucionais deixam de ser "legisladores negativos" (como na tradição kelseniana) e adentram mesmo as "questões políticas".

358 GUERRA FILHO, 2012, p. 229-31.

359 LUHMANN, 2012 [1997], p. 232.

uma equivalência funcional com as cortes constitucionais como organizações que vinculam os centros da política (governo) e do direito (tribunais). Ainda, ao operacionalizarem a interpretação da constituição – o mecanismo de reflexividade mais abrangente do sistema jurídico – por critérios de justificação que precisam se apresentar estritamente segundo o código lícito/ ilícito (e não segundo o código poder/ não poder ou governo/ oposição), as cortes constitucionais reforçam a capacidade de autorreferência do direito. Essa autorreferência permite a prestação, pelo sistema jurídico, de critérios para o controle do poder como meio da comunicação política. Por outro lado, essas cortes supremas ou constitucionais podem contrabandear para o direito os riscos da tomada de decisões coletivamente vinculantes (compensando a incompetência da política) e servir ao uso incongruente de papéis (com movimentos sociais, partidos e grupos de pressão buscando nesses tribunais, especialmente, uma extensão dos meios e oportunidades da disputa política).

Finalmente, tribunais arbitrais parecem desempenhar função equivalente. Vinculam o centro decisório do direito às organizações econômicas (não necessariamente ao centro bancário da economia). Partindo de uma base contratual, operacionalizam a solução de disputas segundo procedimentos e formas de argumentação que em parte reproduzem o modo de produção da decisão judicial, em parte adaptam-no a exigências da economia, como maior celeridade e juízos cognitivos em matéria "técnica" (*i.e.* não jurídica), reforçando a abertura consequencialista. Porém, tribunais arbitrais não tratam necessariamente do centro econômico nem da reflexividade jurídica. Podem fazê-lo quando tratam do sistema bancário e financeiro ou quando envolvem de algum modo questões isomórficas às constitucionais – problemas de organização do poder (ainda que do poder interno de uma organização econômica) ou de direitos fundamentais (prerrogativas reforçadas dos proprietários, administradores ou partes interessadas). O reconhecimento das sentenças arbitrais e sua execução pelo judiciário estatal providenciam um elo institucional residual com o estado, mas já se trata da periferia do sistema político (e centro do sistema jurídico, as cortes).

SEMÂNTICA JURÍDICA

O direito vive em grande medida por alinhar-se a condutas automatizadas, rotinizadas e seguidas por uma série de motivos variados (crença no valor próprio da conduta, em sua eficiência, sabedoria ou retidão, conveniência de agir assim dadas as relações de poder e influência, inércia da tradição e economia de tempo e energia em problematizar por que agir de outro modo, suscetibilidade a incentivos moldados por arquiteturas de escolha etc.). No emaranhado de motivos dos comportamentos, apenas quando as ações e omissões são comunicativamente construídas e imputadas a pessoas é que tais condutas são problematizadas como controvérsias jurídicos e levadas ao escrutínio de organizações competentes, por meio de procedimentos sancionadores (administrativos, arbitrais, judiciais).

É então, nesse cenário, que de fato a norma jurídica formalizada emerge como razão avaliatória, como justificativa para a consideração da licitude ou ilicitude da situação considerada. As normas, expectativas socialmente difusas sobre o que deve ser (a despeito do que é), são integradas então a programas decisórios (a norma jurídica formalizada) que as simbolizam e identificam; são reforçadas pela ameaça da sanção; são postas em discussão e em circulação por procedimentos decisórios, que institucionalizam a confiança em processos e órgãos segundo ritos e competências pré-definidas pelo próprio direito.

É na posição de tomada de decisões, uma observação sobre como os sujeitos observaram (ou não) o direito, que a formulação das regras ou normas – sua interpretação, a argumentação sobre as interpretações possíveis e a justificação da decisão final sobre o tema e o caso – vem à tona e elas são tomadas como diretriz explícita para julgar e sancionar os comportamentos. Então o processamento das informações leva a precisar, definir ou redefinir qual é a norma a reger aquele caso – o que deve ser, em consonância ou dissonância com o que é, foi ou será.

O sistema jurídico reproduz-se tanto pelo uso "espontâneo" e difuso quanto pela aplicação problematizada e autoritativa. O direito nem

se resume apenas ao que as cortes dizem nem se reduz ao que as pessoas vivem. Este capítulo trata do problema da interpretação do direito amplamente considerada e referida direta ou indiretamente ao papel institucional dos juízes, dos julgadores em geral – ou dos que aplicam e interpretam o direito com vistas à interpretação desses intérpretes últimos da ordem jurídica. Tendo no capítulo anterior tratado das estruturas, agora nos voltamos à semântica jurídica.

5.1 ORDENS JURÍDICAS

O monopólio estatal da violência legítima anda de mãos dadas com o poder do estado de produzir e impor seu direito, delimitando as zonas em que reconhece outros poderes (capacidade de produzir direito). A crença na autoridade da dominação, da definição da ordem que delimita as expectativas válidas, regula a arbitrariedade do poder-violência. A generalização dessa orientação depende largamente do serviço do direito, de um direito produzido segundo procedimentos regrados, normas e sanções pré-disciplinadas e semânticas com capacidade de abstração e generalização capazes de orientar a decisão em situações imprevistas e incertas.

Essa narrativa, de Weber a Luhmann, não perde todo o sentido mesmo quando o sistema jurídico desenvolve-se em ordens múltiplas, programado por diferentes organizações, acima, abaixo ou à margem dos estados nacionais[360]. A ordem jurídica nacional pode recepcionar a disciplina normativa ou re-enviar o tratamento de dada matéria a outra ordem. Mas também zonas indiferentes ao direito estatal acabam se consolidando e colisões entre ordens de um mesmo tipo ou de tipos diferentes acabam se multiplicando. Pense-se, por exemplo, no reconhecimento da juridicidade de povos autóctones, isto é, da capacidade autorregulatória dessas comunidades – e em potenciais conflitos com a ordem jurídica nacional.

Por outro lado, a formação do direito internacional desde o século dezenove apresentou a ambição de constituir um estado de direito internacional; nesse movimento desenvolveu-se a pretensão de autonomia do direito internacional diante da política: pela consolidação de um formalismo jurídico também no discurso do direito internacional e de um quadro institucional, análogo ao estado de direito nacional, que limitasse juridicamente a política (função tradicional da constituição). A semântica contratualista da guerra de todos contra todos iluminou, por meio de uma "analogia doméstica", o problema da paz em uma sociedade mundial de

360 Ver *e.g.* AMATO, 2014.

soberanias nacionais. A solução foi buscar a instituição de uma "sociedade internacional". Problemas de limitação e instrumentalização do poder e a institucionalização de uma esfera pública de direitos – matérias típicas do constitucionalismo – ganharam então nova escala e formas institucionais funcionalmente equivalentes – por exemplo, nas organizações internacionais e supranacionais, com esquemas de tripartição de poderes análogos aos nacionais e com regimes de direitos humanos. Na esteira das duas guerras mundiais, ganham forma os equivalentes internacionais ao constitucionalismo doméstico. Tribunais e comitês de jurisdição mundial ou regional o operacionalizam. Na ordem internacional também se desenvolveram especializações, de forma que os conflitos políticos internacionais não raro foram substituídos por conflitos de competência entre órgãos judiciais internacionais e pela concorrência de demandas ancoradas em semânticas e estruturas de diferentes regimes jurídicos (direito do comércio internacional, direito ambiental internacional, direito internacional dos direitos humanos, direito internacional penal etc.).

Ainda, a União Europeia torna-se paradigma da construção de uma espécie de direito supranacional, o que se caracteriza principalmente pelo princípio da aplicabilidade direta do direito comunitário, isto é, pela imediata vinculatoriedade da normatividade da União Europeia em relação aos cidadãos de seus estados membros, sem a necessidade de internalização legislativa por tais estados.

Finalmente, emergem as ordens jurídicas transnacionais. A expansão global das organizações não governamentais desde os anos 70, assim como a identidade dos movimentos de protesto desde o final do século passado, constituem novos instrumentos normativos e arenas de produção e reprodução do direito. Mesmo as grandes organizações privadas acabam por criar seu próprio direito – cobrindo sociedades, grupos societários, redes de fornecedores ou mesmo setores econômicos em escala regional ou mundial. Esses atores conformam ordens jurídicas paralelas, independentes do reconhecimento estatal, mas que por vezes se chocam com as ordens nacionais em conflitos transversais[361].

[361] Exemplos de ordens transnacionais são a nova *lex mercatoria* (cujo centro organizacional é a Câmara do Comércio Internacional de Paris), a *lex sportiva* (cujo centro de organização é o Tribunal Arbitral do Esporte em Lausane, Suíça, vinculado ao Comitê Olímpico Internacional) e a *lex digitalis* (consolidada pela ICANN, *Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* ou Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números, uma parceria público-privada sediada na Califórnia).

5.2 PROGRAMAÇÃO DECISÓRIA: INTERPRETAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO, JUSTIFICAÇÃO

A escrita e os meios de difusão são importantes por ampliarem as possibilidades de observar observadores[362], que são mais restritas em uma interação, em um encontro face a face. Assim, pode-se contemplar o amor do personagem de um romance (livro) ou filme, fomentando o amor romântico (amar o amor). Ou se pode estabelecer um texto normativo-jurídico que normatize como estabelecer todos os outros textos normativo-jurídicos (o texto constitucional).

A capacidade dos meios de comunicação de massa de transcender estratificações sociais e desestabilizar estruturas[363] – associada à formação de idiomas nacionais e à instrução pública – levou a tentativas de restrição à imprensa, às quais respondem as demandas contrafáticas por liberdades públicas. A observação de observadores reforçou a abstração filosófica, as heresias produzidas pela ciência, a publicidade nas decisões jurídicas e políticas e a organização política subversiva que expõe os segredos do poder – por exemplo, por panfletos anônimos dirigidos ao público em geral. A imprensa regula o que é de conhecimento geral – a ignorância pode ser imputada a indivíduos e as críticas e controvérsias também realçam o destaque individual, de modo que a expansão do saber e das possibilidades de saber e comunicar é celebrada na semântica do iluminismo como a própria natureza do que é o iluminismo. O século dezoito celebrou a novidade com o conceito de "opinião pública" – a sociedade observando a si mesma, o público dentro da política, monitorando o estado. Com a escrita, a presença não é mais necessária para a comunicação e o espaço perde sua centralidade na redução das possibilidades comunicativas. A opinião pública é perene, anônima e sem endereço. Como memória pública, a imprensa traz à luz a inconsistência dos mitos de origem sobre as dinastias, o que abre espaço à contestação sobre por que obedecer ao soberano – e então a imaginação filosófica pode criar narrativas como a do contrato social. Com a infraestrutura do texto escrito, tradições são desestabilizadas e o legislativo passa de uma atividade ocasional a uma produção massificada de leis.

Apesar das diferenças de letramento, a generalização da comunicação escrita, como pressuposto da posterior comunicação oral ou escrita, acaba criando um público indistinto e generalizando o conceito de

362 LUHMANN, 2012 [1997], p. 168 e 173.

363 Para o que segue sobre imprensa, ver LUHMANN, 2012 [1997], p. 174-89.

ser humano. A ideia de que todo homem apresenta vontades iguais e enfrenta limitações comparáveis no mundo real faz parte do universalismo cultivado pela literatura moderna.

Merece menção a contemporaneidade entre a formação de um sistema dos meios de comunicação de massa e a estruturação do mercado, que significa a produção de tudo o que se possa vender[364]. A imprensa desenvolve-se, então, como atividade econômica, fomentando com o apoio da economia conflitos com as verdades religiosas – aumentando dissonâncias entre os fiéis e a hierarquia da organização eclesiástica e levando à diferenciação entre a igreja-organização e a comunidade leiga. A imprensa forja a opinião pública, conferindo relevância política às observações de um povo indistinto, fazendo com que a política não possa mais ser identificada apenas a organizações, estratos ou grupos, mas tenha que ser refletida também em uma esfera pública anônima. Os textos são então dirigidos a diferentes "públicos" – conforme a diferenciação funcional. Mas se espera que todos estejam inseridos nas diferentes esferas públicas. Essa igual disponibilidade do conhecimento é condição para novas diferenças: pessoas mais ou menos informadas, mais ou menos opinativas serão distinguidas. E o indivíduo será então alvo de consideração ou desprezo por essas qualidades idiossincráticas. Disponíveis virtualmente a todos, esses atributos nisso se distinguem da moralidade das interações cultivada pelos nobres, embora a etiqueta das cortes não deixe de existir.

E qual a relação entre imprensa e direito? Ao multiplicar exponencialmente o número de intérpretes e sistematizadores dos textos da tradição jurídica, ela criou o problema da decisão sobre o sentido do texto, isto é, da decisão da norma – o problema do positivismo jurídico. O sentido, até então estabilizado por referências a uma moralidade comum (correspondente a uma sociedade estratificada) e por uma especialização dos intérpretes, passa a ter dificuldades de estabilização, gerando conflitos entre os intérpretes: a universidade (doutrinadores), os tribunais (juízes), o parlamento (legisladores). Seja com base nos precedentes do *common law*, seja com base nas fontes romanas, papéis sociais e organizações – no fundo, sistemas (ciência/ educação, direito, política) – colocam-se em conflito sobre o direito objetivo. Doutrinadores tentam impor sua visão científica como fonte do direito, legisladores tentam conter juízes e juristas, fixando legislativamente as normas válidas, o direito positivo – códigos e constituições. E ainda, com os contratos, letras de câmbio e outras ferramentas jurídicas do comércio, a criação do direito

[364] Para o paralelo entre imprensa, mercado e direito, ver BACHUR, 2010, p. 58-62 e 127.

chega quase ao descontrole. Nas disputas sobre textos e normas, o que está em jogo são os direitos e deveres de cada pessoa. A instabilidade do jogo passa a ser controlada quando se afirmam documentalmente os direitos de todos (declarações de direitos) e de cada um (contratos privados), colocando tudo sob o controle estatal da validade (deferência à lei e ao juiz). A solução constitucional é afirmar os direitos fundamentais e a separação de poderes como símbolo de reiteração de que as normas jurídicas devem reverência às decisões políticas, mas também como mecanismo de desaceleração da mudança política do direito. O reforço jurídico dessas engrenagens de contenção da política virá com o controle judicial de constitucionalidade. Da mesma forma, a impressão de papel moeda e a administração dívida pública farão a economia ser colocada sob o controle de um órgão do estado: o banco central.

A diferença conformada na forma "direito positivo" é não só a contraposição deste ao direito natural, mas sobretudo, quando se opera dentro do direito positivo, a diferença entre direito atual e direito possível. É como se o direito possível – as expectativas normativas marginais ao sistema jurídico – re-entrasse o direito positivo como potencialidade de revisão e reforma das estruturas do sistema jurídico atualmente operantes. Mas não se trata mais de um direito imanente à ordem das coisas; é apenas um direito possível, diferente do atual, que pode ser justificado como melhor, mas sem uma base moral tão densa ou ampla como a da semântica racionalista ou teológica. Direito positivo é aquele contingente, que autocontrola sua evolução por acoplamentos seletivos com outros sistemas (como política e economia) e reduz, no sistema jurídico, o espaço para considerações normativas (valorativas) que não sejam as já consagradas em alguma instância do próprio direito. Essas definições substanciais idealmente precisam ser canalizadas pela tomada política de decisões (legislação) ou por decisões econômicas, artísticas, educacionais, religiosas limitadas pelo direito estatal (autonomia privada). No sistema jurídico – especialmente em seu centro –, vale a autorreferência ao direito posto e atualmente vigente e este direito posto é que já deve ter incorporado, substancialmente, a heterorreferência necessária. É o sentido da ideia clássica do positivismo de que a aplicação do direito não se confunde com sua criação. O direito possível – contraposto ao direito real, atual – pode ser clamado da periferia do sistema jurídico, mas não é padrão institucionalizado para a tomada de decisão jurídica, para a sentença. Esse direito possível ocupa o espaço dos juízos de direito natural, mas em vez de fundado em uma ordem de valores evidente, abrangente, compartilhada e imediatamente válida, o direito possível não tem fundamentos últimos; é simplesmente aquele que pode passar a direito válido na medida em que obedeça aos procedimentos do direito atual.

O problema da atribuição da competência decisória emerge então dentre os poderes do estado e na relação entre estado e privados. Nesse sentido é que se pode indicar a distinção entre centro e periferia para redescrever o que está em jogo na imersão da atividade interpretativa em uma teia de poderes e organizações mutuamente referidos.

Tal distinção tem como base a racionalidade da tomada de decisão, referida aos programas que conduzem a decisão. É uma distinção típico-ideal, que apresenta empiricamente variações de grau. Considero adicionalmente que pelo menos seis séries de variáveis do desenho normativo contribuem para mover a tomada de decisão em um sentido ou outro do eixo *criação/ aplicação* do direito, *decisão programada/ decisão programante* ou *centro/ periferia*. São as variações:

1) no plano da *estrutura da norma*, de *standards* vagos a regras precisamente definidas: normas penais em branco, cláusulas contratuais abertas, tratados "guarda-chuva" e "convenções-quadro" no direito internacional... – a indeterminação normativa é sempre veículo de delegação de poder;
2) na *cadeia hierárquica e circular da normatividade*, a série de subordinações (direitos humanos, direito constitucional, legislação ordinária, regulamento), com a paradoxal dependência de normas superiores em relação a normas inferiores (que "desdobrem" o conteúdo daquelas);
3) no plano *procedimental*, a série de mecanismos de controle intra e interorgânicos, hierarquias entre órgãos, interdependências entre poderes;
4) no plano das *relações entre ordens jurídicas*, restrições, permissões, obrigatoriedades, re-envios e remissões determinadas pela relação entre ordens jurídicas diferentes;
5) no *grau de vinculatoriedade* dos instrumentos normativos (*soft law* e *hard law*; declarações não vinculantes, normas imperativas ou *ius cogens*; normas programáticas e normas autoexecutáveis);
6) na *justiciabilidade e executoriedade* das normas (monitoramento por comitês e sanções reputacionais *versus* condenação por tribunais e sanções de invalidação normativa, indenização, compensação simbólica, até a execução complexa de reformas estruturais).

A interpretação e a implementação operacionalizadas pelos poderes políticos e pelo judiciário (ou seus equivalentes: tribunais administrativos, cortes arbitrais) realizam-se em sistemas procedimentais, que são o mecanismo de vinculação entre centro organizado e esfera pública. Na moldura procedimental e dentro de suas definições de competência, cada órgão procura lidar com o paradoxo de que, quanto mais programada a decisão, mais estruturada a complexidade; mas também há mais o que interpretar e as normas programantes dependem, afinal, do sentido que os intérpretes programados atribuírem a elas. A complexidade chega ao centro decisório do direito mais estruturada, mas ao mesmo tempo mais elevada.

Retomemos a morfologia do sistema jurídico (4.1., *supra*). A diferença de posição das organizações no sistema funcional do direito é descrita justamente *em função* da contribuição que essas organizações dão para a atualização da *função* do direito: para o resultado de se ter expectativas normativas generalizadas, isto é, para a criação e manutenção de instituições apoiadas normativamente (resistentes a fatos). No plano dos programas, essa geografia das organizações (centro e periferia do direito) tem o paralelo na diferença entre as formas de programação do direito: precisamente, em termos da teoria da decisão e da teoria das organizações, trata-se da diferença entre decisão programante (política) e decisão programada (jurídica)[365]. Seu correlato é a diferença entre centro e periferia do sistema jurídico: os tribunais como centro e os poderes políticos em sua periferia.

Luhmann[366] claramente aponta que a interpretação judicial é diferente da interpretação do direito pelo parlamento ou por partes privadas, pois as cortes interpretam as interpretações anteriores e argumentam sobre elas, com um dever de justificar que depende da construção da coerência do conjunto de normas elencado (coerência estritamente jurídica, não apenas adequação econômica, política, "social"). Embora filósofos digam que toda decisão jurídica – inclusive a legislação – é tomada em bases racionais, a necessidade de autorreferência do centro do sistema jurídico é diferente dos constrangimentos de sua periferia.

A institucionalização do estado de direito – sua forma de organização e seu respectivo apoio social – tradicionalmente supõe a gradualização progressiva dessa diferença entre decisão programante e decisão

---

365 A análise da decisão judicial é desenvolvida por CAMPILONGO (2011 [2000], esp. cap. 3). LUHMANN (2014 [1972], p. 179-85; 1990d [1970], p. 125-9) usa a diferença entre decisão programante e decisão programada desenvolvida por Herbert SIMON (1955; 1977 [1960], cap. 2), reconhecendo (LUHMANN, 2014 [1972], p. 353, nota 73) tratar-se de um *continuum*.

366 LUHMANN, 2004 [1993], p. 297.

programada; precisamente, uma hierarquia de fontes formais do direito. Assim, em termos típico-ideais: primeiro, o constituinte estabelece a decisão programante que não deve recursividade a nenhuma decisão programada anterior. Em seguida, o legislador, dotado de legitimidade e argumentando pela valoração política de valores (ideologia), produz uma decisão programante que apenas precisa referir-se juridicamente à interpretação da constituição. Enfrenta alta complexidade desestruturada, devendo ouvir e considerar interesses e valores dos mais conflitantes, expressos pelas formas mais diversas, de modo a produzir uma decisão "representativa" dos grupos que garantem a provisão do apoio político e que possa ser universalizada como expressão em alguma medida da "vontade do povo". A administração pública não pode criar direitos e deveres, mas apenas detalhar a lei por meio da produção de normas infralegais (programadas pela constituição e pelas leis). Finalmente, o juiz, em face de um caso concreto, precisa argumentar considerando as circunstâncias fáticas e a interpretação das normas constitucionais, legais, administrativas e contratuais. A sentença, então, é a decisão mais programada, que mais exige recursividade a textos jurídicos, limitando assim o arbítrio do julgador.

A descrição desse cenário institucional não é (mais) totalmente plausível. Por um lado, temos as diferenças entre centro e periferia do direito, entre decisões programadas e decisões programantes e a observação de que as *programações finalísticas* (valores ou fins positivados, sem hipótese de aplicação ou meios normativamente definidos) são prioritariamente políticas, enquanto as *programações condicionais* (normas bem definidas na hipótese de aplicação e consequência imputada: se-então) são a matéria prima típica do direito. Essas distinções autorizam a interpretação de que Luhmann adota em termos descritivos algum formalismo, ainda que mitigado, em contraste com o realismo típico da sociologia jurídica mais empiricista e comportamentalista.

Mas a semântica formalista nos termos estritos de uma separação asséptica entre arbítrio político e prudência judicial não resiste à configuração estrutural da tomada de decisões arranjada pela separação de poderes. Aqui, procedimentos reduzem a incerteza na tomada de decisões, fazendo com que sua aceitação presumida por terceiros (institucionalização) não dependa de denso consenso substantivo quanto a valores. As expectativas podem ser reestruturadas sem que os indivíduos tenham que "internalizar instituições". Basta que confiem que os outros confiam na tomada de decisões. O problema da arbitrariedade da dominação e da redução da complexidade e da contingência ganha a forma certeza/ incerteza. O paradoxo da certeza da incerteza é gerenciado por procedimentos, que associam à incerteza do resultado a certeza da correção dos ritos e

formas da deliberação[367]. Aumenta aqui o potencial de aprendizagem, correção e revisão do direito. A separação de poderes constitui uma teia procedimental pela qual procedimentos judiciais, administrativos, eleitorais, legislativos entram em uma conexão circular e conflituosa, podendo as mesmas decisões serem reabertas e redefinidas, assim como fechadas pelo esquema de vetos múltiplos. Por esse esquema se controla e se reduz a capacidade de aprendizagem. Pela sobreposição procedimental e circulação e contracirculação das escolhas, viabiliza-se o dissenso substantivo com a confiança nos procedimentos[368]. Afinal, não há uma redução crescente de complexidade associada aos poderes e fontes do direito; a hierarquia formal esconde que em cada arena as questões substanciais são reabertas[369]. Apenas a determinabilidade da semântica à disposição e dos constrangimentos institucionais é que define a diferença de grau e estruturação entre a complexidade a ser enfrentada em cada centro decisório, político ou jurídico.

Por outro lado, a complexidade reduzida e estruturada a ser enfrentada pelo juiz (o fechamento operativo do direito no centro), em comparação com a abertura e indeterminação do legislador ou administrador (a abertura cognitiva na periferia do direito), é expandida pela delegação de poder contida na formulação de normas abertas, no uso de conceitos indeterminados, em flexibilizações da irreversibilidade das sentenças e na inclusividade de procedimentos envolvendo direitos de titularidade coletiva ou difusa e/ ou riscos que demandam análise técnica de alta especialização e mecanismos de reversibilidade das decisões judiciais e monitoramento da implementação de medidas não elementares em termos gerenciais.

O juiz, devendo produzir uma decisão programada (a sentença), com recursividade a decisões programantes, precisa justificar uma fidelidade interpretativa. Produzir textos com base em textos – precisamente, *interpretar*. Essa recursividade ou autologia constitui o fechamento operacional. No interior de um sistema social específico – o procedimento – a interpretação está vinculada à *argumentação*: justamente observação de segundo grau, observação sobre as interpretações[370].

A diferença entre texto e expectativa ("fato ou norma") corresponde ao problema da interpretação. Para a interpretação jurídica, a ques-

---

367 LUHMANN, 1980 [1969].

368 NEVES, 2008 [2000], p. 136-56.

369 *Ibidem*, p. 186-7. Daí a solução de Merkl/ Kelsen: a hierarquia (estrutura escalonada) formal de validade das normas deixa em aberto a definição do conteúdo para além das atribuições de competência.

370 Sobre a especificidade da argumentação jurídica, ver LUHMANN, 1995e; 2004 [1993], cap. 8.

tão é que norma "extrair" de um texto dotado de autoridade para o sistema (fonte do direito). Mas as várias possibilidades de norma que a interpretação produz e estrutura precisam ser processadas com vistas a determinantes situacionais e a uma decisão a que se tem que chegar. A argumentação precisa "manipular" as possibilidades interpretativas para eleger uma dentre elas – e, então, produzir a regra concreta a seguir naquele caso e *justificar* tal decisão.

Portanto, quanto à abertura cognitiva que o fechamento operacional proporciona, a consequência da teoria luhmanniana para a interpretação jurídica é uma rejeição ao formalismo interpretativo estereotipado como dedução mecânica ou interpretação literal. O direito só pode decidir sobre o lícito e o ilícito, essa decisão é mediada por programas, mas a interpretação e a argumentação (sem esquecer da instrução probatória) flexibilizam o sentido, de modo que os textos de normas são mero meio para a produção de formas – a cada interpretação, reabre-se certa contingência do sentido e, assim, toda aplicação é também criação de norma[371].

Direito positivo é direito contingente: poderia ser diferente. Não há como produzir certeza plena. Apenas é possível imunizar o sistema contra insegurança radical ("anomia") pela exigência de justificação das decisões. A distinção entre decisão programante e decisão programada capta as possibilidades da decisão. Decisões programantes são jurídicas, mas sensíveis a outros sistemas, como a economia (os contratos como decisão programante) e a política (a lei como decisão programante). Porém, não é possível excluir totalmente a indeterminação na tomada de decisões mais jurídicas, mais programadas: as decisões administrativas e, sobretudo, a decisão judicial. Ademais, a decisão judicial se vê confrontada com uma indeterminação substancial que não é plenamente resolvida apenas pela referência a programas condicionais.

Assim, as teorias positivistas-analíticas revelaram um lado indispensável do direito: o aspecto formal, de procedimentos que ligam interações a organizações e organizações que tomam decisões por procedimentos. Deixaram à periferia do direito (aos poderes políticos) o outro lado: a questão da substância do direito. O conteúdo é decisão política, decisão programante – com essa divisão de trabalho, preserva-se a dignidade do legislativo e do executivo. Suas decisões, sendo políticas, devem ser democráticas (responsivas à opinião pública) e legítimas. Quando ganha vulto uma teoria da interpretação substancial do direito, idealista, ao mesmo tempo em que se fortalece o controle judicial de constitucionalidade, é preciso balizar a tomada de decisões programadas (jurídicas) sobre uma decisão programante (política).

---

371 Ver CARVALHO NETO, 2016.

Por meio do procedimento, a diferença *direito pleiteado/ dever* é transformada na diferença *direito reconhecido/ responsabilidade*, cuja unidade é a sanção (positiva ou negativa). A transformação dos dados de entrada invocados pelas partes na sentença produzida pelo juiz, o terceiro que as observa, requer o procedimento como infraestrutura institucional pela qual a argumentação se desenvolve como unidade da diferença entre interpretação e decisão. Unificando o lado das instituições (direito/ dever) e da argumentação (interpretação/ decisão) está a norma: o procedimento jurídico é não apenas autorregulado (competência decisória, rito procedimental) e regulador (criação de normas segundo normas) no aspecto formal, mas também regrado no que diz respeito às balizas argumentativas (direito substancial). A reflexividade constitucional é usada não apenas para a coerência na interpretação de normas constitucionais, mas também se expande para a "interpretação conforme a constituição" da normatividade infraconstitucional (e, na dogmática, desenvolvem-se as doutrinas de eficácia privada dos direitos, assim como de constitucionalização dos diversos ramos do direito, especialmente do direito privado).

A argumentação jurídica prática ou doutrinária não pode se conter em considerações lógicas sobre relações formais entre regras. Precisa adentrar em considerações substantivas. Com o declínio do direito natural, como nota Ely, citando Unger, casos concretos revelam "*uma mistura do geral inútil com o específico controverso*"[372]. Sem poderem se referir à moralidade imanente como verdade revelada (direito natural), os juristas precisam apelar à opinião comum partilhada em diversos tempos e sociedades. Mas, quanto mais concretos os argumentos, menos convincentes; quanto mais vagos, mais indeterminados e abertos a uma variedade de interpretações[373].

Atenuando a separação entre política e direito, a análise jurídica racionalizadora (1.4., *supra*) prega que o juiz pode tomar decisões fundamentais enquanto interpreta a constituição. Isso porque sua decisão não é apenas um juízo lógico sobre regras (antinomias e lacunas do sistema) e uma verificação da regularidade formal, procedimental (da validade dessas regras). É um juízo sobre a política – não tanto a política empírica, das controvérsias ideológicas, dos partidos e da opinião pública, mas a "moralidade política" de uma "comunidade".

A complexidade do ambiente interno do direito – por onde circulam direitos e deveres, poderes e responsabilidades – foi reconhecida primeiro, sobretudo no direito privado, por meio da diferença temporal

372 ELY, 1980, p. 64.

373 UNGER, 1984a [1975], p. 241.

entre direito subjetivo garantido e exercício desse direito. É o conflito de pretensões jurídicas mutuamente excludentes (ainda que parcialmente) com titularidade diversa. É o conflito "interindividual", ao qual respondeu o conceito de "abuso de direito". A diferença entre direito garantido e direito exercido, pela qual o sistema jurídico desdobra temporalmente o paradoxo da autorreferência em ambiente interno, produz-se no sistema como uma contradição nos casos em que se reconhece o "abuso de direito", em situações concretas isoladas.

Posteriormente, houve o amplo desenvolvimento de uma visão que distinguiu regras e princípios como estruturas normativas e identificou direitos predominantemente com princípios, teoria que ressoou sobretudo no direito constitucional. Com isso, desenvolveram-se critérios de interpretação e argumentação para a tomada de decisões que não tivessem à disposição rígidos roteiros de programação condicional (se-então; hipótese de fato e consequente normativo), mas em relação às quais pudessem ser identificados, também ou exclusivamente, critérios mais elásticos de programação finalística, com a definição mais ou menos vaga de objetivos sem uma estrita ordenação dos meios e procedimentos para realizá-los.

Não há problemas para se reconhecer, em termos da teoria dos sistemas, a diferença entre regras e princípios como desdobramento do paradoxo (ou desparadoxização) de que o sistema jurídico é cognitivamente aberto porque operacionalmente fechado. A diferença princípio/regra diz respeito ao grau de estruturação da complexidade oferecida às organizações que decidem sobre o direito. Essa diferença é construída na cadeia de interpretação-argumentação-decisão voltada à solução de um problema: portanto, quando o sistema jurídico realiza observação de segundo grau. Regras oferecem um maior grau de estruturação da complexidade e são diretamente razões para a decisão – reforçam o fechamento operativo do direito. Princípios permitem a abertura do direito à complexidade desestruturada do ambiente social externo; trazem para o direito uma complexidade pouco estruturada (*i.e.* pouco reduzida, pouco "preparada"). *Dependem da aplicação ou criação de regras para a justificação da decisão.* Há, entre regras e princípios, uma relação de complementaridade e tensão[374]: enquanto princípios operacionalizam uma reflexividade sobre as regras (referindo-as a propósitos e valores considerados normas jurídicas), regras reduzem o campo de sentido disponível ao intérprete. Portanto, o direito institui normas de normas não apenas formalmente (reflexividade procedimental), mas também materialmente (remissão de regras a princípios, políticas e propósitos).

[374] Para essa interpretação dos princípios e regras constitucionais como diferença que emerge na argumentação e na dogmática, ver NEVES, 2013 [2011], cap. 3. Ver também RAMOS, 2017.

Observando o contexto jurídico em que emerge e tem sucesso a visão dos direitos como princípios, é preciso apontar que se trata de um contexto de materialização do direito e de judicialização da política. Os programas jurídicos incorporam, em sua indefinição interna (em vez do caráter formal das regras), a remissão a parâmetros extrajurídicos (formas políticas, econômicas, científicas, que o direito processa pelo caráter "material" dos princípios). O problema então é como remeter essas decisões para o centro do direito, torná-las processáveis nos limites das cortes, fora da zona de conforto dessas questões (a tecnicidade administrativa ou a legitimidade política).

Se cruzarmos o eixo decisão programante/ decisão programada com o eixo programação condicional/ programação finalística, teremos que a programação finalística seria da competência dos poderes políticos, especialmente da constituição, depois da lei e, no máximo, do poder executivo – a quem, mais precisamente, caberia realizar os fins, dispondo dos meios com certa discricionariedade. Ao menos político e mais jurídico dos poderes – o judiciário – caberia apenas aplicar as regras, os programas condicionais: constatando os fatos descritos na hipótese normativa, impor a sanção aí prevista. A expansão do controle judicial de constitucionalidade – com a extensão das formas de intervenção do judiciário ou da corte constitucional sobre as decisões legislativas e administrativas – esfumaçou essa divisão de trabalho. E a semântica jurídico-teórica correspondente estabeleceu uma circularidade estreita entre teoria do direito e decisão judicial. Assim, por exemplo, o que é a fórmula da proporcionalidade desenvolvida pelo tribunal constitucional alemão e sistematizada por Alexy[375]?

Evidentemente, esse raciocínio exemplifica a expansão da oferta de justificativas decisórias proporcionada por novas teorias interpretativas, especialmente quando colocam como escopo oferecer mecanismos que degradem a contradições superáveis caso a caso paradoxos consagrados como matéria constitucional – a indeterminação institucional do imaginário constitucional. Após reconhecer que a decisão judicial depende de argumentação que supere os impasses a que chega o órgão decisório por técnicas tradicionais de interpretação, teorias constitucionais contemporâneas oferecem diversas vias argumentativas de controle da racionalidade da justificação da decisão.

O juiz ou tribunal pode aferir a adequação e a necessidade do ato legislativo ou administrativo e sopesar o bem que ele promove com o mal que causa ou é capaz de causar (transcritos como promoção ou restri-

375 ALEXY, 2008 [1986].

ção de direitos). O que não é evidente é que o sucesso do método da proporcionalidade e seu uso na judicialização da política advêm de que se trata justamente de um mecanismo de conversão de programas finalísticos em programas condicionais e de uma volta por cima do judiciário sobre o governo – programando o programador. Hierarquia entrelaçada ou metáforas semelhantes são as imagens paradoxais que vêm à mente. Então, fica difícil sustentar a expectativa dos codificadores e da escola da exegese: se há centro do direito, não é (mais) o legislativo.

Mas por que *conversão de programas finalísticos em condicionais*[376]? O direito transforma programas condicionais em finalísticos ou (1) definindo a finalidade episodicamente, e não como um fim de todo o sistema; (2) ou por regras processuais, pelas quais se imuniza os julgadores de serem responsabilizados por não atingirem a meta – assim, a decisão é orientada pelos elementos à disposição do convencimento do magistrado, e não vinculada à obtenção dos fins. A proporcionalidade permite a redução pragmática dos fins ao caso concreto, e em seus limites informacionais.

A técnica do sopesamento responde pela desparadoxização da diferença entre decisões programantes (finalísticas) e decisões programadas (condicionais) por meio da condicionalização dos programas finalísticos. Mas também se aplica para desparadoxizar a diferença entre utilidade coletiva (o caráter consequencialista das políticas públicas) e direito individual (com caráter deontológico, *a priori* inviolável, insuperável, absoluto).

Reconsideremos então a visão dos direitos como princípios, ou como "trunfos" que derrotam qualquer outra justificação de medidas e decisões políticas[377]. Toda justificação político-moral deve partir da igual liberdade dos cidadãos. Ao se balancear os interesses em jogo, um cálculo utilitarista que considerasse em pé de igualdade os interesses de todos poderia conduzir à defesa de certa medida, mesmo que ela contrariasse um interesse fundamental individual, desde que houvesse um incremento comparativo do bem-estar geral. Conceder à minoria a prerrogativa de deter tal medida seria dar peso especial a seus interesses, quebrando o igualitarismo do cálculo. Dessa forma, o papel distintivo dos direitos na argumentação moral, política e jurídica está em ultrapassar todas essas justificações de fundo sobre objetivos coletivos. Mas essa solução só se sustenta por um paradoxo: a própria teoria da justiça política (a consideração dos valores e do bem-estar coletivo) é defensável uma vez que seja

376 Ver LUHMANN, 2004 [1993], p. 196-203.
377 DWORKIN, 1984 [1981].

igualitária; uma vez que seja igualitária, não pode se contentar com a igual consideração dos interesses individuais no cálculo geral das preferências; precisa contrabandear pela porta dos fundos a exceção: a medida com consequência mais positiva para o bem-estar da comunidade prevalece, *desde que* não fira um direito. Como os valores normatizados não conduzem por si só à decisão, a decidibilidade precisa ser habilitada por uma distinção interna. A conclusão paradoxal é de que o justo político é justo porque abrange o direito individual. O último re-entra o primeiro.

"*Talvez ainda estejamos esperando, mas provavelmente sem muita esperança de sucesso, uma correspondência entre decisão e princípio, uma fórmula redentora, conclusiva, um sistema no sentido daquele de Kant e uma lei geral, válida* ***a priori****. Todavia, o fundamento geral de toda decisão reside não em um princípio, mas em um paradoxo*"[378]. Direitos são então apenas *a priori* triunfantes: absolutos, invioláveis, insuperáveis por considerações utilitaristas ou consequencialistas de bem-estar coletivo e política pública. Afinal, podem ser derrotados não apenas pela demonstração de alguma falácia de validação formal ou substancial (o direito subjetivo invocado não é amparado pelo direito), mas também pela demonstração de algum custo excepcional e irrazoável que a sustentação daquele direito (a prevalência da dignidade ou da igualdade) iria impor contra a medida conflitante com tal direito[379].

Lembremos que a racionalidade, o juízo sobre meios e fins, substitui a remissão a algum valor absoluto ou a dogmas morais gerais dos quais poderiam ser "deduzidas" aplicações particulares. De fato, meios e fins são interdependentes; os meios só são justificáveis em vista dos fins e os fins necessitam de sua própria justificação. Mas então, no raciocínio instrumental, é preciso distinguir o fim declarado – a finalidade em vista da qual se justifica o emprego de tais ou quais meios, a ideia das consequências – da análise empírica, independente das crenças subjetivas, dos resultados realmente produzidos ou produtíveis por aqueles meios, da função verificada ou verificável[380]. Meios alternativos precisariam ser analisados, e não deduzidos de alguma fonte independente. Nesse ponto, como já notado (3.5. *supra*), a dogmática tradicional e a argumentação jurídica que a segue se retraem.

Apesar da racionalização idealista, avançada sob a justificativa de uma semântica capaz de nutrir a segurança e a certeza do direito contra

---

[378] LUHMANN, 2008 [1992], p. 20.

[379] DWORKIN, 1977, p. 200. Ver também a discussão de COSTA-NETO (2015), sobre direitos como trunfos e sopesamento.

[380] DEWEY, 1964 [1938].

as aventuras da indeterminação realista e crítica, as cortes estariam de novo desorientadas pela filosofia e dependentes de um juízo técnico (a mensuração dos custos em questão). Essa recaída no empiricismo, porém, tende a ser na prática escamoteada[381], pois é mais fácil à argumentação jurídica e ao discurso doutrinário permanecer no plano normativo, seja aquele de primeiro grau (das regras já formalizadas e reconhecidas como jurídicas), seja aquele de segundo grau (que indaga dos valores subjacentes a tais regras, colocando em questão sua defensabilidade moral/ normativa, ou remete a normas jurídicas – princípios, *standards*, políticas – que, entretanto, seriam elas mesmas remissíveis a juízos de fato e valor).

Mais uma vez, a solução criativa do sopesamento ou da regra da proporcionalidade vem a decidir – ou a driblar a necessidade de juízo e decisão sobre – o que a pura remissão a valores e fins deixaria em aberto. A questão dos meios, da liberdade política de escolha dos meios, permanece, porém, vulnerável. E então as fricções entre política e direito, ou entre centro e periferia do sistema jurídico, fazem-se sentir, entrando em cena considerações de legitimidade e capacidade técnica na análise institucional comparativa. Da controvérsia sobre o caso em juízo, sobre como decidir, passamos ao juízo sobre as controvérsias institucionais, sobre quem deve decidir e sobre como decidir quem decidir.

Dado esse passo, da indeterminação interpretativa à indeterminação institucional, como podemos interpretar o problema da interpretação em referência aos centros da política e do direito? Da parte de Luhmann, como visto, é preciso coordenar, de um lado, o reconhecimento da diferença entre centro e periferia do direito – ou entre decisão programada e decisão programante; de outro, a perspectiva da abertura cognitiva por meio do fechamento operacional na comunicação jurídica, isto é, na interpretação e na argumentação. Estruturas normativas (a constituição, os princípios) aumentam a indeterminação, a complexidade circulante no sistema jurídico e em seu subsistema central: os tribunais. Esse aumento de complexidade aumenta o grau de variabilidade interpretativa e a flexibilidade da argumentação. Mas a conformação institucional – procedimental – da tomada de decisão judicial restringe seu escopo em relação à decisão política.

Da parte de Unger, não seria impreciso descrever que sua teoria do direito está muito mais preocupada em ampliar a capacidade de variação da periferia do sistema jurídico e de seus acoplamentos estruturais (poderes políticos, constituição, contrato, propriedade) do que em prover critérios de consistência para o centro do direito – as cortes. Não obstan-

[381] Como nota TEUBNER, 1989, p. 742-52.

te, sua crítica da análise jurídica racionalizadora tanto quanto da visão da indeterminação radical do direito encaminham-se em paralelo a uma observação sobre o escopo da sentença. A forma de argumentação típica no auditório judicial é o raciocínio analógico, visto como um método de equiparações caso a caso, com referência a propósitos, mas com baixo grau de abstração e generalização. Em contraste com esse raciocínio "local" coloca-se não apenas um positivismo ou formalismo que desconhece controvérsias substantivas em nome da aplicação "legalista" de regras, mas também uma visão moralizante e com aspirações sistematizadoras, uma superestrutura que não apenas revela parcialmente o caráter substancialmente controverso do direito, mas pretende que o juiz seja protagonista de uma racionalização que consagre pouco a pouco a correta ordenação valorativa e a melhor forma de organização de cada setor da sociedade.

E aqui encontramos, finalmente, uma referência explícita de Luhmann a Unger[382]. Unger apresenta os juízos finalísticos como particularistas e instáveis, uma vez que o meio mais efetivo para um fim varia de situação a situação e os propósitos são complexos e móveis. Luhmann considera a posição de Unger "muito controversa". Mas afinal concorda que a programação condicional combina abertura e fechamento do direito, reduzindo a margem para considerações causais e fazendo com que cada remissão a finalidades ou propósitos torne o sistema muito dependente de considerações ambientais e o desestabilize. Desse debate, podemos extrapolar uma conclusão sobre as teorias idealistas do fim do século passado: expandir raciocínios finalísticos para além do particularismo, com a pretensão de tender a uma teia coerente de valores que confira objetividade ao juízo normativo, só pode desestabilizar o direito a ponto violar abertamente o fechamento operativo do sistema jurídico – e, portanto, sua abertura cognitiva.

De fato, fora da mentalidade formalista e do direito liberal por ela conceituado, o direito social, "substancializado" pela heterorreferência a questões econômicas, políticas, sanitárias só pode ser construído e interpretado juridicamente por referência a propósitos, princípios e políticas (em termos normativos) e a *standards* e critérios técnicos (em termos empíricos). Essa dupla abertura precisa ser cauterizada pelas regras formais e dá margem a certa indeterminação. Contê-la pelo suporte de fundo dos princípios em concepções abrangentes de valor e justiça pode dar integridade e objetividade à interpretação – mas será uma coerência falsa e arbitrária. Em termos de ambiente institucional da interpretação, confi-

[382] LUHMANN, 2014 [1983], p. 285 e 384 (nota 14); 1988c, p. 24 (nota 27); UNGER, 1976a, p. 86.

gura reforçar a juristocracia diante dos poderes políticos e da autonomia privada. Em termos de operação interpretativa, coloca um único modelo de organização da área do direito em questão onde a ação conjunta dos propósitos, princípios e políticas em jogo produz na verdade esquemas de vida diversos e divergentes. Mas elevar a discussão a esse nível (das regras formais e normas ideais correspondentes à inter-referência desse material normativo a teias de valores abrangentes) é passar para o lado da política, da criação do direito, o que recomenda deferência dos juízes aos legisladores e administradores. O que não pode ser resolvido pela interpretação de regras formais à luz de uma substância ideal a ela referente de modo mais ou menos incontroverso não deve dar margem a "acordos teóricos" entre juízes; deve ser remetido o mais possível do lado de arenas em que os acordantes são mais abrangentes e representativos.

Essa divisão rotineira de papéis institucionais na construção do direito (mantida na interpretação finalística e analógica) é o caso normal; pode, é certo, ser insuficiente para situações excepcionais[383]. Assim é que, de um lado, diante de casos em que a interpretação do direito posto conduziria a resultado manifestamente injusto e dissonante dos costumes e das expectativas associadas a papéis e posições, essa interpretação pode ser superada por meio de um ajuste pela equidade. De outro lado, especialmente no controle de constitucionalidade, a inércia e os impasses dos poderes políticos podem conduzir a uma situação de crise indecisória; então, sobretudo as cortes superiores precisarão compensar a incompetência da política por uma intervenção de reinterpretação radical da constituição, em um ato de "estadismo judicial". Em ambos os casos, o desvio da normalidade jurisprudencial pode manifestar suas justificações sem pretender desvendar razões ocultas e moralidades subjacentes em uma história de precedentes e leis. No caso da macrointervenção, é certo, sua legitimidade é ampliada à medida que a ação judicial é apoiada, se não pelo centro da política (paralisado), por sua periferia (movimentos sociais, partidos, grupos de pressão). Mas então as regras do jogo são as da contestabilidade política.

É certo que essa escolha de estilos interpretativos é mais a prescrição de uma dinâmica contingente de autocontenção judicial (moldada pela cultura jurídica e por incentivos e constrangimentos organizacionais) do que uma decorrência inerente da distintividade da argumentação jurí-

383 Sobre esses níveis de interpretação, ver UNGER, 2015b [1982], p. 98-9, 177-8. Sobre o caso normal e os casos especiais da interpretação judicial, ver UNGER, 1996a, p. 113-9; 2015a, p. 50-1. Sua visão de interpretação parece então próxima à de Fuller e mesmo à da nova retórica de Perelman (citado em UNGER, 1970).

dica. Parece ser a última trincheira defensável da racionalidade do discurso jurídico; uma espécie de "formalismo" mitigado, se por formalismo entendermos "*um compromisso em, e então também uma crença na possibilidade de, um método de justificação jurídica que contrasta com disputas abertas sobre os termos básicos da vida social – disputas variavelmente apelidadas de ideológicas, filosóficas ou visionárias*"[384].

A tese da indeterminação institucional de Unger reconhece o caráter controverso do direito e, justamente por isso, volta-se para a argumentação sobre os diferentes modos de organização social juridicamente especificados – para o mapeamento dessas alternativas e sua crítica segundo critérios empíricos e normativos. O problema da análise jurídica racionalizadora está em fechar o campo de visão das alternativas juridicamente moldadas – fechar este campo seja pelo foco privilegiado no juiz, seja pela redução da controvérsia substantiva e valorativa presente na comunicação jurídica. Pretendendo sitiar a discricionariedade na tomada de decisões, esse neorracionalismo acaba por marginalizar os procedimentos políticos de produção do direito.

Em suma, há diferentes modos de organização e de procedimentos que conformam a argumentação. A argumentação também se volta à confirmação ou criação de instituições, e certas doutrinas ou princípios empoderam o judiciário nessa tarefa – por exemplo, teorias como as de "interpretação conforme a constituição", "eficácia privada", "constitucionalização do direito" e "estado de coisas inconstitucional". A argumentação jurídica não ocorre no "céu dos conceitos", das formas puras. A argumentação, de um lado, ocorre em um contexto institucional e, de outro, forja instituições. A unidade dessa diferença é que a argumentação é não apenas produção de normas jurídicas a partir de normas jurídicas, mas também segundo normas jurídicas. E mais, o produto desse processo é jurídico e seus fatores também, pois a argumentação, a motivação, a justificação têm que comunicar sempre usando o código lícito/ ilícito e o meio da validade. Essa comunicação – fechamento operacional – é também uma representação: ela é que conta socialmente. Mas não estão excluídas quaisquer motivações ou causas para além do direito, para além das confessáveis.

Na autoprodução há causas controláveis e causas incontroláveis, que o sistema não encontra dentro de si mesmo. O que ele pode controlar, em certa medida, é a seleção de causas externas por operações internas. Perdido esse controle, o sistema se dissolve no seu ambi-

---

384 UNGER, 2015b [1982], p. 79. Comparar com SCHAUER (1988), sobre "formalismo presumido".

ente. Isso vale para a sociedade e todos seus subsistemas: interações, movimentos de protesto, organizações, sistemas funcionais (direito, economia, política, saúde).

É preciso então frisar como se relacionam os problemas da interpretação, argumentação e justificação jurídica/ judicial e de sua inserção no contexto institucional de diferenciação de organizações e sistemas funcionais. A partir do reconhecimento da diferença entre texto normativo e norma jurídica, a hermenêutica avançou na especificação de formas interpretativas e procedimentos organizados voltados aos direitos. Porém, a lição mais importante dos desdobramentos da teoria da interpretação jurídica ao longo do século vinte foi de que há uma descontinuidade fundamental entre interpretação e implementação. Por mais que se preocupe com a "eficácia" e "concretização" dos direitos e afirme que toda aplicação do direito é "criação", a hermenêutica jurídica submete essas categorias a uma autologia na relação entre norma e texto normativo que apenas sublinha os limites da diferença entre determinação/ indeterminação interpretativa e determinação/ indeterminação institucional. Um problema dessa distinção é muitas vezes identificar instituições com organizações, e então tratar de procedimentos mais que da argumentação substancial sobre o direito. De outro lado, pode-se tratar da argumentação substancial sem colocá-la no quadro mais amplo de seus limites e das possibilidades que ela deixa de fora.

A diferença interpretação/ instituição certamente apresenta uma unidade: instituições (complexos normativos) são interpretadas segundo textos e a interpretação é condicionada por limites *institucionais*, a começar pelas definições normativas que identificam órgãos e procedimentos funcionalmente especializados. Os limites institucionais de uma interpretação judicial não podem ser confundidos com a indeterminação das instituições jurídicas – diferentes organizações gozam de diferente legitimidade (ou melhor, institucionalização, consenso presumido) para a modelação, modificação e criação de instituições (direitos, propriedade, federalismo, eleições). Por isso, a tese ungeriana da indeterminação institucional – de que mercados, governos e outros âmbitos da sociedade podem ser organizados de diferentes formas, esquadrinhadas na textura fina do direito – não se confunde com o problema da indeterminação interpretativa do direito no âmbito judicial. Esse problema, que tem monopolizado a teoria do direito, é foco de controvérsias teóricas como aquela entre o interpretativismo de Dworkin e a indeterminação radical com a qual se estereotipizam os *critical legal studies*.

A tese da indeterminação institucional tem alcance mais largo que o problema da interpretação judicial. Ela permite mapear e criticar as

diferentes formatações de órgãos e procedimentos voltados à interpretação do direito, inclusive colocando em disputa os termos da precedência ou deferência judicial, da soberania do parlamento, da competência do executivo para a definição e implementação de direitos (na forma de políticas públicas) ou de tarefas colocadas pela ordem jurídica que demandariam novos poderes de estado.

Da perspectiva interpretativista, cujo horizonte é a tomada de decisão jurisdicional, a indeterminação do direito decorre daquilo que Hart[385] chamou de "textura aberta da linguagem", incontornável em qualquer enunciado (inclusive nos jurídico-normativos). De uma perspectiva institucional, que não só coloca a jurisdição no contexto da separação de poderes, mas sobretudo no quadro da diversidade de alternativas de organização e procedimento na produção do direito (jurisdição, mediação, contrato, legislação, gestão), é preciso constatar a especificidade da indeterminação que toma corpo no judiciário. Essa especificidade advém justamente de sua posição de órgão decisório central do direito: como identificado por Luhmann[386], a proibição do *non liquet*, de decidir não decidir, transmuta a obrigação de decidir em liberdade para decidir, isto é, coloca o juiz na posição de observador de segunda ordem, ampliando o horizonte de contingência, de soluções possíveis. Essas soluções então só podem ser trabalhadas no discurso de argumentação sob critérios mais ou menos pré-definidos, como observação de segundo grau – não da mera interpretação, como produção de textos com base em textos. Tal obrigação de decidir, que distingue o judiciário dos poderes políticos e das formas privadas de solução de conflitos, gera um tipo de indeterminação específico, decorrente da posição institucional no sistema jurídico. Não por acaso, as garantias de imparcialidade do juiz caminham lado a lado com sua imunização quanto a responsabilidade pelas consequências de sua decisão. Daí o formalismo relativo que caracteriza e limita as cortes, o centro do direito, em contraste com a liberdade criativa das formas que identifica a periferia do sistema jurídico.

Por exemplo: comentando esse tema e apresentando essa distinção entre indeterminação interpretativa e institucional, um observador[387] afirma o dilema central da ideia de que o judiciário possa implementar reformas estruturais de longo alcance em vez de se cingir à tradicional solução de controvérsias interindividuais. Trata-se do "*trade-off*" de que "*quanto mais 'efetiva' a ação do Judiciário, menos limitada; quanto menos 'efetiva', mais limitada*".

---

385 HART, 1994a [1961], cap. 7.

386 Ver LUHMANN, 2004 [1993], p. 274-304.

387 RODRIGUEZ, 2016, p. 125.

Contudo, a questão não é assumir esse dilema: ele só vale dados os pressupostos atuais de organização, procedimento e arsenal argumentativo; pode ser destravado pela transformação desses pressupostos. É preciso então passar da estática à dinâmica, sem pretender que a "escolha" das novas molduras será dada por um processo análogo à reprodução interna dentro da moldura atual de crenças e instituições. Que tipos de mudanças em procedimentos e organizações voltados à implementação de direitos permitiriam uma saída a tal dilema? Pois, afinal, a hipótese aqui é de que, esgotado o potencial interpretativo e argumentativo do direito, batemos nos limites institucionais da posição judicial. "*Se esgotei as justificações, então atingi a rocha dura e minha pá entortou. Então estou inclinado a dizer: 'é assim que eu ajo*'"[388]. Não há mais regra a seguir nem a interpretação é capaz de solucionar a controvérsia sobre regras e apontar qual é a regra[389]; é preciso criar nova regra. É então necessário mudar o pano de fundo institucional da tomada de decisões, transitando à periferia do sistema jurídico ou remetendo a escolha a outros sistemas.

É certo que a proibição da denegação de justiça, a vedação do *non liquet* caracteriza o centro decisório do direito, impedindo-o de aplicar o código ao código: de perguntar se é lícito ou ilícito decidir sobre o lícito e o ilícito naquele caso. Os dribles, as técnicas para evitar encarar a górgona do paradoxo constitutivo do direito e ser paralisado por ele, são variados[390]: a distinção antiga entre direito natural e direito positivo, lei e equidade; a distinção moderna entre razões razoáveis e razões irrazoáveis, direito positivo e direitos naturais (pré-positivos, como aplicação do código lícito/ ilícito anterior ao próprio direito); a ficção formalista da completude e coerência formal do conjunto de normas e da racionalidade do legislador; a diferenciação analítica entre regras primárias e secundárias na autorreferência do direito, a decisão de mérito evitada por vícios processuais; a distinção entre as regras e princípios, programas condicionais (se-então) e propósitos, políticas e princípios a eles atribuíveis, manifestos ou tácitos, construídos por abstração sistemática ou apelo às "normas sociais". Afinal, a determinação da decisão, quanto mais difícil, mais depende do apelo específico a noções indeterminadas, do discurso "escolástico", de falar precisamente de coisas vagas. Mas passos sucessivos para trás, a fim de aumentar o raio de visão e a abstração e a generalidade

388 WITTGEINSTEIN, 1999 [1953], § 217.

389 HERSHOVITZ, 2002.

390 LUHMANN, 1988d. Para os correspondentes na filosofia política e nas autodescrições da sociedade, ver LUHMANN, 1988e.

da ficção sistemática, a fim de dar coerência e integridade à ligação entre o direito em geral e o direito no caso concreto, podem levar, se não à queda no abismo da arbitrariedade e da usurpação de poder, à autocontenção nos limites da competência e da capacidade institucional.

Entretanto, não ocorrem apenas transformações semânticas que permitem ao direito e seus agentes prosseguirem por novas distinções argumentativas e doutrinárias, invisibilizando o paradoxo da autorreferência do direito; mudanças estruturais destravam o pano de fundo diante do qual essas distinções operam e fazem sentido; é esse o escopo da imaginação institucional. Daí que progressos na esfera pública dos direitos – incrementos de complexidade – tenham que estar ligados à complexificação da esfera organizada: novos órgãos e procedimentos para processar novos tipos de direitos, relações e conflitos. Aqui a morfologia e a reprodução rotineira do direito passam ao campo da metamorfose e da alteração direta e disruptiva do arcabouço institucional da titularidade e do exercício de direitos, das relações jurídicas, dos conflitos e das soluções de controvérsias.

Parte III

METAMORFOSE

EPÍLOGO: INOVAÇÃO E EXPERIMENTALISMO NO DIREITO

A imaginação é mais importante que o conhecimento.
O conhecimento é limitado.
A imaginação circunda o mundo.[391]
Adão: Isso é reminiscência de um velho. Mas o desejo ardente do meu jovem peito é outro: um vislumbre do meu futuro. Quero ver por que luto e por que sofro.
Eva: Deixa-me ver também. Será que meu encanto não se definhará, não se perderá no decorrer de tantas mudanças?
Lúcifer: Assim seja! Jogarei feitiço sobre vós, e podereis ver o futuro até o fim dos tempos, qual cena de um sonho efêmero; porém, se virdes quão insensato será o objetivo, quão pesada a luta a que vosso caminho vos levará, e para que, devido a isso, o desânimo não vos atinja, e não tenteis escapar do combate, lançarei sobre o horizonte um pequeno raio de luz que vos alentará e incentivará mostrando que aquela visão não passa de uma miragem enganosa, e esse minúsculo raio é a esperança[392].

Qual o futuro da teoria do direito? Qual seu legado? Como pensar *no* direito?

A positivação do direito especificou a normatividade jurídica em relação às orientações difusas de conduta. Fez do próprio direito o controlador da alteração das microestruturas jurídicas – as normas –, nas interfaces com o jogo político e a experimentação privada. Procedimentos e organizações, mas também um campo aberto da personalidade jurídica – a esfera de direitos e deveres, poderes e responsabilidades – poderiam então ser moldados à luz de interesses e ideais contrastantes. Essas formas semânticas e estruturais reconstroem no sistema jurídico as vias pelas quais o próprio direito constrói as molduras institucionais das formas de pensar, agir e vivenciar.

---

391 EINSTEIN, 1929, p. 117.
392 MADÁCH, 2014 [1861], p. 49.

Mas, prometendo garantir a especificidade do direito e ancorá-la em seu campo de combate – a arena judicial –, teorias racionalistas primeiro pressupuseram a univocidade da organização social (a cada tipo de sociedade, um direito com certo "caráter"), depois tentaram purificar ao menos a técnica jurídica de considerações de fato e valor e finalmente acabaram por fazer o direito submergir em um campo de falsas certezas morais. Os céticos protestaram vezes e vezes, iluminando a dependência do direito em relação a considerações que fugiriam de seu controle operacional.

Qual seria a alternativa? Uma teoria que não apenas observe e critique à distância o direito posto, mas contribua para sua reprodução consistente e incite sua inovação experimental; uma teoria que nos ajude a mapear a contextualização jurídica da organização da sociedade, ao mesmo tempo em que reconhece a especificidade das instituições e discursos do direito – uma teoria como essa nos ajudaria a entender como o direito constrói a sociedade ao construir a si mesmo.

Ao se deparar com os fatos, o jurista é um intérprete do direito posto; deve conhecê-lo com acuidade, moldá-lo no interesse na defesa de interesses públicos ou privados, individuais ou coletivos, julgando segundo os materiais textuais e as expectativas normativas e cognitivas que o circundam. Mas o jurista pode querer mais, pode buscar aperfeiçoar o direito. E então irá identificá-lo com a realização da justiça, decorá-lo com discursos sobre a moralidade política, pelo social, em defesa da dignidade, da igualdade, da solidariedade e da liberdade. Neste passo, erra ao identificar o direito atual com o direito possível, apresentá-lo como a culminação da história. Neste passo, torna-se refém das ideias e do contexto em que se encontra, amarrando a ele seu horizonte de sentido.

A macroestrutura social sob a qual vivemos – o complexo de ideias e instituições do qual tomamos parte – nunca é um dado natural, mas se torna naturalizada à medida que cria suas próprias rotinas de trocas, conflitos e debates, com um campo gravitacional que comanda ideias e práticas, estruturas e semânticas. Tudo parece variações sobre um mesmo tema. Para produzir essa imagem de resultado natural da história duas condições são necessárias: celebrar as estruturas como consensuais (de modo que não importe mais contestá-las) e inventar uma tradição que posicione os ideais e entendimentos subjacentes como resultados de uma grande cadeia do ser, sendo aperfeiçoada ao longo da história. Imaginação e consenso, instituições e ideais misturados, costurados e ajustados de novo e de novo formam a "ordem superior" da vida social a partir de entendimentos, acordos e agregações de expectativas muito contingentes e episódicos, precários.

Quando buscamos as "origens profundas" de uma doutrina ou conceito jurídico, procurando dar coerência e continuidade à "evolução" do tema, colocamos a necessidade no lugar da contingência. Quando – em vez de contextualizar e distinguir o que há de particular e o que há de universalizável em cada cenário no qual localizamos certo conceito, tema, problema, direito – racionalizamos retrospectivamente as semânticas jurídicas, e arbitrariamente selecionamos aquelas que mais ecoam entendimentos presentes, subestimamos a contingência e a complexidade da história e a improbabilidade do sucesso, de alguns eventos virem a ser restabilizados como estruturas e marcarem a memória social.

Se contamos histórias das ideias como semânticas flutuando sobre contextos, para além do alcance do tempo histórico, perdemos seus vínculos com as estruturas – "contexturas" (sistêmico-funcionais: política, direito, economia) e "contextos formadores" localizados e temporizados, se não grandes modos, regimes, tipos ou formas de sociedade. Crucial à historiografia é o paradoxo da originalidade, que reside no fato da criação retrospectiva de origens, recortando e juntando algumas peças herdadas como se elas compusessem uma teia histórica racional e coerente. Narrativas que começam das origens e mostram seus desenvolvimentos, as potencialidades já inerentes à ideia original e desenvolvidas como causas finais, manifestam ligações causais e o progresso (ou decadência) necessários. Se pudéssemos começar do presente estado de coisas e usá-lo para iluminar o passado, veríamos uma história de invenções de tradições, reconhecendo o excesso de vias possíveis pelas quais uma ideia poderia haver sido levada e de caminhos não tomados, a desnecessidade em uma história complexa e contingente.

Com tempo e atenção voltados para a solução de controvérsias concretas e circunscritas, na órbita dos tribunais, os juristas têm recursos de autoridade e informação reduzidos para produzir inovação no direito. É sobretudo nas interfaces com a criação privada e a criação política que se pode, sem rodeios, apontar as falhas do direito posto e explicitamente imaginar, pesquisar, detalhar propostas de "conserto" de partes da estrutura jurídica – que, como vimos, não se reduz à estrutura interna do direito (cortes, processo, funções essenciais à justiça), mas representa e normatiza também a economia, a política, a saúde, a educação, a arte, a religião, o esporte, a família. Então o direito se diferencia por suas operações e função, mas se "rediferencia" ao reconstruir juridicamente as expectativas normativas que moldam todos os sistemas sociais.

Portanto, o jurista que observa o direito posto sem dourá-lo pela *quase* filosofia da idealização interpretativa pode apreender a contingência – e então buscar a transcendência do direito. O possível não está pre-

determinado virtualmente, esperando para aparecer a qualquer momento. É resultado de algo novo – que surge violando as probabilidades e regularidades da ordem que essa novidade transforma. A novidade cria a possibilidade[393]. Qual é então o direito inaudito, que pode vir a ser?

A resposta a esta pergunta depende do desenvolvimento de nossa capacidade de respondê-la, o que pressupõe um redimensionamento não apenas da teoria do direito, mas do próprio ensino jurídico. Não devemos ser treinados e nos treinar apenas para nos subordinarmos a regras e doutrinas dadas, mas também para dominá-los, submetê-los ao próprio entendimento e propormos nossa "versão". A capacidade de criticar, sem aquela de construir, é inócua e decepcionante. A construção sem o conhecimento e a crítica do que já é conhecido torna-se uma desorientação para si e cultiva descrédito junto aos outros. É preciso diferenciar, discriminar, julgar o que é dado e, então, ganhar confiança e entendimento para projetar e executar novos cursos de ação[394].

Como notei (4.5.1. *supra*), as instituições sociais rotinizam práticas e discursos de modo a conter e constranger a possibilidade de inovação; ao mesmo tempo, o domínio desse repertório pode funcionar de maneira autossubversiva, habilitando-nos a mudar as regras do jogo. Essas regras, porém, estão "blindadas" em diferentes graus e impõem resistência à própria alteração. Por outro lado, criar o novo é como "tatear" na escuridão: há uma opacidade cognitiva, dada pelo vínculo entre conhecimento e memória, que nos obriga a correr grandes riscos ao propor mudanças, ao contrariar expectativas generalizadas. O caráter fragmentário e experimental da mudança opõe-se, assim, à alternativa do "salto no escuro" – pretender criar ou descobrir, de uma só vez, toda uma nova ordem para o mundo – e àquela do culto dogmático do passado consagrado no presente.

Mas como saber se a mudança, se a experiência está dando certo? Sugiro um triplo critério, partindo das dimensões de sentido que referi no capítulo 3 (3.3.1. *supra*). Primeiro, na dimensão social, a mudança está dando certo se enquanto é capaz de gerar sua própria base de sustentação, de generalizar expectativas pelas quais ela possa se integrar na rotina e no campo de conhecimento das pessoas, assim como mobilizar seu próprio apoio e defesa. O critério de correção é a crença generalizada de que está certo.

Na dimensão temporal, a mudança deve ser capaz de ampliar o horizonte de transformações tidas como possíveis, diminuindo a improbabilidade de virem a ocorrer e prolongando a cadeia imaginável de

393 UNGER, 2007a, p. 61-2.

394 Sobre crítica e construção, ver DEWEY, 2008 [1930].

transformações decorrentes. O critério de correção é a crença, a partir dos "primeiros passos", na verossimilhança da hipótese de que se poderá inovar cumulativamente.

Na dimensão material, enfim, teremos o teste específico de "eficiência" ou de "funcionalidade": a mudança funciona em termos de melhorar os serviços de justiça (direito), de aumentar o dinamismo da geração de riqueza (economia), de acelerar a tomada de decisões coletivas (política), de elevar a qualidade do conhecimento produzido (ciência)? Enfim, resolve problemas?

Neste ponto é importante notar a impossibilidade de se separar o que o direito é de como ele funciona. Não há sentido em dizer "a norma é boa", "o problema é a eficácia" ou "a aplicação". O desenho/ criação das normas, assim como a interpretação/ aplicação do direito, integram o modo de operação do direito. "*Dado arranjo jurídico* ***é*** *o que ele* ***faz*** *[...]*"[395]. Em outras palavras, o sentido é "*um produto das operações que usam sentido e não, por exemplo, uma qualidade do mundo atribuível a uma criação, uma fundação, uma origem. Não há, por conseguinte, idealidade divorciada de experiência fática e comunicação*"[396]. O tipo de definição e conhecimento do direito que este livro pretendeu elaborar – uma visão sistêmica, institucional e funcional – procura romper com a ideia de que há, de um lado, normas, estruturas, dever-ser e, de outro, fatos, função, eficácia, ser. O que há para o direito, no sistema jurídico, são operações jurídicas – aquelas para as quais é relevante a distinção entre o lícito e o ilícito, aquelas que atuam sobre expectativas normativas generalizadas (que são tão fáticas, empíricas, quanto expectativas cognitivas), produzindo congruência entre essas crenças.

Já foram definidas a tese da indeterminação institucional e a proposta de mobilização do direito para o mapeamento e crítica das formas atuais e possíveis de modelagem das instituições. Avançando aquela tese e essa proposta com relação à morfologia interna dos sistemas sociais, podemos analisar as trajetórias e horizontes divergentes de construção institucional dos sistemas sociais. Diferentes modos de programação dos sistemas funcionais, de estruturação das organizações, de configuração das esferas públicas e dos acoplamentos estruturais entram nesse escopo de imaginação institucional.

Se voltarmos à morfologia do direito, em paralelo ilustrativo com a economia e a política (figura do capítulo 4, item 4.1. *supra*), podemos ver em cada "zona" dos sistemas funcionais um amplo espectro de

---

395 DEWEY, 1988 [1941], p. 118 (grifos no original).

396 LUHMANN, 2012 [1997], p. 18.

alternativas institucionais. Já explorei (4.4.1. *supra*) algo sobre a configuração, as variadas modelagens da personalidade jurídica. Poderíamos fazer o mesmo quanto ao judiciário (comparando as cortes estatais com os chamados mecanismos alternativos de solução de controvérsias: arbitragem, mediação, conciliação) e às ações (ações civis individuais e ações coletivas; litigância de interesse público; controle abstrato de constitucionalidade e remédios constitucionais etc.). Poderíamos estudar como são moldadas ordens jurídicas não estatais – por organizações como empresas, associações econômicas, entidades esportivas. Poderíamos diferenciar variadas formas de contrato e legislação, desde a autorregulação até a negociação coletiva do trabalho; e elencar diversos elos e órgãos que atuam na cadeia produtiva do direito, como a defensoria pública, o ministério público, a advocacia privada, a assessoria jurídica popular. O desafio, porém, é mergulhar em alguma(s) dessa(s) fatias da institucionalidade jurídica, precisando-as por comparações empíricas e avaliações normativas.

O mesmo vale para os outros sistemas funcionais, na medida em que o direito os modela e regula. Como organizar o centro de governo? Como dosar o nível de participação? Como tornar o estado menos suscetível à captura por interesses minoritários mas organizados? Como estruturar os vínculos entre o sistema bancário e financeiro e o investimento produtivo? Como estruturar as parcerias entre estado e iniciativa privada? Como prover serviços públicos?

São só exemplos e questões iniciais. E são só alternativas já identificadas e praticadas. A tarefa é dar acuidade descritiva a esse tipo de investigação, selecionando e detalhando o funcionamento de fragmentos dessas institucionalidades, mas também distender o repertório de formas de organização social, concebendo e testando alternativas. Afinal, a imaginação institucional – a crítica do direito atual e a construção do direito possível – é a prática de um jogo recíproco entre refinar ideais à luz de suas encarnações institucionais estabelecidas e repensar essas instituições à luz de ideais redefinidos, explorando seus horizontes de possibilidade. Antes de entrar em campo, cabem alguns avisos finais.

Podemos destacar duas ideias-guia, tanto de Luhmann quanto de Unger, como precauções para o desenho de reformas jurídicas. Primeiro: a complexidade do sistema jurídico e sua mecânica e dinâmica autorreferencial, recursiva e iterativa faz cada intervenção ser registrada apenas como uma variação entre outras, com consequências imprevisíveis no processo evolutivo: ninguém sabe se essa variação será selecionada e, se selecionada, se será tomada duradouramente como uma estrutura, como uma forma de sentido assumida, não problematizada e generalizada para

a reprodução atual e futura do direito. Luhmann[397] sublinha que, como elemento irrevogável da estrutura social, o direito é sempre causa e consequência. Mas tanto a mudança social pode ocorrer em condições de invariância jurídica – mudando funções, não estruturas do direito – quanto a mudança jurídica pode ser inócua para uma reestruturação abrangente da sociedade. A controlabilidade do direito por sua positivação, casada a uma visão da separação entre estado e sociedade, conduziu à diretriz de se reduzir a produção do direito a um mínimo. Para assegurar a liberdade sob condições de aumento sustentado de complexidade, todavia, a interferência foi requerida – e foi pragmaticamente implementada ao longo do século vinte, marcado pela ascensão do instrumentalismo jurídico, apesar de uma semântica liberal anacrônica continuar a reproduzir-se como a orientação expressiva do direito, desconsiderando a derrota ou o drible prático desse "espírito". Mudanças planejadas são capturadas por uma dinâmica implanejável de transformação social e o direito é uma estrutura entre outras, um mecanismo de absorção de riscos que imuniza algumas distinções contra o desafio e a mudança. Mudanças no direito são multifuncionais, geram efeitos em cascata em uma multiplicidade de outros sistemas. O outro lado da moeda é que o sucesso de mudanças jurídicas depende de suporte externo. Obstáculos à coordenação no plano dos sistemas sociais e os custos dessa coordenação precisam ser levados em consideração.

Segundo: não há fundamentos para a suposição das teorias da modernização de que basta arranjar cada sistema funcional (direcionando a economia para o mercado, a política para a democracia, a ciência para a pesquisa metodologicamente consistente – ainda que tudo isso seja feito por meios opostos!); o alto grau de especialização e indiferença de cada sistema em relação a seu ambiente e a indocilidade dessa heterarquia a qualquer direção central não criam prospectos de qualquer solução definitiva[398]. Em segundo lugar, portanto, o estranhamento mútuo entre sistemas sociais torna improvável uma sincronia ou harmonia virtuosa no que diz respeito ao caráter de suas estruturas internas. Diferentes tipos de comunicação são úteis em cada sistema e cada um tem um conjunto limitado de ferramentas para reconhecer a informação e providenciar algum tratamento. Assim, reformas abrangentes podem demandar decisões coletivamente vinculantes – instituições e métodos políticos –, não a intervenção cirúrgica de juízes dirigida a sustentar crenças contrafáticas gerais, a manter o nível de imunização da sociedade diante de conflitos

397 LUHMANN, 2014 [1972], cap. 5.
398 LUHMANN, 1995a, p. 180-1.

particularizados entre expectativas incompatíveis. Como direito, política, economia, educação, ciência, saúde, arte, religião se intersecionam, como um pressupõe o outro requer um mapeamento detalhado. Um ponto de partida é a noção de que os direitos emergem como instituições do sistema jurídico que absorvem e retêm "irritações" vindas de outros sistemas. Assim, aqueles "ruídos" do ambiente são retidos e aguardam por uma ordenação jurídica.

Com Unger, podemos começar por sublinhar – parafraseando Marx[399] – "*o núcleo racional dentro do invólucro místico*" da ideia de progresso[400]. Se o século dezenove pôde levar essa ideia ao ápice, reivindicando sua necessidade histórica e um mapa institucional dogmático pelo qual ela seria revelada, a experiência subsequente desacreditou ambas as colunas: o progresso disruptivo ou mesmo incremental é demasiado contingente e reversível; não há uma única fórmula institucional abstrata (como economia de mercado *versus* economia de comando) suficiente para definir os elementos regulatórios em que ela pode ser traduzida praticamente. A via não ilusória para conceber e perseguir o progresso consiste em vê-lo como um conjunto microscópico de ajustes e arranjos em direção a zonas de sobreposição potencial entre as condições do progresso material e as condições da liberação pessoal e coletiva. Para escapar de dogmas, propostas institucionais responsivas a essa visão do progresso que reconhece a contingência apontariam na direção de promover "pluralismos alternativos" – formas contrastantes e concorrentes de organizar uma mesma área da vida social – de modo que as modalidades mais adequadas poderiam ser selecionadas no teste da realidade, sob a luz da experiência (e de forma mais concentrada, controlada e acelerada do que na seleção espontânea de longo prazo[401]).

Finalmente, ganha destaque o caráter contextual e experimental de cada proposta de reforma. Para além do conhecimento e da história local, aqui a diferença inovação/ cooperação vem ao palco[402]. Inovações desestabilizam os arranjos existentes de cooperação e, se absorvidas, tendem a ser retidas (restabilizadas) em uma espécie de solução de compromisso, do modo menos disruptivo para as estruturas estabelecidas. Como o interesse geral e futuro é sub-representado em relação aos interesses sectários atuais, o alcance da transformarão será prejudicado. Mas, se não há uma correspondência biunívoca, ponto por ponto, entre interes-

399 MARX, 2000 [1873], p. 458.
400 UNGER, 1998, p. 5-10, 16-27; 1996a, p. 6-7, 164.
401 UNGER, 2007b, p. 218.
402 UNGER, 1998, p. 10-6.

ses e ideais, de um lado, e determinados grupos ou classes, de outro, as discrepâncias nesses vínculos podem ser politicamente gerenciadas pela exploração das diferenças entre as posições, interesses e ideais atuais e as correspondentes definições em uma ordem futura, atingível por diferentes vias. Entre a necessidade sócio-histórica e o caos total, uma tarefa de coordenação política se desenvolve no processo de transformação. Se a política não pode ser posta por decreto, os elementos técnicos das reformas e a análise jurídica também não podem compensar as falhas da comunicação política. E isto é crucial em um tempo em que o direito permanece em larga medida acoplado ao estado para generalizar-se como vinculação coletiva.

Por outro lado, o experimentalismo privado – na economia e em outros sistemas funcionais – abre espaço para o desenho de transações, a customização de procedimentos arbitrais e mesmo a moldagem de ordens jurídicas próprias – com suas normas e doutrinas, seus poderes e organização. No fundo, o direito da sociedade mundial acopla-se aos contextos regionais e emerge um sistema jurídico diferenciado como um "panótico" de ordens jurídicas de diferentes bases de legitimação e diferentes âmbitos de validade (temporal, espacial, material e pessoal) – ordens nacionais, internacionais e supranacionais, ordens setoriais e transnacionais, direito subnacional e autóctone... As ordens observam-se mutuamente, bloqueiam-se, desacoplam-se uma das outras, como um móbile sem centro nem ápice.

Tentei aqui e agora avançar uma tese e construir ferramentas conceituais para que a coloquemos em prática. A tese é de que a teoria do direito deve ser uma teoria sobre como teorizar no direito – não um ponto de vista externo e desinteressado, mas apenas uma observação sobre outras observações; tem uma continuidade fundamental com problemas substantivos, mais ou menos concretos e delimitados, de interpretação, criação e reforma do direito. A prática segundo tal crença revelará seus limites e oportunidades, suas debilidades e vantagens. Mas, então, será necessária a parceria do leitor.

Termina aqui um inventário de ideias sobre como teorizar no direito. É certo que muito fugiu de vista e deixou de ser observado. Escrever é um processo de autoesclarecimento, uma aprendizagem que leva o autor bem além de suas capacidades iniciais, realiza mais possibilidades que as planejadas e abre tantas outras não realizadas. Toda pesquisa evolui; por isso, fica aquém das intenções originais. De uma variedade de materiais, fez-se uma seleção contingente, embora não arbitrária; dessa seleção, as mensagens originais foram reinterpretadas, para ganhar sentido e dimensionar-se dentro do escopo deste estudo. Esses ciclos de varia-

ção, seleção e restabilização foram incessantes – e poderiam continuar. Provisoriamente, terminam da forma como seu produto foi aqui cristalizado. No fundo, além de crítica dos entendimentos prevalentes e construção de explicações alternativas, todo escrito científico é tão somente inventário e sistematização de uma série de ideias e exemplos que se julga serem relevantes, que esperam algum uso e novas interpretações. Certas pessoas tentam organizar a confusão em que se encontram as ideias que colecionam;

> *[....] provavelmente fazem-no por algo a que poderíamos chamar angústia metafísica, talvez por não conseguirem suportar a ideia do caos como regedor único do universo, por isso, com as suas fracas forças e sem ajuda divina, vão tentando pôr alguma ordem no mundo, por um pouco de tempo ainda o conseguem, mas só enquanto puderem defender a sua coleção, porque quando chega o dia de ela se dispersar, e sempre chega esse dia, ou seja por morte ou seja por fadiga do colecionador, tudo volta ao princípio, tudo torna a confundir-se*[403].

[403] SARAMAGO, 1997, p. 23-4.

REFERÊNCIAS

No corpo do texto, sempre que possível as citações vêm acompanhadas do ano de publicação original da primeira versão da obra (ou do trecho citado) entre colchetes. Nesta lista faço o mesmo.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 113, n. 3, p. 633-725, 2000.

_____. **The future of liberal revolution**. New Haven: Yale University Press, 1992.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 [1986].

AMATO, Lucas Fucci. Função, estrutura e instituição na análise jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 112, 2017a.

_____. Justiça social e instituições: a visão de Unger comparada ao liberalismo igualitário e à teoria crítica. **Revista Estudos Políticos [Universidade Federal Fluminense]**, Rio de Janeiro, v. 7, 2017b.

_____. As formas da sociologia do direito: uma redescrição luhmanniana do debate centenário entre Kelsen e Ehrlich. **Nomos, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 227-254, 2015.

_____. **Constitucionalização corporativa**: direitos humanos fundamentais, economia e empresa. Curitiba: Juruá, 2014.

ANDERSON, Perry. Roberto Unger and the politics of empowerment. *In:* _____. **A zone of engagement.** London: Verso, 1992 [1989]. p. 130-148.

BACHELARD, Gaston. **The formation of the scientific mind**: a contribution to a psychoanalysis of objective knowledge. Tradução de Mary McAllester Jones. Manchester: Clinamen, 2002 [1943].

BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto**: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

BAECKER, Dirk. Gypsy reason: Niklas Luhmann's sociological enlightenment. **Cybernetics & Human Knowing**, Exeter, v. 6, n. 3, p. 5-19, 1999.

BARALDI, Claudio. Forme del sapere e compressità sociale. *In:* _____; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Semantica e comunicazione**:

l'evoluzione delle idee nella prospettiva sociologica di Niklas Luhmann. Bologna: Cooperativa Libraria Universitaria Editrice, 1987. p. 15-74.
BARRY, Brian. John Rawls and the search for stability. **Ethics**, Chicago, v. 105, n. 4, p. 874-915, 1995.
BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism**: a republican defense of the constitutionality of democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
BERTALANFFY, Ludwig von. **General systems theory**: foundations, development, applications. New York: Braziller, 1968.
_____. An outline of general system theory. **The British Journal for the Philosophy of Science**, London, v. 1, n. 2, p. 134-165, 1950.
BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2008 [1992].
_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 [1992].
CAMPBELL, Tom. **Rights:** a critical introduction. London: Routledge, 2006.
_____. **The left and rights**: a conceptual analysis of the idea of socialist rights. London: Routledge, 2010 [1983].
CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**: hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 [2011].
_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 [2000].
CARASSALE, Santiago. **Política y derecho:** Unger, Luhmann y Habermas. Ciudad de México: Flacso; Coyoacán, 2005.
CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. **Retórica e consistência no direito**: fundamentos para uma teoria do direito de inspiração luhmanniana. Curitiba: Juruá, 2016.
CASTRO, Marcus Faro de. Violência, medo e confiança: do governo misto à separação de poderes. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 382, p. 157-180, 2005.
CHOMSKY, Noam. **Aspects of the theory of sintax**. Cambridge, MA: MIT Press, 1965.
CHRISTODOULIDIS, Emilios A. **Law and reflexive politics**. Dordrecht: Kluwer, 1998.
_____. The inertia of institutional imagination: a reply to Roberto Unger. **The Modern Law Review**, London, v. 59, n. 3, p. 377-397, 1996.
COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. **Columbia Law Review**, New York, v. 35, n. 6, p. 809-849, 1935.
_____. The ethical basis of legal criticism. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 41, n. 2, p. 201-220, 1931.
CONSTANT, Benjamin. The liberty of the ancients compared with that of the moderns. *In:* _____. **Political writings**. Tradução e edição de Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, 1988 [1819]. p. 307-328.

COSTA-NETO, João. Rights as trumps and balancing: reconciling the irreconcilable? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 159-188, 2015.

DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann. 2 ed. Lecce: Pensa, 1998 [1979].

DEWEY, John. Construction and criticism. *In:* BOYDSTON, Jo Ann (Ed.). **John Dewey**: the latter works, 1925-1953. Carbondale: Southern Illinois University, 2008 [1930]. v. 5. p. 127-143.

_____. My philosophy of law. *In:* BOYDSTON, Jo Ann (Ed.). **John Dewey**: the latter works, 1925-1953. Carbondale: Southern Illinois University, 1988 [1941]. V. 14. p. 115-122.

_____. Means and ends. **Partisan Review**, New York, v. 31, n. 3, p. 400-404, 1963 [1938].

_____. Logical method and law. **The Cornell Law Quarterly**, Ithaca, v. 10, n. 1, p. 17-27, 1924.

DUNN, John. Unger's *Politics* and the appraisal of political possibility. *In:* LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (Eds.). **Critique and construction**: a symposium on Roberto Unger's *Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990 [1987]. p. 71-89.

DÜRRENMATT, Friedrich. **Justiça**. Tradução de Betty M. Kunz. São Paulo: Brasiliense, 1987 [1985].

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

_____. Hart's *Postscript* and the point of political philosophy. *In:* _____. **Justice in robes**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006 [2004]. p. 140-186.

_____. **Law's empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

_____. Rights as trumps. *In:* WALDRON, Jeremy (Ed.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984 [1981]. p. 153-167.

_____. Taking rights seriously. *In:* _____. **Taking rights seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 184-205.

_____. Hard cases. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 88, n. 6, p. 1057-1109, 1975.

_____. The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967.

EISENSTADT, Shmuel N. Multiple modernities. *In:* _____. (Ed.). **Multiple modernities**. New Brunswick: Transaction, 2000. p. 1-29.

EINSTEIN, Albert. What life means to Einstein. An interview by George Sylvester Viereck. **The Saturday Evening Post**, Indianapolis, p. 17, 110-117, 26 out. 1929.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P. The making of *The legal process*. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 107, n. 8, p. 2.031-2.055, 1994.

FEBBRAJO, Alberto. **Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann**. Milano: Giuffrè, 1975.
FOESTER, Heinz von. **Observing systems**. 2 ed. Seaside: Intersystems, 1984 [1981].
FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange**. Tradução de Joel Golb, James Ingram e Christiane Wilke. London: Verso, 2003.
FREEMAN, Samuel. Property-owning democracy and the difference principle. **Analyse & Kritik**, Hamburg, v. 35, n. 1, p. 9-36, 2013.
FRIEDMAN, Milton. The market can transform our schools. **The New York Times**, New York, p. A21, 2 jul. 2002.
FRIESE, Heidrun; WAGNER, Peter. Not all that is solid melts into air: modernity and contingence. *In:* FEATHERSTONE, Mike; LASH, Scott (Eds.). **Spaces of culture**: city, nation, world. London: Sage, 1999. p. 101-115.
FULLER, Lon Luvois. **Anatomy of the law**. Middlesex: Penguim, 1971 [1968].
_____. **The morality of law**. 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969 [1964].
_____. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 71, n. 4, p. 630-672, 1958.
GALSTON, William. **Liberal purposes**: goods, virtues, and diversity in the liberal state. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
GARTMAN, David. The rise of Western rationalism: Max Weber's developmental history, by Wolfgang Schluchter [book review]. **American Journal of Sociology**, Chicago, v. 88, n. 6, p. 1.294-1.296, 1983.
GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.
GORDON, Peter Eli. Realism, science, and the deworlding of the world. *In:* DREYFUS, Hubert L.; WRATHALL, Mark A. (Eds.). **A companion to phenomenology and existentialism**. Malden: Blackwell, 2006. p. 425-444.
GOULD, Stephen Jay. **The structure of evolutionary theory**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.
GOYARD-FABRE. **Kelsen e Kant**: saggi sulla dottrina pura del diritto. Tradução de Mauro Pennasilico. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
GRABER, Christoph Beat; TEUBNER, Gunther. Art and money: constitutional rights in the private sphere? **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 18, n. 1, p. 61-73, 1998.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. Crise auto-imunitária na autopoiese jurídica da sociedade mundial. **Panóptica**, Vitória, v. 7, n. 2 (24), p. 224-238, 2012.
_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.
GÜNTHER, Gotthard. Life as poly-contexturality. *In:* FAHRENBACH, Helmut (Ed.). **Wirklichkeit und Reflexion**: Walter Schulz zum 60. Geburtstag. Pfullingen: Neske, 1973. p. 187-210.

HABERMAS, Jürgen. Ronald Dwork*In:* a Maverick among legal scholars. *In:* _____. **Europe**: the faltering project. Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Polity, 2009 [2006]. p. 37-46.

_____. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Tradução de William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press, 1996 [1992].

_____. **The theory of communicative action II**: lifeworld and system: a critique of functionalist reason. Boston: Beacon, 1987a [1981].

_____. **The philosophical discourse of modernity**: twelve lectures. Tradução de Frederick Lawrence. Cambridge: Polity, 1987b [1985].

_____. **The theory of communicative action I**: reason and the rationalization of society. Tradução de Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1984 [1981].

HART, JR., Henry M..; SACKS, Albert M. **The legal process**: basic problems in the making and application of law. Editado por William N. Eskridge, Jr. e Philip P. Frickey. Westbury: Foundation, 1994 [1958].

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Clarendon, 1994a [1961].

_____. Postscript. *In:* _____. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Clarendon, 1994b. p. 238-276.

_____. Lon L. Fuller: *The morality of law* [book review]. *In:* _____. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983 [1965]. p. 343-364.

_____. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.

HAWTHORN, Geoffrey. Practical reason and social democracy: reflections on Unger's *Passion* and *Politics*. *In:* LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (Eds.). **Critique and construction**: a symposium on Roberto Unger's *Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 90-114.

_____. **Enlightenment and despair**: a history of social theory. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1987 [1976].

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Elements of the philosophy of right**. Tradução de H. B. Nisbet. Cambridge: Cambridge University Press, 1991 [1820].

HERSHOVITZ, Scott. Wittgenstein on rules: the phantom menace. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 22, n. 4, p. 619-640, 2002.

HESSE, Mary B. **Models and analogies in science**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1966.

HOLMES, Stephen. **The anatomy of antiliberalism**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.

_____. The professor of smashing: the preposterous political romanticism of Roberto Unger. **The New Republic**, New York, v. 197, n. 16, p. 30-38, 1987.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 10, n. 8, p. 457-478, 1897.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialectic of Enlightenment**: philosophical fragments. Tradução de Edmund Jephcott. Stanford: Stanford University Press, 2002 [1944].

HUTCHINSON, Allan C.; MONAHAN, Patrick J. The "rights" stuff: Roberto Unger and beyond. **Texas Law Review**, Austin, v. 62, n. 8, p. 1477-1539, 1984.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley: University of California Press, 2000.

JHERING, Rudolf von. En el cielo de los conceptos jurídicos. *In:* _____. **Jurisprudencia em broma y en serio**. Tradução de Román Riaza. Madrid: Reus, 2014 [1896]. p. 277-348.

_____. **Law as a means to an end**. Tradução de Isaac Husik. Boston: Boston Book Company, 1913 [1877].

JOAS, Hans. **Pragmatism and social theory**. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

KANT, Immanuel. **Critique of pure reason**. Tradução de Paul Guyer e Allen W. Wood. Cambridge: Cambridge University Press, 1998a [1781].

_____. **Groundwork of the metaphysics of morals**. Tradução de Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1998b [1785].

_____. Critique of practical reason. *In:* _____. **Practical philosophy**. Tradução de Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1996a [1788] p. 133-271.

_____. An answer to the question: What is enlightenment? *In:* _____. **Practical philosophy**. Tradução de Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1996b [1784]. p. 11-22.

_____. The contest of faculties. *In:* _____. **Political writings**. Tradução de Barry Nisbet. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1991a [1798]. p. 176-190.

_____. **The metaphysics of morals**. Tradução de Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1991b [1797].

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 [1960].

_____. **Pure theory of law**. Tradução de Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967 [1960].

_____. **General theory of law and state**. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1949 [1945].

KENNEDY, Duncan. The structure of Blackstone's *Commentaries*. **Buffalo Law Review**, Buffalo, v. 28, n. 2, p. 209-382, 1979.

_____. Form and substance in private law adjudication. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 89, n. 8, p. 1685-1778, 1976.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. *In:* _____. (Ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1-26.

KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia**: the structure of international legal argument. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 [1989].

KYMLICKA, Will. Communitarianism, liberalism, and superliberalism. **Critical Review: A Journal of Politics and Society**, New York, v. 8, n. 2, p. 263-284, 1994.

LESSIG, Lawrence. Plastics: Unger and Ackerman on transformation. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 98, n. 6, p. 1173-1192, 1989.
LOSANO, Mario G. Introdução. *In:* KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. VII-XXXIII.
LUHMANN, Niklas. **A sociological theory of law**. Tradução de Elizabeth King-Utz e Martin Albrow. 2 ed. New York: Routledge, 2014 [1972].
_____. **Theory of society II**. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2013 [1997].
_____. **Theory of society I**. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012 [1997].
_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2010a [1996].
_____. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010b [1965].
_____. **¿Cómo es posible el orden social?** Tradução de Pedro Morandé Court. México: Herder, 2009a [1980].
_____. **La política como sistema**. Organização e tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2009b [1998].
_____. La théorie de l'ordre et les droits naturels. Tradução de Olivier Mannoni. **Trivium: Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales**, Paris, v. 3, 2009c [1984].
_____. De la fonction des «droits subjectifs». Tradução de Olivier Mannoni. **Trivium: Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales**, Paris, v. 3, 2009d [1970].
_____. Are there still indispensable norms in our society? Tradução de Todd Cesaratto. **Soziale Systeme**, Stuttgart, v. 14, n. 1, p. 18-37, 2008 [1992].
_____. Cognition as construction. Tradução de Hans-Georg Moeller. *In:* MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann explained**: from souls to systems. Chicago: Open Court, 2006a [1988]. p. 241-260.
_____. Beyond barbarism. Tradução de Hans-Georg Moeller. *In:* MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann explained**: from souls to systems. Chicago: Open Court, 2006b [1999]. p. 261-272.
_____. Iluminismo sociológico. Tradução de Artur Mourão. *In:* SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Corvilhã: Universidade da Beira Interior, 2005a [1967]. p. 19-70.
_____. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. *In:* _____. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. Rubí: Anthropos, 2005b [1982]. p. 99-135.
_____. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. Tradução de Artur Mourão. *In:* SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Corvilhã: Universidade da Beira Interior, 2005c [1967]. p. 71-119.

_____. Organización y decisión. *In:* _____. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos, 2005d [1978]. p. 01-98.

_____. **Confianza.** Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005e [1968].

_____. **Law as a social system.** Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].

_____. The modern sciences and phenomenology. *In:* _____. **Theories of distinction**: redescribing the descriptions of modernity. Tradução de Joseph O'Neil e Elliott Schreiber. Stanford: Stanford University Press, 2002 [1995]. p. 33-60.

_____. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. Tradução de Jean Clam. **Droit et société**, Paris, v. 47, n. 1, p. 15-73, 2001a [1985].

_____. Diritti soggettivi: mutamenti della coscienza giuridica per la società moderna. **Sociologia e politiche sociali**, Milano, a. 4, n. 1, p. 10-59, 2001b [1981].

_____. **The reality of the mass media**. Tradução de Kathleen Cross. Stanford: Stanford University Press, 2000 [1996].

_____. **Observations on modernity**. Tradução de William Whobrey. Stanford: Stanford University Press, 1998a [1992].

_____. La forma "persona". *In:* _____. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Tradução de Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998b [1995]. p. 231-244.

_____. Inclusión y exclusión. *In:* _____. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Tradução de Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998c [1994]. p. 167-195.

_____. Globalization or world society: how to conceive of modern society? **International Review of Sociology: Revue Internationale de Sociologie**, Roma, v. 7, n. 1, p. 67-79, 1997a.

_____. The control of intransparency. Tradução de M. P. van der Marel e A. Zÿlstra. **Systems research and behavioral science**, New York, v. 14, n. 6, p. 359-371, 1997b.

_____. *Quod omnes tangit:* remarks on Jurgen Habermas's legal theory. Tradução de Mike Robert Horenstein. **Cardozo Law Review**, New York, v. 17, n. 4-5, p. 883-899, 1996a.

_____. La costituzione come acquisizione evolutiva. *In:* ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (Eds.). **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996b [1990]. p. 129-166.

_____. Why does society describe itself as postmodern? **Cultural Critique**, Saint Paul, v. 30, p. 171-186, 1995a.

_____. **Social systems**. Tradução de John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995b [1984].

_____. The paradox of observing systems. **Cultural Critique**, Saint Paul, v. 31, p. 37-55, 1995c.

_____. **Poder**. Tradução de Luz Mónica Talbot. Barcelona: Anthropos, 1995d [1975].

_____. Legal argumentation: an analysis of its form. Tradução de Iain Fraser. **The Modern Law Review**, London, v. 58, n. 3, p. 285-298, 1995e.

_____. Politicians, honesty and the higher amorality of politics. Tradução de Josef Bleicher. **Theory, Culture & Society**, London, v. 11, p. 25-36, 1994a.

_____. "What is the case?" and "what lies behind it?" The two sociologies and the theory of society. Tradução de Stephen Fuchs. **Sociological Theory**, Washington, v. 12, n. 2, p. 126-139, 1994b [1993].

_____. The code of the moral. Tradução de Jonathan Feldstein, Arthur J. Jacobson e Gabriel Motzkin. **Cardozo Law Review**, New York, v. 14, p. 995-1009, 1993a [1992].

_____. A estabilidade instável [entrevista a Juremir Machado da Silva, Jornal Zero Hora]. *In:* SILVA, Juremir Machado da. **O pensamento do fim de século**. Porto Alegre: L&PM, 1993b [1990]. p. 216-220.

_____. **Risk:** a sociological theory. Berl*In:* Gruyter, 1993c [1991].

_____. Paradigm lost: on the ethical reflection of morality. Tradução de David Roberts. **Thesis Eleven**, Thousand Oaks, v. 29, n. 1, p. 82-94, 1991 [1988].

_____. **Political theory in the Welfare State**. Tradução de John Bednarz Jr. Berl*In:* de Gruyter, 1990a [1981].

_____. Meaning as sociology's basic concept. *In:* _____. **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990b [1971]. p. 21-79.

_____. The future of democracy. **Thesis Eleven**, Thousand Oaks, v. 26, n. 1, p. 46-53, 1990c [1986].

_____. La positività del diritto come pressupposto di una società moderna. *In:* _____. **La differenziazione del diritto**: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Tradução de Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Il Mulino, 1990d [1970]. p. 103-146.

_____. **Die Wirtschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Ma*In:* Suhrkamp, 1988a.

_____. Familiarity, confidence and trust: problems and alternatives. *In:* GAMBETTA, Diego (Ed.). **Trust**: making and breaking cooperative relations. Oxford: Blackwell, 1988b. p. 94-107.

_____. The unity of the legal system. *In:* TEUBNER, Gunther (Ed.). **Autopoietic law**: a new approach to law and society. Berl*In:* de Gruyter, 1988c. p. 12-35.

_____. The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history. **Journal of Law and Society**, Cardiff, v. 15, n. 2, p. 153-165, 1988d.

_____. Tautology and paradox in the self-descriptions of modern society. Tradução de Stephan Fuchs. **Sociological Theory**, Thousand Oaks, v. 6, n. 1, p. 21-37, 1988e.

_____. **Love as passion**: the codification of intimacy. Tradução de Jeremy Gaines e Doris L. Jones. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986 [1982].

_____. **Struttura della società e semantica**. Tradução de Maria Sinatra. Bari: Laterza, 1983a [1980].

_____. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983b [1974].

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980 [1969].

_____. The future cannot beg*In:* temporal structures in modern society. **Social Research**, New York, v. 43, n. 1, p. 130-152, 1976.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. 2 ed. Stanford: Stanford University Press, 2008a [1981].

_____. **Practical reason in law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008b.

MADÁCH, Imre. **A tragédia humana**: a trajetória de Adão, Eva e Lúcifer através dos tempos. Tradução e adaptação de Ildikó Sütö. São José dos Campos: Netebook, 2014 [1861].

MARX, Karl Heinrich. 1872 [Afterword to the Second German Edition of The Capital, book 1]. *In:* MCLELLAN, David (Ed.). **Karl Marx**: selected writings. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2000 [1873]. p. 455-458.

MERTON, Robert K. **Social theory and social structure**. 3 ed. New York: Free Press, 1968 [1949].

_____. The unanticipated consequences of purposive social action. **American Sociological Review**, Washington, v. 1, n. 1, p. 894-904, 1936.

MILLS, Charles Wright. **The sociological imagination**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2000 [1959].

MOYN, Samuel. **Christian human rights**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015.

MÜNCH, Richard. **Sociological theory III**: development since the 1960s. Chicago: Nelson-Hall, 1994.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013 [2011].

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [2000].

OAKES, Guy. Max Weber on value rationality and value spheres: critical remarks. **Journal of Classical Sociology**, Thousand Oakes, v. 3, n. 1, p. 27-45, 2003.

PARSONS, Talcott. **The social system**. 2 ed. Abingdon: Routledge, 1991 [1951].

_____. Roberto Mangabeira Unger, Law in modern society [book review]. **Law & society review**, Hoboken, v. 12, n. 1, p. 145-149, 1977.

_____. **The system of modern societies**. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971.

PAULSON, Stanley L. The neo-Kantian dimension of Kelsen's Pure Theory of Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 12, n. 3, p. 311-332, 1992.

POGGE, Thomas W. On the side of distributive justice: reflections on Cohen and Murphy. **Philosophy & Public Affairs**, New York, v. 29, n. 2, p. 137-169, 2000.
POLLOCK, Friedrich. State capitalism: its possibilities and limitations. *In:* ARATO, Andrew; GEBHARDT, Eike (Eds.). **The essential Frankfurt School reader**. New York: Continuum, 1990 [1941]. p. 71-94.
POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.
POSTEMA, Gerald J. **Legal philosophy in the twentieth century**: the common law world. Dordrecht: Springer, 2011.
POUND, Roscoe. The theory of judicial decision I. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 36, n. 6, p. 641-662, 1923.
PUCHTA, Georg Friedrich. **Corso delle istituzioni**. Tradução de A. Turchiarulo. Napoli: Insegna del Diogene, 1854a [1841]. v. 1.
_____. **Corso delle istituzioni**. 2 ed. Tradução de A. Turchiarulo. Napoli: Insegna del Diogene, 1854b [1847]. v. 2.
RAMOS, Luiz Felipe Rosa. **Por trás dos casos difíceis**: dogmática jurídica e a proibição da denegação de justiça. Curitiba: Juruá, 2017.
RAWLS, John. **Political liberalism**. 2 ed. Chichester, NY: Columbia University Press, 2005 [1993].
_____. **Justice as fairness**: a restatement. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2001.
_____. **A theory of justice**. 2 ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999 [1971].
RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório**: etapas da evolução sociocultural. 11 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997 [1968].
RODRIGUEZ, Caio Farah. **Juízo e imaginação**: da indeterminação jurídica à inovação institucional. São Paulo: Malheiros, 2016.
ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Pisa: Mariotti, 1917.
RORTY, Richard. Unger, Castoriadis, and the romance of a national future. *In:* LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (Eds.). **Critique and construction**: a symposium on Roberto Unger's *Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990 [1987]. p. 29-45.
_____. **Contingency, irony, and solidarity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
ROSS, Alf. Tû-Tû. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 70, n. 5, p. 812-825, 1957 [1951].
SABEL, Charles F. Dewey, democracy, and democratic experimentalism. **Contemporary Pragmatism**, Amsterdam, v. 9, n. 2, p. 35-55, 2012.
SARAMAGO, José. **Todos os nomes.** São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System of the modern Roman law**. Tradução de William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867 [1840]. v. 1.
SCHAUER, Frederick. Formalism. **Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, p. 509-548, 1988.

SCHLUCHTER, Wolfgang. **The rise of western rationalism**: Max Weber's developmental history. Tradução de Guenther Roth. Berkeley: University of California Press, 1981 [1979].

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008 [1928].

SCIULLI, David. **Theory of societal constitutionalism**: foundations of a non-Marxist critical theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of Weberian methodology. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 105, n. 5, p. 1383-1414, 1996.

SIMMEL, Georg. How is society possible? **American Journal of Sociology**, Chicago, v. 16, n. 3, p. 372-391, 1910.

SIMON, Herbert A. **The new science of management decision**. 3 ed. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1977 [1960].

_____. Recent advances in organization theory. *In:* BALEY, Stephen K *et alli*. **Research frontiers in politics and government**. Washington: Brookings Institution, 1955. p. 23-44.

SIMON, William H. Critical theory and institutional design: David Trubek's path to new governance. *In:* BÚRCA, Gráinne de; KILPATRICK, Claire; SCOTT, Joanne (Eds.). **Critical legal perspectives on global governance**: liber amicorum David M. Trubek. Oxford: Hart, 2014. p. 15-24.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Julian, 1972 [1969].

SPINOZA, Benedictus de. **Ética.** Edição bilíngue latim-português. Tradução de Tomaz Tadeu. 3 ed. São Paulo: Autêntica, 2010 [1677].

SUNSTEIN, Cass. Routine and revolution. *In:* LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (Eds.). **Critique and construction**: a symposium on Roberto Unger's *Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990 [1987]. p. 46-70.

TAMANAHA, Brian Z. **Realistic socio-legal theory**: pragmatism and a social theory of law. Oxford: Clarendon, 1997.

TCHEKOV, Anton. Vérotchka. *In:* _____. **A dama do cachorrinho e outras histórias**. Tradução de Maria Aparecida Botelho Pereira Soares. Porto Alegre: L&PM, 2014 [1887]. p. 47-62.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. Tradução de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. Autopoiesis and steering: how politics exploits the normative surplus of capital. *In:* IN'T VELD, Roeland Jaap; SCHAAP, Linze; TERMEER, Catrien J. A. M.; VAN TWIST, Mark J. W. (Eds.). **Steering**: autopoiesis and configuration theory. Dordrecht: Kluwer, 1991. p. 127-41.

_____. How the law thinks: towards a constructivist epistemology of law. **Law & Society Review**, Salt Lake City, v. 23, n. 5, p. 727-757, 1989.

TRUBEK, David M. Max Weber on law and the rise of capitalism. **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 0, n. 3, p. 720-753, 1972.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A mystery demystified**: the connection between mathematics and physics. Mimeo. 2016. Disponível em: <http://robertounger.com/english/pdfs/MATHEMATICS_AND_PHYSICS1.pdf>. Acesso em 01 mar. 2016.

_____. Part I: Another time, a greater task. *In:* _____. **The Critical Legal Studies Movement**: another time, a greater task. London: Verso, 2015a. p. 1-75.

_____. Part II: The Critical Legal Studies Movement. *In:* _____. **The Critical Legal Studies Movement**: another time, a greater task. London: Verso, 2015b [1982]. p. 77-210.

_____. Part I. *In:* _____.; SMOLIN, Lee. **The singular universe and the reality of time**: a proposal in natural philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2015c. p. 1-348.

_____. **The religion of the future**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014.

_____. **The universal history of legal thought**. Mimeo, 2013. Disponível em: <http://robertounger.com/english/pdfs/UHLT.pdf>. Acesso em 03 jul. 2015.

_____. A ambição da política [entrevista a André Singer, Folha de São Paulo]. *In:* TEIXEIRA, Carlos Sávio G. (Org.). **Encontros**: Roberto Mangabeira Unger. Rio de Janeiro: Azougue, 2012 [2001]. p. 108-117.

_____. **The self awakened**: pragmatism unbound. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007a.

_____. **Free trade reimagined**: the world division of labor and the method of economics. Princeton: Princeton University Press, 2007b.

_____. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. From Politics, a work in constructive social theory. 2 ed. London: Verso, 2001a [1987].

_____. Introduction to the new edition. *In:* _____. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. From Politics, a work in constructive social theory. 2 ed. London: Verso, 2001b. p. xvii-cxxix.

_____. **Democracy realized**: the progressive alternative. London: Verso, 1998.

_____. **What should legal analysis become?** London: Verso, 1996a.

_____. O pensamento jurídico como imaginação institucional: direito, instituições, juízes. **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 15, n. 1-2, p. 38-43, 1996b.

_____. The better futures of architecture. *In:* ANYONE Conference. **Anyone**. New York: Rizzoli, 1991. p. 28-36.

_____. **Social theory**: its situation and its task. A critical introduction to Politics, a work in constructive social theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1987a.

_____. **Plasticity into power**: comparative-historical studies on the institutional conditions of economic and military success. Variations on the themes of Politics, a work in constructive social theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1987b.

_____. Bibliographical note. *In:* _____. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986. p. 121-122.

_____. **Knowledge & Politics**. New York: Free Press, 1984a [1975].
_____. **Passion:** an essay on personality. New York: Free Press, 1984b.
_____. A program for late twentieth-century psychiatry. *In:* _____. **Passion**: an essay on personality. New York: Free Press, 1984c [1980].
_____. Postscript. *In:* _____. **Knowledge & Politics**. 2 ed. New York: Free Press, 1984d [1983]. p. 337-341.
_____. The Critical Legal Studies Movement. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 96, n. 3, p. 561-675, 1983 [1982].
_____. **Law in modern society**: toward a criticism of social theory. New York: Free Press, 1976a.
_____. **Social theory**: lectures delivered in Harvard College. Cambridge, MA: Harvard University, 1976b.
_____. Isonomy and justice. **ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, Stuttgart, v. 56, n. 2, p. 181-187, 1970.
_____. O estruturalismo e o futuro das ciências culturais. **Tempo brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 15-16, p. 97-102, 1968.
VERMEULE, Adrian. **The system of the constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
_____. **Mechanisms of democracy**: institutional design writ small. Oxford: Oxford University Press, 2007.
VIEIRA, Antônio. Sermão da sexagésima. *In:* BOSI, Alfredo (Org.) **Padre Antônio Vieira Essencial**. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2011 [1655]. p. 133-169.
VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
_____. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. *In:* PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coords.). **Direito e filosofia**: a noção de justiça na história da filosofia. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129-150.
VITA, Álvaro de. **O liberalismo igualitário**: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [2006].
_____. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [1998].
WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon, 1999.
_____. Dirty little secret. **Columbia Law Review**, New York, v. 98, n. 2, p. 510-530, 1998.
_____. Kant's legal positivism. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 109, n. 7, p. 1535-1566, 1996.
WALZER, Michael. The communitarian critique of liberalism. **Political Theory**, Beverly Hills, v. 18, n. 1, p. 6-23, 1990.
WARD, Ian. **Kantianism, postmodernism and critical legal thought**. Dordrecht: Springer, 1997.

WEBER, Max. **The Protestant ethic and the spirit of Capitalism**. Tradução de Talcott Parsons. London: Routledge, 2005 [1905].

_____. **Economy and society**: an outline of interpretive sociology. Editado por Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978 [1922].

_____. Science and politics. *In:* _____. **From Max Weber**: Essays in sociology. Tradução e edição de Hans H. Gerth e C. Wright Mills. New York: Oxford University Press, 1946 [1918]. p. 75-156.

WEINRIB, Ernest J. **The idea of private law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2002 [1995].

_____. Legal formalism: on the immanent rationality of law. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 97, n. 6, p. 949-1016, 1988.

_____. Law as a Kantian idea of reason. **Columbia Law Review**, New York, v. 87, n. 3, p. 472-508, 1987.

_____. Enduring Passion. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 94, n. 7, p. 1825-1841, 1985.

WEST, Cornel. Between Dewey and Gramsci: Unger's emancipatory experimentalism. *In:* LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (Eds.). **Critique and construction**: a symposium on Roberto Unger's *Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990 [1987]. p. 256-266.

_____. **The American evasion of philosophy**: a genealogy of pragmatism. Madison: University of Wisconsin Press, 1989.

_____. CLS and liberal critic. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 87, n. 5, p. 757-771, 1988.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999 [1953].

YACK, Bernard. Toward a free marketplace of social institutions: Roberto Unger's "super-liberal" theory of emancipation. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 101, n. 8, p. 1961-1977, 1988.

ÍNDICE ALFABÉTICO

Esta obra foi impressa em oficinas próprias,
utilizando moderno sistema de impressão digital.
Ela é fruto do trabalho das seguintes pessoas:

Editoração:
Elisabeth Padilha
Gabriela Mendes
Kamila Santos de Melo
Stefany L. Marques
Uyhara Zacarias Amora

Índices:
Emilio Sabatovski
Iara P. Fontoura
Tania Saiki

Impressão:
Lucas Fontoura
Marcelo Schwb
Marlisson Cardoso

Acabamento:
Afonso P. T. Neto
Anderson A. Marques
Carlos A. P. Teixeira
Lucia H. Rodrigues
Maria José V. Rocha
Marilene de O. Guimarães
Nádia Sabatovski
Rosinilda G. Machado
Terezinha F. Oliveira
Vanuza Maciel dos Santos

“.”